



**PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

BOLETÍN JURÍDICO

Nro. 9 - julio a diciembre de 2012

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Rafael Parreño Navas
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



BOLETÍN **JURÍDICO**

Nro.9 - julio a diciembre de 2012

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
PBX: (593 2) 294 1300
Quito- Ecuador

Sitio Web: www.pge.gob.ec

ÍNDICE

ÍNDICE	5
ABREVIATURAS Y SIGLAS	11
PRESENTACIÓN	15
ADQUISICIÓN DE TERRENO EN ÁREA URBANA Y RURAL	
Compra-venta directa sin declaratoria de utilidad pública.....	17
BIENES DE PROPIEDAD MUNICIPAL Y PARTICULAR	
Determinación de excedentes y enajenación	25
BIENES DE PROPIEDAD MUNICIPAL Y PARTICULAR	
Error de medición.....	33
BIENES INMUEBLES	
Cobro de valores por excedentes de terrenos	38
BIENES INMUEBLES	
Exoneración o compensación de porcentajes de terrenos a favor del municipio.....	46
BIENES INMUEBLES	
Transferencia de dominio entre entidades del sector público.....	57
BIENES MUNICIPALES Y PARTICULARES	
Enajenación de excedentes de terreno.....	61

BOMBEROS

Costos y tarifas, sanciones, jornada laboral y pago de horas extraordinarias y suplementarias..... 67

COMISIÓN DE SERVICIOS Y LICENCIA SIN SUELDO POR SEGUNDA OCASIÓN

Cursos de postgrado 79

COMODATO O DONACIÓN

Cambio de figura jurídica..... 85

CONCEJAL

Reconocimiento de beca completa estudiantil 89

CONCEJO CANTONAL MUNICIPAL

Competencia para expedir reglamentos..... 93

CONCEJO MUNICIPAL

Incorporación de puntos al orden del día..... 99

CONCESIONES

Manejo de desechos sólidos 103

CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN

Incorporación de personas con discapacidad 109

CONFERENCIA PLURINACIONAL E INTERCULTURAL DE SOBERANÍA ALIMENTARIA

Designación de los integrantes 126

CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE BIENES

Entregas parciales y multas..... 130

CONTRATOS

Participación de empresas públicas nacionales y de la comunidad internacional 139

CONTRATOS DE CONSULTORÍA

Acto administrativo válido y convenio de pago 145

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS

Cobro de porcentajes y ampliación de plazo..... 154

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS

Costos indirectos de los contratistas, disminución por depreciación de las obras y devolución vía compensación 162

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS	
Emisión y recaudación de títulos de crédito.....	172
CONVENIO DE MANCOMUNAMIENTO CON-NOR	
Régimen administrativo y laboral	181
CRÉDITOS TRIBUTARIOS EN LA DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLE A LA DGAC	
Declaración del tributo y prescripción.....	193
DACIÓN EN PAGO CON BIENES O EN ESPECIE	
Contratista incumplido.....	206
DELEGACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE	
Construcción de terminal terrestre sin declaratoria de excepcionalidad	217
DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL	
Inscripción de actos o contratos.....	229
DIETAS:	
Representantes pensionistas del servicio pasivo.....	236
DIGNATARIOS DE ELECCIÓN POPULAR	
Integración de vocales en directorios, régimen administrativo, pluriempleo y pago de dietas.....	242
DISCAPACITADOS	
Porcentaje de incorporación a universidades	252
DOCENTE UNIVERSITARIO	
Sanción por abandono del puesto de trabajo.....	260
DOCUMENTOS PÚBLICOS	
Procedimiento para la expedición de copias auténticas	269
EMPRESA PÚBLICA CORREOS DEL ECUADOR	
Naturaleza jurídica.....	274
EMPRESA PÚBLICA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO	
Organización y funcionamiento	282
EMPRESAS PÚBLICAS	
Jueces competentes para resolución de conflictos laborales.....	291
GARANTÍA DEL ANTICIPO NO DEVENGADO	
Ejecución de pago.....	300

GOBIERNOS AUTÓNOMOS PARROQUIALES

Competencia para otorgar personería jurídica, aprobar la reforma de estatutos e inscribir directivas de asociaciones 310

GOBIERNOS PROVINCIALES

Registro y control de los contratos de los servidores sujetos al Código del Trabajo 318

HISTORIA LABORAL

Entrega de información a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos..... 324

IMPUESTO DE PATENTE

Domicilio y actividad económica 332

IMPUESTOS

Alcabala, utilidades y plusvalía 338

JUBILACIÓN

Docente universitario liquidado por supresión de puesto 346

JUBILACIÓN

Pensión auxiliar, renuncia voluntaria y pago a herederos de docentes universitarios 350

JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA

Antes y después de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior 352

JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA

Docente..... 360

JUBILACIÓN DE DOCENTES

Pagos de subsidios por muerte y renuncia voluntaria 364

JUBILACIÓN PATRONAL

Computo con las transferencias solidarias..... 373

JUBILACIÓN PATRONAL COMPLEMENTARIA

Docentes universitarios 382

JUBILACIÓN PATRONAL Y DESAHUCIO

Provisión de recursos 386

JURISDICCIÓN COACTIVA

Devolución del anticipo no amortizado..... 393

LICENCIA CON REMUNERACIÓN	
Pasantía en el exterior y restitución de valores	400
MULTAS	
Porcentajes para el cobro.....	405
MUNICIPALIDAD	
Crédito con institución de la banca privada	412
NEPOTISMO	
Cónyuge de concejal	419
NEPOTISMO	
Miembros de cuerpos colegiados o directorios	425
PARROQUIAS RURALES	
Creación o modificación	429
PENSIONES DE MONTEPÍO	
Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional, ISSPOL.....	432
PROFESOR PRINCIPAL UNIVERSITARIO	
Requisitos	439
PUESTOS	
Competencia del Ministerio de Relaciones Laborales para su creación.....	445
RECTIFICACIÓN DE NOMBRES	
Plazo	449
REGISTRO DE LA PROPIEDAD	
Organización administrativa	456
REINGRESO AL SECTOR PÚBLICO	
Registrador de la propiedad.....	466
SERVICIOS OCASIONALES	
Pago de incentivos a docentes de instituciones fiscomisionales	472
SUBCONTRATOS	
Asociación con empresas privada ecuatoriana y extranjera o de economía mixta	479
SUPRESIÓN DE PUESTOS	
Cálculo de las indemnizaciones	492

TERMINACIÓN UNILATERAL DE CONTRATO DE CONSULTORÍA	
Imprudencia de proceso de arbitraje	497
TRANSPORTE Y ALIMENTACIÓN	
Normas que regulan el pago.....	502
TRIBUTOS	
Cobro a quienes se benefician de la explotación de materiales pétreos	508
UNIVERSIDAD	
Aplicación del Reglamento de Carrera Académica y Escalafón del Docente	518
UNIVERSIDADES	
Procesos electorales.....	522
VIÁTICOS Y SUBSISTENCIAS	
Presidenta de patronato municipal	526
VICEALCALDE	
Principalización de su suplente	532
VICEALCALDESA	
Designación	537
VOCALES DE GOBIERNOS PARROQUIALES	
Vacaciones, jornada de trabajo, fondos de reserva, liquidaciones, vocales suplentes, licencia y pago de horas suplementarias y extraordinarias	542

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ACUERDO	A.
ACUERDO MINISTERIAL.....	A.M.
ARTÍCULO	Art.
ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES ECUATORIANAS.....	AME
AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR.....	APPB
BANCO ECUATORIANO DE LA VIVIENDA	BEV
CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN	COOTAD
COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL GUAYAS.....	CTG
COMUNIDAD ANDINA	CAN
CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR	CES

CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDADES.....	CONADIS
CONSEJO NACIONAL DE GOBIERNOS PARROQUIALES RURALES DEL ECUADOR.....	CONAGOPARE
CONSEJO NACIONAL DE SALARIOS.....	CONADES
CONSEJO NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES.....	CONATEL
CONSORCIO DE GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS PROVINCIALES Y MUNICIPALES DEL NORTE DEL PAÍS	CONNOR
CUERPO DE BOMBEROS DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO.....	CBDMQ
DECRETO EJECUTIVO	D.E.
DECRETO SUPREMO	D.S.
DIRECCIÓN DE INDUSTRIAS DEL EJÉRCITO.....	DINE
DIRECCIÓN NACIONAL DE REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS.....	DINARDAP
DISPOSICIÓN GENERAL	Disp. Gen.
DISPOSICIÓN TRANSITORIA	Disp. Trans.
EMPRESA CANTONAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE GUAYAQUIL	ECAPAG
EMPRESA DE FERROCARRILES ECUATORIANOS	EFE
EMPRESA PÚBLICA CORREOS DEL ECUADOR.....	CDE EP
EMPRESA PÚBLICA DE FÁRMACOS	ENFARMA
EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA HIDROELÉCTRICA COCA CODO SINCLAIR.....	COCASINCLAIR EP
EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE HÁBITAT Y VIVIENDA.....	EPMHV

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE ASEO DE MACHALA.....	EMAM EP
ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA AGROPECUARIA DE MANABÍ	ESPAM
ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO	ESPOCH
ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA.....	ERJAFE
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN RUMIÑAHUI.....	GADMUD
GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS.....	GADs
GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS PARROQUIALES RURALES.....	GADPRs
INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA POLICÍA NACIONAL.....	ISSPOL
INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS	ISSFA
INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.....	IEPI
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL	IESS
INSTITUTO NACIONAL AUTÓNOMO DE INVESTIGACIONES AGROPECUARIAS	INIAP
INSTITUTO NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS	INCOPI
INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO AGRARIO.....	INDA
INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS.....	INEC
LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN SUPERIOR.....	LOES
LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO.....	LOSEP
LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	LOSNCPI

LITERAL.....	lit.
MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL.....	MIES
MINISTERIO DE RELACIONES LABORALES.....	MRL
MINISTERIO DE TRANSPORTE Y DE OBRAS PÚBLICAS.....	MTOP
NORMAS INTERNACIONALES DE INFORMACIÓN FINANCIERA.....	NIIF
PLAN METROPOLITANO DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL.....	PMOT
SECRETARÍA NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR, CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN.....	SENESCYT
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES.....	SUPERTEL
UNIVERSIDAD POLITÉCNICA ESTATAL DEL CARCHI.....	UPEC
ZONA DE ACTIVIDAD LOGÍSTICA.....	ZAL

PRESENTACIÓN

La Constitución de la República, en su artículo 237, incluye dentro de las funciones del Procurador General del Estado, la de absolver consultas formuladas por los representantes de los entes públicos, generando así pronunciamientos sobre la aplicación e inteligencia de una o más normas jurídicas.

Esta publicación que ponemos a disposición del lector, compila los pronunciamientos emitidos en el período comprendido entre julio y diciembre de 2012 en materias como: bienes municipales, comisión de servicios, comodato, donación, incorporación al servicio público de personas con discapacidad, naturaleza jurídica de las empresas públicas, jubilación, jurisdicción coactiva, nepotismo, reingreso al sector público, supresión de puestos, terminación unilateral de contratos, tributos, entre otros asuntos de interés en la aplicación del derecho público. Los tópicos analizados en cada consulta definen el alcance de la normativa ecuatoriana, con efecto vinculante para la administración pública, razón por la cual esta publicación constituirá una efectiva herramienta de consulta para los servidores públicos.

Cabe destacar que, como consecuencia del carácter obligatorio de los pronunciamientos que emite la Procuraduría, esta herramienta se constituye en una garantía encaminada a salvaguardar la seguridad jurídica del país.

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

ADQUISICIÓN DE TERRENO EN ÁREA URBANA Y RURAL: COMPRA-VENTA DIRECTA SIN DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA

ENTIDAD CONSULTANTE:

EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE HÁBITAT Y VIVIENDA

CONSULTA:

“La Empresa Pública Metropolitana de Hábitat y Vivienda, a través de su Representante Legal y Gerente General en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley Orgánica de Empresas Públicas, artículo 11; y, la Ordenanza Metropolitana No. 301, que establece que el Régimen Común para la Organización y Funcionamiento de las Empresas Públicas Metropolitanas, artículo 20, puede adquirir suelo que no esté edificado dentro del área urbana y rural consolidado del Distrito Metropolitano de Quito, que cuente con infraestructura y servicios, de manera directa mediante la firma de un contrato civil de compraventa contenida en escritura pública, respetando el avalúo comercial certificado por la Dirección Metropolitana de Catastros sin que sea necesario la declaratoria de utilidad pública que establece el Código Orgánico de Ordenamiento (sic) Territorial y Descentralización, COOTAD, ni las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, artículo 58, por tratarse de una actividad primordial prevista en el objeto de la EPMHV y que constituye el inicio de las demás actividades, en los casos en que exista la voluntad del propietario del terreno para la venta del mismo, sin tener que necesariamente iniciar el trámite de declaratoria de utilidad pública”.

BASES LEGALES:

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

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 4 y 11 num. 15.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 1 num. 5, 2 num. 8 y 58; y, 62, 103 y 104 de su Reglamento.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 58 y 447.

Ordenanza Metropolitana N° 307 Art. 2.

Ordenanza Metropolitana N° 170

Ordenanza Metropolitana N° 172 Art. 20.

PRONUNCIAMIENTO:

En su oficio de consulta señala que el Concejo Metropolitano de Quito, mediante Ordenanza Metropolitana No. 307, creó la Empresa Pública de Hábitat y Vivienda EPMHV, cuyo objeto consta en el artículo 2 de la indicada Ordenanza. Además menciona en su oficio que el Concejo Metropolitano de Quito, en Ordenanza Metropolitana No. 170, resolvió la vigencia del Plan Metropolitano de Desarrollo del Distrito Metropolitano de Quito; y, que mediante Ordenanza Metropolitana No. 0172, el Cabildo Metropolitano estableció el Régimen Administrativo del Suelo en el Distrito Metropolitano de Quito.

El criterio del Director Jurídico de la Empresa Pública Metropolitana de Hábitat y Vivienda EPMHV, contenido en el memorando No. DJ-EPMHV-2012-05-157 de 14 de mayo de 2012, cita el artículo 2 de la Ordenanza Metropolitana No. 307, que creó la Empresa Pública de Hábitat y Vivienda EPMHV, y también hace referencia al Plan Metropolitano de Desarrollo del Distrito Metropolitano de Quito, expedido mediante Ordenanza Metropolitana No. 170, en los siguientes términos:

“El Plan Metropolitano de Desarrollo ‘es la directriz principal del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito respecto de las decisiones estratégicas de desarrollo en el territorio, con una visión de largo plazo, y se implementará a través del ejercicio de las competencias asignadas por la Constitución de la República y la ley, así como aquellas competencias transferidas como resultado del proceso de descentralización, en cuyo numeral 9, 9.2, 9.2.4 que legisla sobre el Hábitat y Vivienda, numeral 9.2.4.2 dispone como objetivo estratégico de la Regeneración Urbana entendida como la actividad para ‘recuperar el uso habitacional en áreas consolidadas que se encuentren deterioradas o sub-utilizadas, que favorezca la oferta de vivienda con usos mixtos de tal forma que se garantice el acceso y la proximidad de la vivienda a servicios. Mediante esta estrategia se busca también la recuperación del uso residencial, en sectores donde las dinámicas de servicios han desplazado a la vivienda hacia sectores periféricos”.

Añade el Director Jurídico que, el Régimen Administrativo del Suelo en el Distrito Metropolitano de Quito, expedido mediante Ordenanza Metropolitana No. 0172, establece en su artículo 20 lo siguiente:

“El Plan Metropolitano de Ordenamiento Territorial (PMOT) es el instrumento de ordenamiento territorial integral del Distrito Metropolitano de Quito que tiene por objeto ordenar el suelo del conjunto del territorio metropolitano, para lograr un desarrollo armónico, sustentable y sostenible, a través de la mejor utilización de los

recursos naturales, la organización del espacio, la infraestructura y las actividades conforme a su impacto físico, ambiental y social con el fin de mejorar la calidad de vida de sus habitantes y alcanzar el buen vivir”.

Concluye el memorando No. DJ-EPMHV-2012-05-157 de 14 de mayo de 2012, con el siguiente criterio jurídico:

“Con los antecedentes expuestos; y, con el fin de dar cumplimiento al objeto de la EPMHV, en estricto apego a las Ordenanzas Metropolitanas Nros. 170 y 172 emitida por el Concejo Metropolitano de Quito, la Empresa Pública Metropolitana de Hábitat y Vivienda, a través de su Representante Legal y Gerente General en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley Orgánica de Empresas Públicas, artículo 11; y, en la Ordenanza Metropolitana No. 301, que establece el Régimen Común para la Organización y Funcionamiento de las Empresas Públicas Metropolitanas, artículo 20, puede adquirir suelo que no esté edificado de manera directa, mediante la firma de un contrato civil de compraventa contenido en escritura pública, respetando el avalúo comercial certificado por la Dirección Metropolitana de Catastros, dentro del área urbana y rural consolidado del Distrito Metropolitano de Quito que cuente con infraestructura y servicios, por tratarse de una actividad patrimonial prevista en el objeto de la EPMHV y que constituye el inicio de las demás actividades; sin que sea necesario iniciar el procedimiento de declaratoria de utilidad pública que establece el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD o lo prescrito en el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en los casos en que exista la voluntad del propietario para la venta del terreno”.

En el texto de su consulta, se hace referencia al artículo 20 de la Ordenanza Metropolitana No. 301, que establece el Régimen Común para la Organización y Funcionamiento de las Empresas Públicas Metropolitanas, que trata sobre los deberes y atribuciones del Gerente General, no prevé una facultad específica referida al tema de su consulta, relativa a la adquisición de inmuebles.

La Empresa Pública de Hábitat y Vivienda, EPMHV, fue creada mediante Ordenanza No. 0307, expedida por el Concejo Metropolitano de Quito y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 160 de 29 de marzo de 2010 y su objeto está previsto en el artículo 2 de la indicada Ordenanza, en los siguientes términos:

“Artículo... (2) Objeto.-

1. La Empresa Pública Metropolitana de Hábitat y Vivienda es la encargada de ejecutar las políticas dictadas por (sic) el Distrito Metropolitano de Quito en materia de habilitación y oferta del suelo; urbanización y promoción de vivienda destinadas a familias o personas que necesitan su primera vivienda, familias con ingresos bajos y medios, población vulnerable o en situación de riesgo; renovación urbana; mejoramiento habitacional; vivienda nueva para propietarios de suelo en el ámbito urbano y rural, colaborando en la reducción del déficit de vivienda; para lo cual, cumplirá con los siguientes fines:

b) Gestionar las reservas de suelo y promover su oferta para el desarrollo de vivienda bajo los criterios de ordenamiento territorial, dotación de infraestructura y equipamiento;...

2. Para el cumplimiento de su objeto la Empresa Pública Metropolitana podrá celebrar todos los actos, convenios y contratos civiles, mercantiles, laborales y de cualquier otra naturaleza que sean permitidos por las leyes ecuatorianas y que directa o indirectamente se relacionan con la finalidad de la empresa que se crea”.

El artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que: “El sector público comprende: ...3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado”.

El inciso primero del artículo 315 de la misma Constitución, prevé que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Añade el segundo inciso de la misma norma que, las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

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

En concordancia con la norma antes citada, el Libro Primero del Código Municipal, Título II, Capítulo IX, Sección Primera “De las Empresas Metropolitanas”, en su artículo 1, dispone que “Las empresas públicas metropolitanas son personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas en autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa, de gestión, con potestad coactiva, cuya constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación se regula por la ley de la materia, las ordenanzas y las disposiciones contenidas en este capítulo”.

El artículo 11, numeral 15 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone en cuanto al Gerente General lo siguiente:

“Art. 11.- DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL GERENTE GENERAL.- El Gerente General, como responsable de la administración y gestión de la empresa pública, tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

...15. Adoptar e implementar las decisiones comerciales que permitan la venta de productos o servicios para atender las necesidades de los usuarios en general y del mercado, para lo cual podrá establecer condiciones comerciales específicas y estrategias de negocio competitivas”.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el numeral 5, incluye en su ámbito de aplicación a los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

En el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el artículo 62 de su Reglamento General, se norma el procedimiento de adquisición de bienes inmuebles por parte de las entidades del sector público y para el caso de las empresas públicas de propiedad de los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, ha previsto que sea la máxima autoridad administrativa de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal, quien resuelva la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado, según se desprende del tenor de dicha norma que forma parte de la Sección Séptima del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, (COOTAD), bajo el título de “Expropiaciones”.

De otra parte, de conformidad con el artículo 1, numeral 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 34, numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establece que la Empresa Pública de Hábitat y Vivienda EPMHV, se encuentra sujeta a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y según el artículo 2 de la Ordenanza Metropolitana No. 307, por la cual fue creada, tiene por objeto ejecutar las políticas dictadas por el Distrito Metropolitano de Quito en materia de habilitación y oferta del suelo; urbanización y promoción de habilitación y oferta del suelo; urbanización y promoción de vivienda, familias con ingresos bajos y medios, población vulnerable o en situación de riesgo; renovación urbana; mejoramiento habitacional; vivienda nueva para propietarios de suelo en el ámbito urbano y rural, colaborando en la reducción del déficit de vivienda.

En este contexto, cabe citar el artículo 2, numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dispone:

“Art. 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí.

También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.

El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.

La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública”.

La norma legal previamente transcrita, determina que se sujetarán al régimen especial contenido en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí y los que celebren aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.

Añaden los incisos tercero y cuarto del numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que el régimen especial previsto en ese numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio, el cual corresponde determinar al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública.

Por su parte, el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la Sección XII, titulada "Empresas Mercantiles del Estado y Subsidiarias", dispone en los artículos 103 y 104, lo siguiente:

"Art. 103.- Procedencia.- Se sujetarán a las disposiciones contenidas en el artículo siguiente, las contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios, que celebren:

1. Las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, de conformidad con el párrafo final del artículo 1 y el numeral 8 del artículo 2 de la Ley; y,
2. Las subsidiarias definidas como tales en el numeral 11 del artículo 6 de la Ley y conforme lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 2 de la Ley.

Art. 104.- Giro específico del negocio.- Las contrataciones a cargo de las empresas referidas en el artículo anterior, relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de

orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General.

Para el efecto, la máxima autoridad de las empresas o sus delegados, remitirán al INCOP la solicitud para que este determine las contrataciones que correspondan al giro específico y al giro común del respectivo negocio, cumpliendo con los requisitos previstos por el Director Ejecutivo de la mencionada institución. La definición de contrataciones sometidas a régimen especial por giro específico del negocio se publicará en una ventana especial del Portal www.compraspublicas.gob.ec.

Esta disposición no podrá ser utilizada como mecanismo de elusión de los procedimientos de contratación previstos en el Título III de la Ley. Si a juicio del INCOP se presumiera que alguna de las empresas hubiese incurrido en la práctica antes señalada, notificará a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley”.

De los artículos 103 y 104 del Reglamento de la materia, antes citados, se desprende que para el caso de las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público y de las empresas subsidiarias, en las contrataciones que éstas efectúen, dentro del marco del artículo 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, anteriormente citado, relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General. Se aclara que el marco del numeral 8 del Art. 2 de la LOSNCP, se halla referido a las contrataciones entre entidades del sector público, con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias o a los Estados de la Comunidad Internacional, o sus subsidiarias.

En contraste con lo referido en el párrafo precedente, el artículo 105 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé:

“Art. 105.- Actividades diferentes al giro específico del negocio.- Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, a cargo de las empresas antes referidas, diferentes a las señaladas en el artículo precedente, se deberán llevar a cabo siguiendo los procedimientos generales o especiales contemplados en la Ley y en este Reglamento General”.

En atención a su consulta, se concluye que de conformidad con el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se someterán a la normativa específica prevista en el Reglamento General a dicha Ley, los procedimientos precontractuales de las contrataciones que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y, las empresas entre sí; también los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias, únicamente en lo concerniente al giro específico del negocio; y, en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esa Ley.

La determinación del giro específico del negocio le compete al Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, en base de lo cual se puede aplicar el procedimiento de excepción para el giro específico del negocio, conforme la previsión de los artículos 103 y 104 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin sujetarse a los procedimientos comunes de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, siempre que se ajuste a los presupuestos del numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, antes referidos.

OF. PGE. N°: 08783, de 13-07-2012

**BIENES DE PROPIEDAD MUNICIPAL Y PARTICULAR:
DETERMINACIÓN DE EXCEDENTES Y ENAJENACIÓN**

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN AMBATO

CONSULTA:

Me refiero a su oficio No. DA-12-934 de 6 de agosto de 2012, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 8 de agosto del presente año, por el que solicita la reconsideración del pronunciamiento de este Organismo contenido en oficio No. 08904 de 20 de julio de 2012.

El pronunciamiento cuya reconsideración se solicita, atendió la consulta de la Municipalidad de Ambato formulada en oficio No. DA-12-0603 de 31 de mayo de 2012, tendiente a determinar si el inciso final del artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que define lo que son excedentes y determina su procedimiento de enajenación "es de aplicación exclusiva a los bienes de propiedad municipal o también a los bienes de propiedad particular".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 323.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Art. 481.

Código Civil Arts. 702 y 1740.

Ley de Tierras Baldías y Colonización Art. 1.

Ley de Desarrollo Agrario Art. 38 num. 1.

Plan de Ordenamiento Territorial de Ambato Art. 143.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 481 del COOTAD que regula el tema sobre el que trata la consulta, está ubicado en la Sección Segunda "Lotes o Fajas Distritales o Cantonales" del Capítulo II "Fraccionamiento de Suelos y Reestructuración de Lotes", del Título IX del COOTAD, que contiene "Disposiciones Especiales de los Gobiernos Metropolitanos y Municipales". La citada norma dispone:

"Art. 481.- Compraventa de fajas o lotes.- Para efectos de su enajenación, los terrenos de propiedad de los gobiernos municipales o metropolitanos se considerarán como lotes, o como fajas, o como excedentes o diferencias provenientes de errores de medición.

Por lotes se entenderá aquél terreno en el cual, de acuerdo con las ordenanzas municipales o metropolitanas, sea posible levantar una construcción independiente de las ya existentes o por levantarse en los terrenos vecinos.

Por fajas se entenderán aquellas porciones de terreno que por sus reducidas dimensiones o por ser provenientes de rellenos no pueden soportar una construcción independiente de las de los inmuebles vecinos, ni sea conveniente, de acuerdo con las ordenanzas municipales, mantenerlas como espacios verdes comunitarios.

Las fajas municipales o metropolitanas solo podrán ser adquiridas mediante el procedimiento de pública subasta, por los propietarios de los predios colindantes. Si de hecho llegaren a adjudicarse a personas que no lo fueren, dichas adjudicaciones y consiguiente inscripción en el registro de la propiedad serán nulas.

Por excedentes o diferencias se entenderán todas aquéllas superficies de terreno que excedan del área original que conste en el respectivo título y que se determinen al efectuar una medición municipal por cualquier causa o que resulten como diferencia entre una medición anterior y la última practicada, bien sea por errores de cálculo o de medidas. Estos excedentes o diferencias se adjudicarán al propietario del lote que ha sido mal medido cobrándole el precio de mercado”.

Del texto de la norma transcrita se desprende que ésta regula la enajenación de terrenos de propiedad municipal, que para el efecto los clasifica en: lotes, fajas o excedentes, definiendo a éstos últimos como los resultantes de “diferencias provenientes de errores de medición”. El inciso final del artículo 481 del COOTAD, dispone que la enajenación de los excedentes se hará por adjudicación “al propietario del lote que ha sido mal medido” “cobrándole el precio de mercado”.

Sobre la base del artículo 481 del COOTAD, el pronunciamiento cuya reconsideración se solicita, concluyó lo siguiente:

“(…) si el primer inciso del artículo 481 del COOTAD, clasifica a los terrenos de propiedad de los gobiernos municipales o metropolitanos en lotes, fajas y excedentes; y, el inciso final del mismo artículo dispone que: ‘Por excedentes o diferencias se entenderán todas aquellas superficies de terreno que excedan del área original que conste en el respectivo título’, ello significa que la ley asume que toda diferencia de superficie de terreno proveniente de error de medición, debe ser considerada como excedente y por tanto, de propiedad municipal, sin que aquello comporte una interpretación extensiva del inciso final del artículo 481 del COOTAD, conforme argumenta el informe jurídico de la Municipalidad consultante; por el contrario, aquello atiende al tenor literal de la norma.

A lo dicho es pertinente agregar que, el inciso final del artículo 481 del COOTAD dispone que la municipalidad debe efectuar la enajenación de los excedentes, esto es de las diferencias de superficie de terreno que hubiere determinado, mediante adjudicación de ese excedente al propietario del lote que ha sido mal medido, de lo que se concluye que independientemente de que la adquisición del lote se hubiere efectuado al municipio o a un tercero, la ley declara que la diferencia de superficie que se detecte es de propiedad municipal y determina el procedimiento para su enajenación.

Por lo tanto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, la disposición del inciso final del artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, no es de aplicación exclusiva a los bienes de propiedad municipal sino también a los bienes de propiedad particular en los que la Municipalidad determine que, por un error de medición, existen diferencias de superficie de terreno respecto del área original que conste en el respectivo título, que según el citado inciso final del artículo 481 del COOTAD, constituyen excedentes y por tanto propiedad municipal para efectos de su enajenación”.

En la comunicación que contestó el Alcalde de Ambato menciona que, el pedido de reconsideración se sustenta en el oficio No. AJ-12-2332 de 31 de julio de 2012, que contiene el criterio del Procurador Síndico Municipal; y, agrega que:

“La incidencia económica que tendría para cientos de particulares la aplicación de esta disposición en el sentido que ha sido expuesto en la absolución a la consulta, ocasionaría un gran desconcierto social, lo que a su vez podría derivar en un problema de orden político, en la medida que ante la inquietud social, grupos de ciudadanos manifestaren su inconformidad ante los órganos de legislación y fiscalización municipal, que son de carácter eminentemente político”.

Por su parte, el oficio No. AJ-12-2332 de 31 de julio del 2012 del Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato, que contiene los fundamentos de derecho de la reconsideración, reitera lo expuesto al formular la consulta inicial, en el sentido de que “Ha sido práctica común en nuestro medio la venta de predios sin una definición exacta del área vendida, pues al menos en décadas anteriores, era usual vender: ‘Un retazo’, ‘Un cantero’, ‘media cuadra’, etc.”.

Manifiesta el citado informe que el pronunciamiento cuya reconsideración se solicita “(...) en nada se refiere a las consideraciones legales y de repercusión social que fueron expuestas por el GAD Municipal de Ambato, limitándose a señalar un principio doctrinario que reza: ‘Donde el legislador no distingue no es lícito al intérprete distinguir’”.

Entre los fundamentos de derecho del pedido de reconsideración, el Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato se refiere a las disposiciones de los artículos 1740 y 702 del Código Civil, citadas en mi pronunciamiento, que reglan la transferencia de dominio de inmuebles mediante escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad que deben observar las Municipalidades a efectos

de instrumentar la enajenación de los excedentes que, al tenor del inciso final del artículo 481 del COOTAD, constituye una transferencia onerosa que debe efectuar la Municipalidad al propietario del lote mal medido.

El Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato invoca además el artículo 323 de la Constitución de la República que prohíbe todo tipo de confiscación. Dicho argumento reitera al expuesto inicialmente en idéntico sentido, en la consulta formulada por ese GAD en oficio No. DA-12-0603 de 31 de mayo de 2012.

Finalmente, añade el Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato que:

“El artículo 143 del Plan de Ordenamiento Territorial de Ambato, contenido en la correspondiente ordenanza que fue promulgada el 19 de diciembre del 2008, y publicada en la edición especial del Registro Oficial No. 108, de 12 de marzo del 2009, señala respecto de las diferencias de áreas lo siguiente:

‘a) En todos los casos de fraccionamiento en que existiera diferencias entre las dimensiones constantes en las escrituras públicas y las que constan en el proyecto de fraccionamiento, se aceptará una tolerancia máxima de siete por ciento (7%) en las áreas urbanas y urbanizables del cantón y en más/menos, quince por ciento (15%) en áreas no urbanizables agrícolas del cantón.

Si las diferencias excedieran de las tolerancias señaladas, los interesados en forma previa a la aprobación...justificarán legalmente el dominio de dichas diferencias, mediante escritura aclaratoria en caso de existir las dos partes contratantes; si no existieren éstas, el propietario o interesado podrá realizar una declaración juramentada...’.

b) En toda transferencia de dominio se respetará el precio establecido... al existir diferencia en el área que está transfiriendo el propietario y señalada en la escritura pública de dominio con respecto a la nueva escritura que se va a suscribir, se aplicarán según el caso las tolerancias señaladas en el literal a) de este artículo o justificarán legalmente el dominio de dichas diferencias mediante escritura aclaratoria o rectificatoria...”.

La Ordenanza cuyo artículo 143 se ha citado en las líneas que preceden, en tanto fue expedida antes de la promulgación del COOTAD, debe adecuarse a las disposiciones de ese Código Orgánico conforme establece su Disposición Transitoria Vigésimo Segunda, según se analizará más adelante.

Finalmente, el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato alude a las disposiciones contenidas en los artículos 1 de la Ley de Tierras Baldías y Colonización, y al numeral 1 del artículo 38 de la Ley de Desarrollo Agrario que concuerdan al disponer que las tierras rurales que carecen de dueño constituyen patrimonio del Estado, representado por el INDA.

Sobre dicha base normativa, el Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato, concluye que:

"1. No existe ninguna norma ni constitucional ni legal que sustente la afirmación de que las áreas que aparecieran como excedentes, como consecuencia de la diferencia entre lo expresado en el título y lo medido, pasan a ser de propiedad municipal, por lo que cualquier acción municipal en el sentido de apropiarse de tales áreas, constituiría una confiscación, la que se encuentra expresamente prohibida por la Constitución en vigencia;

(...) 5. Por todo lo expuesto, considero señor Alcalde, que sería conveniente insistir ante el señor Procurador General del Estado para que se sirva revisar su pronunciamiento respecto de la aplicación del inciso final del artículo 481 del COOTAD, pues su interpretación contenida en el Oficio No. 08904 de 23 de julio del 2012 nos conduciría a un procedimiento abiertamente contrario a la disposición del artículo 323 de la Constitución de la República, cuya vigencia es de cumplimiento obligatorio. Es más, de insistirse en el criterio de que tal disposición del COOTAD debe aplicarse a toda clase de bienes, tanto particulares como municipales, sería conveniente analizar dos posibilidades: plantear la inconstitucionalidad de esa norma, por contrariar el mencionado artículo 323 constitucional o solicitar a la Asamblea Nacional su interpretación con carácter general y obligatorio".

Según los argumentos expuestos en el pedido de reconsideración, referidos en los párrafos precedentes, la Municipalidad de Ambato considera que la disposición contenida en el inciso final del artículo 481 del COOTAD antes transcrito, que define los excedentes y determina el procedimiento para su enajenación, no constituye base normativa suficiente que permita concluir, como se ha hecho en el pronunciamiento de este Organismo, que para efectos de su enajenación, los excedentes constituyen propiedad municipal, lo que a criterio de la Municipalidad de Ambato, constituye una interpretación extensiva del inciso final del artículo 481 del COOTAD si se lo aplica a terrenos de propiedad de particulares, configurándose una confiscación prohibida por la Constitución de la República.

Por el contrario, el análisis efectuado por esta Entidad en el pronunciamiento cuya reconsideración se solicita, se motiva en que si el primer inciso del artículo 481 del COOTAD clasifica a los terrenos de propiedad de los gobiernos municipales o metropolitanos en lotes, fajas y excedentes; y, el inciso final del mismo artículo define como excedentes o diferencias “todas aquellas superficies de terreno que excedan del área original que conste en el respectivo título”, ello significa que la ley asume que toda diferencia de superficie de terreno proveniente de error de medición, debe ser considerada como excedente y por tanto de propiedad municipal, sin que aquello comporte una interpretación extensiva del inciso final del artículo 481 del COOTAD, pues por el contrario, atiende al tenor literal de esa norma que en su primer inciso declara que los excedentes son de propiedad municipal.

A lo analizado en mi pronunciamiento se debe agregar que, el procedimiento de determinación de excedentes debe necesariamente ser normado mediante Ordenanza por las Municipalidades, conforme concluí en oficio No. 04424 de 21 de octubre de 2011, al que me referí en forma expresa en el pronunciamiento cuya reconsideración se solicita. En dicho oficio manifesté:

“En ejercicio de la potestad normativa que confiere la letra a) del artículo 57 del COOTAD a las Municipalidades, ese gobierno autónomo debe regular mediante Ordenanza, el procedimiento administrativo y técnico aplicable para que, de oficio o a petición del propietario o sus sucesores en derecho, la municipalidad pueda disponer la práctica de las mediciones técnicas y levantamientos planimétricos, necesarios para verificar las dimensiones de los inmuebles, de manera que se pueda determinar, si es del caso, la existencia de los excedentes a los que se refiere el artículo 481 del COOTAD. La Ordenanza deberá prever que dichos procedimientos sean notificados a los propietarios o sus sucesores en derecho, quienes deberán proporcionar a la Municipalidad, la información y documentos respectivos, así como las facilidades para la práctica de las mediciones”.

Sobre la materia objeto de análisis, en el pronunciamiento contenido en oficio No. 8821 de 17 de julio de 2012, se analizó que:

“(…) la incorporación de los inmuebles en el catastro municipal, ‘así como la anotación de las características de dichos bienes, es obligatoria, y se puede extender, de ser el caso, a la modificación de los datos que permitan que la descripción catastral del inmueble corresponda con la realidad; sin embargo, el catastro no legaliza medidas, linderos ni cabidas (áreas) de predios, pues la propiedad del inmueble se determina por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, según el artículo 702 del Código Civil”.

Es decir que, la determinación de excedentes que dispone el inciso final del artículo 481 del COOTAD, exige a las Municipalidades reglar mediante Ordenanza el procedimiento aplicable, a fin de que las diferencias de superficie que detecte la Municipalidad se fijen de forma técnica, luego de que el/los propietario(s) del lote mal medido o sus sucesores, hubieren sido notificados a efectos de que justifiquen legalmente dichas diferencias, pues solo en el evento en que ello no hubiere sido posible, la Municipalidad estará en condiciones de resolver en forma motivada la existencia de excedentes de propiedad municipal y disponer su enajenación en la forma prevista por el citado inciso final del artículo 481 del COOTAD. Dicha regulación coadyuvará para que estos procedimientos garanticen la seguridad jurídica que consagra el artículo 82 de la Constitución de la República, el cual prevé:

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

De lo expuesto se desprende que, cualquiera que fuere el mecanismo de medición de la cabida o superficie del lote que conste en el título inscrito, dicha superficie debe coincidir con los linderos consignados en el título; de no existir tal conformidad, el procedimiento reglado por el inciso final del artículo 481 del COOTAD y la respectiva Ordenanza tendrá por finalidad que el propietario del lote mal medido o sus sucesores, puedan justificar legalmente las diferencias de cabida, y solo de no hacerlo habría lugar a la determinación de excedentes por parte de la Municipalidad.

Finalmente, atenta la cita que hace el Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato, de las disposiciones del artículo 1 de la Ley de Tierras Baldías y Colonización y del numeral 1 del artículo 38 de la Ley de Desarrollo Agrario, que establecen que las tierras rústicas sin dueño son de propiedad del INDA, resulta pertinente considerar que dicho Instituto fue suprimido por Decreto Ejecutivo No. 373, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 206 de 3 de junio de 2010, y sus competencias transferidas al Ministerio de Agricultura a través de la Subsecretaría de Tierras y Reforma Agraria; y, que dichas normas se refieren a tierras rústicas sin dueño; mientras que, los excedentes que constituyen propiedad municipal al tenor del primer inciso del artículo 481 del COOTAD, se determinan respecto de las superficies de terreno de las propiedades que excedan del área original que conste en el respectivo título inscrito.

Sobre la aplicación del inciso final del artículo 481 del COOTAD que regula la determinación de excedentes, respecto de predios urbanos y rurales, en el pronunciamiento contenido en oficio No. 08821 de 17 de julio de 2012, concluí que:

“En cuanto se refiere al procedimiento, la determinación de excedentes surge como consecuencia de un error en la medición de la superficie de un inmueble, urbano o rural, que resulte de una diferencia de superficie producto de una medición anterior, respecto de la medición que practique la municipalidad, con el fin de incluir el inmueble en el catastro o actualizar dicho registro, según se analizó en el pronunciamiento de este Organismo, contenido en oficio No. 04424 de 21 de octubre de 2011”.

La aplicación del inciso final del Art. 481 del COOTAD, en todo caso, siempre está referida a diferencias respecto de las medidas que consten en el respectivo título de dominio.

Por las consideraciones expuestas, al no haber variado los fundamentos de derecho en que se motivó mi pronunciamiento, se desestima su pedido de reconsideración por improcedente.

OF. PGE. N°: 09601, de 03-09-2012

BIENES DE PROPIEDAD MUNICIPAL Y PARTICULAR: ERROR DE MEDICIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE AMBATO

CONSULTA:

“¿La disposición del inciso final del artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, es de aplicación exclusiva a los bienes de propiedad municipal o será extensiva también a los bienes de propiedad particular?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 323.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Art. 481.

Código Civil Arts. 1740 y 702.

PRONUNCIAMIENTO:

Como alcance a la consulta, mediante oficio No. AJ-12-1616 de 1 de junio de 2012, recibido el 5 de junio del presente año, el Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato, remite a este Organismo, copia del oficio No. AJ-12-1327 de 30 de mayo de 2012, que contiene su criterio jurídico sobre el tema.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad refiere como antecedente la consulta que, sobre la aplicación del inciso final del artículo 481 del COOTAD que regula la transferencia de “excedentes”, formuló el Alcalde de Pillaro a la Procuraduría General del Estado y el pronunciamiento de esta Entidad, contenido en oficio No. 04424 de 21 de octubre de 2011.

Con respecto al inciso final del artículo 481 del COOTAD, el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato expone que: “...responde a una fundamentada preocupación del legislador por eventuales perjuicios a los intereses municipales, puesto que si la Municipalidad transfiere una propiedad y cobra por ella el valor que corresponde a su superficie y más adelante, por cualquier circunstancia se determina que el bien transferido tiene un área mayor, es obvio que el Municipio debe procurar el cobro de esa diferencia y legalizarla mediante una adjudicación a quien lo hubiere adquirido, pero mediante el cobro del valor correspondiente a precio de mercado”.

Agrega el citado informe que: “Pretender que al establecerse una diferencia de área entre lo expresado en la escritura y lo que se determine mediante una medición del predio, esta diferencia se constituiría en propiedad municipal y por lo tanto deberá ser catastrada y avaluada para la posterior adjudicación, cobrándole por ella al adquirente el precio comercial, no tiene ningún asidero ni constitucional ni legal y, antes al contrario, contrariaría el principio constitucional recogido en el artículo 323 de la Constitución de la República que en su parte final prohíbe toda forma de confiscación”.

Continúa la argumentación del Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato, manifestando que: “Consideramos igualmente inadecuada la aplicación de la norma del inciso final del artículo 481 del COOTAD a las propiedades de particulares, por contrariar un principio de interpretación de la ley, que determina que ella debe realizarse en el contexto correspondiente. Si, como se advierte al inicio de este análisis, el artículo 481 del COOTAD se refiere a los terrenos de propiedad de los gobiernos municipales o metropolitanos, mal puede pretenderse la aplicación de esta norma a los terrenos de propiedad de los particulares”.

Sobre dicha base, concluye que:

“Pero más allá del análisis jurídico, es conveniente destacar también la connotación social que tendría una aplicación extensiva del artículo que comentamos a los bienes particulares, puesto que no es extraño a la realidad del país que, al menos en décadas anteriores, las transacciones sobre inmuebles carecían de la precisión de las actuales, pues era frecuente transferir “retazos de terreno”, un “medio cantero”, “un solar”, una “media cuadra”, etc., por lo que las propiedades cuya área real no corresponda a su medición, alcanzan un número muy significativo.

De otra parte, si las autoridades municipales, al determinar esas diferencias en predios particulares no procedieren a “catastrarlas y avaluarlas” para luego venderlas a los dueños del predio mal medido, podrían exponerse a hallarse incursas en una figura que daría lugar al establecimiento de responsabilidades administrativas y civiles por parte de los organismos de control”.

El artículo 481 del COOTAD, sobre cuyo inciso final trata su consulta, está ubicado en la Sección Segunda “Lotes o Fajas Distritales o Cantonales” del Capítulo II “Fraccionamiento de Suelos y Reestructuración de Lotes”, del Título IX de ese Código Orgánico, que contiene “Disposiciones Especiales de los Gobiernos Metropolitanos y Municipales”. La norma dispone:

“Art. 481.- Compraventa de fajas o lotes.- Para efectos de su enajenación, los terrenos de propiedad de los gobiernos municipales o metropolitanos se considerarán como lotes, o como fajas, o como excedentes o diferencias provenientes de errores de medición.

Por lotes se entenderá aquél terreno en el cual, de acuerdo con las ordenanzas municipales o metropolitanas, sea posible levantar una construcción independiente de las ya existentes o por levantarse en los terrenos vecinos.

Por fajas se entenderán aquellas porciones de terreno que por sus reducidas dimensiones o por ser provenientes de rellenos no pueden soportar una construcción independiente de las de los inmuebles vecinos, ni sea conveniente, de acuerdo con las ordenanzas municipales, mantenerlas como espacios verdes comunitarios.

Las fajas municipales o metropolitanas solo podrán ser adquiridas mediante el procedimiento de pública subasta, por los propietarios de los predios colindantes. Si de hecho llegaren a adjudicarse a personas que no lo fueren, dichas adjudicaciones y consiguiente inscripción en el registro de la propiedad serán nulas.

Por excedentes o diferencias se entenderán todas aquéllas superficies de terreno que excedan del área original que conste en el respectivo título y que se determinen al efectuar una medición municipal por cualquier causa o que resulten como diferencia entre una medición anterior y la última practicada, bien sea por errores de cálculo o de medidas. Estos excedentes o diferencias se adjudicarán al propietario del lote que ha sido mal medido cobrándole el precio de mercado”.

La norma transcrita establece el procedimiento de enajenación de terrenos de propiedad municipal; y, para el efecto los clasifica en lotes, fajas o excedentes, determinando que éstos últimos son los resultantes de diferencias provenientes de errores de medición.

En el pronunciamiento de este Organismo, contenido en oficio No. 04424 de 21 de octubre de 2011, al que se ha referido el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato, con respecto al inciso final del artículo 481 del COOTAD expuse que:

“Del tenor de la norma transcrita se desprende que ésta regula la enajenación de terrenos de propiedad municipal; y, que para el efecto los clasifica en lotes, fajas o excedentes, siendo éstos últimos los resultantes de “diferencias provenientes de errores de medición”. El inciso final del citado artículo 481 del COOTAD dispone que la enajenación de los excedentes, se hará por adjudicación al propietario del lote que ha sido mal medido “cobrándole el precio de mercado”, disponiendo en consecuencia, una enajenación a título oneroso. Debemos entender entonces que, en el caso de los excedentes, la ley asume que cualquier diferencia por error de medición en un terreno de propiedad de un tercero, no del Municipio, debe ser considerado como de propiedad municipal”.

En el mismo pronunciamiento agregué que:

“Cuando la Municipalidad efectúe una medición técnica de las dimensiones de un inmueble, con el fin de incluirlo en el catastro o actualizar dicho registro, y determine que las dimensiones reales del inmueble difieren de la cabida que consta en el título inscrito, siendo dicha diferencia proveniente de un error de medición, constituiría excedente, en los términos del artículo 481 del COOTAD, evento en el que, dichos excedentes tendrían el carácter de bienes de propiedad municipal, según lo establece dicha norma y su enajenación procedería mediante adjudicación al propietario del lote que ha sido mal medido, cobrándole el precio del mercado, según el inciso final del citado artículo 481 del COOTAD”.

Sobre dicha base concluí:

“...los excedentes a los que se refiere el artículo 481 del COOTAD, constituyen bienes municipales y por tanto su transferencia se debe efectuar por parte de la municipalidad en la forma dispuesta por el inciso final de dicha norma, que prevé que se debe adjudicar el excedente al propietario del lote que ha sido mal medido, cobrándole el precio del mercado, lo que constituye una venta, que deberá ser instrumentada en escritura pública que posteriormente deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad, de conformidad con los artículos 1740 y 702 del Código Civil, respectivamente”.

Es principio de derecho que “Donde el legislador no distingue no es lícito al intérprete distinguir” (Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus).

Por tanto, si el primer inciso del artículo 481 del COOTAD, clasifica a los terrenos de propiedad de los gobiernos municipales o metropolitanos en lotes, fajas y excedentes; y, el inciso final del mismo artículo dispone que: “Por excedentes o diferencias se entenderán todas aquellas superficies de terreno que excedan del área original que conste en el respectivo título”, ello significa que la ley asume que toda diferencia de superficie de terreno proveniente de error de medición, debe ser considerada como excedente y por tanto, de propiedad municipal, sin que aquello comporte una interpretación extensiva del inciso final del artículo 481 del COOTAD, conforme argumenta el informe jurídico de la Municipalidad consultante; por el contrario, aquello atiende al tenor literal de la norma.

A lo dicho es pertinente agregar que, el inciso final del artículo 481 del COOTAD dispone que la municipalidad debe efectuar la enajenación de los excedentes, esto es de las diferencias de superficie de terreno que hubiere determinado, mediante adjudicación de ese excedente al propietario del lote que ha sido mal medido, de lo que se concluye que independientemente de que la adquisición del lote se hubiere efectuado al municipio o a un tercero, la ley declara que la diferencia de superficie que se detecte es de propiedad municipal y determina el procedimiento para su enajenación.

Por lo tanto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, la disposición del inciso final de artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, no es de aplicación exclusiva a los bienes de propiedad municipal sino también a los bienes de propiedad particular en los que la Municipalidad determine que, por un error de medición, existen diferencias de superficie de terreno respecto del área original que conste en el respectivo

título, que según el citado inciso final del artículo 481 del COOTAD, constituyen excedentes y por tanto propiedad municipal para efectos de su enajenación.

OF. PGE. N°: 08904, de 20-07-2012

BIENES INMUEBLES: COBRO DE VALORES POR EXCEDENTES DE TERRENOS

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE CHAMBO

CONSULTAS:

1. "¿La aplicación del Art. 481 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se la puede aplicar con efecto retroactivo para el cobro de los excedentes que determina el artículo; es decir es procedente el cobro del valor por concepto de excedentes de terrenos, en actos que se realizaron con fecha anterior a la vigencia al COOTAD, sea por error en la medición y/o nueva medición técnica, considerando que el GAD Municipal de Chambo puede aplicar lo que dispone el Art. en mención, en conocimiento que el Art. 7 del Código Civil ecuatoriano manifiesta "la ley no dispone sino para lo venidero, no tiene efecto retroactivo?".

2. "¿Si la aplicación del Art. 481 del COOTAD, es decir el cobro a los excedentes a los contribuyentes como consecuencia de los errores provenientes de mediciones anteriores a la vigencia del COOTAD, mismos que en los actuales momentos se ha detectado; para ser corregidos, deben o no sujetarse al Art. 481 del COOTAD, considerando que a la fecha de celebración de las escrituras públicas el marco legal vigente permitía determinar en las mismas una cabida en algunas ocasiones: un solar más o menos, una cuadra más o menos, un cuerpo de terreno o en su defecto se hacía constar una medida aproximada y que en realidad superaba dicha superficie, entre otros o solamente deben sujetarse a esta disposición legal los errores provenientes de mediciones que han surgido desde la vigencia del COOTAD y pretenden ser corregidos en los momentos actuales?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 66 num. 26, 82 y 481.
Código Civil Arts. 7, 18 num. 1, 605, 702 y 1740.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 55, 57 lit. a), 139, 153 lit. c), 306, 308, 481, 494, 496, 501 y 514.

Ley Orgánica de Régimen Municipal (derogada) Arts. 153 lit. c), 306 y 308.

D. S. N° 1376 R. O. N° 458 de 21-12-1973 Art. 4.

D. S. 439 Arts. 1 y 2.

PRONUNCIAMIENTOS:

El informe jurídico del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en documento sin número ni fecha, remitido como anexo a la comunicación de consulta, manifiesta que en los trámites administrativos que se realizan en esa Municipalidad “se vienen detectando al momento de actualizar los datos de dimensiones y áreas de los predios, mediante mediciones técnicas por parte de personal municipal, que existen en muchos de los casos excedentes los cuales son detectados una vez que está en vigencia el COOTAD, y que sus errores provienen a fechas anteriores a su vigencia, surgiendo el inconveniente que para rectificar el área o cabida de los excedentes indicados, estos deben ser cobrados por la municipalidad, pese que los mismos se originaron por errores de medición con anterioridad a la vigencia de la norma legal”.

El citado informe invoca los artículos 66 numeral 26, y 82 de la Constitución de la República que reconocen en su orden, los derechos a la propiedad y a la seguridad jurídica; el artículo 7 del Código Civil que establece el principio de irretroactividad de la ley; el artículo 18 del mismo Código que determina las reglas de interpretación de la ley, la primera de las cuales prevé que “1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”; y, el artículo 605 *ibídem*, que dispone que son bienes del Estado todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño.

El Procurador Síndico de la Municipalidad de Chambo manifiesta que: “El Art. 7 del Código Civil dispone, que la ley dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, en concordancia con lo que dispone el Art. 82 de la Constitución de la República que establece la seguridad jurídica se radica en la aplicación de normas claras preexistentes, públicas, a la fecha que se promulgó el COOTAD el mes de octubre del 2010, su aplicación integral se debe entender desde el momento de su publicación en el Registro Oficial y por lo tanto no tiene efecto retroactivo...”.

Sobre dicha base normativa, el Procurador Síndico argumenta que: “Respecto al cobro de los excedentes provenientes de los lotes de terreno anteriores a la vigencia del COOTAD y que al momento se han detectado las inconsistencias en

las áreas, por existir nuevas mediciones o actualizaciones de datos, los mismos no deben ser cobrados, pero existe disposición legal esto es el Art. 605 del Código Civil vigente que establece: que todas las tierras situadas dentro de los límites territoriales, que carecen de otro dueño son bienes del Estado, por lo que si bien es cierto no se puede aplicar la irretroactividad de la ley, por disposición legal, estas tierras o excedentes vendrían a pertenecer al Estado por mandato del Código Civil por ende para su enajenación se requiere de las solemnidades de ley y pagos respectivos”.

Añade que: “En lo que se refiere a la inquietud si el cobro de los excedentes de terrenos o diferencias provenientes de errores de medición se los aplica únicamente al sector urbano sin considerar a los lotes de terreno del sector rural, manifestando que el Art. 18 numeral 1 del Código Civil, dispone que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, en tal sentido es criterio de la Procuraduría del GAD Municipal que atendiendo el tenor literal del Art. 481 del COOTAD en el cual no se hace diferenciación en errores de medición o excedentes de área entre terrenos urbanos o rurales, lo que debemos entender entonces que en estos casos la ley asume que cualquier diferencia por error de medición en un terreno de un tercero, debe ser considerado como de propiedad municipal, por lo que para mi criterio los excedentes de los terrenos sean urbanos o rurales son de propiedad municipal”.

Concluye el Procurador Síndico expresando que: “Por lo antes analizado y conforme a lo que manifiesta la Ley y la Constitución de la República del Ecuador, es mi criterio que no puede aplicar el contenido del Art. 481 de manera retroactiva; y los excedentes de los terrenos sean urbanos o rurales son propiedad municipal”.

El artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, regula la enajenación de los terrenos de propiedad de los gobiernos municipales, que dicha norma clasifica en lotes, fajas y excedentes; y, dispone:

“Art. 481.- Compraventa de fajas o lotes.- Para efectos de su enajenación, los terrenos de propiedad de los gobiernos municipales o metropolitanos se considerarán como lotes, o como fajas, o como excedentes o diferencias provenientes de errores de medición.

Por lotes se entenderá aquél terreno en el cual, de acuerdo con las ordenanzas municipales o metropolitanas, sea posible levantar una construcción independiente de las ya existentes o por levantarse en los terrenos vecinos.

Por fajas se entenderán aquellas porciones de terreno que por sus reducidas dimensiones o por ser provenientes de rellenos no pueden soportar una construcción independiente de las de los inmuebles vecinos, ni sea conveniente, de acuerdo con las ordenanzas municipales, mantenerlas como espacios verdes comunitarios.

Las fajas municipales o metropolitanas solo podrán ser adquiridas mediante el procedimiento de pública subasta, por los propietarios de los predios colindantes. Si de hecho llegaren a adjudicarse a personas que no lo fueren, dichas adjudicaciones y consiguiente inscripción en el registro de la propiedad serán nulas.

Por excedentes o diferencias se entenderán todas aquéllas superficies de terreno que excedan del área original que conste en el respectivo título y que se determinen al efectuar una medición municipal por cualquier causa o que resulten como diferencia entre una medición anterior y la última practicada, bien sea por errores de cálculo o de medidas. Estos excedentes o diferencias se adjudicarán al propietario del lote que ha sido mal medido cobrándole el precio de mercado”.

Del tenor de la norma transcrita se desprende que ésta regula la enajenación de terrenos de propiedad municipal; y, que para el efecto los clasifica en lotes, fajas o excedentes, siendo éstos últimos los resultantes de “diferencias provenientes de errores de medición”. Con respecto a los excedentes, el inciso final del citado artículo 481 del COOTAD dispone que su enajenación se haga por adjudicación al propietario del lote que ha sido mal medido, cobrándole el precio de mercado.

En atención a una consulta formulada por el Alcalde de Píllaro, sobre el procedimiento de enajenación de excedentes, reglado por el inciso final del artículo 481 del COOTAD, en pronunciamiento contenido en oficio No. 4424 de 21 de octubre de 2011 concluí que: “...los excedentes a los que se refiere el artículo 481 del COOTAD, constituyen bienes municipales y por tanto su transferencia se debe efectuar por parte de la municipalidad en la forma dispuesta por el inciso final de dicha norma, que prevé que se debe adjudicar el excedente al propietario del lote que ha sido mal medido, cobrándole el precio del mercado, lo que constituye una venta, que deberá ser instrumentada en escritura pública que posteriormente deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad, de conformidad con los artículos 1740 y 702 del Código Civil, respectivamente”.

En el pronunciamiento de la referencia se consideró que, la incorporación de los inmuebles en el catastro municipal, “así como la anotación de las características de dichos bienes, es obligatoria, y se puede extender, de ser el caso, a la modificación de los datos que permitan que la descripción catastral del inmueble corresponda

con la realidad; sin embargo, el catastro no legaliza medidas, linderos ni cabidas (áreas) de predios, pues la propiedad del inmueble se determina por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, según el artículo 702 del Código Civil”.

Con relación al procedimiento de enajenación de excedentes, en el citado pronunciamiento se analizó que:

“...El inciso final del citado artículo 481 del COOTAD dispone que la enajenación de los excedentes, se hará por adjudicación al propietario del lote que ha sido mal medido cobrándole el precio de mercado, disponiendo en consecuencia, una enajenación a título oneroso. Debemos entender entonces que, en el caso de los excedentes, la ley asume que cualquier diferencia por error de medición en un terreno de propiedad de un tercero, no del Municipio, debe ser considerado como de propiedad municipal”.

Con tales antecedentes, en el pronunciamiento antes citado concluí que: “Cuando la Municipalidad efectúe una medición técnica de las dimensiones de un inmueble, con el fin de incluirlo en el catastro o actualizar dicho registro, y determine que las dimensiones reales del inmueble difieren de la cabida que consta en el título inscrito, siendo dicha diferencia proveniente de un error de medición, constituiría excedente, en los términos del artículo 481 del COOTAD, evento en el que, dichos excedentes tendrían el carácter de bienes de propiedad municipal, según lo establece dicha norma y su enajenación procedería mediante adjudicación al propietario del lote que ha sido mal medido, cobrándole el precio del mercado, según el inciso final del citado artículo 481 del COOTAD”.

En el mismo pronunciamiento se agregó que: “En ejercicio de la potestad normativa que confiere la letra a) del artículo 57 del COOTAD a las Municipalidades, ese gobierno autónomo debe regular mediante Ordenanza, el procedimiento administrativo y técnico aplicable para que, de oficio o a petición del propietario o sus sucesores en derecho, la municipalidad pueda disponer la práctica de las mediciones técnicas y levantamientos planimétricos, necesarios para verificar las dimensiones de los inmuebles, de manera que se pueda determinar, si es del caso, la existencia de los excedentes a los que se refiere el artículo 481 del COOTAD. La Ordenanza deberá prever que dichos procedimientos sean notificados a los propietarios o sus sucesores en derecho, quienes deberán proporcionar a la Municipalidad, la información y documentos respectivos, así como las facilidades para la práctica de las mediciones”.

Para atender sus consultas es pertinente considerar que, según la letra i) del artículo 55 del COOTAD, es competencia exclusiva de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, elaborar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales; y, actualizarlos cada dos años, según el artículo 139 del mismo Código. Idénticas atribuciones correspondían a las Municipalidades, antes de la promulgación de COOTAD, de conformidad con los artículos 153 letra c), 306 y 308 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

El “catastro” es “el registro público de los bienes inmuebles, que sirve de base para aplicar las contribuciones territoriales y que contiene la ubicación de los inmuebles, límites, extensión, transferencias, etcétera”. Los catastros inmobiliarios constituyen la base que permite valorar y determinar los impuestos municipales que gravan a los predios urbanos y rurales, cuyo sujeto activo es la municipalidad en la que están ubicados los inmuebles, según los artículos 501 y 514 del COOTAD.

En cuanto se refiere a la actualización de los catastros, los artículos 494 y 496 del COOTAD, disponen en su orden:

“Art. 494.- Actualización del catastro.- Las municipalidades y distritos metropolitanos mantendrán actualizados en forma permanente, los catastros de predios urbanos y rurales. Los bienes inmuebles constarán en el catastro con el valor de la propiedad actualizado, en los términos establecidos en este Código”.

“Art. 496.- Actualización del avalúo y de los catastros.- Las municipalidades y distritos metropolitanos realizarán, en forma obligatoria, actualizaciones generales de catastros y de la valoración de la propiedad urbana y rural cada bienio. A este efecto, la dirección financiera o quien haga sus veces notificará por la prensa a los propietarios, haciéndoles conocer la realización del avalúo.

Concluido este proceso, notificará por la prensa a la ciudadanía, para que los interesados puedan acercarse a la entidad o acceder por medios digitales al conocimiento de la nueva valorización; procedimiento que deberán implementar y reglamentar las municipalidades.

Encontrándose en desacuerdo el contribuyente podrá presentar el correspondiente reclamo administrativo de conformidad con este Código”.

Los artículos 306 y 308 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, regularon en similares términos a los establecidos en los artículos 494 y 496

del vigente COOTAD, la actualización del catastro de predios urbanos y rurales, previendo la obligación de las Municipalidades de realizar en forma obligatoria, actualizaciones generales de catastros y de la valoración de la propiedad urbana y rural cada bienio, es decir cada dos años.

El análisis de sus consultas exige considerar en forma adicional que, la competencia de las Municipalidades para determinar excedentes, que es la materia reglada por el inciso final del artículo 481 del vigente COOTAD, sobre la que trata su consulta, fue regulada en forma expresa por el artículo 4 del Decreto Supremo No. 1376, reformado por los artículos 1 y 2 del Decreto Supremo No. 439, cuyo texto incluida la reforma, disponía:

"Art. 4°.- Para efectos de su enajenación, los terrenos municipales se considerarán como "lotes" o "fajas" o como excedentes o diferencias provenientes de errores de medición.

Por lotes se entenderá aquel terreno en el cual, de acuerdo con las Ordenanzas Municipales, sea posible levantar una construcción independiente de las ya existentes o por levantarse en los terrenos vecinos.

Por "fajas" se entenderán aquellas porciones de terreno que por sus reducidas dimensiones o por ser provenientes de rellenos no pueden soportar una construcción independiente de las de los inmuebles vecinos, ni sea conveniente, de acuerdo con las Ordenanzas municipales, mantenerlas como espacios verdes comunitarios.

Las fajas municipales solo podrán ser adquiridas mediante el procedimiento de pública subasta, por los propietarios de los predios colindantes. Si de hecho llegaren a adjudicarse a personas que no lo fueren, dichas adjudicaciones y consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad serán nulas".

Por "excedentes o diferencias" se entenderán todas aquellas superficies de terreno que excedan del área original y que se determinen al efectuar una medición municipal por cualquier causa o que resulten como diferencia entre una medición anterior y la última practicada, bien sea por errores de cálculo o de medidas lineales.

La venta de tales excedentes o diferencias se efectuará siguiendo el mismo procedimiento que señala la Ley para venta de lotes, sin que sea necesario contrato de arrendamiento previo".

El articulado del Decreto Supremo No. 1376, publicado en el Registro Oficial No. 458 de 21 de diciembre de 1973, contenía varias disposiciones reformativas de la Ley de Régimen Municipal publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 331 de 15 de octubre de 1971; así como, normas respecto de las cuales el Decreto 1376 no dispuso su incorporación en dicha Ley, como es el caso del artículo 4, antes transcrito, que define a los lotes, fajas y excedentes provenientes de errores de medición y establece el procedimiento para su enajenación. En tanto que, el Decreto Supremo 439, únicamente reformó el citado artículo 4 del Decreto Supremo 1376.

En la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 159 de 5 de diciembre de 2005, el Decreto Supremo 1376 consta citado en el numeral 5 de las “Fuentes de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal”; sin embargo, su texto no fue incluido en el articulado de esa Codificación ni modificado o derogado por las posteriores reformas a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, incorporadas por el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.

De lo expuesto se desprende que, el concepto de excedentes, la competencia de las municipalidades para determinarlos y el procedimiento para su enajenación, fueron establecidos por el artículo 4 del Decreto Supremo 1376 reformado por el Decreto Supremo 439, que fueron expedidos en 1973 y 1974 respectivamente, esto es en forma posterior a la Ley de Régimen Municipal promulgada en el año 1971. Dichos Decretos Supremos fueron incluidos únicamente como fuente de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal en el año 2005, más no incorporadas sus disposiciones al articulado de esa Ley Orgánica. Finalmente el texto del artículo 4 reformado del Decreto Supremo 1376, fue incorporado en el artículo 481 del vigente COOTAD, transcrito en los antecedentes de este pronunciamiento.

De las normas citadas se desprende que, los excedentes se determinan mediante una medición municipal, efectuada al amparo de la competencia que asigna a la Municipalidad el inciso final del artículo 481 del COOTAD, y que idéntica competencia tuvieron las Municipalidades antes de la promulgación de ese Código Orgánico, de conformidad con los Decretos Supremos Nos. 1376 y 439.

En cuanto se refiere al procedimiento, la determinación de excedentes surge como consecuencia de un error en la medición de la superficie de un inmueble, urbano o rural, que resulte de una diferencia de superficie producto de una medición anterior, respecto de la medición que practique la municipalidad, con el fin de incluir el inmueble en el catastro o actualizar dicho registro, según se analizó en

el pronunciamiento de este Organismo, contenido en oficio No. 04424 de 21 de octubre de 2011.

El principio de irretroactividad, consta en el artículo 7 del Código Civil que establece: "Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo". Considerando que la medición que efectúe la Municipalidad de conformidad con el inciso final del artículo 481 del COOTAD, permitirá establecer si existe excedente o diferencia de superficie del lote, respecto de aquella que conste en el título inscrito, se concluye que, el excedente se determina a la fecha en que la diferencia de superficie sea detectada por la Municipalidad y no respecto de la fecha en que se haya adquirido el lote o terreno e inscrito el respectivo título. Detectado el excedente, corresponde a la Municipalidad realizar su enajenación mediante adjudicación al propietario del lote mal medido, cobrándole el precio del mercado, conforme dispone el antes citado inciso final del artículo 481 del COOTAD.

Del análisis jurídico que precede, con respecto a sus consultas se concluye que, el inciso final del artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, se debe aplicar para la determinación y enajenación de excedentes, provenientes de error en la medición y/o nueva medición técnica, respecto de inmuebles urbanos y rurales, cuyos títulos se hubieren otorgado e inscrito antes o después de la vigencia del COOTAD, sin que aquello contravenga el principio de irretroactividad establecido por el artículo 7 del Código Civil, en virtud de que los excedentes se determinan a la fecha en que la diferencia de superficie sea detectada por la Municipalidad y no respecto de la fecha en que se hubiere instrumentado la adquisición del inmueble e inscrito el respectivo título.

OF. PGE. N°: 08821, de 17-07-2012

**BIENES INMUEBLES:
EXONERACIÓN O COMPENSACIÓN DE PORCENTAJES
DE TERRENOS A FAVOR DEL MUNICIPIO**

ENTIDAD CONSULTANTE:
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN MORONA

CONSULTA:

"¿Es factible que las afecciones por acciones que se prevean en la ejecución de proyectos de desarrollo urbano, de acuerdo al 487 del COOTAD, puedan ser

compensados por el porcentaje de área verde fraccionada que prevé el Art. 424 del COOTAD?”.

BASES LEGALES:

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

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 54 lit. c), 55 lits. a) y b), 57 lit. x), 296, 416, 417, 424, 470 y 487.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 44 lit. b) y Disp. Trans. Cuarta. Res. N° 017 de la Procuraduría General del Estado Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 09699 de 10 de septiembre de 2012, este Organismo le remitió copias de los oficios Nos. 03486, 03487 y 03488 de 1 de septiembre de 2011; 06484 de 14 de febrero de 2012 y 07262 de 3 de abril de 2012, relativos a la primera, segunda, tercera y cuarta consultas, formuladas por usted, en el oficio de la referencia y con relación a la quinta consulta se requirió el criterio jurídico de la entidad consultante, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y artículo 4 de la Resolución No. 17, emitida por esta Entidad y publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007.

Adicionalmente, a fin de contar con mayores elementos para atender su petición, esta Procuraduría mediante oficios Nos. 09698 de 10 de septiembre de 2012 y 10092 de 9 de octubre de 2012, requirió el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, AME, habiendo recibido respuesta en oficios Nos. 0813-AME-DE-2012 y 0815-DE-598-DAJVC-2012 de 10 y 18 de octubre de 2012, respectivamente, ingresados a este Organismo el 17 y 19 de octubre de 2012, en su orden, suscritos por el Presidente Ejecutivo encargado de la indicada Asociación, en los cuales expresa el siguiente criterio institucional:

“De lo expuesto se infiere que los particulares no pueden disponer por si ni ante si de las afectaciones que se producen por los planes de ordenamiento territorial, ni de los porcentajes de área verde, razón por la cual está vedado cualquier tipo de compensación que se pretende hacer, ya que los efectos jurídicos entre la afectación y la cesión de áreas verdes son distintos y no equivalentes”.

En virtud de que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal a su cargo, no atendió el requerimiento constante en el oficio No. 09699 de 10 de septiembre

de 2012, la Procuraduría General del Estado mediante oficio No. 10091 de 9 de octubre de 2012, insistió en que se remita el criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal, con relación a la quinta consulta planteada en su oficio No. 1035/AGMCM/2012 de 3 de septiembre de 2012, lo cual fue atendido en oficio No. 1199/AGMCM/2012 de 16 de octubre de 2012, ingresado a esta Institución el 18 de octubre de 2012, al que se anexa el informe jurídico contenido en el oficio No. 958 JM/2012 de 16 de octubre de 2012, suscrito por el Procurador Síndico de la Entidad Edilicia que usted representa, quien cita los artículos 424 y 487 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Mi criterio es que no se puede compensar el fraccionamiento, toda vez que el caso del Art. 424 claramente esta determinado que en todo fraccionamiento debe existir mínimo el 10% y máximo el 20% del área útil fraccionada en calidad de áreas verdes y comunales, más aún cuando en el segundo inciso de este artículo existe una prohibición de exoneración de esta contribución; mientras que en el caso del Art. 487 se refiere a hechos puntuales como el ensanchamiento de vías entre otras, y que tienen un fin específico.

Por lo expuesto, no es procedente que las afecciones a predios que se prevén de acuerdo al Art. 487 del COOTAD, se compensen en la forma y porcentajes establecidos en el Art. 424 del cuerpo legal tantas veces invocado”.

El artículo 487 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, al que se refiere su consulta, dispone:

“Art. 487.- Ejecución de los proyectos.- Para la realización de los diferentes proyectos que constan en los planes de ordenamiento territorial, la municipalidad o distrito metropolitano coordinará la participación de los propietarios de terrenos, sean estas personas naturales o jurídicas, que hubieren sido afectados por las acciones que prevén dichos planes o que, tengan interés en el desarrollo de las mismas, para lo cual impondrá a los propietarios la obligación de ceder gratuitamente los terrenos comprendidos en el sector en que se han de ejecutar obras municipales de urbanización en las siguientes proporciones:

Cuando se trate de ensanchamiento de vías y de espacios abiertos, libres o arborizados o para la construcción de acequias, acueductos, alcantarillados, a ceder gratuitamente hasta el cinco por ciento de la superficie del terreno de su propiedad, siempre que no existan construcciones.

Si excediere del cinco por ciento mencionado en el inciso anterior, se pagará el valor del exceso y si hubiere construcciones, el valor de éstas, considerando el valor de la propiedad determinado en la forma prevista en este Código; y,
b) Cuando se trate de fraccionamientos, a ceder gratuitamente la superficie de terreno para vías, espacios abiertos, libres y arborizados y de carácter educativo, siempre que no exceda del treinta y cinco por ciento de la superficie total”.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, en el Art. 470 considera al fraccionamiento o subdivisión urbana, como “la división de terreno en dos a diez lotes con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto. La urbanización es la división de un terreno en más de diez lotes, de acuerdo con el régimen de propiedad horizontal y la ley de la materia”. Agrega el mencionado artículo que: “Se entenderá por reestructuración de lotes un nuevo trazado de parcelaciones defectuosas, que podrá imponerse obligatoriamente con alguno de estos fines: a) Regularizar la configuración de los lotes; y, b) Distribuir equitativamente entre los propietarios los beneficios y cargas de la ordenación urbana”.

Como se observa, el artículo 470 del COOTAD, distingue entre fraccionamiento urbano y urbanización, según el número de lotes en que se divida el terreno y la aplicación del régimen de propiedad horizontal y la ley de la materia. La referida norma no establece que éste tipo de fraccionamientos deba efectuarse exclusivamente en zonas urbanas, puesto que aún cuando el terreno materia de la división se encuentre en una zona rural, si se ajusta a los presupuestos del artículo 470 del COOTAD, se trata de un fraccionamiento con fines urbanos o de urbanización.

Respecto de los planes de ordenamiento territorial, aludidos en el artículo 487 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que motiva su consulta, la letra b) del artículo 44 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prevé que los planes de ordenamiento territorial cantonal y/o distrital definirán y regularán el uso y ocupación del suelo que contiene la localización de todas las actividades que se asienten en el territorio y las disposiciones normativas que se definan para el efecto y que los mismos no confieren derechos sino en virtud de las disposiciones expresas constantes en la Ley y en la normativa de los gobiernos autónomos descentralizados municipales y distritales.

Por su parte, el artículo 296 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone lo siguiente:

“Art. 296.- Ordenamiento territorial.- El ordenamiento territorial comprende un conjunto de políticas democráticas y participativas de los gobiernos autónomos descentralizados que permiten su apropiado desarrollo territorial, así como una concepción de la planificación con autonomía para la gestión territorial, que parte de lo local a lo regional en la interacción de planes que posibiliten la construcción de un proyecto nacional, basado en el reconocimiento y la valoración de la diversidad cultural y la proyección espacial de las políticas sociales, económicas y ambientales, proponiendo un nivel adecuado de bienestar a la población en donde prime la preservación del ambiente para las futuras generaciones.

La formulación e implementación de los correspondientes planes deberá propender al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y fundamentarse en los principios de la función social y ambiental de la tierra, la prevalencia del interés general sobre el particular y la distribución equitativa de las cargas y los beneficios.

La planificación del ordenamiento territorial regional, provincial y parroquial se inscribirá y deberá estar articulada a la planificación del ordenamiento territorial cantonal y distrital.

Los instrumentos de planificación complementarios serán definidos y regulados por la ley y la normativa aprobada por los respectivos órganos de legislación de los gobiernos autónomos descentralizados”.

Del artículo 296 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, antes citado, se desprende que el ordenamiento territorial comprende un conjunto de políticas democráticas y participativas de los gobiernos autónomos descentralizados que permiten su apropiado desarrollo territorial, así como una concepción de la planificación con autonomía para la gestión territorial y que la formulación e implementación de los correspondientes planes deberá propender al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

Por otro lado, el artículo 487 del COOTAD, prevé que para la realización de los diferentes proyectos que constan en los planes de ordenamiento territorial, la municipalidad o distrito metropolitano coordinará la participación de los propietarios de terrenos, sean éstos personas naturales o jurídicas, “que hubieren sido afectados” por las acciones que determinan dichos planes o que, tengan interés en el desarrollo de las mismas, para lo cual impondrá a los propietarios la obligación de ceder gratuitamente los terrenos comprendidos en el sector en que se han de ejecutar obras municipales de urbanización en las proporciones que se determinan en las letras a) y b) del mismo artículo.

Como se observa del texto del artículo 487 del COOTAD, la indicada norma parte del presupuesto de que los proyectos que constan en los planes de ordenamiento territorial que pretende ejecutar la municipalidad, produzcan una afectación a los propietarios de terrenos, sean estos personas naturales o jurídicas, por lo que, procede en primer término definir la expresión “afectar”, que según Guillermo Cabanellas de Torres, es “imponer gravamen a un bien, sujetándolo al cumplimiento de alguna carga”.

En base a la definición anterior, se establece que la norma antes referida, al imponer “a los propietarios la obligación de ceder gratuitamente los terrenos comprendidos en el sector en que se han de ejecutar obras municipales de urbanización”, en los porcentajes que definen las letras a) y b), según el tipo de obras que efectúe la municipalidad, afecta a inmuebles particulares.

De otra parte, el tema de consulta hace necesario referirme al artículo 415 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que integra el Capítulo VIII “Régimen Patrimonial”, Sección Primera “Patrimonio”, que dispone que son bienes de los gobiernos autónomos descentralizados, aquellos sobre los cuales ejercen su dominio y que dichos bienes se dividen en bienes de dominio privado y bienes del dominio público. Estos últimos subdivididos en bienes de uso público y bienes afectados al servicio público.

Los bienes de dominio público que por su naturaleza son inalienables, según el segundo inciso del artículo 416 del COOTAD, esto es intransferibles.

En armonía con dicha disposición, la Enciclopedia Jurídica OMEBA define a los bienes inalienables, como “los que se hallan fuera del comercio de los hombres por prohibición de la ley, por disposición de última voluntad o por acuerdo entre vivos”.

El artículo 417 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización determina cuáles son los bienes de uso público y los define como aquellos cuyo uso por los particulares es directo y general, en forma gratuita. Añade la norma, que pueden ser también materia de utilización exclusiva y temporal, mediante el pago de una regalía y que están fuera del comercio humano.

El artículo 424 del mismo Código Orgánico, al que también se refiere su consulta, forma parte del mismo Capítulo VIII y Sección Primera; y, preceptúa 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”.

En los pronunciamientos contenidos en los oficios Nos. 03486, 03487 y 03488 de 1 de septiembre de 2011, en su orden, dirigidos a los Alcaldes de La Maná, Santo Domingo y Puerto Quito, respectivamente, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado respecto del alcance del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. En el primero de dichos oficios, concluí en la segunda pregunta con el siguiente tenor:

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

Del tenor de los artículos 424 y 487 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se establece que dichas normas regulan dos ámbitos diferentes, ya que parten de dos supuestos distintos.

El artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, antes transcrito, no hace referencia a una “afectación”, como

sí lo hace el artículo 487 *ibídem*, anteriormente analizado, por lo que, la norma del artículo 424 ha de entenderse que se halla referida a fraccionamientos que son requeridos voluntariamente por los administrados y no que son impuestos por la administración municipal, como es en el caso del artículo 487.

De igual manera, la norma del artículo 487 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, señala que la municipalidad “impondrá al propietario la obligación de ceder”, es decir, que parte de una facultad exorbitante de la administración, que obliga al administrado a ceder parte del inmueble. En contraste el artículo 424 *ibídem* contempla un porcentaje distinto y se refiere a que el propietario “entregará”, lo que permite colegir que se trata de un fraccionamiento que se produce por voluntad del administrado.

El artículo 424 del mencionado Código Orgánico se halla referido a los casos en que el dueño de un terreno, solicita a la entidad edilicia la autorización para una urbanización o fraccionamiento del suelo; en tales casos debe entregar 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. Añade la misma disposición que tales bienes son de dominio y uso público y no pueden ser cambiados de categoría; y, que 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.

Por su parte, el artículo 487 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización regula los casos de proyectos que constan en los planes de ordenamiento territorial, realizados por la municipalidad y dispone que la municipalidad coordinará la participación de los propietarios de terrenos que hubieren sido afectados por dichos planes o que, tengan interés en el desarrollo de las obras que comprenden tales planes.

Además, el artículo 487 en mención, establece que la municipalidad impondrá a los propietarios la obligación de ceder gratuitamente los terrenos que correspondan al sector en que se han de ejecutar obras municipales de urbanización, hasta el cinco por ciento de la superficie del terreno de su propiedad, siempre que no existan construcciones, cuando se trate de ensanchamiento de vías y de espacios abiertos, libres o arborizados o para la construcción de acequias, acueductos, alcantarillados y si excediere el mencionado cinco por ciento, se pagará el valor del exceso y si hubiere construcciones, el valor de éstas, considerando el valor de la propiedad determinado en la forma prevista en ese Código. Así mismo, en

caso de fraccionamientos, la norma obliga a los propietarios de tales terrenos, a ceder gratuitamente la superficie de terreno para vías, espacios abiertos, libres y arborizados y de carácter educativo, siempre que no exceda del treinta y cinco por ciento de la superficie total.

Tanto el artículo 424 del COOTAD, como el 487 *ibídem*, expresamente prevén que un terreno particular sufra un menoscabo en el área útil, para atender a un interés superior como es el comunitario, no obstante lo cual, al contrastar las dos normas se evidencia que éstas parten de supuestos diferentes y regulan casos distintos, por lo que, normalmente se aplicaría una de las disposiciones legales antes señaladas, según se trate de un fraccionamiento o urbanización solicitada por el particular o producto de la ejecución de proyectos que constan en los planes de ordenamiento territorial, realizados por la municipalidad. No obstante lo anterior, excepcionalmente podrían aplicarse a un mismo bien inmueble, en el que se haya entregado a un Municipio la contribución por áreas verdes, de conformidad con el artículo 424 del COOTAD, posteriormente se prevean afectaciones por parte de la Municipalidad, relativas a la ejecución de proyectos de ordenamiento territorial, de acuerdo al 487 del COOTAD, o viceversa y al aplicar ambas normas el bien afectado sufriría un importante menoscabo en su área útil.

Cabe señalar que, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización no regula específicamente el tema materia de su consulta, esto es la factibilidad de que las afecciones por acciones que se prevean en la ejecución de proyectos de desarrollo urbano, de acuerdo al artículo 487 del COOTAD, puedan ser compensadas por el porcentaje de área verde fraccionada que prevé el artículo 424 del COOTAD.

De otra parte, los incisos primero y segundo del artículo 7 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se refiere a la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados en los siguientes términos:

“Art. 7.- Facultad normativa.- Para el pleno ejercicio de sus competencias y de las facultades que de manera concurrente podrán asumir, se reconoce a los consejos regionales y provinciales concejos metropolitanos y municipales, la capacidad para dictar normas de carácter general a través de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, aplicables dentro de su circunscripción territorial”.

El ejercicio de esta facultad se circunscribirá al ámbito territorial y a las competencias de cada nivel de gobierno, y observará lo previsto en la Constitución y la Ley(...).”

La letra a) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, prevé como atribución del Concejo Municipal:

“a) El ejercicio de la facultad normativa en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, mediante la expedición de ordenanzas cantonales, acuerdos y resoluciones”.

Adicionalmente, el antes citado artículo, en la letra x) determina como atribución del Concejo Municipal:

“x) Regular y controlar, mediante la normativa cantonal correspondiente, el uso del suelo en el territorio del cantón, de conformidad con las leyes sobre la materia y establecer el régimen urbanístico de la tierra”.

El artículo 54 del COOTAD determina entre las funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal, en su letra 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”.

En similares términos, las letras a) y b) del artículo 55 del mismo COOTAD, establecen como competencias exclusivas de los gobiernos autónomos municipales, “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”; “b) Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón”.

De su parte, el artículo 44 letra b) del Código de Planificación y Finanzas Públicas, dispone que:

“Sin perjuicio de lo previsto en la Ley y las disposiciones del Consejo Nacional de Competencias, los planes de ordenamiento territorial de los gobiernos autónomos descentralizados observarán los siguientes criterios:

b. Los planes de ordenamiento territorial cantonal y/o distrital definirán y regularán el uso y ocupación del suelo que contiene la localización de todas las actividades que se asiente en el territorio y las disposiciones normativas que se definan para el efecto.

Corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales y metropolitanos la regulación, control y sanción respecto del uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón. Las decisiones de ordenamiento territorial de este nivel, racionalizarán las intervenciones en el territorio de todos los gobiernos autónomos descentralizados. Los planes de ordenamiento territorial cantonal y/o distrital no confieren derechos sino en virtud de las estipulaciones expresas constantes en la Ley y en la normativa de los gobiernos autónomos descentralizados municipales y distritales”.

De los artículos citados se aprecia que los gobiernos autónomos descentralizados municipales, tienen la facultad de elaborar su plan de ordenamiento territorial, en armonía con los otros planes territoriales de los demás niveles de los gobiernos autónomos descentralizados, y que corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales y metropolitanos la regulación, control y sanción respecto del uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón.

En concordancia con lo mencionado, el Art. 466 del COOTAD, establece como atribución en el ordenamiento territorial, que “Corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales y metropolitanos el control sobre el uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón, por lo cual los planes y políticas de ordenamiento territorial de este nivel racionalizarán las intervenciones en el territorio de todos los gobiernos autónomos descentralizados”.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización no permite exonerar ni compensar los porcentajes que deben entregarse a favor del Municipio, según los artículos 424 y 487 *ibídem*; no obstante lo cual, al ser una atribución propia de los gobiernos municipales y metropolitanos el control y regulación del uso y ocupación del suelo, de conformidad con los artículos 54 letra c), 55 letras a) y b), 57 letra x) y 466 del indicado Código, así como del artículo 44 letra b) del Código de Planificación y Finanzas Públicas, le corresponde al mismo gobierno autónomo descentralizado municipal o metropolitano en ejercicio de su facultad regulatoria prevista en los artículos 7 y 57 letra a) del COOTAD, normar con apego a la Ley, las afectaciones previstas en los artículos 424 y 487 del COOTAD.

Al efecto, el gobierno autónomo descentralizado a su cargo deberá tener presente que las normas citadas en último término, parten de presupuestos diferentes y que el Estado garantiza el derecho a la propiedad, según la previsión del numeral 26 del artículo 66 de la Constitución de la República.

OF. PGE. N°: 10697, de 16-11-2012

BIENES INMUEBLES: TRANSFERENCIA DE DOMINIO ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

ENTIDAD CONSULTANTE:

AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR

CONSULTA:

“¿Es procedente realizar la compraventa de los terrenos de propiedad de la Dirección de Industrias del Ejército, con la finalidad de que se construya una Zona de Actividad Logística (ZAL) perteneciente a Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar, llegando a un acuerdo económico, teniendo como base el precio fijado para el bien por parte de la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Machala?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 225 num. 3, 323 y 314.

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 58.

Ley General de Puertos Art. 2 lit. c).

Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional Arts. 3 y 6.

Código de Procedimiento Civil Art. 258.

Res. N° 017 de la Procuraduría General del Estado Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de atender su requerimiento, con fundamento en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 017, expedida por esta Entidad, mediante oficio No. 8487 de 26 de junio de 2012, se le requirió remitir copias certificadas de la documentación relacionada con su consulta, habiendo recibido respuesta en oficio No. APPB-GG-0296 de 3 de julio de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 4 de julio del presente año.

Adicionalmente, mediante oficio No. 8488 de 26 de junio del 2012, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio del Director Ejecutivo de la Dirección de Industrias del Ejército DINE, lo cual fue atendido en oficio No. DINE-AJS-520 de 2 de julio del 2012, ingresado en esta Entidad el 3 de los mismos mes y año.

En su oficio de consulta, con respecto del terreno que motiva la misma expresa lo siguiente:

“El Directorio de APPB mediante (Resolución No. 711 del 25 de octubre de 2011) resuelve declarar de utilidad pública, por interés nacional el terreno de propiedad del ISSFA (SIC), declaratoria que fue publicada en el Registro Oficial No. 585 de 28 de noviembre de 2011, la misma que dice lo siguiente: ‘Art.1.- Declarar de utilidad pública, por interés nacional el terreno de propiedad de la Dirección Nacional de Industrias del Ejército con la finalidad de que se construya una Zona de Actividad Logística (ZAL) perteneciente a Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar...’”.

El criterio institucional de la entidad consultante consta en el oficio No. APPB-UAJ-05-2012 de 20 de junio de 2012, suscrito por el Jefe de Unidad de Asesoría Jurídica, quien cita el numeral 3 del artículo 225, 323 y 314 de la Constitución de la República, que en su orden se refieren a la estructura del sector público, la facultad de las instituciones del Estado para expropiar bienes previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley.

Continúa el Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica y cita la letra c) del artículo 2 de la Ley General de Puertos que dispone que las funciones de planificación, dirección, coordinación, orientación y control de la política naviera y portuaria nacionales se ejercerán a través de...c) Entidades Portuarias y el artículo 3 y 6 de la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional, relacionados con los fines de las Autoridades Portuarias, así como los Decretos Ejecutivos Nos. 15 de 10 de abril de 1958 y 827 de 3 de agosto de 1966, relativos a la jurisdicción de la Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar.

Adicionalmente el criterio de la entidad consultante se refiere al artículo 783 del Código de Procedimiento Civil, que determina que la declaratoria de utilidad pública con fines de expropiación, solo puede ser hecha por el Estado y las demás instituciones del sector público y artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que prevé que cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la Ley y una vez perfeccionada dicha declaratoria, se buscará un acuerdo directo entre las partes, respecto del precio; y, regula el procedimiento de transferencia.

Sobre la base normativa antes señalada, el Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica de la Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar concluye con el siguiente criterio jurídico:

“La Unidad de Asesoría Jurídica es del criterio aplicando el Art. 2 de la Resolución de Directorio de Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar No. 711 de fecha 25 de octubre de 2011, publicada en el Registro Oficial No. 585 de fecha 28 de noviembre de 2011, para el proceso de compraventa y al amparo del Art. 58 inciso tercero de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que indica el precio que se fijará para el acuerdo económico, es en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad en que se encuentren dichos bienes sea sector urbano o rural, en este caso, le compete al Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Machala fijar el precio de negociación, ya que los terrenos declarados en utilidad pública se encuentran en el sector urbano de la parroquia de Puerto Bolívar, perteneciente al Cantón Machala”.

El artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que forma parte de la Sección II titulada “De la Adquisición de Bienes Inmuebles”, determina:

“Art. 58.- Procedimiento.- Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la Ley.

Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, por el lapso máximo de noventa (90) días.

Para este acuerdo, el precio se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el sector rural, en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad en que se encuentren dichos bienes, que considerará los precios comerciales actualizados de la zona.

El precio que se convenga no podrá exceder del diez (10%) por ciento sobre dicho avalúo.

Se podrá impugnar el precio más no el acto administrativo, en vía administrativa.

El acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio, se formalizarán en la respectiva escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

En el supuesto de que no sea posible un acuerdo directo se procederá al juicio de expropiación conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de recibir a cuenta del precio final que se disponga pagar el valor

que preliminarmente ha propuesto la institución pública respectiva. El Juez en su resolución no está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad.

Para la transferencia de inmuebles adquiridos por declaratoria de utilidad pública, los dueños deberán tener cancelados todos los impuestos correspondientes a dicha propiedad, excepto el pago de la plusvalía y los que correspondan a la transferencia de dominio, que no se generarán en este tipo de adquisiciones. Si los tributos se mantuvieran impagos, del precio de venta, se los deducirá.

La adquisición de bienes inmuebles en el extranjero por parte del Estado o entidades del sector público ecuatoriano se someterá al Reglamento Especial que para el efecto se dicte.

En el caso de las municipalidades el procedimiento expropiatorio se regulará por las disposiciones de su propia Ley.

Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público, siempre y cuando llegaren a un acuerdo sobre aquella, no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación, de insinuación judicial. Se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos. En caso de que no haya acuerdo la entidad pública que expropia procederá conforme esta Ley. Para su trámite se estará a lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley”.

En lo principal, de la disposición legal antes citada, se colige que procede la transferencia de dominio de un bien inmueble, entre entidades del sector público mediante compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos y que cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la Ley y que una vez perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, por el lapso máximo de noventa días.

Añade el mismo artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que para el acuerdo en el precio, éste se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el sector rural, en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad en que se encuentren dichos

bienes, que considerará los precios comerciales actualizados de la zona, sin que el precio convenido pueda exceder en un 10% dicho avalúo.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público puede realizarse por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos. Para la determinación del precio de la transferencia, éste se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el sector rural, en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad en que se encuentren dichos bienes, que considerará los precios comerciales actualizados de la zona, sin que el precio convenido pueda exceder del diez por ciento sobre dicho avalúo.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la inteligencia y aplicación de normas legales, por lo que la Procuraduría General del Estado no se pronuncia sobre un caso en particular. La conveniencia y condiciones de transferencia de dominio de un activo de una entidad del Estado a favor de otra, son de exclusiva responsabilidad de las instituciones intervinientes.

OF. PGE. N°: 09123, de 01-08-2012

BIENES MUNICIPALES Y PARTICULARES: ENAJENACIÓN DE EXCEDENTES DE TERRENO

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN PATATE

CONSULTAS:

1. "¿Que si la resolución No.696-18-06-2012 adoptada por el Concejo Municipal de San Cristóbal de Patate en sesión realizada el 18 de junio del 2012, es aplicable al último inciso del artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD?"
2. "¿Y de ser aplicable (la) resolución No. 696-18-06-2012 al último inciso del artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, ésta sería para todos los terrenos del cantón que excedan el área o solo a los terrenos de propiedad municipal, ya que la Sección

Segunda del Capítulo II del Título IX del COOTAD, habla de Lotes o Fajas Distritales o Cantonales?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 5, 6 lit. a), 7, 55 lit. i), 57, 139 y 481.

Código Civil Arts. 1740 y 702.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La resolución adoptada por el Concejo Municipal de Patate, a la que se refiere su consulta, según la certificación otorgada por la Secretaria General del Concejo Municipal, que se ha adjuntado a su consulta, es del siguiente tenor:

“RESOLUCIÓN No. 696-18-06-2012.- EL CONCEJO DEL GOBIERNO AUTÓNOMNO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE SAN CRISTÓBAL DE PATATE, EN SESIÓN ORDINARIA DESARROLLADA EL 18 DE JUNIO DE 2012, EN BASE AL INFORME PRESENTADO POR LA COMISION DE AVALÚOS Y CATASTROS FECHADO EL 29 DE MAYO DE 2012, INFORME PRESENTADO POR EL SEÑOR REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DOCTOR CHRISTIAN PULLUTASIG, SEÑOR PROCURADOR SÍNDICO MUNICIPAL DOCTOR WILMAN ZÚÑIGA; Y, JEFE DE PLANIFICACIÓN ARQUITECTO EDWIN MORENO, RESUELVE POR MAYORÍA QUE POR PARTE DEL GAD MUNICIPAL DE PATATE SE REALICE LA CONSULTA A LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO Y MIENTRAS SE ESPERA SU PRONUNCIAMIENTO, EL SEÑOR REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE PATATE PROCEDERÁ A REGISTRAR ESCRITURAS CON EXCEDENTES DE HASTA UN 15% EN EL ÁREA URBANA Y HASTA UN 20% EN EL ÁREA RURAL, SI LAS DIFERENCIAS SUPERAN A LAS TOLERANCIAS SEÑALADAS HASTA EL 100%. LOS INTERESADOS EN FORMA PREVIA AL TRÁMITE Y CUMPLIENDO CON LOS PAGOS DE ALCABALAS DEL EXCEDENTE VERIFICADO, REALIZARÁN LA ESCRITURA ACLARATORIA O RECTIFICATORIA CON LA PRESENCIA DEL PROPIETARIO Y LOS COLINDANTES ANTE EL NOTARIO PÚBLICO, SI EL EXCEDENTE ES MAYOR AL 100%, EL PROPIETARIO REALIZARÁ EL TRÁMITE RESPECTIVO ANTE EL JUEZ DE LO CIVIL MEDIANTE UNA INSPECCIÓN JUDICIAL O JUICIO DE DESLINDE Y APEO”.

La consulta presentada a esta Procuraduría, pretende determinar si el último inciso del artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es aplicable a la resolución adoptada por el Concejo Municipal.

El artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, dispone:

“Art. 481.- Compraventa de fajas o lotes.- Para efectos de su enajenación, los terrenos de propiedad de los gobiernos municipales o metropolitanos se considerarán como lotes, o como fajas, o como excedentes o diferencias provenientes de errores de medición.

Por lotes se entenderá aquél terreno en el cual, de acuerdo con las ordenanzas municipales o metropolitanas, sea posible levantar una construcción independiente de las ya existentes o por levantarse en los terrenos vecinos.

Por fajas se entenderán aquellas porciones de terreno que por sus reducidas dimensiones o por ser provenientes de rellenos no pueden soportar una construcción independiente de las de los inmuebles vecinos, ni sea conveniente, de acuerdo con las ordenanzas municipales, mantenerlas como espacios verdes comunitarios.

Las fajas municipales o metropolitanas solo podrán ser adquiridas mediante el procedimiento de pública subasta, por los propietarios de los predios colindantes. Si de hecho llegaren a adjudicarse a personas que no lo fueren, dichas adjudicaciones y consiguiente inscripción en el registro de la propiedad serán nulas.

Por excedentes o diferencias se entenderán todas aquéllas superficies de terreno que excedan del área original que conste en el respectivo título y que se determinen al efectuar una medición municipal por cualquier causa o que resulten como diferencia entre una medición anterior y la última practicada, bien sea por errores de cálculo o de medidas. Estos excedentes o diferencias se adjudicarán al propietario del lote que ha sido mal medido cobrándole el precio de mercado”.

La disposición previamente citada regula la enajenación de terrenos de propiedad municipal, que para el efecto los clasifica en lotes, fajas o excedentes, conforme las definiciones de la misma norma y el inciso final del citado artículo 481 del COOTAD dispone que, en el caso de los excedentes, la ley asume que cualquier diferencia por error de medición en un terreno de propiedad de un tercero, no del Municipio, debe ser considerado como de propiedad municipal.

Sobre el alcance del artículo 481 del COOTAD, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado mediante oficios Nos. 04424 y 09601 de 21 de octubre de 2011 y 3 de septiembre de 2012, dirigidos al Alcalde de Pillaro y Ambato, respectivamente. En el oficio citado en primer término, expresé lo siguiente:

“La consulta tiene por objeto determinar el procedimiento aplicable a la enajenación de excedentes, esto es de las diferencias provenientes de errores de medición, que se producen cuando la cabida del inmueble de propiedad de un tercero, no de propiedad municipal, que consta en el título inscrito, difiere de la cabida real, evento en el que el excedente, conforme la definición del inciso final del artículo 481 del COOTAD, se deberá adjudicar al propietario del lote mal medido, previo el pago del respectivo valor, considerando en consecuencia, que dichos excedentes o diferencias de superficie, son bienes de dominio municipal, por carecer de dueño.

La materia de la consulta exige considerar que es competencia exclusiva de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, según la letra i) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, elaborar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales; y, actualizar los catastros cada dos años, según el artículo 139 del mismo Código.

El “catastro” es definido como “el registro público de los bienes inmuebles, que sirve de base para aplicar las contribuciones territoriales y que contiene la ubicación de los inmuebles, límites, extensión, transferencias, etcétera”.

La incorporación de los bienes inmuebles en el catastro inmobiliario, así como la anotación de las características de dichos bienes, es obligatoria, y se puede extender, de ser el caso, a la modificación de los datos que permitan que la descripción catastral del inmueble corresponda con la realidad; sin embargo, el catastro no legaliza medidas, linderos ni cabidas (áreas) de predios, pues la propiedad del inmueble se determina por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, según el artículo 702 del Código Civil.

Cuando la Municipalidad efectúe una medición técnica de las dimensiones de un inmueble, con el fin de incluirlo en el catastro o actualizar dicho registro, y determine que las dimensiones reales del inmueble difieren de la cabida que consta en el título inscrito, siendo dicha diferencia proveniente de un error de medición, constituiría excedente, en los términos del artículo 481 del COOTAD, evento en el que, dichos excedentes tendrían el carácter de bienes de propiedad municipal, según lo establece dicha norma y su enajenación procedería mediante adjudicación al propietario del lote que ha sido mal medido, cobrándole el precio del mercado, según el inciso final del citado artículo 481 del COOTAD.

El artículo 7 del COOTAD reconoce a los gobiernos autónomos descentralizados, capacidad para dictar normas a través de ordenanzas. En el caso de las municipalidades, la letra a) del artículo 57 del citado Código Orgánico, asigna

al Concejo Municipal, el ejercicio de la facultad normativa en las materias de competencia de ese GAD.

En ejercicio de la potestad normativa que confiere la letra a) del artículo 57 del COOTAD a las Municipalidades, ese gobierno autónomo debe regular mediante Ordenanza, el procedimiento administrativo y técnico aplicable para que, de oficio o a petición del propietario o sus sucesores en derecho, la municipalidad pueda disponer la práctica de las mediciones técnicas y levantamientos planimétricos, necesarios para verificar las dimensiones de los inmuebles, de manera que se pueda determinar, si es del caso, la existencia de los excedentes a los que se refiere el artículo 481 del COOTAD. La Ordenanza deberá prever que dichos procedimientos sean notificados a los propietarios o sus sucesores en derecho, quienes deberán proporcionar a la Municipalidad, la información y documentos respectivos, así como las facilidades para la práctica de las mediciones.

La transferencia de los excedentes o diferencias de área o cabida real del inmueble, a los que se refiere el inciso final del artículo 481 del COOTAD, se debe instrumentar por parte de la Municipalidad, observando las solemnidades aplicables a la enajenación de inmuebles.

En atención a los términos de su consulta se concluye que los excedentes a los que se refiere el artículo 481 del COOTAD, constituyen bienes municipales y por tanto su transferencia se debe efectuar por parte de la municipalidad en la forma dispuesta por el inciso final de dicha norma, que prevé que se debe adjudicar el excedente al propietario del lote que ha sido mal medido, cobrándole el precio del mercado, lo que constituye una venta, que deberá ser instrumentada en escritura pública que posteriormente deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad, de conformidad con los artículos 1740 y 702 del Código Civil, respectivamente”.

Adicionalmente de lo expresado el pronunciamiento que ha quedado citado, su consulta hace pertinente señalar que el inciso final del artículo 481, preceptúa que se entenderán como excedentes o diferencias “todas aquéllas superficies de terreno que excedan del área original que conste en el respectivo título y que se determinen al efectuar una medición municipal por cualquier causa o que resulten como diferencia entre una medición anterior y la última practicada(...)”, de lo que se determina que dicha norma no ha establecido límites o porcentajes con relación a la cabida inicialmente medida y la diferencia con la medición posterior.

La Procuraduría General del Estado no se pronuncia sobre la legalidad de la “Resolución No. 696-18-06-2012”, adoptada el 18 de junio de 2012 y ratificada en

sesión de 28 de junio de 2012”, puesto que de conformidad con la letra a) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde al Concejo Municipal ejercer la facultad legislativa cantonal a través de ordenanzas, que constituyen una manifestación de su autonomía política, conforme lo prevé el inciso segundo del artículo 5 ibídem, estando prohibido a las Funciones del Estado y otras autoridades extrañas al gobierno autónomo descentralizado, interferir en la autonomía política de los gobiernos autónomos descentralizados, ni derogar, reformar o suspender la ejecución de estatutos de autonomía, normas regionales, ordenanzas provinciales, distritales y municipales, por disposición de la letra a) del artículo 6 del mismo Código Orgánico.

La responsabilidad de que las ordenanzas municipales se adecúen a la ley, respetando la jerarquía de las normas legales prevista en el artículo 425 de la Constitución de la República, corresponde a los miembros del Concejo Municipal que las adopten.

2. Con relación a su consulta relativa a si es aplicable el inciso final del artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, para todos los terrenos del cantón que excedan el área o solo a los terrenos de propiedad municipal, esta Procuraduría ya se ha pronunciado sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto, según consta del oficio No. 08904 de 20 de julio de 2012, dirigido al Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Ambato:

“Es principio de derecho que “Donde el legislador no distingue no es lícito al intérprete distinguir” (Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus).

Por tanto, si el primer inciso del artículo 481 del COOTAD, clasifica a los terrenos de propiedad de los gobiernos municipales o metropolitanos en lotes, fajas y excedentes; y, el inciso final del mismo artículo dispone que: “Por excedentes o diferencias se entenderán todas aquellas superficies de terreno que excedan del área original que conste en el respectivo título”, ello significa que la ley asume que toda diferencia de superficie de terreno proveniente de error de medición, debe ser considerada como excedente y por tanto, de propiedad municipal, sin que aquello comporte una interpretación extensiva del inciso final del artículo 481 del COOTAD, conforme argumenta el informe jurídico de la Municipalidad consultante; por el contrario, aquello atiende al tenor literal de la norma.

A lo dicho es pertinente agregar que, el inciso final del artículo 481 del COOTAD dispone que la municipalidad debe efectuar la enajenación de los excedentes, esto es de las

diferencias de superficie de terreno que hubiere determinado, mediante adjudicación de ese excedente al propietario del lote que ha sido mal medido, de lo que se concluye que independientemente de que la adquisición del lote se hubiere efectuado al municipio o a un tercero, la ley declara que la diferencia de superficie que se detecte es de propiedad municipal y determina el procedimiento para su enajenación.

Por lo tanto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, la disposición del inciso final de artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, no es de aplicación exclusiva a los bienes de propiedad municipal sino también a los bienes de propiedad particular en los que la Municipalidad determine que, por un error de medición, existen diferencias de superficie de terreno respecto del área original que conste en el respectivo título, que según el citado inciso final del artículo 481 del COOTAD, constituyen excedentes y por tanto propiedad municipal para efectos de su enajenación”.

OF. PGE. N°: 10115, de 10-10-2012

BOMBEROS: COSTOS Y TARIFAS, SANCIONES, JORNADA LABORAL Y PAGO DE HORAS EXTRAORDINARIAS Y SUPLEMENTARIAS

ENTIDAD CONSULTANTE:

CUERPO DE BOMBEROS DE QUITO

CONSULTAS:

1. “¿Es pertinente que de conformidad a lo dispuesto taxativamente en el Art. 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios, en concordancia con el Art. 32 IDEM y Art. 12 del Reglamento de Aplicación de los Arts. 32 y 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios, y en el Art. 140, inciso Tercero del COOTAD, el Comandante General o Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos, mediante resolución motivada, establezca los costos y tarifas generados por la prestación de servicios que brinda el CBDMQ, y esta sea publicada en el Registro Oficial?”.
2. “En virtud de lo contemplado en el Art. 140, inciso Tercero del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, ¿es pertinente la aplicación de la Ley de Defensa Contra Incendios, su Reglamento General de Aplicación y el Reglamento Orgánico Operativo y de Régimen Interno de Disciplina de los Cuerpos de Bomberos del País, en cuanto a la imposición de sanciones de arresto al personal rentado?”

3. “Habida cuenta la naturaleza especial y autónoma de los Cuerpos de Bomberos, de acuerdo a lo contemplado en la Normativa propia por las que se rigen como ya se ha pronunciado el Sr. Procurador General del Estado en Oficio PGE. No. 03806 de 20-09-2011, ¿se puede considerar la jornada de labores de los Bomberos rentados, como suplementaria o extraordinaria?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 264 num. 13 y 313.

Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP Arts. 4, 41 y 42.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 55 lit. m) 140, 186 y 566.

Ley de Defensa Contra Incendios Arts. 32 y 35; y, 12 de su Reglamento.

Código Tributario Art. 1.

Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección Contra Incendios Arts. 349 y 350.

Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de Bomberos Arts. 2, 16, 167, 168, 169, 170 letra c), 171 letra b) y 172 letra c).

Código del Trabajo Arts. 2, 4, 55 y 326.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El informe de la Directora Jurídica de la entidad consultante, contenido en memorando No. 329-DJ-CBDMQ de 28 de septiembre de 2012, cita el artículo 140 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), cuyo tercer inciso prevé que: “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”.

El citado informe invoca además los artículos 32 y 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios y 12 de su Reglamento de Aplicación, los cuales establecen los tributos que benefician a los cuerpos de bomberos y les autorizan el cobro de tasas por prestación de servicios. Sobre dicha base concluye que:

“Al amparo de lo previsto en el Art. 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios, el Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos, tiene la facultad de cobrar tasas por prestación de servicios. Concordantemente el Art. 12 del Reglamento de Aplicación de los Arts. 32 y 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios Reformada, contempla que el cobro

de tasas, se refiere a los valores que el Cuerpo de Bomberos mantiene en el cuadro que anualmente revisa y aprueba el Consejo de Administración respectivo para los permisos de funcionamiento”.

La Constitución Política del Ecuador de 1998, no contenía ninguna norma sobre control de incendios, materia que estaba regulada exclusivamente por la Ley de Defensa Contra Incendios, cuyo artículo 1 disponía: “El Servicio de Defensa Contra Incendios lo hará el Ministerio de Bienestar Social a través de los cuerpos de bomberos, de acuerdo con esta Ley y su Reglamento General”.

De conformidad con el numeral 13 del artículo 264 de la vigente Constitución de la República y el artículo 55 letra m) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), es competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios. Para tal efecto, el inciso final del artículo 140 del citado COOTAD, prevé que: “(...) 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 posteriormente de la promulgación de la vigente Constitución de la República, se asignó a la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos (actual Secretaría Nacional 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 (actual Ministerio de Inclusión Económica y Social, MIES).

Según el artículo 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios, los cuerpos de bomberos están autorizados para efectuar el cobro de las tasas provenientes de los permisos anuales que les corresponde conceder conforme a esa norma, que en sus dos primeros incisos dispone lo siguiente:

“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.

Los 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 artículos 11 y 12 del Reglamento de Aplicación a los Arts. 32 y 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios, disponen en su orden:

“Art. 11.- Para la concesión de permisos anuales y ocasionales, y el cobro de tasas de servicios, los cuerpos de bomberos emitirán un recibo numerado y depositarán en la cuenta que la institución mantiene en los bancos de su jurisdicción”.

“Art. 12.- El cobro de tasas, se refiere a los valores que el Cuerpo de Bomberos mantiene en el cuadro que anualmente revisa y aprueba el Consejo de Administración respectivo para los permisos de funcionamiento. Las instituciones bomberiles que no tienen consejos de administración, enviarán el cuadro de permisos de funcionamiento para su aprobación, a la Dirección Nacional de Defensa Contra Incendios”.

El segundo inciso del artículo 1 del Código Tributario, clasifica a los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales o de mejoras; sin embargo, no existe una definición legal de cada uno de dichos tributos.

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

“(…) A partir de lo expuesto, resulta evidente, que si bien existen diversas conceptualizaciones de tasa en la doctrina tributaria, todas ellas coinciden en la prestación de una actividad estatal vinculante, ya sea efectiva o potencial, en el caso sub judice, particularizada en la prestación de un servicio público. Como consecuencia de ello, podemos establecer que la tasa es un tributo vinculado cuyo hecho generador consiste en la realización de una actividad estatal (...)”.

Respecto de la relación entre los conceptos de tasa, tarifa y precio, la sentencia expone:

“La noción de tasa incorpora, como se dijo, una obligación ex lege de derecho público, el precio, una obligación ex contractu, normalmente de derecho privado. Tasa y precio son dos figuras jurídicas, dos técnicas, dos instituciones que incorporan un régimen jurídico diferente, no pueden ser asimilados jamás. La tarifa, en los términos utilizados a lo largo de la ordenanza No. 0154 publicada en el Registro Oficial No. 154 del 28 de noviembre del 2005, no es más que la cuantificación del servicio público esencial, exclusivo del Estado Central, cuyo cobro debe efectuarse vía tasa por parte del Estado. De las argumentaciones precedentes, es claro que no existe razón alguna para considerar que por la sola denominación de tarifa, no puede catalogarse a los cargos aeroportuarios como tasa, pues dicha denominación obedece únicamente al valor a pagar por el uso del servicio. Las tarifas se definen como una racional determinación de los costos, mediante el aseguramiento de los activos de las entidades de servicio público, con el fin de garantizar su financiación, ajustando las tarifas a ‘los cambios en los costos reales’ a fin de mantener el equilibrio económico-financiero de la empresa y garantizar la cobertura futura de los servicios, tal como lo señala el inciso segundo del artículo 313 de la Constitución de la República, que dice: (...) ‘el Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación’ ”.

“(…) Queda claro que la tarifa es la cuantificación del cobro que debe darse por concepto de la prestación de un servicio. En ese sentido, de ninguna forma implica que la denominación ‘tarifa’ privative un servicio o mucho menos”.

“(…) Por la naturaleza del tributo tasa, de conformidad al análisis precedente, se torna necesaria que su creación, modificación y regulación se las haga vía ley, más aún si se considera que se trata de un servicio público esencial inherente al Estado Central (Art. 301 CRE)”.

Sobre la base del análisis efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia que se ha citado, en pronunciamiento contenido en oficio No. 10101 de 9 de octubre de 2012 concluí 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”.

Los Cuerpos de Bomberos están facultados para cobrar una tasa por los permisos de funcionamiento que otorgan, cuyos valores se revisan y aprueban anualmente por el Consejo de Administración, de conformidad con el artículo 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios, que fue transcrito en los antecedentes.

Los artículos 349 y 350 del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección Contra Incendios, establecen la categorización de los locales que requieren obtener el permiso de funcionamiento que otorgan los Cuerpos de Bomberos y los requisitos que deben cumplir los interesados para obtener dichos permisos.

Atento el carácter tributario de la tasa, cabe considerar que el artículo 301 de la Constitución de la República del Ecuador prevé que sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones.

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

servicio público, esta prestación patrimonial será fijada, modificada o suprimida mediante ordenanza".

Según el artículo 566 del COOTAD, las municipalidades tienen competencia para aplicar las tasas retributivas de servicios públicos que se establecen en ese Código. La misma norma determina que el monto de la tasa debe guardar relación con el costo de producción del servicio, que se define como el que resulte de aplicar reglas contables de general aceptación, debiendo desecharse la inclusión de gastos generales de la administración municipal o metropolitana que no tengan relación directa y evidente con la prestación del servicio; y, reitera que: "El monto de las tasas autorizadas por este Código se fijará por ordenanza".

El vigente COOTAD dispone en forma reiterada que cualquiera que sea el modelo de gestión o el prestador del servicio público, la retribución patrimonial a cargo del usuario, será fijada, modificada o suprimida mediante ordenanza, según los artículos 186 y 566 del COOTAD.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, si bien de conformidad con el artículo 12 del Reglamento de Aplicación de los artículos 32 y 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios, el Consejo de Administración del Cuerpo de Bomberos tuvo competencia para revisar y aprobar en forma anual los valores que cobran

esas entidades por los permisos de funcionamiento que les corresponde otorgar, a partir de la promulgación del COOTAD, los Cuerpos de bomberos son entidades adscritas a las municipalidades, según el artículo 140 de ese Código Orgánico, por lo que la modificación de los valores correspondientes a las tasas por servicios que prestan los Cuerpos de Bomberos se debe efectuar mediante Ordenanza, en los términos que disponen los artículos 186 y 566 del COOTAD.

Hasta que el Concejo Cantonal del Distrito Metropolitano de Quito expida la Ordenanza que fije el monto de las tasas por los servicios que presta el Cuerpo de Bomberos, se aplicarán los valores establecidos por el Consejo de Administración del Cuerpo de Bomberos de Quito, conforme al citado artículo 12 del Reglamento de Aplicación de los Arts. 32 y 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios.

2. El informe de la Directora Jurídica de la Entidad consultante, contenido en memorando No. 329-DJ-CBDMQ de 28 de septiembre de 2012, cita entre otras normas los 170, 171 y 172 del Reglamento Orgánico Operativo y de Régimen Interno y Disciplina de los Cuerpos de Bomberos del País que rigen la vida operativa y disciplinaria de los cuerpos de bomberos y determinan las sanciones disciplinarias aplicables a los bomberos.

Sobre dicha base normativa, el criterio institucional concluye:

“Teniendo en cuenta que, la Normativa propia con la que se rigen los Cuerpos de Bomberos del País, predetermina en forma concreta sanciones específicas, necesarias para el cumplimiento de los deberes que tales normas imponen a los integrantes de los Cuerpos de Bomberos, habida cuenta que el cumplimiento de las funciones propias demandan una clara concepción del cumplimiento del deber, acendrado espíritu profesional, sentido de responsabilidad, valor, obediencia, subordinación, compañerismo y lealtad; y, desde luego, sujetarse a las obligaciones constantes en los diferentes cuerpos legales, la Autoridad Nominadora del CBDMQ está facultado legalmente a imponer entre otras las sanciones de arrestos a que se refieren los Arts. 170, 171 y 172 del Reglamento Orgánico Operativo y de Régimen Interno de Disciplina de los Cuerpos de Bomberos del País”.

Atenta la materia de la consulta, es pertinente considerar que, de conformidad con los artículos 229 de la Constitución de la República y 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), son servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público; y, que, los obreros del sector público están sujetos al Código del Trabajo.

El artículo 140 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que fue citado al atender su primera consulta, prevé que los cuerpos de bomberos del país serán considerados entidades adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, pero no contiene disposición alguna sobre el régimen aplicable al personal de los cuerpos de bomberos.

De conformidad con el artículo 13 de la Ley de Defensa contra Incendios, los cuerpos de bomberos se integran por "(...) los bomberos voluntarios, los rentados y los conscriptos, y el personal técnico, administrativo y de servicios".

Sobre el régimen jurídico aplicable al personal de los Cuerpos de Bomberos, en pronunciamiento contenido en oficio No. 06679 de 29 de febrero de 2012, concluí que:

"De los artículos transcritos se desprende que únicamente los obreros de los Cuerpos de Bomberos, que es el personal taxativamente establecido en el Art. 52-A de la Ley de Defensa contra Incendios, es el único personal que se encuentra amparado por el Código Laboral, mientras que el personal restante, como es el caso de los sargentos que motivan la presente consulta, estaban sometidos desde su nombramiento al servicio público, y amparados, primeramente por la Ley Orgánica del Servicio Civil, luego por la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, y finalmente por la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP".

El régimen disciplinario general al que están sujetos los servidores públicos, consta regulado por el Capítulo 4 de la LOSEP, cuyos artículos 41 y 42 disponen, en su orden:

"Art. 41.- Responsabilidad administrativa.- La servidora o servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniere las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos, así como las leyes y normativa conexas, incurrirá en responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de la acción civil o penal que pudiere originar el mismo hecho.

La sanción administrativa se aplicará conforme a las garantías básicas del derecho a la defensa y el debido proceso".

"Art. 42.- De las faltas disciplinarias.- Se considera faltas disciplinarias aquellas acciones u omisiones de las servidoras o servidores públicos que contravengan las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente en la República y esta ley, en lo

atinente a derechos y prohibiciones constitucionales o legales. Serán sancionadas por la autoridad nominadora o su delegado.

Para efectos de la aplicación de esta ley, las faltas se clasifican en leves y graves”. Del tenor de las normas transcritas se desprende que, el régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos, se integra por las normas de la LOSEP y su Reglamento, así como por las leyes y normativa conexas.

En tal contexto, resulta pertinente considerar que, en pronunciamiento contenido en oficio No. 03806 de 20 de septiembre de 2011, que se citó en los antecedentes, concluí que la Ley de Defensa contra Incendios es la ley especial a la que se remite el inciso tercero del artículo 140 del COOTAD; y que, el Consejo de Administración y Disciplina de los Cuerpos de Bomberos, es el órgano al que corresponde asumir las funciones y atribuciones establecidas en el artículo 10 de esa Ley, que incluyen entre otras, atribuciones de carácter disciplinario, como se revisará a continuación.

Respecto del personal de oficiales y tropa de los Cuerpos de Bomberos, el artículo 10 de la Ley de Defensa contra Incendios, asigna a los Consejos de Administración y Disciplina, entre otras atribuciones, la de “5. Resolver los casos disciplinarios que se sometan a su consideración”. Idéntica previsión consta en el numeral 5 del artículo 78 del Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de Bomberos.

De conformidad con el artículo 2 del Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de Bomberos, “Los miembros integrantes de los cuerpos de bomberos del país, tendrán un régimen y disciplina especiales semejantes en sus manifestaciones a los que rigen el tipo militar, para asegurar así un riguroso sentido de orden, disciplina y obediencia”.

En concordancia, el artículo 16 del citado Reglamento, prevé que: “El personal de los cuerpos de bomberos es obediente y no deliberante”.

El artículo 166 del referido Reglamento, ubicado en el Capítulo III “De la Disciplina y de las Faltas Disciplinarias”, clasifica a las faltas en leves, graves y atentatorias; y, las tipifica y sanciona en los artículos 167, 168 y 169, 170, 171 y 172 del mismo Reglamento.

Toda vez que su consulta se refiere en forma específica al arresto, resulta pertinente considerar que dicha sanción disciplinaria consta establecida en los artículos 170 letra c), 171 letra b) y 172 letra c) del Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de Bomberos.

Según los artículos 176 y 178 del Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de Bomberos, compete a los Jefes de los Cuerpos de Bomberos y al Consejo de Administración y Disciplina, la atribución de imponer sanciones, establecida en los siguientes términos:

“Art. 176.- Imposición de sanciones.- El Primer Jefe, el Segundo Jefe, y los jefes de Brigada (Mayores) como oficiales superiores podrán imponer todos los tipos de sanciones contempladas en este reglamento, a excepción de la baja, que será privativa del Ministro, Subsecretario, Consejo de Administración y el Primer Jefe”.

“Art. 178.- El Consejo de Administración y Disciplina.- El Consejo de Administración y Disciplina deberá conocer y resolver acerca de las faltas que de acuerdo al presente reglamento merezcan ser sancionados con la baja”.

“Art. 184.- Otra falta disciplinaria.- Cualquier otra falta grave que no esté puntualizada en el presente reglamento será juzgada por el Consejo de Administración y Disciplina”.

Respecto del restante personal de los cuerpos de bomberos, el artículo 186 del Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de Bomberos, dispone:

“Art. 186.- Imposición de sanciones disciplinarias.- Las sanciones disciplinarias impuestas al personal sujeto al Código de Trabajo, así como del personal sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (actual LOSEP) se les concederá respeto absoluto de los derechos previstos en el Código de Trabajo, en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (actual LOSEP) y del reglamento general”.

De las normas citadas se concluye que, el personal de los Cuerpos de Bomberos está sujeto a diferentes regímenes jurídicos, establecidos por la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento para el personal administrativo; la Ley de Defensa Contra Incendios, su Reglamento y el Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de Bomberos para los oficiales y tropa; y, el Código del Trabajo, exclusivamente respecto de los obreros de los Cuerpos de Bomberos.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, los bomberos, esto es oficiales y tropa de esas entidades, tienen grados jerárquicos de conformidad con los artículos 15 y 17 de la Ley de Defensa Contra Incendios y un régimen disciplinario especial, semejante al que rige para los miembros de las Fuerzas Armadas, según el artículo 2 del Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de Bomberos, por lo que, respecto del personal de oficiales y tropa de los

Cuerpos de Bomberos, en materia disciplinaria rige, además de la LOSEP, la Ley de Defensa Contra Incendios y el citado Reglamento, como normas conexas en los términos que prevén los artículos 41 y 42 de la LOSEP.

3. En el acápite 3 de los antecedentes del oficio de consulta se expone que: “Se ha solicitado al Comandante General del CBDMQ, el pago a los Bomberos Rentados, de horas extraordinarias y suplementarias, liquidación de décimo tercer sueldo y vacaciones, reliquidación que la reclaman desde enero del 2003 al 30 de septiembre del 2010”.

El informe de la Directora Jurídica de la Entidad consultante, manifiesta que:

“(…) habida cuenta la naturaleza especial y autónoma de los Cuerpos de Bomberos, de acuerdo a la Normativa propia por la que se rigen los Cuerpos de Bomberos del País, la jornada de labores de los Bomberos rentados, no constituyen jornadas suplementarias ni extraordinarias y por tanto no se hallan sujetas al pago que por dicha circunstancia contempla la LOSEP (…)”.

De conformidad con el segundo inciso del artículo 229 de la Constitución de la República, “(…) La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público (…)”.

Al atender su segunda consulta hice referencia a mi pronunciamiento contenido en oficio No. 06679 de 29 de febrero de 2012, en el que concluí que la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) es aplicable al personal de los Cuerpos de Bomberos, salvo el caso del personal de obreros amparado por el Código del Trabajo.

En tal contexto, la remuneración del personal de los Cuerpos de Bomberos, se rige por lo dispuesto en la LOSEP, cuyo artículo 114 prevé en forma general el pago de horas extraordinarias y suplementarias, cuando por necesidad de la administración, la jornada de trabajo del servidor hubiere excedido el límite de la jornada ordinaria. La misma norma define a las horas suplementarias y extraordinarias, y establece los límites para su pago.

Sin embargo, por las características especiales de las actividades de los servidores de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional y Cuerpos de Bomberos, el artículo 115 de la LOSEP dispone en forma expresa que dichos servidores no perciben horas extraordinarias y suplementarias sino la compensación que establezca el Ministerio de Relaciones Laborales. Dicha norma prescribe:

"Art. 115.- Del pago a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional y cuerpos de bomberos.- Las servidoras y servidores públicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en servicio activo y de los cuerpos de bomberos que, por sus peculiaridades y particularidades en el ejercicio de la profesión militar, policial y de bomberos no perciban horas extraordinarias o suplementarias, subrogación, encargo u otros beneficios económicos por los conceptos previstos en esta ley para las servidoras y servidores públicos, percibirán por compensación los valores a que hubiere lugar, en base a la resolución que emita el Ministerio de Relaciones Laborales para tal efecto".

Sobre dicha base, mediante Resoluciones Nos. 84 y 117, publicadas en los Registros Oficiales Nos. 673 y 691 de 30 de marzo y 26 de abril de 2012, respectivamente, el Ministerio de Relaciones Laborales ha determinado los valores que percibirán los servidores en servicio activo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en el año 2012, por concepto de las compensaciones que establece el artículo 115 de la LOSEP; pero, no se ha expedido la Resolución que regla esa materia respecto de los miembros de los Cuerpos de Bomberos.

Respecto del personal de obreros de los Cuerpos de Bomberos, amparados por el Código del Trabajo, el pago de horas suplementarias y extraordinarias se sujeta al artículo 326 del Código del Trabajo, sobre cuya aplicación en pronunciamiento contenido en oficio No. 09827 de 19 de septiembre de 2012, manifesté y concluí que:

"(...) se considerarán horas suplementarias laboradas por los choferes, aquellas que excedan su jornada especial y se ejecuten inmediatamente después de ella; y, serán horas extraordinarias, aquellas en las que el chofer deba laborar, fuera de sus turnos, es decir en sus días de descanso. El pago por concepto de horas suplementarias de los choferes que laboran en el sector público, no puede exceder de cuatro horas al día y doce horas a la semana, conforme al numeral 1 del artículo 55 del Código del Trabajo y se deberá efectuar con los recargos que establecen los numerales 2 y 4 del artículo 55 del Código del Trabajo.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 326 del Código del Trabajo, los choferes que laboran en las instituciones del sector público tienen derecho a percibir los aumentos que correspondan por concepto de horas suplementarias y/o extraordinarias laboradas en forma adicional a la jornada especial de trabajo, que se deben remunerar considerando que si se han realizado durante el día o hasta las 24h00, se debe pagar el equivalente al valor de la hora de trabajo diurno más un recargo del 50%, de conformidad con

el numeral 2 del artículo 55 del Código del Trabajo; y, si el trabajo se ha cumplido en días de descanso obligatorio en los que no correspondía al chofer cumplir su jornada especial, se debe cancelar el valor de la hora de trabajo diurno más un recargo del 100%, según prescribe el numeral 4 del artículo 55 del Código del Trabajo”.

En atención a su consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 115 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que rige a partir de su promulgación, los servidores de los Cuerpos de Bomberos sujetos a esa Ley, no perciben horas extraordinarias o suplementarias, sino la compensación que esa norma establece y que corresponde determinar al Ministerio de Relaciones Laborales. Respecto de los obreros de esa Entidad, de acuerdo con el artículo 326 del Código del Trabajo, las horas suplementarias y extraordinarias laboradas en forma adicional a su jornada especial de trabajo, se pagarán con los recargos que establecen los numerales 2 y 4 del artículo 55 del Código del Trabajo.

La Procuraduría General del Estado no se pronuncia respecto del reclamo que sobre el pago de horas extraordinarias y suplementarias han formulado los bomberos rentados al Comandante General del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, que no constituye materia de consulta, y cuya resolución es de exclusiva responsabilidad de esa Entidad.

OF. PGE. N°: 10474, de 31-10-2012

COMISIÓN DE SERVICIOS Y LICENCIA SIN SUELDO POR SEGUNDA OCASIÓN: CURSOS DE POSTGRADO

ENTIDAD CONSULTANTE:

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO, ESPOCH

CONSULTAS:

1.“Es procedente que la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, otorgue comisión de servicios con sueldo por dos años y licencia sin remuneración por el lapso de dos años a favor de la Ingeniera Maritza Dolores Yáñez Navarrete, técnica del laboratorio de Análisis Técnicos de la Facultad de Ciencias de la Institución, por cuanto la servidora ha sido adjudicataria de una beca SENESCYT dentro del ‘Programa convocatoria abierta 2011’, para cursar estudios de Doctorado en la Universidad de Saskatchewan en Canadá; tomando en consideración que la

profesional mencionada en el año 2007 se benefició de una comisión de servicios con sueldo por dos años y licencia sin remuneración por un año, encontrándose pendiente aún la obligación de laborar en la institución, por el lapso de seis años, habiendo devengado hasta la presente fecha dos años y medio?”

2. “En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea positiva. ¿Puede la Institución postergar el tiempo de devengamiento faltante a la primera comisión y licencia concedida; es decir los 3 años y medio, hasta que la servidora concluya sus estudios doctorales (PhD) y bajo que figura legal procede esta postergación?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 234.

Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP Arts. 23 lit. q), 28 lit. b) y 30; y 41, 207 y 210 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 66 y 70 (derogada).

LOSCCA artículos 29 letra i) y 30 letra b); y, 50 y 182 de su Reglamento (derogada).

Reglamento Interno de Comisión de Servicios y Licencias de los Servidores de la Politécnica Art. 8.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el oficio No. 569-PROCU-2010 de 1 de agosto de 2012, anexo a su consulta, la Procuradora de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo manifiesta que, la autorización de la comisión de servicios con remuneración y licencia sin remuneración, se realizó a la fecha de vigencia de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, que en el artículo 50 de su Reglamento de aplicación disponía al servidor beneficiario de licencia para estudios regulares de post-grado con o sin remuneración, la obligación de mantenerse laborando a su retorno en la institución, por un lapso igual al doble del tiempo que se le concedió; y, conforme al artículo 8 del Reglamento Interno de Comisión de Servicios y Licencias de los Servidores de la Politécnica, la servidora debía prestar sus servicios en la institución por un tiempo no menor al triple del que fuera otorgado una vez concluida la comisión de servicios.

Expresa la Procuradora de la ESPOCH que, la obligación de la servidora al momento de reintegrarse a sus labores mediante Resolución del Consejo Politécnico de esa Universidad No. 028.CP.2010 de 27 de enero de 2010, “luego de concluida la licencia a su RETORNO es la de MANTENERSE LABORANDO en la Escuela

Superior Politécnica de Chimborazo, poniendo en práctica y entregando los nuevos conocimientos adquiridos por el lapso del triple del tiempo concedido para sus estudios de postgrado, y que en el presente caso, al haberse otorgado tres años de licencia para estudios a favor de la Ingeniera Maritza Dolores Yánez Navarrete, la obligación generada es de devengar en conocimientos por un tiempo de seis años, de los cuales ha sido devengados únicamente 2 años y medio, faltándole tres años y medio para cumplir con la responsabilidad asumida al momento que suscribió el contrato de comisión de servicios con sueldo”.

Concluye la Procuradora de la ESPOCH manifestando que: “Tanto la comisión de servicios con sueldo y la licencia sin remuneración que ya han sido concedidas a favor de la servidora ingeniera Maritza Yánez, le ha generado la responsabilidad de transmitir y poner en práctica los nuevos conocimientos adquiridos en los tres años ya utilizados para efectuar sus estudios de posgrado y sólo una vez que haya cumplido con esta obligación la servidora podría volver a solicitar nuevos beneficios para efectuar otros estudios de postgrado”.

A su consulta anexa copias certificadas de las Acciones de Personal Nos. 211. DDH.2006 de 17 de noviembre de 2006 y 170.DDH.2008 de 3 de diciembre de 2008, mediante las cuales se concedió a la ingeniera Maritza Dolores Yánez Navarrete licencia con remuneración por dos años y licencia sin remuneración por un año, respectivamente, fechas en las cuales se encontraban en vigencia la Ley Orgánica de Educación Superior (derogada por la actual Ley Orgánica de Educación Superior) y la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, (derogada por la vigente Ley Orgánica del Servicio Público).

Adjunta además a su consulta, copia certificada del Contrato de Comisión de Servicios de fecha 20 de noviembre de 2007, en cuya cláusula cuarta, se estipuló que una vez terminados y aprobados los estudios de la Beca conferida, la servidora pública beneficiaria de la licencia con remuneración, se obligó a prestar sus servicios en la ESPOCH, en una proporción de tres a uno, es decir, por el lapso de seis años, conforme al artículo 8 del Reglamento Institucional de Comisión de Servicios y Licencias de los Servidores Politécnicos de esa Universidad.

El artículo 66 de la derogada Ley Orgánica de Educación Superior, establecía que: “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 del Trabajo o Civil y al escalafón administrativo, según fueren empleados o trabajadores (...)”.

Los artículos 29 letra i) y 30 letra b) de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, contemplaban la licencia con y sin remuneración en beneficio de los servidores públicos, para efectuar estudios regulares de postgrado hasta por un período de dos años.

Por su parte, el artículo 50 del Reglamento a la LOSCCA (derogado por el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público), disponía que, con sujeción a las necesidades e intereses institucionales, la autoridad nominadora podía conceder licencia sin remuneración hasta por un período de dos años, como complemento a la licencia con remuneración para efectuar estudios de postgrado en el exterior o en el país; y agregaba que: “El servidor público que hubiese sido beneficiario de licencia para estudios regulares de post-grado con o sin remuneración, a su retorno tendrá la obligación de mantenerse laborando en la institución por un lapso igual al doble del tiempo que se le concedió o utilizó para tal propósito”.

En este sentido, el artículo 182 del derogado Reglamento a la LOSCCA, establecía que: “La entidad que conceda al servidor licencia para capacitación o para estudios regulares de especialización o postgrado, dentro o fuera del país, suscribirá un contrato de devengación con garantías personales o reales, mediante el cual, se obliga el servidor a prestar sus servicios por el doble del tiempo que duren los eventos o estudios”.

De los citados artículos 50 y 182 del derogado Reglamento de la LOSCCA, se establece que la licencia con y sin remuneración para realizar estudios de posgrado obligaba al servidor a mantenerse laborando en la institución por un lapso igual al doble del tiempo que se le concedió para tal propósito.

No obstante lo señalado, cabe tener en cuenta que en el caso consultado, la servidora pública se obligó una vez terminados sus estudios, a laborar por el triple del tiempo de la Beca conferida, conforme al Contrato de Comisión de Servicios de fecha 20 de noviembre de 2007, y el artículo 8 del Reglamento Institucional de Comisión de Servicios y Licencias de los Servidores Politécnicos de esa Universidad.

El artículo 234 de la Constitución de la República, prescribe que el Estado garantizará la formación y capacitación continua de los servidores públicos a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público; y, la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado.

La vigente Ley Orgánica de Educación Superior, en el artículo 70 referido al régimen laboral de los servidores y trabajadores del sistema de Educación Superior, en su inciso primero prescribe que: “El personal de las instituciones y organismos públicos del Sistema de Educación Superior son servidores públicos, cuyo régimen laboral se regirá por la Ley de Servicio Público de conformidad con las reglas generales; salvo el caso de los obreros, que se regulan por el Código del Trabajo”.

De acuerdo con el artículo 23 letra q) de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, son derechos irrenunciables de los servidores públicos “Recibir formación y capacitación continua por parte del Estado, para lo cual las instituciones prestarán las facilidades”.

En relación a las licencias sin remuneración, el artículo 28 letra b) de la LOSEP, establece que se podrá conceder licencia sin remuneración a los servidores públicos, con sujeción a las necesidades e intereses institucionales, para efectuar estudios regulares de postgrado en instituciones de educación superior, hasta por un período de dos años, siempre que el servidor hubiere cumplido al menos dos años de servicio en la institución donde trabaja.

Respecto de las comisiones de servicio con remuneración, el inciso cuarto del artículo 30 de la LOSEP, concordante con el artículo 50 de su Reglamento General, dispone que dichas comisiones se otorgarán para efectuar estudios regulares de postgrados, reuniones, conferencias, pasantías y visitas de observación en el exterior o en el país, que beneficien a la Administración Pública, hasta por dos años, previo dictamen favorable de la Unidad de Administración del Talento Humano, siempre que el servidor hubiere cumplido un año de servicio en la institución donde trabaja.

El inciso segundo del artículo 41 del Reglamento a la LOSEP, dispone que quienes sean beneficiarios de licencia sin remuneración para estudios regulares de postgrado, “a su retorno tendrán la obligación de mantenerse laborando en la institución por un tiempo igual al de la realización de los estudios de postgrado, transmitiendo y poniendo en práctica los nuevos conocimientos de conformidad con lo previsto en el capítulo de formación y capacitación del presente Reglamento General...”.

El artículo 207 del Reglamento a la LOSEP, referido a la formación y capacitación en el exterior prescribe que la máxima autoridad de la institución concederá al servidor, previo informe favorable de la UATH, “licencia sin remuneración o comisión de servicios con remuneración en el exterior, cuando el programa de formación de cuarto nivel se encuentre acorde con los perfiles ocupacionales y requisitos que se

establezcan para el puesto, a la misión institucional y se viabilice o se disponga del financiamiento económico correspondiente”.

Por su parte, el artículo 210 del indicado Reglamento a la LOSEP referido al convenio de devengación, determina que: “La entidad que conceda a la o el servidor comisión de servicios con remuneración para formación y capacitación o los permisos para estudios regulares de especialización o licencia sin remuneraciones para el estudio de postgrados, dentro o fuera del país, suscribirá un convenio de devengación con garantías personales o reales, mediante el cual, la o el servidor se obliga a prestar sus servicios por el triple del tiempo que duren los eventos o estudios”.

En consecuencia de lo expuesto, toda vez que los artículos 50 y 182 del Reglamento de la derogada LOSCCA disponían que los servidores públicos beneficiarios de licencia con y sin remuneración para realizar estudios de postgrado estuvieron obligados a su retorno, a mantenerse laborando en la institución por un lapso igual al doble del tiempo que se le concedió para tal propósito; y, que los artículos 41 y 210 del Reglamento a la vigente Ley Orgánica del Servicio Público, disponen a los servidores beneficiarios de licencia sin remuneración o comisión de servicios con remuneración, la obligación de mantenerse laborando a su retorno en la institución, por un tiempo igual al de la realización de los estudios de postgrado en el primer caso; y por el triple del tiempo que duren los estudios en el segundo caso, se concluye que no es procedente que la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo otorgue una nueva comisión de servicios con sueldo y licencia sin remuneración a los servidores sujetos a la LOSEP, que no hayan devengado en su totalidad el tiempo de labor por la licencia otorgada anteriormente con o sin remuneración.

2. En el informe jurídico de la Procuradora de la ESPOCH contenido en oficio No. 569-PROCU-2010 de 1 de agosto de 2012, la Procuradora de la ESPOCH expresa que: “(...) ni la Ley Orgánica del Servicio Público, su Reglamento de aplicación o la normativa interna de la Institución, contemplan disposición alguna que faculte a un servidor o servidora el poder solicitar una nueva comisión de servicios con sueldo sin haber devengado previamente la primera comisión concedida a su favor, pues se estaría ocasionando un doble beneficio que no se halla contemplado; peor aún la figura jurídica de postergación del tiempo de devengamiento de la comisión de servicios con remuneración y que en observancia estricta del derecho a la seguridad jurídica tipificado en el artículo 82 de la Ley Suprema, las autoridades están obligadas a aplicar las normas fundamentadas en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas, lo que impide a las autoridades institucionales el poder postergar el tiempo restante de transmisión de conocimiento o devengamiento por no existir disposición al respecto”.

Toda vez que, al absolver la primera consulta me pronuncié en el sentido de que no es procedente que la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo otorgue una nueva comisión de servicios con sueldo y licencia sin remuneración a los servidores sujetos a la LOSEP, que no hayan devengado en su totalidad el tiempo de labor por la licencia otorgada anteriormente con o sin remuneración, resulta improcedente atender la segunda consulta formulada en el oficio de la referencia.

OF. PGE. N°: 09751, de 13-09-2012

COMODATO O DONACIÓN: CAMBIO DE FIGURA JURÍDICA

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN MONTECRISTI

CONSULTA:

“Si es procedente cambiar la figura jurídica de Comodato a Donación del terreno de propiedad municipal a favor del Consejo de la Judicatura para la construcción de un edificio para la prestación de servicios jurisdiccionales en el Cantón Montecristi”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 225.

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 58.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Art. 460.

Código Civil Arts. 702 y 1724.

Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público Arts. 1, 57 y 62.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 09590 de 31 de agosto de 2012, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, este Organismo le solicitó reformular los términos de la consulta inicialmente presentada en oficio No. 370-WAP.GADMM de 13 de agosto de 2012 y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico Municipal, habiendo recibido respuesta en oficio No. 423-WAP-GADMM de 24 de septiembre de 2012.

Como antecedentes en su oficio inicial de consulta señala, entre otros, los que constan a continuación:

“1.- En oficio NO. 0167-11-DPCJ-M-CC-CD de 10 de octubre de 2011, dirigido al Ing. Washington Arteaga Palacios, Alcalde del cantón Montecristi, suscrito por la Dra. Catalina Castro Llerena, Directora Provincial de Manabí del Consejo de la Judicatura, en conjunto con el Dr. Carlos Teodoro Delgado Alonso, Director Provincial de Manabí del Consejo de la Judicatura (e), expresan que es de conocimiento público que el Consejo de la Judicatura de Transición, tiene como eje la reforma de infraestructura física, para ello se construirán edificaciones adecuadas y simétricas de servicios jurisdiccionales, por lo que solicitan de la manera más urgente, se dé en comodato un terreno de aproximadamente cinco mil metros cuadrados que cuente con todos los servicios básicos, todo lo cual dentro de un perímetro seguro que el caso requiere para el objetivo señalado.

2.- El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Montecristi, es propietario de un bien inmueble con una superficie total de ciento ochenta y cinco mil setecientos veinte y siete metros cuadrados (185.727,00 M2) (...).

3.- El Concejo Cantonal Municipal, en sesión ordinaria celebrada el día miércoles 25 de enero del 2012, resuelve dar en comodato a favor del Consejo de la Judicatura, un lote de terreno..., con un área total de CUATRO MIL TREINTA Y CUATRO METROS CON SEIS CENTÍMETROS CUADRADOS (4.043,06 M2), documento que fue elevado a escritura pública de comodato, en la Notaría Novena del Cantón Portoviejo, de fecha 26 de marzo del 2001, legalmente inscrita de foja 31-49 (...).

4.- El 14 de mayo del 2012, la doctora Catalina Castro Llerena, Directora Provincial de Manabí del Consejo de la Judicatura, en oficio No. 762-DG-CP-JM-2012... solicita al señor Alcalde realice el trámite correspondiente para el cambio legal de la escritura pública de comodato a donación del terreno que fuera otorgado mediante escritura pública de comodato”.

El informe jurídico de la entidad consultante consta en el documento sin número y sin fecha, adjunto al oficio No. 423-WAP-GADMM de 24 de septiembre de 2012, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, quien expresa lo siguiente:

“CRITERIO JURÍDICO.- Con los antecedentes expuestos, determino que sí procede el cambio de figura jurídica de comodato a donación del lote de terreno de propiedad municipal para la construcción de un edificio de servicios jurisdiccionales, hacer (a ser) construido por el Consejo de la Judicatura en Transición en el Cantón

Montecristi, pero como ha sido dispuesto por el concejo cantonal, en sesión ordinaria de concejo del día martes 12 de junio 2012, que la Procuraduría General del Estado, se pronuncie si es procedente el cambio de figura jurídica de comodato a donación, se debe enviar todo el expediente en copias debidamente certificadas para que emita su criterio jurídico respecto de este tema”.

Entre la documentación que se ha hecho llegar a esta Procuraduría, consta copia certificada de la escritura de comodato otorgada ante el Notario Noveno del Cantón Portoviejo, el 26 de marzo de 2012, por el Gobierno Autónomo Municipal de Montecristi, a favor del Consejo de la Judicatura, por la que se entrega en comodato el bien inmueble materia de la consulta, por un plazo de noventa y nueve años, según la estipulación que consta en la Cláusula Octava de la copia del indicado instrumento público.

Igualmente se ha remitido copia del oficio circular No. 0350-12-DPCJ-M-CC de 14 de mayo de 2012, suscrito por la Directora Provincial del Consejo de la Judicatura en Manabí y dirigido al Alcalde del Cantón Montecristi, quien expresa lo siguiente:

“Dando cumplimiento a lo establecido por Dr. Mauricio Jaramillo Velastegui mediante memorando Nro.- 762-DG-CP-JM-2012, en el que pone en conocimiento el Criterio del oficio Nro.- 04545 emitido por la Procuraduría General del Estado, en relación a las donaciones de inmuebles por parte de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (...).

En este sentido acogiendo la recomendación de la Procuraduría General del Estado donde manifiesta que el inciso segundo del artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, prevé que cuando intervengan dos personas jurídicas distintas no habrá traspaso de bienes sin donación, esta Dirección Provincial solicita a su autoridad que se realice el trámite correspondiente para el cambio legal de la Escritura de comodante a DONACIÓN de terreno que ya se encuentra tramitado”.

En primer término, respecto de lo aseverado por la Directora Provincial del Consejo de la Judicatura en Manabí, es necesario señalar que el pronunciamiento contenido en el oficio No. 04545 de 28 de octubre de 2011, fue emitido por esta Procuraduría con motivo de la consulta efectuada por la Alcaldesa del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Babahoyo y en el mismo se analizan las normas relacionadas con la donación de un inmueble entre entidades públicas, pero en ningún momento recomienda que se efectúe tal donación, ya que la conveniencia de esa decisión es responsabilidad del gobierno autónomo consultante. En

consecuencia, no puede inferirse que la Procuraduría General del Estado haya sugerido que el comodato otorgado por el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Montecristi se sustituya por una donación, conforme parece haberlo entendido la indicada Directora Provincial del Consejo de la Judicatura.

El comodato es una figura jurídica legítima, según consta de los pronunciamientos emitidos por esta Procuraduría mediante oficios Nos. 00645 y 04806 de 25 de febrero y 21 noviembre de 2011, en su orden, dirigidos al Registro Civil y al Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez", en el último de los cuales concluí en el siguiente tenor:

Por lo expuesto, de conformidad con el Art. 1 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, sus disposiciones son aplicables a los organismos y entidades del sector público comprendidos en el Art. 225 de la Constitución de la República, entre las que se encuentran las universidades y escuelas politécnicas y el Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical 'Leopoldo Izquieta Pérez', se concluye que en virtud de lo previsto en el Art. 62 del Reglamento General Sustitutivo citado, es jurídicamente procedente que la Escuela Superior Politécnica del Litoral celebre un contrato de comodato con el Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical 'Leopoldo Izquieta Pérez', para la entrega de 8.34 Hectáreas de terreno, en el Parque Biotecnológico que se instalará en el PARCON/ ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DEL LITORAL.

Los contratos deberán prever expresamente el plazo de duración, la imposibilidad de que el comodante pida la restitución del inmueble antes del vencimiento de dicho plazo, permitiendo y asegurando la amortización de las inversiones que se hagan en el mismo y el uso al que estará destinado".

Con relación a la donación de inmuebles, esta Procuraduría también se ha pronunciado mediante oficios Nos. 04036, 04545, 05231 y 05520, de 3 y 28 de octubre de 2011, 29 de noviembre y 19 de diciembre de 2011, en su orden, ante las consultas formuladas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados de los cantones Pangua, Babahoyo, Zamora y Mejía, respecto de la donación de bienes inmuebles entre entidades del sector público. En el pronunciamiento No. 05520 de 19 de diciembre de 2011, este Organismo concluyó:

"Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el inciso final del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contempla la procedencia de realizar donaciones de bienes inmuebles entre entidades del sector público

siempre que lleguen a un acuerdo, sin que para el efecto se requiera de insinuación judicial; y, que el inciso segundo del artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, prevé que cuando intervengan dos personas jurídicas distintas no habrá traspaso de bienes sino donación, se concluye que es legalmente procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Mejía, entregue en donación el lote de terreno mostrenco, de propiedad municipal, ubicado en la calle Miguel Salazar y camino a Rumipamba de la Parroquia Alóag, a favor del Ministerio de Salud Pública para que se construya un centro de salud”.

De lo expuesto, se concluye que es jurídicamente procedente cambiar la figura comodato a donación, de un terreno de propiedad municipal, a favor de otra entidad pública, sin perjuicio de lo cual, la conveniencia y las condiciones de tal cambio, que implica la transferencia de dominio de un activo de una entidad del Estado a favor de otra, son de exclusiva responsabilidad de las instituciones intervinientes.

Adicionalmente, en cuanto a las solemnidades que se aplican al tema de consulta, de conformidad con los artículos 460 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 1724 del Código Civil, se establece que para dejar sin efecto el comodato de un bien inmueble y proceder a la donación del mismo, debe otorgarse la correspondiente escritura pública, la misma que deberá anotarse al margen de la escritura de comodato e inscribirse en el Registro de la Propiedad, para que opere la tradición, de conformidad con lo prescrito en el artículo 702 del Código Civil.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la inteligencia y aplicación de normas legales, por lo que la Procuraduría General del Estado no se pronuncia sobre un asunto cuya decisión corresponde a las máximas autoridades de las instituciones intervinientes.

OF. PGE. N°: 10165, de 11-10-2012

CONCEJAL: RECONOCIMIENTO DE BECA COMPLETA ESTUDIANTIL

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN BOLÍVAR

CONSULTA:

“¿La Concejala Principal del cantón Bolívar en la provincia de Manabí, puede aceptar el reconocimiento de una Beca entera estudiantil proveniente de una Entidad Educativa que la rige el Estado y consecuentemente sus recursos económicos y al mismo tiempo, puede percibir su remuneración mensual en la calidad que viene ostentando dentro del Concejo Municipal, sin que esto afecte alguna contravención o prohibición en cuanto a percibir dos recursos indistintos por parte del Estado Ecuatoriano?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 229.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Art. 329.

LOSEP Art. 24. lit. 1.

Ley Orgánica de Educación Superior, LOES, Arts. 5 lit. i), 28, 77 y 78.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio s/n de 28 de junio de 2012 anexo a su consulta, el Procurador Síndico Municipal del Cantón Bolívar, manifiesta que: “el Director (E) de la Carrera de Turismo de la Escuela Superior Politécnica Agropecuaria de Manabí Manuel Félix López, ha notificado a la señora Zaira Velásquez Cedeño, Estudiante del Décimo Semestre de la Carrera de Ingeniería en Turismo de dicha Institución y Concejala Principal del cantón Bolívar, que de acuerdo a la Ley de Educación Superior, normativa institucional abalanzada (sic) por el Consejo Politécnico, se ha hecho acreedora de una beca entera estudiantil; denotando que la Edil mencionada participa como miembro del órgano legislativo del gobierno municipal, siendo autoridad de elección popular que se rige por la ley y sus propias normativas, percibiendo una remuneración mensual fijada en acto normativo o resolución, según corresponde a su nivel de gobierno, en estricto apego a lo que establece el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, conociéndose que la Constitución de la República (Art. 229), considera a todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, como servidores públicos, también no es menos cierto que la Ley Orgánica del Servicio Público, prohíbe a sus Servidores percibir remuneración o ingresos complementarios, ya sea con nombramiento o contrato, sin prestar servicios efectivos o desempeñar labor específica alguna, conforme a la normativa de la respectiva institución (letra l Art. 24 LOSEP); hecho

que a criterio jurídico no impide que la Concejala Principal del cantón Bolívar pueda aceptar el reconocimiento de una Beca entera estudiantil proveniente de la ESPAM y al mismo tiempo, pueda percibir su remuneración mensual en la calidad que viene ostentando dentro del Concejo Municipal, sin que esto afecte alguna contravención o prohibición en cuanto a los recursos que percibe institucionalmente”.

El artículo 329 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, contempla las prohibiciones por incompatibilidad e inhabilidad a los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, no constando entre ellas, la aceptación de una beca mediante la asignación de recursos económicos, como es el caso que motiva su consulta.

El artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, mencionado por el Procurador Síndico Municipal de Bolívar, prohíbe a los servidores públicos: “...l) Percibir remuneración o ingresos complementarios, ya sea con nombramiento o contrato, sin prestar servicios efectivos o desempeñar labor específica alguna, conforme a la normativa de la respectiva institución”.

Del citado artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se establece la prohibición a los servidores públicos de percibir remuneración o ingresos complementarios sin prestar servicios efectivos o desempeñar labor específica alguna; prohibición que responde a una situación distinta al reconocimiento de una beca mediante la asignación de recursos económicos, a la estudiante de una Institución de Educación Superior, que ejerce las funciones de concejala principal y percibe remuneración en la calidad que viene ostentando.

Cabe señalar al respecto que, en atención a una consulta formulada por la Escuela Politécnica de Chimborazo-ESPOCH- en oficio No. 1434.R. ESPOCH. 2011 de 16 de agosto de 2011, respecto a la procedencia de otorgar licencia a docentes que hayan obtenido becas de organismos públicos y privados, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la Secretaría Nacional de Educación Superior Ciencia, Tecnología e Innovación remitió su criterio en oficio No. SENESCYT-CGAJ-CO-0555-2011 de 9 de septiembre de 2011, manifestando que: “Las becas otorgadas por la SENESCYT, se constituyen en una política pública tendiente a promover la generación y producción de conocimiento, el fomento de la investigación científica y tecnológica, con miras a impulsar la producción nacional, elevar la eficiencia y productividad, mejorar la calidad de vida y contribuir a la realización del buen vivir, mediante la capacitación a profesionales, docentes e investigadores ecuatorianos; lo que no se constituye en remuneración alguna”.

La Ley Orgánica de Educación Superior, LOES, en el artículo 5 contempla como derechos de los estudiantes: "...i) Obtener de acuerdo con sus méritos académicos becas, créditos y otras formas de apoyo económico que garantice igualdad de oportunidades en el proceso de formación de educación superior".

El inciso primero del artículo 28 de la LOES, establece que las instituciones públicas de educación superior "podrán crear fuentes complementarias de ingresos para mejorar su capacidad académica, invertir en la investigación, en el otorgamiento de becas y ayudas económicas, en formar doctorados, en programas de postgrado, o inversión en infraestructura, en los términos establecidos en esta Ley".

El artículo 77 de la mencionada LOES, prescribe que las instituciones de educación superior "establecerán programas de becas completas o su equivalente en ayudas económicas que apoyen en su escolaridad a por los menos el 10% del número de estudiantes regulares". Agrega que: "Serán beneficiarios quienes no cuenten con recursos económicos suficientes, los estudiantes regulares con alto promedio y distinción académica, los deportistas de alto rendimiento que representen al país en eventos internacionales, a condición de que acrediten niveles de rendimiento académico regulados por cada institución y los discapacitados".

De conformidad con el artículo 78 de la LOES, "El reglamento que emita la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, definirá lo que debe entenderse por becas, crédito educativo, ayudas económicas y otros mecanismos de integración y equidad social. En ningún caso se podrá devengar la beca o ayuda económica con trabajo".

De los citados artículos 5 letra i), 28, 77 y 78 de la Ley Orgánica de Educación Superior, se desprende que los estudiantes de las instituciones de educación superior tienen derecho a obtener de acuerdo con sus méritos académicos becas, crédito y otras formas de apoyo económico; y en este sentido, las instituciones de educación superior pueden crear fuentes complementarias de ingresos a fin de establecer programas de becas completas o su equivalente en ayudas económicas, en beneficio de los estudiantes regulares con alto promedio y distinción académica, entre otros, sin que puedan ser devengadas mediante trabajo.

Toda vez que entre las prohibiciones por incompatibilidad e inhabilidad a los integrantes de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados que consta en el artículo 329 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no se contempla una relativa a aceptar becas estudiantiles mediante la entrega de recursos económicos por parte de las

instituciones de educación superior; y, conforme al artículo 5 letra i) de la Ley Orgánica de Educación Superior, los estudiantes tienen derecho a obtener de acuerdo con sus méritos académicos becas, crédito y otras formas de apoyo económico, se concluye que un concejal principal de un cantón, puede aceptar el reconocimiento de una beca entera estudiantil proveniente de una Entidad Educativa Estatal; y, percibir al mismo tiempo su remuneración mensual como dignatario del Concejo cantonal, sin que aquello constituya contravención o prohibición que impida percibir dicho apoyo o ayuda económica en calidad de becario estudiantil y la remuneración como concejal municipal.

OF. PGE. N°: 09330, de 14-08-2012

CONCEJO CANTONAL MUNICIPAL: COMPETENCIA PARA EXPEDIR REGLAMENTOS

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN RUMIÑAHUI

CONSULTA:

“Al amparo de lo dispuesto en el Art. 57 del COOTAD, ¿es competencia del Concejo Cantonal Municipal expedir Reglamentos para la aplicación de las Ordenanzas Municipales?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 238, 240 y 264.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 6 lit. a), 7, 9, 56, 57 lits. a) y y), 322, 323, 325, 343, 346, 380, 429, 492, 496, 522 y 559.

PRONUNCIAMIENTO:

Como antecedente de su consulta, señala que mediante memorando No. 2012-019-CL-GADMUR, de fecha 1 de agosto de 2012, el Concejal Pablo Almeida, Presidente de la Comisión de Legislación del GADMUR, manifiesta lo siguiente:

“En razón que el COOTAD dispone que el Concejo Municipal dentro de su facultad legislativa, tiene la competencia de expedir ordenanzas, acuerdos o resoluciones

y al no existir base legal que faculte al Cuerpo Colegiado expedir reglamentos; la Comisión de Legislación resolvió solicitar a la Sindicatura Municipal, realice una consulta a la Procuraduría General del Estado preguntando si el Concejo Municipal de Rumiñahui, es competente para expedir reglamentos que regulen las ordenanzas vigentes, o si esta competencia es facultad del señor Alcalde a través de una resolución administrativa”.

El informe jurídico que se adjunta al oficio de consulta consta en el oficio No. 2012-0713-S-GADMUR de 26 de septiembre de 2012, suscrito por la Procuradora Síndica Municipal, en el que cita los artículos 238, 240 y 264 de la Constitución de la República, los artículos 7, 9, 56, 57 letra a), 322 y 323 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“De lo expuesto, y de acuerdo con las normas legales transcritas, es criterio de la Sindicatura Municipal que el Concejo Municipal del Cantón Rumiñahui tiene la facultad normativa de expedir los reglamentos que tienen que ver con la aplicación de las normas expedidas mediante ordenanza, no así de los reglamentos que tengan que ver con las facultades administrativas propias del señor Alcalde del GADMUR”.

El artículo 238 de la Constitución de la República, dispone que los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera.

El artículo 240 de la Constitución de la República, reconoce la facultad legislativa de los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones, en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales y añade que las juntas parroquiales rurales tendrán facultades reglamentarias; y, el inciso final artículo 264 *ibidem*, que trata sobre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, prevé que dichos gobiernos expedirán ordenanzas cantonales, en el ámbito de sus competencias y territorio.

De las disposiciones de la Carta Constitucional, previamente citadas, se establece la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados, la facultad legislativa de los gobiernos autónomos municipales y la competencia de éstos para expedir ordenanzas cantonales, dentro de sus competencias y territorio.

Por su parte, los incisos primero y segundo del artículo 7 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se refiere a la facultad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados en los siguientes términos:

"Art. 7.- Facultad normativa.- Para el pleno ejercicio de sus competencias y de las facultades que de manera concurrente podrán asumir, se reconoce a los consejos regionales y provinciales concejos metropolitanos y municipales, la capacidad para dictar normas de carácter general a través de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, aplicables dentro de su circunscripción territorial".

El ejercicio de esta facultad se circunscribirá al ámbito territorial y a las competencias de cada nivel de gobierno, y observará lo previsto en la Constitución y la Ley (...)".

La letra a) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, prevé como atribución del Concejo Municipal:

"a) El ejercicio de la facultad normativa en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, mediante la expedición de ordenanzas cantonales, acuerdos y resoluciones";

Respecto de las decisiones legislativas, el artículo 322 del citado Código Orgánico, dispone lo siguiente:

"Art. 322.- Decisiones legislativas.- Los consejos regionales y provinciales y los concejos metropolitanos y municipales aprobarán ordenanzas regionales, provinciales, metropolitanas y municipales, respectivamente, con el voto conforme de la mayoría de sus miembros.

Los proyectos de ordenanzas, según corresponda a cada nivel de gobierno, deberán referirse a una sola materia y serán presentados con la exposición de motivos, el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que se deroguen o reformen con la nueva ordenanza. Los proyectos que no reúnan estos requisitos no serán tramitados.

El proyecto de ordenanza será sometido a dos debates para su aprobación, realizados en días distintos.

Una vez aprobada la norma, por secretaría se la remitirá al ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado correspondiente para que en el plazo de ocho días la sancione o la observe en los casos en que se haya violentado el trámite legal o que dicha normativa no esté acorde con la Constitución o las leyes.

El legislativo podrá allanarse a las observaciones o insistir en el texto aprobado. En el caso de insistencia, se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de

sus integrantes para su aprobación. Si dentro del plazo de ocho días no se observa o se manda a ejecutar la ordenanza, se considerará sancionada por el ministerio de la ley”.

De la letra a) del artículo 57 y 322 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se establece que los concejos municipales, en su jurisdicción, ejercen la facultad normativa de dichos gobiernos autónomos descentralizados, a través de ordenanzas.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en la letra y) del artículo 57 faculta específicamente a “Reglamentar los sistemas mediante los cuales ha de efectuarse la recaudación e inversión de las rentas municipales”. Adicionalmente, el indicado cuerpo legal se refiere en varias disposiciones a “reglamentos”, como las que señalo a continuación:

La letra a) del artículo 6 del indicado Código Orgánico, al tratar sobre la garantía de autonomía, prohíbe a las autoridades ajenas a los gobiernos autónomos descentralizados, “derogar, reformar o suspender la ejecución de estatutos de autonomía; normas regionales; ordenanzas provinciales, distritales y municipales; reglamentos, acuerdos o resoluciones parroquiales rurales; expedidas por sus autoridades en el marco de la Constitución y leyes de la República”.

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

El artículo 343 del COOTAD, referido al tesorero de los gobiernos autónomos descentralizados, prevé que “el tesorero será responsable ante la máxima autoridad financiera del cumplimiento de sus deberes y atribuciones, los cuales se determinarán en el reglamento respectivo aprobado por cada gobierno autónomo descentralizado”. Igualmente el artículo 346 *ibidem*, trata sobre la obligación de recibir pagos de dicho funcionario y señala que los abonos que reciba el tesorero “se anotarán en el respectivo título de crédito o en el registro correspondiente y se contabilizarán diariamente, de acuerdo con el reglamento que se dictará al efecto”.

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

De otra parte, la Sección Cuarta del Capítulo Octavo del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que norma las “Reglas Especiales Relativas a los Bienes de Uso Público y Afectados al Servicio Público”, en el artículo 429 se prevé que: “Las personas naturales o jurídicas, o entes carentes de personalidad jurídica tienen libertad de usar los bienes de uso público, sin otras restricciones que las impuestas por la Constitución, la Ley, ordenanzas y reglamentos respectivos”.

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

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

Finalmente, en lo que atañe a las deducciones adicionales del impuesto a la utilidad y plusvalía en la transferencia de predios urbanos, el artículo 559 prevé que “Además de las deducciones que hayan de efectuarse por mejoras y costo de adquisición, en el caso de donaciones será el avalúo de la propiedad en la época de adquisición, y otros elementos deducibles conforme a lo que se establezca en el respectivo reglamento (...)”.

El tratadista Roberto Dromi, se refiere a los reglamentos administrativos, en los siguientes términos:

“Ya hemos dicho que el reglamento administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa.

El reglamento es dictado por al Administración, que es el aparato instrumental servicial para la ejecución de los fines estatales. Sus formas de exteriorización son diversas: decreto, orden ministerial, resolución, ordenanza, circulares, instrucciones, etcétera.

La competencia reglamentaria es inherente a la función administrativa y, por consiguiente, a la propia Administración”.

De la anterior cita doctrinaria, se establece que la facultad reglamentaria es propia de la administración y que ésta se manifiesta a través de distintos instrumentos jurídicos, entre ellos las ordenanzas.

De los artículos 6 letra a), 57 letra y), 325, 343, 346, 380, 429, 492, 496, 522 y 559 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que han quedado citados, se concluye que el Concejo Cantonal de Gobierno Autónomo Descentralizado a su cargo, tiene atribuciones para expedir dentro del territorio cantonal, los reglamentos para la aplicación de la normativa vigente en las materias anteriormente referidas del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

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

OF. PGE. N°: 10219, de 16-10-2012

CONCEJO MUNICIPAL: INCORPORACIÓN DE PUNTOS AL ORDEN DEL DÍA

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN
QUINSALOMA

CONSULTA:

“¿Es procedente que los miembros del Concejo acogidos al segundo inciso del Art. 318 del Código Orgánico de Organización Territorial, Administración (Sic) y Descentralización, cada uno por su parte soliciten se agregue varios puntos al orden del día, llegando en algunos casos a pedir se agregue hasta 2 o 3 puntos cada uno?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 11 num. 3 inc. 3ro y 227.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 56, 60 lit. c), 318, 320, 322 y 323.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos para atender su requerimiento, mediante oficio No. 08401 de 19 de junio de 2012, este Organismo requirió el criterio del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas respecto del tema materia de su consulta, lo cual fue atendido por la Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas en oficio No. 486-DE-419-DAJVC-2012 de 2 de julio de 2012, en el que cita el artículo 318 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y expresa el siguiente criterio:

“En primer lugar cuando el Alcalde o Alcaldesa da a conocer al Concejo Municipal los puntos a tratarse, los Concejales o Concejales como integrantes del órgano de legislación, deben comprender si dichos puntos son totalmente claros y precisos a fin de proceder a conocerlos, debatirlos y tomar finalmente las resoluciones pertinentes; si no son claros ni precisos, uno de los miembros del Concejo puede incorporar puntos al orden del día a fin de que se complementen unos con otros y viabilice la toma de decisiones.

En caso contrario, si se incorporan puntos al orden del día sin que estos tengan relación con los puntos que van a tratarse, estaríamos hablando de una sesión distinta

a la que se va a desarrollar, y para ello no debemos olvidar que la facultad de elaborar el orden del día es del Alcalde o Alcaldesa así como la de efectuar la convocatoria, razón por la cual los puntos a incorporarse deben guardar relación y congruencia para efectos de tomar decisiones sobre la base de la competencia legislativa.

Es importante que el Concejo Municipal elabore su ordenanza de procedimiento parlamentario y desarrolle estos criterios y otros que estime necesarios para un cabal desarrollo de las sesiones”.

El informe jurídico de la entidad consultante consta en el oficio No. 057-GADMQ-PSM-EPL-2012 de 29 de mayo del 2012, en el cual el Procurador Síndico Municipal expone el siguiente criterio jurídico institucional:

“Corresponde al Alcalde convocar y presidir con voz y voto dirimente las sesiones del concejo municipal, para lo cual el lit. c) del Art. 60 del COOTAD (sic) señala como una de sus atribuciones la de proponer el orden del día de manera previa; el inc. 3ro., del nrl. 3 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o en la Ley.

Atento a lo establecido en la base legal antes señalada, constituye competencia y facultad privativa del alcalde, la de convocar y presidir las sesiones del concejo cantonal, más aún la Ley determina que éste debe incluir en la convocatoria el Orden del día, que por disposición expresa de la ley solo puede ser modificado en su orden de tratamiento y además establece como una excepción legal, la que un solo miembro del concejo pueda incorporar puntos adicionales, con la condición de que esta moción sea probada por la mayoría absoluta de los integrantes del Concejo cantonal....

La sola idea de que cada miembro del concejo pueda incorporar puntos nuevos al orden del día, primero que transgrede norma expresa como la señalada en el Inc. 2 del nrl. 3 del Art. 11; ¿Qué pasaría en los Concejos cantonales o provinciales en donde existen hasta 15 o más miembros?; en segundo lugar el tratamiento de los diferentes temas del concejo precisamente debe conllevar a tutelar una efectiva gestión administrativa y normativa, el exceso de temas y su superficial tratamiento, conllevaría irremediablemente hasta la comisión de errores, conflicto de competencias y sobre todo violenta aquellos principios que garantizan a la administración pública como un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, etc., tal como lo establece nuestra Constitución de la República en el Art. 227”.

El artículo 56 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, se refiere al concejo municipal, que es el cuerpo colegiado legislativo de los gobiernos autónomos descentralizados cantonales, en los siguientes términos:

“Art. 56.- Concejo municipal.- El concejo municipal es el órgano de legislación y fiscalización del gobierno autónomo descentralizado municipal. Estará integrado por el alcalde o alcaldesa, que lo presidirá con voto dirimente, y por los concejales o concejales elegidos por votación popular, de conformidad con lo previsto en la ley de la materia electoral. En la elección de los concejales o concejales se observará la proporcionalidad de la población urbana y rural prevista en la Constitución y la ley”.

El artículo 60 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prescribe que corresponde al alcalde o alcaldesa: “...c) Convocar y presidir con voz y voto dirimente las sesiones del concejo municipal, para lo cual deberá proponer el orden del día de manera previa”.

El artículo 318 del COOTAD, al que alude su consulta, integra el Título VII “Disposiciones comunes y especiales de los gobiernos autónomos descentralizados”, Capítulo II “Del Procedimiento Parlamentario” del indicado Código y dispone lo siguiente:

“Art. 318.- Sesión ordinaria.- Los consejos regionales y los concejos metropolitanos y municipales sesionarán ordinariamente cada ocho días. Los consejos provinciales y el Consejo de Gobierno de la provincia de Galápagos lo harán al menos una vez al mes. Las juntas parroquiales rurales se reunirán dos veces al mes como mínimo. En todos los casos, la convocatoria del ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado se realizará con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha prevista y se acompañará el orden del día y los documentos que se traten.

Una vez instalada la sesión se procederá a aprobar el orden del día, que podrá ser modificado solamente en el orden de su tratamiento o incorporando puntos adicionales, por uno de los miembros con voto conforme de la mayoría absoluta de los integrantes; una vez aprobado con este requisito, no podrá modificarse por ningún motivo caso contrario la sesión será invalidada. Aquellos asuntos que requieran informes de comisiones, informes técnicos o jurídicos, no podrán ser incorporados mediante cambios del orden del día.

Los gobiernos autónomos descentralizados, en su primera sesión ordinaria, obligatoriamente fijarán el día y hora para la realización de sus sesiones ordinarias, procurando su difusión pública”.

La Procuraduría General del Estado se ha pronunciado respecto de la mayoría requerida para la adopción de resoluciones por parte de los concejos municipales, mediante oficios Nos. 00909 y 01262 de 16 de marzo y 7 de abril de 2011, dirigidos a los Alcaldes de Santiago y Puyango, en su orden, en los siguientes términos:

“Del análisis jurídico que precede, se concluye que, para adoptar decisiones en cualquier clase de sesión, el Concejo Municipal del Cantón... requiere de la presencia o quórum de instalación de la mayoría absoluta conformada por la mitad más uno de los miembros del órgano legislativo, conforme lo dispone el artículo 320 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Para adoptar decisiones legislativas, el Concejo Municipal del Cantón... deberá aprobar las ordenanzas con el voto conforme la mayoría de sus miembros, que considerando el Art. 322 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se trata de mayoría absoluta de la mitad más uno de los miembros del Concejo; en tanto que para adoptar decisiones de cualquier clase, entre los cuales se incluyen acuerdos y resoluciones de carácter especial o específico, dicho Concejo deberá aprobarlos por simple mayoría, esto es, por el parecer mayoritario de los integrantes del concejo votantes (no la mayoría absoluta) en un solo debate, conforme lo disponen expresamente los artículos 322 y 323 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

En el caso del artículo 318 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que motiva su consulta, la indicada norma ha dispuesto que para que proceda la modificación del orden del día para las sesiones del Concejo Municipal, se requiere la aprobación de “con voto conforme de la mayoría absoluta de los integrantes”; es decir, que se trata de una mayoría calificada que ha previsto la Ley.

Del artículo 60 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se desprende que compete al alcalde convocar y presidir con voz y voto dirimente las sesiones del concejo municipal y además “proponer el orden del día de manera previa”.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que en las sesiones ordinarias del Concejo Municipal, es procedente que los miembros del Concejo,

acogiéndose al segundo inciso del Art. 318 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, soliciten se agreguen puntos al orden del día, siempre que tal adición sea aprobada por el voto conforme de la mayoría absoluta de los integrantes del Concejo Municipal. No obstante lo anterior, por expresa excepción de la parte final del inciso segundo del artículo 318, aquellos asuntos que requieran informes de comisiones, informes técnicos o jurídicos, no podrán ser incorporados mediante cambios del orden del día.

Finalmente, se debe precisar que no se prevé limitación alguna para que sean uno o más los concejales que ejerzan este derecho, en los términos y condiciones que prevé el artículo 318 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los mismos que han sido analizados previamente.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales, por lo tanto, la necesidad o conveniencia de agregar puntos al orden del día de las sesiones ordinarias del concejo cantonal, es de competencia de los concejales que lo integran.

OF. PGE. N°: 09290, de 09-08-2012

CONCESIONES: MANEJO DE DESECHOS SÓLIDOS

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN PORTOVIEJO

CONSULTA:

“¿Es procedente que el GAD Portoviejo concesione o delegue a una empresa internacional la competencia exclusiva contemplada en el literal d) del Art. 55 del COOTAD, referente al manejo de desechos sólidos, fundamentado en lo que prescribe el Art. 41 de la Ley de Modernización del Estado, que versa sobre la procedencia de delegar servicios públicos u otras de naturaleza similar, adicionando lo que establece el Art. 5 del COOTAD que relleva el principio de autonomía para los GAD Municipales?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 314.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 5 y 55 lit. d).

Ley Orgánica de Salud Arts. 97, 98, 99 y 100.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada Art. 41.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio que contesto, se expone que “el GAD Portoviejo ha recibido la propuesta de una empresa de nacionalidad francesa, con experiencia en esta clase de operaciones, la cual está solicitando en concesión el referido proceso sin costo para la Municipalidad (...)”.

El criterio del Procurador Síndico contenido en oficio No. POR12LEGALOFI0766 de 15 de noviembre de 2012, manifiesta que la Municipalidad requiere contar con una gestión técnica especializada de desechos hospitalarios de alta peligrosidad.

Agrega que, el manejo de desechos sólidos es una competencia exclusiva de las municipalidades, “no obstante, ante la necesidad institucional y por ende en beneficio de la colectividad, es necesario contar con el asesoramiento técnico especializado de empresas o compañías con la experiencia en el manejo de estas clases de operaciones de alto nivel contaminante”.

El criterio del Procurador Síndico cita los artículos 5 y 55 letra d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que establecen en su orden, la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados; y, la competencia de las municipalidades para la prestación de los servicios públicos de manejo de desechos sólidos; así como los artículos 97, 98, 99 y 100 de la Ley Orgánica de Salud que, con respecto al manejo de desechos y residuos que afecten la salud humana, confieren a la autoridad sanitaria nacional en coordinación con las municipalidades, atribución para normar esa materia; y, a las municipalidades, la responsabilidad de efectuar la recolección, transporte, tratamiento y disposición final de desechos.

El referido criterio invoca el artículo 41 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, que permite al Estado delegar la prestación de servicios públicos a empresas mixtas o privadas.

Sobre dicha base, el informe institucional manifiesta que:

"(...) la Procuraduría Síndica Municipal concluye en la procedencia de que el GAD Portoviejo al amparo de lo establecido dentro del ordenamiento jurídico del país, Art. 41 de la Ley de Modernización del Estado y tercer inciso del Art. 5 del COOTAD, concesione o delegue a una empresa internacional la competencia exclusiva del manejo de desechos sólidos infecciosos hospitalarios, aliviando el principio y garantía de autonomía que goza el Gobierno Municipal que consagra la intervención en beneficio de sus habitantes, para impulsar procesos propios y ejecutarlos en forma directa o delegada, conforme a la ley".

El primer inciso del artículo 314 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe que: "El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley".

Concordante, el artículo 316 de la Carta Constitucional, dispone:

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

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

De acuerdo con la letra f) del artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), es función de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, "f) Ejecutar las competencias exclusivas y concurrentes reconocidas por la Constitución y la ley y en dicho marco, prestar los servicios públicos y construir la obra pública cantonal correspondiente, con criterios de calidad, eficacia y eficiencia, observando los principios de universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad, solidaridad, interculturalidad, subsidiariedad, participación y equidad".

La prestación de los servicios públicos de manejo de desechos sólidos, entre otros, es competencia exclusiva del gobierno autónomo descentralizado municipal, conforme a la letra d) del artículo 55 del COOTAD.

El primer inciso del artículo 274 del citado COOTAD, asigna a los gobiernos autónomos descentralizados, la responsabilidad por la prestación de los servicios

públicos y la implementación de las obras que les corresponda ejecutar para el cumplimiento de las competencias que la Constitución y la ley les reconoce.

Respecto de las modalidades de gestión a las que pueden recurrir los GADs para la prestación de servicios de su competencia, el primer inciso del artículo 275 del COOTAD, prevé:

“Art. 275.- Modalidades de gestión.- Los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial, distrital o cantonal podrán prestar los servicios y ejecutar las obras que son de su competencia en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta”.

La delegación por parte de los gobiernos autónomos descentralizados a la iniciativa privada, de la prestación de servicios públicos, está prevista por el artículo 283 del COOTAD, como una excepción, en armonía con el segundo inciso del artículo 316 de la Constitución de la República, antes transcrito. Los incisos segundo y tercero del artículo 283 del COOTAD, disponen:

“(…) Sólo de manera excepcional los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada. Esta delegación se realizará mediante acto normativo del órgano competente cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural.

La falta de capacidad técnica o económica para la gestión directa de un servicio público deberá ser debidamente justificada ante el respectivo órgano legislativo local y la ciudadanía por la autoridad ejecutiva, en las condiciones establecidas en la Constitución y la ley. La selección correspondiente deberá realizarse mediante concurso público con excepción de la delegación de las competencias de riego, agua potable y alcantarillado a organizaciones comunitarias”.

En consecuencia, de acuerdo con los artículos 316 de la Constitución de la República y 283 del COOTAD, los gobiernos autónomos descentralizados pueden delegar, de manera excepcional, la prestación de los servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada, en caso de falta de capacidad técnica o económica del respectivo GAD para la gestión directa del servicio público; o, a través de empresas públicas o mixtas.

Conforme al citado artículo 283 del COOTAD, corresponde al respectivo gobierno autónomo descentralizado, justificar la falta de capacidad para efectuar la prestación del servicio, mediante acto normativo; y, seleccionar al prestador mediante concurso público.

El tercer inciso del citado artículo 283 del COOTAD, prohíbe en forma expresa la delegación de las competencias municipales para la prestación de los servicios de riego, agua potable y alcantarillado, que según esa norma deben ser prestadas por organizaciones comunitarias.

Sobre similar base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 09183 de 3 de agosto de 2012, dirigido a la Municipalidad de Milagro, concluí que:

“Del texto de los artículos 54 letra f), 274 y 275 del COOTAD antes mencionados, se establece que son funciones de los gobiernos autónomos descentralizados municipales ejecutar las competencias exclusivas y concurrentes reconocidas por la Constitución y la ley; y en este marco jurídico, prestar los servicios públicos y ejecutar las obras que son de su competencia en forma directa, mediante delegación u otras formas de gestión; pudiendo delegar de manera excepcional conforme al inciso segundo del artículo 283 del COOTAD, la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada, la cual deberá realizarse mediante acto normativo, siempre y cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural”.

Los artículos 41 y 43 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, citada por el criterio de la Entidad consultante, incluye al contrato de concesión de servicio público, entre las modalidades a las que puede recurrir el Estado para delegar la prestación de servicios.

El Título III del Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, que establecía el procedimiento de aprobación de bases (pliegos) de los procedimientos de delegación al sector privado, fue derogado por Decreto Ejecutivo No. 810, publicado en Registro Oficial No. 494 de 19 de julio de 2011.

Atenta la materia de la consulta, referida al manejo de desechos hospitalarios, resulta pertinente considerar que, el artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud incluye a los desechos que se generan en los establecimientos de salud, en la definición de “desechos infecciosos”, que son “aquellos que contienen gérmenes patógenos

y representan riesgo para la salud; se generan en los establecimientos de salud humana, veterinarios, morgues y otros”.

De conformidad con los artículos 97, 99 y 107 de la citada Ley Orgánica de Salud, corresponde a la autoridad sanitaria nacional, dictar las normas para manejo de todo tipo de desechos y residuos que afecten la salud humana; coordinar con los municipios del país los procedimientos técnicos de cumplimiento obligatorio para el manejo adecuado de los desechos infecciosos que generen los establecimientos de servicios de salud, públicos o privados, ambulatorio o de internación, veterinaria y estética. Así mismo, le corresponde a la autoridad sanitaria nacional, dictar las normas para el manejo, transporte, tratamiento y disposición final de los desechos especiales.

Los artículos 100 y 103 inciso segundo de la citada Ley Orgánica de Salud, asignan a las Municipalidades la responsabilidad de efectuar la recolección, transporte, tratamiento y disposición final de los desechos, con observancia de las normas de bioseguridad y control determinadas por la autoridad sanitaria nacional; y, determinar los sitios especiales para el depósito final de desechos infecciosos, especiales, tóxicos y peligrosos para la salud, que deben ser tratados técnicamente previo a su eliminación y depósito final.

De acuerdo con la letra d) del artículo 39 del Reglamento de Manejo de Desechos Sólidos en Hospitales, expedida por Acuerdo del Ministerio de Salud, corresponde a esa Entidad “d) Evaluar el proceso de transporte, recolección, tratamiento y disposición final de los desechos infecciosos de acuerdo al Título II Capítulo I de este reglamento”.

Del análisis previamente efectuado se desprende que, la recolección, transporte, tratamiento y disposición final de desechos, entre ellos los de carácter hospitalario, constituye un servicio público de competencia exclusiva y responsabilidad de las municipalidades, de conformidad con los artículos 55 letra d) del COOTAD, 100 y 103 inciso segundo de la Ley Orgánica de Salud.

Tratándose de la recolección de desechos infecciosos, por los riesgos que representan para la salud de la población, es aplicable el Reglamento de Manejo de Desechos Sólidos en Hospitales, expedido por el Ministerio de Salud mediante Acuerdo publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 338 de 10 de diciembre de 2010. Cualquiera sea la forma de gestión del servicio que adopte la Municipalidad conforme a las facultades que al efecto le confiere el artículo 275 del COOTAD (gestión institucional directa, por contrato o delegada) los procedimientos técnicos

para el manejo, transporte, tratamiento y disposición final de los desechos hospitalarios infecciosos, corresponde coordinar a la municipalidad con el Ministerio de Salud como autoridad nacional en esa materia, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley Orgánica de Salud.

Atenta la derogatoria del Título III del Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, el procedimiento de delegación de servicios públicos a la iniciativa privada, se deberá reglamentar por el respectivo gobierno autónomo descentralizado, mediante Ordenanza, en aplicación de la facultad normativa que le confiere la letra a) del artículo 57 del COOTAD.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la Municipalidad de Portoviejo puede delegar a la iniciativa privada la prestación del servicio público de recolección de desechos sólidos hospitalarios, mediante acto normativo en el que se justifique la falta de capacidad técnica o económica de ese gobierno autónomo descentralizado, para efectuar la gestión del referido servicio público de forma directa, conforme al procedimiento previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 283 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. La selección de la empresa que preste el servicio se deberá efectuar aplicando el procedimiento de concurso que establece el citado artículo 283 del COOTAD.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas que en él se han analizado. La determinación de la conveniencia y oportunidad de delegar a la iniciativa privada la prestación de un servicio público de responsabilidad de la Municipalidad, corresponde a sus personeros.

OF. PGE. N°: 11005, 11-12-2012

**CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN:
INCORPORACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

ENTIDAD CONSULTANTE:

UNIVERSIDAD POLITÉCNICA ESTATAL DEL CARCHI, UPEC

CONSULTAS:

1. "¿Cómo debe actuar la Universidad, para el cumplimiento del porcentaje al que se refiere tanto la LOSEP - Art. 64 - cuanto el Código del Trabajo –Art. 42 num. 33-,

para la incorporación de personas con discapacidad, cuando en los concursos de méritos y oposición no se presentan candidatos o postulantes con discapacidad? ”.

2. “¿Cuál es la sanción para la institución pública por incumplimiento de las normas relacionadas a la incorporación con personas con discapacidad, cuando en la LOSEP –Art. 64 y el Código de Trabajo –Art. 42 num. 33 -, difieren en la forma de aplicarlas? ”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 35, 47 num. 5, 229 y 330.

LOSEP Arts. 5, 58, 64, 65 y Disp. Trans. Octava; y, 17, 18 y 193 de su Reglamento.

Código del Trabajo Art. 42 num. 33.

Ley de Discapacidades Art. 4 lit. c).

Acuerdo N° 56, R. O. S. N° 702, de 14 -05-2012, Norma Sustitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal Arts. 2, 39 lit. a) y Disp. Gen. Quinta.

Res. MRL-FI-2010-000118 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender sus consultas, mediante oficios Nos. 07832, 07833 y 07834 de 16 de mayo de 2012, este Organismo requirió los criterios institucionales del Ministro de Relaciones Laborales, del Presidente del Consejo de Educación Superior y del Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Discapacidades, respectivamente; e insistió en dichos pedidos, en oficios Nos. 08392 y 08393 de 19 de junio de 2012, dirigidos en su orden, al Consejo de Educación Superior y al CONADIS.

Los requerimientos de esta Entidad, han sido atendidos mediante oficio No. MRL-AJ-2012 4084 de 13 de junio de 2012, ingresado el 14 de junio del presente año, suscrito por el abogado Juan Fernando Salazar, Ministro de Relaciones Laborales (S); y, con oficio No. CONADIS-DE-2012-0601-O de 21 de junio de 2012, suscrito por el Director Ejecutivo del CONADIS. En tanto que, el Presidente Subrogante del Consejo de Educación Superior, en oficio No. CES-1354-2012 de 18 de junio de 2012, recibido el 21 de los mismos mes y año, manifestó que la competencia para atender consultas en materia de aplicación de las normas que rigen el talento humano de las entidades públicas corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales.

El Procurador General de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi, en oficio No. 050-UPEC-PG de 7 de mayo de 2012, anexo a la comunicación de consulta, manifiesta que:

“Al ser una universidad, en la regulación del talento humano convergen dos normas esencialmente, como son el Código del Trabajo y la Ley del Servicio Público, entre una de las regulaciones se establece lo referente a la incorporación de personas con discapacidad; sobre este particular la LOSEP art. 64 determina el procedimiento y el porcentaje en relación al número total de servidores, así como una multa por su incumplimiento; de igual forma, en el Código del Trabajo Art. 42 numeral 33 se establece el porcentaje en relación al número de trabajadores”.

Agrega el Procurador General de la entidad consultante que, la Universidad Politécnica Estatal del Carchi “ha implementado dentro de sus políticas acciones afirmativas en beneficio de personas con discapacidad; sin embargo a los llamados no se han presentado, lo que no ha permitido implementar el porcentaje señalado en la ley”.

Concluye que: “La máxima autoridad de la institución deberá continuar disponiendo que dentro de los distintos concursos que lleve a efecto la entidad, se observen acciones afirmativas para las personas con discapacidad. En caso de que no se presentaren postulantes y aún así no sean favorecidos, la Dirección Administrativa planificará la incorporación progresiva haciendo un llamado público en base a méritos y bajo la contratación de servicios ocasionales”.

Respecto de la aplicación de sanciones por incumplimiento, el Procurador General de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi, menciona que:

“El mencionado art. 64 de la LOSEP, determina en su inciso cuarto que la sanción se dará si el Ministerio de Relaciones Laborales verificare el incumplimiento y si ese incumplimiento fuere imputable a la máxima autoridad, en este caso siempre ha existido la predisposición de incorporar normativas de inclusión, por lo que considero que no existiría fundamento legal para imponer una multa, más allá de que el Art. 42 numeral 33 difiere en la forma de imposición de la sanción, lo cual vuelve a estos preceptos en ambiguos”.

Por su parte, el Ministro de Relaciones Laborales Subrogante, en el oficio No. MRL-AJ-2012 4084 de 13 de junio de 2012, cita entre otras normas, el artículo 17 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) y los artículos 17 y 18 de su Reglamento, que en cuanto se refieren a los nombramientos que habilitan el ejercicio de función

pública, los clasifica en: permanentes, provisionales, de libre nombramiento y remoción y de período fijo; y, el artículo 65 de la LOSEP, según el cual el ingreso a un puesto público se lo efectuará mediante concurso de merecimientos y oposición, previendo además que, se considerará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad, aplicando al efecto acciones afirmativas.

Con respecto a la competencia del Ministerio de Relaciones Laborales para verificar el cumplimiento de las normas sobre inserción laboral para personas con discapacidad, el Ministro Subrogante de esa Cartera de Estado, invoca la Disposición Transitoria Octava de la LOSEP; y, añade que:

“(.. .) con Acuerdo No. 56 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 702, de 14 de mayo del 2012, expidió la Norma Sustitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, con la que se regula el proceso de reclutamiento y selección de personal para puestos protegidos por la carrera del servicio público que obligatoriamente deben realizarse a través de concursos de méritos y oposición. La Norma regula aspectos puntuales sobre las personas con discapacidad, con énfasis en las acciones afirmativas, como se observa del artículo 39”.

El Ministro de Relaciones Laborales Subrogante, cita además los artículos 70, 147, 149, 150 y la Vigésima Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Educación Superior, que establecen el régimen aplicable al personal académico de las universidades y escuelas politécnicas; y, sobre dicha base, manifiesta:

“De las normas legales invocadas se desprende que en las instituciones del Estado que están sujetas al ámbito de la LOSEP, como es el caso de la Universidad Politécnica del Carchi, pueden trabajar, funcionarios, servidores, docentes y obreros, cada uno dentro del marco legal que corresponda en la aplicación de las diferentes figuras jurídicas. Tratándose de funcionarios, lo pueden ejercer un puesto excluido de la carrera del servicio público, sea de libre remoción o de período fijo, en los términos que la Ley lo permita; para el caso de servidores, lo pueden hacer mediante nombramientos provisionales, permanentes; y, personal bajo contratos de servicios ocasionales, como se deja puntualizado (...)”.

Respecto al personal sujeto a la LOSEP, el Ministro de Relaciones Laborales Subrogante, cita el artículo 64 de esa Ley; mientras que, con relación a las personas sujetas al Código del Trabajo, invoca el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo; y, sobre dicha base normativa, concluye que:

"(...) se ha de entender que sí bien el artículo 64 de la LOSEP, se encuentra dentro del Capítulo IV que se refiere al Subsistema de Selección de Personal, este hecho no condiciona a que necesariamente se deba ingresar mediante concurso de méritos y oposición para ocupar puestos protegidos por la carrera en el servicio público por parte de personas con discapacidad a efectos de someterse a los tantos por cientos ya señalados (...).

En el evento de que la institución no pueda seleccionar personal con discapacidades bajo las diferentes posibilidades que permite el ordenamiento legal, deberá remitir al Ministerio de Relaciones Laborales los justificatorios que permitan comprobar la falta de demanda para esos fines y tomar las acciones que correspondan.

(...) Siendo así, y en apego a lo que establece la Primera Disposición Final de la LOSEP, esto es, que sus disposiciones por tener el carácter de Orgánica, prevalecerán sobre las ordinarias que se le opongan y orgánicas expedidas con anterioridad a su vigencia, en el entendido de que luego de las inspecciones realizadas se verifique el incumplimiento de la norma por parte de las instituciones del Estado, se podrá aplicar lo que señala el artículo 64 de la Ley Orgánica del Servicio Público".

El criterio institucional de CONADIS, contenido en oficio No. CONADIS-DE-2012-0512-O de 30 de mayo de 2012, manifiesta que:

"(...) para lograr la inclusión socio-laboral de personas con discapacidad, recomendamos que:

- Los Concursos de Méritos y Oposición de la Universidad, se publiquen en la WEB Socio-Emplo del Ministerio de Relaciones Laborales, para que un mayor número de personas con discapacidad tengan acceso a la información.
- (...) Para cumplir las normativas y contribuir al cumplimiento de las políticas sociales y económicas del Gobierno Nacional, la Universidad podría integrar personal con discapacidad bajo la modalidad de nombramiento provisional o contrato".

El contenido de la consulta exige considerar como antecedente que, las personas con discapacidad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas, integran los grupos de atención prioritaria a los que se refiere el artículo 35 de la Constitución de la República.

Con respecto a las personas con discapacidad, el numeral 5 del artículo 47 de la Constitución de la República, establece que: "(...) Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a: (...) 5. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas"; y, el artículo 330 *ibídem*, garantiza la inserción laboral de los discapacitados, previendo que:

"Art. 330.- Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición".

En concordancia, la letra c) del artículo 4 de la Ley sobre Discapacidades, prevé la inserción laboral de las personas con discapacidad, en los siguientes términos:

"Art. 4.- INTEGRACION SOCIAL.- El Estado a través de sus organismos y entidades garantiza el pleno ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a todas las personas con discapacidad, mediante las siguientes acciones:

(...) c) Formación, capacitación e inserción en el sector laboral formal e informal; así como, otras modalidades de trabajo, pequeña industria y microempresa, talleres protegidos, trabajo en el domicilio, autoempleo, etc. (...)".

En forma adicional, es pertinente considerar la disposición del artículo 229 de la Constitución de la República, que prescribe:

"Art. 229.- 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.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”.

Del tenor de la norma constitucional citada se desprende que, el término “servidor público” se aplica en forma genérica para referirse a toda persona que preste servicios en las instituciones del sector público; y, conforme prevé el penúltimo inciso de la misma disposición, los obreros del sector público se rigen por el Código del Trabajo.

Los servidores públicos de toda la administración pública, están sujetos a diferentes regímenes jurídicos. En el caso del personal académico de las Universidades y Escuelas Politécnicas, conforme expone el Ministro de Relaciones Laborales Subrogante en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, se rige por la Ley Orgánica de Educación Superior, para los obreros el Código del Trabajo y para los demás servidores la LOSEP.

La incorporación de políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria en los procesos de selección e ingreso al servicio público, está prevista por el antepenúltimo inciso del artículo 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), que prescribe:

“Las instituciones públicas sujetas a esta Ley, garantizarán que los procesos de selección e incorporación al servicio público, promuevan políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria, la interculturalidad y, la presencia paritaria de hombres y mujeres en los cargos de nominación y designación”.

Con relación a la inclusión de personas con discapacidad, el artículo 64 de la LOSEP, dispone:

“Art. 64.- De las personas con discapacidades o con enfermedades catastróficas.- Las instituciones determinadas en el artículo 3 de esta ley que cuenten con más de veinte y cinco servidoras o servidores en total, están en la obligación de contratar o nombrar personas con discapacidad o con enfermedades catastróficas, promoviendo acciones afirmativas para ello, de manera progresiva y hasta un 4% del total de servidores o servidoras, bajo el principio de no discriminación, asegurando las condiciones de igualdad de oportunidades en la integración laboral, dotando de los implementos y demás medios necesarios para el ejercicio de las actividades correspondientes.

En caso de que por razones de la enfermedad catastrófica o discapacidad severa las personas no pudieren acceder a puestos en la administración pública, y, una persona del núcleo familiar de dicha persona sea éste cónyuge o conviviente en unión de hecho, padre, madre, hermano o hermana o hijo o hija, tuviere bajo su cuidado a la misma, podrá formar parte del porcentaje de cumplimiento de incorporación previsto en el inciso anterior, para lo cual se emitirá la norma técnica correspondiente para la contratación de estas personas. En caso de muerte de la persona discapacitada o con enfermedad catastrófica, se dejará de contar a éstas dentro del cupo del 4%.

No se disminuirá ni desestimará bajo ningún concepto la capacidad productiva y el desempeño laboral de una persona con discapacidad o con enfermedad catastrófica a pretexto de los servicios sociales adecuados que se brinde a éstos para resolver y equiparar las condiciones desiguales que requieran para ejercer y desarrollar normalmente sus actividades laborales. Al primer mes de cada año, las servidoras y servidores públicos que hubieren sido integrados en el año anterior, obligatoriamente recibirán inducción respecto del trato y promoción de los derechos hacia sus compañeros y usuarios que merezcan atención prioritaria.

Si luego de la inspección realizada por parte del Ministerio de Relaciones Laborales, se verificare el incumplimiento de lo previsto en este artículo, y, siempre y cuando aquello fuere imputable a la autoridad nominadora, se impondrá a ésta una multa equivalente a cinco salarios básicos unificados del trabajador privado en general. En caso de mantenerse el incumplimiento, se le sancionará con la multa equivalente a veinte salarios básicos unificados del trabajador privado en general.

Si habiendo sido sancionada por segunda ocasión la autoridad nominadora, se mantuviere el incumplimiento, siempre y cuando en su jurisdicción exista la población de personas con discapacidad disponible para el trabajo, de conformidad con el catastro nacional de personas con discapacidad que mantenga el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS), esto constituirá causal de remoción o destitución.

Respecto del valor de la multa que se imponga por este efecto, el cincuenta por ciento de la misma ingresará al Ministerio de Relaciones Laborales, valor que será destinado única y exclusivamente a fortalecer los sistemas de supervisión y control de dicho portafolio; y, el restante cincuenta por ciento ingresará al Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS) para dar cumplimiento a los fines específicos previstos en la Ley de Discapacidades.

El Ministerio de Relaciones Laborales, a través de la unidad de discapacidades y las inspectorías provinciales respectivas, supervisará y controlará cada año el cumplimiento de esta disposición en la administración pública”.

Del tenor de la norma transcrita se desprende que según su primer inciso, es obligación de las instituciones sujetas al ámbito de aplicación de la LOSEP, incorporar a personas con discapacidad o enfermedades catastróficas, hasta un 4% del total de sus servidores, previéndose en forma expresa que la incorporación de estas personas podrá ser mediante nombramiento o contrato. Como se verá más adelante, el porcentaje de personas con discapacidad que se incorporen a las instituciones públicas se deberá cumplir en forma progresiva, conforme al cronograma que establece la Disposición Transitoria Octava de esa Ley Orgánica, hasta llegar al cuatro por ciento en el año 2013.

El segundo inciso del citado artículo 64 de la LOSEP, confiere al Ministerio de Relaciones Laborales, competencia para expedir la norma técnica para la contratación de personas con discapacidad o de los parientes al cuidado del discapacitado. Los incisos cuarto y quinto de la misma norma, asignan a esa Secretaría de Estado atribución para imponer a la autoridad nominadora sanciones de multa y destitución en caso de incumplimiento de la citada norma legal; y, el inciso final del artículo 64 de la LOSEP, asigna al Ministerio de Relaciones Laborales, atribución para supervisar y controlar el cumplimiento de esta disposición. Similar previsión, con respecto a la competencia del Ministerio de Relaciones Laborales para imponer la sanción por incumplimiento, consta en el artículo 194 del Reglamento de la LOSEP.

El segundo inciso del artículo 65 de la LOSEP, dispone que:

“El ingreso a un puesto público se realizará bajo los preceptos de justicia, transparencia y sin discriminación alguna. Respecto de la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad y de las comunidades, pueblos y nacionalidades, se aplicarán acciones afirmativas. El Ministerio de Relaciones Laborales implementará normas para facilitar su actividad laboral”.

En concordancia con el antes citado artículo 64 de la LOSEP, su Disposición Transitoria Octava, establece un cronograma de incorporación de personas con discapacidad, que deben observar obligatoriamente las instituciones públicas sujetas a su ámbito de aplicación. La citada disposición tiene el siguiente texto:

“OCTAVA.- A efectos del cumplimiento de la incorporación de personas con discapacidad y quienes adolecen de enfermedades catastróficas previsto en el artículo 64 de esta ley, se observará el siguiente cronograma progresivo: el uno por ciento en el año 2010, el dos por ciento para el año 2011, el tres por ciento para el año 2012, hasta llegar al cuatro por ciento en el año 2013.

Las personas que perciban el Bono Joaquín Gallegos Lara no estarán comprendidas dentro de las personas contempladas para tal objeto.

En el plazo de ciento ochenta días a partir de la publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, el Ministerio de Relaciones Laborales, inspeccionará todas las instituciones y empresas del Estado a efectos de emitir el primer informe técnico sobre el cumplimiento o incumplimiento de la disposición de inserción laboral para personas con discapacidad”.

El artículo 193 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, contempla el ingreso al sector público de parientes de personas con discapacidades o enfermedades catastróficas, cuando el discapacitado no pueda acceder al puesto, previéndose que dicha incorporación de personal, formará parte del porcentaje de cumplimiento que establece el artículo 64 de la LOSEP. La citada norma reglamentaria, dispone:

“Art. 193.- De la vinculación.- En el caso de que una persona por motivos de discapacidad severa o enfermedad catastrófica debidamente certificada, no pudiera acceder a un puesto en la administración pública, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, padre, madre, hermano, hermana, hijo o hija, bajo quien legalmente se encuentre a su cuidado, podrá formar parte del porcentaje de cumplimiento señalado en el artículo 64 de la LOSEP, conforme determine la normativa del Ministerio de Relaciones Laborales”.

El inciso primero del artículo 2 de la Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público, expedida por Acuerdo Ministerial No. 56 del Ministerio de Relaciones Laborales, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 702 de 14 de mayo de 2012, incluye en su ámbito de aplicación, a “todas las instituciones del Estado determinadas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público - LOSEP”.

El artículo 39 de la citada Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público, que ha sido citado en el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, establece los puntajes que por

acciones afirmativas se deben sumar a los resultados finales de los postulantes que en los concursos de merecimientos y oposición para el ingreso al servicio público, hubieren obtenido al menos la calificación mínima de 70 puntos.

Con respecto a los discapacitados, la letra a) del artículo 39 de la Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público, dispone:

“a) Participación de personas con discapacidad y enfermedades catastróficas o quienes estén a cargo de estas.- En los concursos de méritos y oposición que efectúen las instituciones del Estado se declarará ganador o ganadora del mismo a aquella persona con discapacidad o con enfermedad catastrófica que haya logrado un puntaje final igual o superior a setenta (70) puntos, considerando que su situación personal no sea impedimento para cumplir con las actividades del puesto, lo cual será analizado por la UATH institucional, o quien hiciere sus veces, quien emitirá su respectivo informe.

Asimismo, esta disposición será aplicable para los postulantes que tengan a cargo a una persona con discapacidad o enfermedad catastrófica dentro de su núcleo familiar, sea cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, padre, madre, hermano o hermana, hijo o hija, siempre que demostrare mediante declaración juramentada que tiene a su cargo el cuidado de la misma.

Adicionalmente, a estas personas se las considerará dentro del porcentaje de personas con discapacidad o con enfermedad catastrófica respecto del total de las y los servidores y trabajadores de la institución.

Para ello se observará que:

a.1) Esta acción afirmativa se tomará hasta que la institución alcance, progresivamente, la proporcionalidad establecida en la Octava Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Servicio Público, esto es:

Año Porcentaje respecto al total de las y los servidores y trabajadores de la institución.

2012 El tres por ciento (3%)

2013 El cuatro por ciento (4%)

Una vez completado el porcentaje establecido en el cuadro anterior para cada año, para el caso de nombramiento, no se aplicarán las acciones afirmativas

contempladas en este literal. Sin embargo, si por cualquier causa se disminuye el número de personas en las condiciones señaladas se recurrirá nuevamente a la acción afirmativa mencionada”.

La Disposición General Quinta de la referida Norma Técnica, respecto a la selección de personal sujeto a regímenes especiales, como es el caso de los docentes amparados en la Ley Orgánica de Educación Superior, establece que el ingreso del personal se registrará por sus respectivas leyes y disposiciones y subsidiariamente por las políticas, procedimientos y directrices establecidos en la LOSEP, su Reglamento General y esa norma.

Finalmente, respecto de los servidores públicos sujetos al ámbito de aplicación de la LOSEP, resulta pertinente considerar que, el ingreso mediante concurso de merecimientos no es el único mecanismo para que las entidades públicas cumplan con el porcentaje de incorporación progresiva de personas con discapacidad al servicio público, sino que se puede recurrir también a la figura de los contratos ocasionales reglados por el artículo 58 de la LOSEP, que dispone:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De conformidad con la Disposición General Cuarta de la Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público, son de designación directa los puestos que se llenen mediante contratos de servicios ocasionales, así como el personal con contrato para laborar en proyectos a mediano y largo plazo. El primer inciso de dicha Disposición, prescribe:

“Son de designación directa los puestos de libre nombramiento y remoción, los de período fijo, aquellos llenados conforme el literal b.1) al b.4) del artículo 17 de la LOSEP, los contratos de servicios ocasionales, así como el personal con contrato para laborar en proyectos a mediano y largo plazo. Para todas estas posiciones se deberá reunir los requisitos exigidos para cada puesto en el manual de puestos institucional o el manual de puestos genéricos, según sea el caso, lo que se debe establecer mediante la revisión y verificación de los documentos (...)”.

De lo expuesto, se desprende que de conformidad con el artículo 64 de la LOSEP, es obligación de las instituciones públicas, incorporar como servidores, mediante contrato o nombramiento a personas con discapacidad o enfermedades catastróficas; según la Disposición Transitoria Octava de dicha Ley Orgánica, tal incorporación debe ser progresiva, hasta alcanzar el 4% del número total de servidores de la respectiva institución; y, conforme determinan el artículo 193 del Reglamento de la LOSEP y la letra a) del artículo 39 de la Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público, para dar cumplimiento al porcentaje de incorporación de personas con discapacidad, se prevé inclusive el ingreso de los parientes que tengan a su cargo en forma directa al discapacitado. Finalmente, las entidades públicas podrían recurrir también a la figura de los contratos ocasionales reglados por el artículo 58 de la LOSEP.

Respecto del personal que preste servicios en el sector público, amparado por el Código del Trabajo, el primer inciso del numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo, determina la obligación del empleador de incorporar personas con discapacidad, en los siguientes términos:

“33. El empleador público o privado, que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, está obligado a contratar, al menos, a una persona con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observándose los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad, en el primer año de vigencia de esta Ley, contado desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial. En el segundo año, la contratación será del 1% del total de los trabajadores, en el tercer año el 2%, en el cuarto año el 3% hasta llegar al quinto año en donde la contratación será del 4% del total de los trabajadores, siendo ese el porcentaje fijo que se aplicará en los sucesivos años”.

La norma transcrita conforme a su tenor, es aplicable tanto para los empleadores públicos como para los privados; y, establece una incorporación progresiva de personas con discapacidad, hasta llegar al 4% del total de trabajadores, por lo que, respecto del porcentaje guarda concordancia con la previsión que en idéntico sentido contiene el artículo 64 de la LOSEP que antes se citó. Sin embargo, el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo fue agregado por Ley No. 28, publicada en Registro Oficial 198 de 30 de enero del 2006, razón por la cual, a partir del año 2010 (quinto año), los empleadores están obligados a cumplir con el indicado porcentaje del 4%.

A partir de la promulgación de la Constitución de la República en el año 2008, su artículo 229 reserva la aplicación del Código del Trabajo en el sector público a los obreros.

De su parte, la Disposición Transitoria Primera del Decreto Ejecutivo No. 1701 reformado, confiere al Ministerio de Relaciones Laborales, competencia para realizar la clasificación de servidores y obreros en el sector público. El numeral 1.1.1 del artículo 1 del citado Decreto 1701 establece los parámetros de clasificación de servidores y obreros; y, su subnumeral 1.1.1.4 prevé:

“1.1.1.4.- Por la naturaleza de las actividades que realizan, son trabajadores sujetos al Código del Trabajo: conserjes, auxiliares de enfermería, auxiliares de servicios, telefonistas, choferes, operadores de maquinaria y equipo pesado e industrial, ayudantes de las categorías indicadas en este numeral, guardias, personal de limpieza, mensajeros, técnicos en relación a las actividades descritas en este párrafo, recaudadores de recursos económicos del sistema de transporte y otros de similar naturaleza”.

El artículo 1 de la Resolución MRL-FI-2010-000118 del Viceministro del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales dispuso, “Cambiar el régimen laboral de los siguientes puestos: conserjes, auxiliares de servicios, choferes, guardias, personal de limpieza y mensajeros, del régimen de la LOSCCA al Código de Trabajo (...)”; y, el artículo 5 de la citada Resolución ordenó respecto del personal que pase al régimen del Código del Trabajo, que se proceda a suscribir un contrato indefinido, conforme a dicho Código.

De lo expuesto se concluye que la obligación que establece el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo, de incorporar trabajadores con discapacidad, en el caso de las instituciones públicas, significa que el cumplimiento del porcentaje (4%) que dicha norma establece, se debe determinar en función del personal que ha quedado sujeto al régimen del Código del Trabajo, conforme a la clasificación efectuada por el Ministerio de Relaciones Laborales mediante Resolución No. MRL-FI-2010-000118, que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 171 de 14 de abril del 2012. Esto porque cuando se expidió la ley 28, en el sector público no se consideraban obreros a quienes ocupaban los puestos cuyo régimen laboral cambió en virtud de la referida resolución del Ministerio de Relaciones Laborales.

Con relación a la sanción para el empleador que incumpla con la incorporación de trabajadores con discapacidad, el párrafo final del numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo, prevé que:

“El empleador que incumpla con lo dispuesto en este numeral, será sancionado con una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general; y, en el caso de las empresas y entidades del Estado, la respectiva autoridad nominadora, será sancionada administrativa y pecuniariamente con un sueldo básico; multa y sanción que serán impuestas por el Director General del Trabajo, hasta que cumpla la obligación, la misma que ingresará en un cincuenta por ciento a las cuentas del Ministerio de Trabajo y Empleo y será destinado a fortalecer los sistemas de supervisión y control de dicho portafolio a través de su Unidad de Discapacidades; y, el otro cincuenta por ciento al Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS) para dar cumplimiento a los fines específicos previstos en la Ley de Discapacidades”.

El segundo inciso del artículo 117 del Código del Trabajo, confiere al Consejo Nacional de Salarios (CONADES) atribución para establecer anualmente el sueldo o salario básico unificado, que constituye la base de cálculo de las multas y sanciones por incumplimiento de la obligación de incorporar personas con discapacidad sujetas al ámbito del Código del Trabajo.

Del análisis que precede se desprende que, de conformidad con el numeral 5 del artículo 47 de la Constitución de la República, el Estado garantiza a las personas con discapacidades, derecho al trabajo, en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas.

En el ámbito del sector público, las relaciones del Estado y su personal de servidores públicos se rigen por diferentes cuerpos normativos. Considerando que la consultante es una Universidad pública, se aplica la Ley Orgánica de Educación Superior, respecto del personal docente; la Ley Orgánica del Servicio Público para los servidores no docentes; y, el Código del Trabajo para los obreros.

Respecto de la incorporación de personal con discapacidad, que es la materia específica sobre la que trata la consulta, el artículo 64 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) y su Disposición Transitoria Octava, establecen la obligación de las instituciones públicas que cuenten con más de veinticinco servidores en total, de incorporar en forma progresiva a personas con discapacidad como servidores amparados por esa Ley, hasta alcanzar en el año 2013, el cuatro por ciento del total de servidores sujetos a ese régimen jurídico.

Al efecto, las instituciones del sector público deben considerar la incorporación de personas con discapacidad mediante nombramiento, previo el respectivo

procedimiento de concurso de merecimientos establecido para el ingreso a la carrera del servicio público; y, si fuere necesario para alcanzar el porcentaje obligatorio de incorporación de discapacitados al servicio público, la entidad podrá recurrir a contratos de servicios ocasionales, según la previsión que en tal sentido contiene el citado artículo 64 de la LOSEP.

Si los mecanismos de ingreso a los que se refiere el párrafo precedente, no fueren suficientes para cumplir el porcentaje de incorporación de personas con discapacidad que establecen los artículos 64 de la LOSEP y su Disposición Transitoria Octava, la entidad está facultada para resolver el ingreso al servicio público de los parientes a cuyo cargo se encuentre el discapacitado en forma directa, por nombramiento o contrato, conforme prevén tanto el artículo 193 del Reglamento de la LOSEP, como la letra a) del artículo 39 de la Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público.

En cuanto al personal de las instituciones del Estado que tenga la calidad de obrero, el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo, ha determinado la obligación del empleador público que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, de incorporar personas con discapacidad, hasta cumplir el cuatro por ciento del total de trabajadores, es decir respecto del personal de la respectiva entidad pública amparado por la legislación laboral.

Tratándose de dos regímenes jurídicos distintos, cada uno de ellos está sujeto a sus propias regulaciones, plazos de cumplimiento del porcentaje de incorporación de personas con discapacidad y sanciones, aún cuando en los dos casos, el control del cumplimiento de las obligaciones de incorporar personal con discapacidad, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales.

Por lo expuesto, con respecto a su primera consulta se concluye que, en relación al personal de servidores sujeto al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), el porcentaje de incorporación de personas con discapacidad al servicio público, es el establecido por el artículo 64 de la LOSEP, que se deberá cumplir obligatoriamente en forma progresiva conforme al cronograma establecido por el primer inciso de la Disposición Transitoria Octava de la misma Ley, de la siguiente forma: el uno por ciento en el año 2010, el dos por ciento para el año 2011, el tres por ciento para el año 2012, hasta alcanzar el 4% en el año 2013. El porcentaje de incorporación de personas con discapacidad sujetas a este régimen jurídico, se deberá calcular respecto de los servidores sujetos a la LOSEP, siempre que la entidad cuente con más de veinticinco servidores en total.

En cuanto se refiere a su segunda consulta, se concluye que no existe conflicto entre el artículo 64 de la LOSEP y el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo para efectos de aplicar las sanciones para el caso de incumplimiento de la obligación de incorporar personal con discapacidad al sector público, en virtud de que, conforme se ha analizado a lo largo de este pronunciamiento, se trata de dos regímenes jurídicos distintos y en consecuencia es inaplicable el principio de jerarquía normativa.

En consecuencia, de conformidad con el cuarto inciso del artículo 64 de la LOSEP, la sanción por incumplimiento de la obligación de incorporar personas con discapacidad, cuando dicho incumplimiento sea imputable a la autoridad nominadora, es la multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado; de mantenerse el incumplimiento, la multa es de veinte salarios básicos unificados. En el evento de reiterar en dicho incumplimiento, constituye causal de remoción de la autoridad nominadora, de conformidad con el quinto inciso del citado artículo 64 de la LOSEP, siempre que en la respectiva jurisdicción exista población discapacitada disponible para el trabajo, conforme al catastro que mantenga el CONADIS. Las sanciones corresponde imponer al Ministerio de Relaciones Laborales según el artículo 194 del Reglamento a la LOSEP.

Mientras que, si el incumplimiento se refiere a la incorporación de personal sujeto al Código del Trabajo, la sanción para la autoridad nominadora, si fuera responsable del incumplimiento, es de un "sueldo básico" según el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo, esto es, de un sueldo o salario básico unificado, conforme a la definición del artículo 117 *ibídem*.

OF. PGE. N°: 09858, de 21-09-2012

**CONFERENCIA PLURINACIONAL E
INTERCULTURAL DE SOBERANÍA ALIMENTARIA:
DESIGNACIÓN DE LOS INTEGRANTES**

ENTIDAD CONSULTANTE:

CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL

CONSULTA:

"¿Si existe en la normativa jurídica ecuatoriana un plazo o término determinado para que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social designe a los

integrantes de la Conferencia Plurinacional e Intercultural de Soberanía Alimentaria, a través de concurso público de méritos y oposición?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 207 inciso primero, 208 num. 9 y 209. Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria Arts. 5 num. 4 y 8, 33, 38 num. 4, 55 y Disps. Trans. Tercera y Quinta.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio que contesto, se manifiesta que: “Al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, (...), de acuerdo al artículo 33 de la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, le corresponde designar mediante concurso público de méritos y oposición a las y los miembros de la Conferencia Plurinacional e Intercultural de Soberanía Alimentaria”.

Al oficio de consulta se anexa copia del informe del Coordinador General de Asesoría Jurídica (e), quien respecto del asunto consultado manifiesta lo siguiente: “Luego del análisis de la normativa jurídica citada, principios constitucionales y legales, NO existe determinación de plazo o término para que el CPCCS designe a los miembros de la Conferencia Plurinacional e Intercultural de Soberanía Alimentaria, esta coordinación sugiere que sea el Reglamento elaborado por el CPCCS el instrumento que regle los tiempos necesarios (términos o plazos) para cada etapa del proceso que deberá comprender veeduría, postulación, méritos, oposición e impugnación ciudadana”.

El artículo 207 inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: “El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley. La estructura del Consejo será desconcentrada y responderá al cumplimiento de sus funciones”.

Adicionalmente, el artículo 208 numeral 9 *ibidem*, prevé que: “Serán deberes y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, además de los previstos en la ley: 9. Organizar el proceso y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos de las comisiones ciudadanas de selección de autoridades estatales”.

De lo expuesto, se desprende que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social es el órgano competente para organizar los procesos de designación de las autoridades determinadas en la Constitución y las respectivas Leyes.

El artículo 209 inciso primero de la citada norma suprema, además dispone que: “Para cumplir sus funciones de designación el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social organizará comisiones ciudadanas de selección, que serán las encargadas de llevar a cabo, en los casos que corresponda, el concurso público de oposición y méritos con postulación, veeduría y derecho a impugnación ciudadana”.

En virtud de aquellas facultades, en agosto de 2009, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, posesionó legalmente a los actuales miembros de la Conferencia Plurinacional e Intercultural de Soberanía Alimentaria, los mismos que fueron seleccionados y designados mediante concurso público de merecimientos y oposición.

Si bien no existe un plazo o término expresamente determinado para la designación de los actuales miembros de la Conferencia Plurinacional e Intercultural de Soberanía Alimentaria, de conformidad con la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria que se cita más adelante, éstos deberán permanecer en sus funciones hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigencia de dicha Ley Orgánica.

La Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en el artículo 1, dispone lo siguiente:

“Art. 1.- Objeto y ámbito.- La presente Ley Orgánica tiene por objeto regular la organización, funcionamiento y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de acuerdo con la Constitución de la República y la ley.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promueve e incentiva el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana; impulsa y establece los mecanismos de control social; y la designación de las autoridades que le corresponde de acuerdo con la Constitución y la ley”.

El artículo 5 numerales 4 y 8 de la citada Ley Orgánica, establecen que: “Al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social le compete: 4 Organizar el proceso y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos de las comisiones ciudadanas de selección de autoridades estatales; y, 8. Designar a las autoridades y delegados de la ciudadanía que determine la ley, luego de agotar el proceso de selección

correspondiente, con veeduría y derecho a impugnación ciudadana, en los casos que correspondan”.

En concordancia con lo señalado, el artículo 38 numeral 4 de la misma Ley Orgánica, determina que: “Son atribuciones del Pleno del Consejo: 4. Organizar las Comisiones Ciudadanas de Selección, dictar las normas de cada proceso de selección y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos, de acuerdo con la Constitución y la presente ley”.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 55 de su Ley Orgánica, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social debe organizar “comisiones ciudadanas de selección que estarán encargadas de realizar el concurso público de oposición y méritos, con postulación, veeduría y derecho a la impugnación ciudadana para la designación de las siguientes autoridades: Defensor del Pueblo, Defensor Público, Fiscal General del Estado, Contralor General del Estado y miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura, y las demás necesarias para designar a las y los miembros de otros cuerpos colegiados de las entidades del Estado de conformidad con la Constitución y la ley”.

El inciso segundo del referido artículo 55 agrega que: “Todas las designaciones tanto de autoridades como de representantes ciudadanos que se deleguen al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social se harán a través de los procesos de selección por medio de las comisiones ciudadanas que deberán conformarse para el efecto, excepto para designar a las autoridades que provienen de temas presentadas por la Presidenta o Presidente de la República”.

El artículo 72 de la mencionada Ley Orgánica, establece que: “Las Comisiones Ciudadanas de Selección llevarán a cabo el concurso público de oposición y méritos y los procesos de veeduría e impugnación para designar a las autoridades y demás representantes de acuerdo con la Constitución, la ley y el reglamento establecido para el efecto”.

En correspondencia con las disposiciones constitucionales y legales señaladas ut supra, el artículo 33 inciso primero de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, determina tanto la integración de la Conferencia Plurinacional e Intercultural de Soberanía Alimentaria, como la selección y designación de sus miembros:

“Art. 33.- Integración.- La Conferencia Plurinacional e Intercultural de Soberanía Alimentaria está conformada por nueve representantes de la sociedad civil, los mismos que serán seleccionados y designados por el Consejo de Participación

Ciudadana y Control Social, mediante concurso público de merecimientos y oposición, en el que podrán participar las ciudadanas y ciudadanos cuya actividad tenga relación con la soberanía alimentaria, la salud y la nutrición (...).”

La referida Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, en sus Disposiciones Transitorias Tercera y Quinta, prescribe lo siguiente:

“TERCERA: Los miembros de la actual Conferencia Nacional de Soberanía Alimentaria que fueron seleccionados y designados mediante concurso público de merecimientos y oposición, y posesionados legalmente por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en agosto de 2009, continuarán en sus funciones hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigencia de esta Ley”.

“QUINTA: Una vez concluido el período de funciones de los actuales miembros, la Conferencia Plurinacional e Intercultural de Soberanía Alimentaria se integrará con el número de miembros que representen a los sectores conforme lo dispuesto en el Artículo 33 de esta Ley”.

La Ley Orgánica Reformatoria mencionada, de acuerdo con su Disposición Final, entró en vigor “el día de su publicación en el Registro Oficial”, es decir el 27 de diciembre del 2010.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, organizar la Comisión Ciudadana de Selección pertinente y dictar el respectivo Reglamento en el que constarán, entre otros, los plazos o términos dentro de los cuales se llevará a cabo el concurso para la designación de los integrantes de la Conferencia Plurinacional e Intercultural de Soberanía Alimentaria, con postulación, veeduría y derecho a impugnación ciudadana, de conformidad con lo previsto en el artículo 38 numeral 4 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

OF. PGE. N°: 10340, de 24-10-2012

**CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE BIENES:
ENTREGAS PARCIALES Y MULTAS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:
MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS**

CONSULTA:

“¿Se deben aplicar en los contratos de adquisición de bienes, en los que se ha previsto entregas parciales, sanciones (multas) respecto de la totalidad del contrato o se debe considerar para el cálculo únicamente el monto de los bienes no entregados dentro del plazo contractual?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 132 num. 2.

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 4, 5, 10, 70, 71 y 81; y, 116 y 124 de su Reglamento General.

Res. N° 017 de la Procuraduría General del Estado Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de atender su requerimiento, mediante oficio No. 08492 de 26 de junio de 2012, la Procuraduría General del Estado, con fundamento en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, le requirió los contratos relacionados con su consulta, las actas de entrega recepción, los informes de los administradores de los mismos, así como toda la documentación referida a dichos contratos.

En el oficio No. MTOP-CGJ-12-83-OF de 27 de junio de 2012, ingresado el 28 de junio del año en curso, suscrito por el Coordinador General Jurídico, como alcance al oficio de consulta No. MTOP-DM-12-1632-OF de 21 de junio de 2012, se expresa lo siguiente:

“...debo aclarar que como anexo al referido oficio debió constar únicamente el criterio emitido por esta Coordinación General Jurídica, constante en Memorando No. MTOP-CGJ-2012-707-ME de 11 de junio de 2012, cuya copia remito nuevamente.

Por tanto, cualquier otro documento que se haya acompañado al oficio en referencia no es parte de la consulta formulada por lo que solicito se disponga su archivo o devolución a este Ministerio”.

Adicionalmente, en atención al requerimiento de este Organismo, contenido en el oficio No. 08492, antes citado, el Coordinador General Jurídico del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, en oficio No. MTOP-CGJ-12-96-OF de 9 de julio

de 2012, ingresado en esta Procuraduría el 10 del mismo mes y año, señala lo siguiente:

“Reitero que la consulta se refiere a la aplicación de normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el tema en cuestión, por lo que solicito se digne atender el dictamen solicitado por la señora Ministra en Oficio No. MTOP-DM-12-1632-0F de 21 de junio de 2012”.

A su oficio de consulta se ha acompañado el criterio jurídico de la Cartera de Estado a su cargo, que se encuentra contenido en el memorando No. MTOP-CGJ-2012-707-ME de 11 de junio de 2012, suscrito por el Coordinador General Jurídico, quien cita los artículos 71 y 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 124 de su Reglamento General y concluye con el siguiente criterio:

“Al haberse pactado entregas parciales de lo que existe constancia, es criterio de la Coordinación General Jurídica, que las multas que corresponda imponer deberán calcularse en función del monto de los bienes no entregados dentro de plazo y excluir de su cálculo a los que fueron oportunamente recibidos”.

El artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, prescribe:

“En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva. Producida la recepción se devolverán las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica...”

Sin perjuicio de lo señalado en los incisos anteriores, en las contrataciones en que se pueda receptor las obras, bienes o servicios por etapas o de manera sucesiva, podrán efectuarse recepciones parciales”.

Del tenor del artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se desprende que en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, como es el que motiva la consulta, la recepción es una sola; sin perjuicio de que se puedan efectuar recepciones parciales de bienes o servicios, por etapas o de manera sucesiva, si así se hubiere estipulado en el contrato.

En lo que respecta a las multas, el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece:

“Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral”.

El inciso primero del citado artículo 71 que integra el Título IV “De los Contratos”, Capítulo II “De los Requisitos y Forma de los Contratos”, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé la obligatoriedad de que en todos los contratos regulados por la antedicha Ley, se incluya una cláusula de multas.

El inciso segundo del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que la imposición de multas en caso de retardo en el cumplimiento de las prestaciones contractuales, se establece en base del cronograma valorado que conste en el contrato.

De su parte, el Art. 116 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala que en los plazos de vigencia de los contratos se cuentan todos los días, desde el día siguiente de su suscripción o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en los pliegos, en el presente Reglamento General o en el propio contrato; y, agrega que, para la determinación de multas que se podrían imponer al contratista se considerará el valor total del contrato incluyendo el reajuste de precios que corresponda y sin considerar los impuestos.

Del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 116 de su Reglamento, se desprende que la entidad contratista tiene facultad para imponer multas por dos motivos: 1) por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado; y, 2) por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

El artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé que los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización y que en el expediente se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones.

En concordancia con el Art. 70 antes referido, el artículo 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que en todo contrato, la entidad contratante designará de manera expresa un administrador del mismo, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato. "Adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar".

De conformidad con el numeral 8 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, corresponde al INCOP, expedir los modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública; y, según el inciso primero del artículo 20 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, corresponde a la entidad contratante elaborar los pliegos para cada contratación, para lo cual deberá observar los modelos elaborados por el INCOP que sean aplicables. Los Pliegos serán aprobados por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado.

En el caso particular de los contratos de adquisición de bienes, que motivan su consulta, lo modelos de pliegos aprobados por el INCOP y publicados en el portal de compras públicas, actualmente vigentes y cuya aplicación es obligatoria, de conformidad con las disposiciones señaladas en el párrafo precedente, respecto de las multas, establecen lo siguiente:

Subasta inversa electrónica:

"Cláusula Décima.- MULTAS

(El porcentaje para el cálculo de las multas lo determinará la Entidad en función del incumplimiento y de la contratación).

10.01.- Por cada día de retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales, se aplicará la multa de (valor establecido por la entidad contratante, de acuerdo a la naturaleza del contrato, en ningún caso podrá ser menos al 1 por 1.000 del valor del contrato)".

Cotización de bienes y servicios:

"Cláusula Décima.- MULTAS

(El porcentaje para el cálculo de las multas lo determinará la Entidad en función del incumplimiento y del objeto del contrato, por cada día de retraso por retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales).

10.01.- Por cada día de retardo en el cumplimiento de la ejecución de las obligaciones contractuales, se aplicará la multa de (valor establecido por la CONTRATANTE, de acuerdo a la naturaleza del contrato. En ningún caso podrá ser menor al 1 por 1.000 del valor total del contrato reajustado y los complementarios, en caso de haberlos)".

Licitación de bienes y servicios:

"Cláusula Décima.- MULTAS

(El porcentaje para el cálculo de las multas lo determinará la Entidad en función del incumplimiento y de la contratación).

10.01.- Por cada día de retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales, se aplicará la multa de (valor establecido por la entidad contratante, de acuerdo a la naturaleza del contrato, en ningún caso podrá ser menos al 1 por 1.000 del valor del contrato).

De los modelos de contratos de bienes y servicios, contenidos en los pliegos aprobados por el INCOP y previamente citados, se desprende que para el caso de los contratos de adquisición de bienes, que motivan su consulta, el porcentaje para el cálculo de las multas lo determinará la Entidad en función del incumplimiento y del objeto del contrato, por cada día de retraso por retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y que en ningún caso podrá ser menor al 1 por mil del valor total del contrato reajustado y los complementarios.

La Procuraduría General del Estado ha analizado que las multas son sanciones pecuniarias cuyo propósito es que el contratista corrija su conducta y que la facultad de la administración para imponer multas al contratista es una conjunción

de potestades regladas y discrecionales, de conformidad con el pronunciamiento contenido en el oficio No. 16251 de 31 de agosto de 2010, con motivo de la consulta formulada por la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, EMMOP-Q, respecto al límite de imposición de multas, en el siguiente sentido:

“La imposición de sanciones, y entre ellas las de carácter pecuniario como son las multas, así como la terminación unilateral de un contrato, expresa una combinación de potestades regladas y discrecionales que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración, pues por un lado la imposición de sanciones solo procede en los casos previstos en la norma (potestad reglada), atendiendo además al principio de reserva de ley establecido en el numeral 2 del artículo 132 de la vigente Constitución de la República, que dispone que se requiere de ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes, así como con sujeción al procedimiento previo que corresponda; pero por otro lado, la entidad contratante queda habilitada por la norma para calificar la oportunidad de la medida, esto es su conveniencia para el interés público específico (potestad discrecional). La aplicación de sanciones en materia contractual en definitiva, debe realizarse dentro de la legalidad y de la razonabilidad.

En el caso de las multas, que son sanciones pecuniarias, su propósito es que el contratista corrija su conducta, para no seguir recibiendo la sanción inmediata al retardo en el cumplimiento de sus obligaciones parciales. Sirve también como una advertencia al Contratante de que los cronogramas y plazos establecidos contractualmente no se concretan en la realidad y que debe preparar alternativas para el evento en que el contratista persista en sus retardos. Por ello, cuando el contratista no corrige su proceder, la entidad contratante debe analizar el grado de incumplimiento del contratista en relación con la etapa específica de ejecución del contrato, a efectos de adoptar las decisiones más convenientes para el interés público e institucional”.

Por otra parte, según consta del oficio No. 04358 de 19 de octubre de 2011, con motivo de la consulta efectuada por la Empresa Pública Correos del Ecuador CDE EP, respecto de la pertinencia de la cláusula de multas en un contrato celebrado entre entidades del sector público, la Procuraduría General del Estado ha señalado que los modelos de pliegos aprobados por el INCOP, prevén el principio de proporcionalidad en la cláusula de multas, en función del incumplimiento y de la contratación, en el siguiente tenor:

“El inciso segundo del artículo 28 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que antes fue transcrito, dispone que

la entidad contratante puede ajustar los modelos de pliegos “a las necesidades particulares de cada proceso de contratación”. Los modelos de pliegos aprobados por el INCOP, antes ya citados, prevén en la cláusula de multas que: “El porcentaje para el cálculo de las multas lo determinará la Entidad en función del incumplimiento y de la contratación”.

De lo dicho se desprende que el artículo 28 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, autoriza a la entidad contratante a ajustar los modelos de pliegos a las necesidades específicas del respectivo proceso de contratación, pero debe hacerlo dentro del marco de la ley, lo que aplicado a la cláusula de multas le permite a la entidad determinar en la contratación específica, multas que guarden proporcionalidad entre la falta imputable al contratista y la sanción pecuniaria inmediata que se le aplique. Mientras que la determinación de las multas “en función del valor del contrato”, que dispone el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene por objeto permitir que la entidad contratante, de ser el caso, determine la procedencia y oportunidad de terminar unilateralmente el contrato por la causa establecida en el numeral 3 del artículo 94 de esa Ley, cuando el valor total de las multas supere el valor de la garantía del fiel cumplimiento del contrato”.

Cabe considerar que el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece los principios que rigen la aplicación de dicha Ley y los contratos por ella regulados, en los siguientes términos:

“Art. 4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”.

Adicionalmente, el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que los procedimientos y contratos regidos por dicha Ley Orgánica, se interpretarán y ejecutarán conforme los principios previamente citados:

Art. 5.- Interpretación.- Los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato.”

De otra parte, Manuel María Diez, al referirse a las fuentes del derecho administrativo, analiza la equidad y expresa:

“...La equidad existe para la regulación de la relación jurídica, cuya rigidez atenúa o ajusta según las circunstancias del caso. La equidad es simplemente un medio de interpretación que el juez podrá utilizar teniendo presente el fin de la Ley.”

La equidad, la define la Enciclopedia Jurídica Omeba, en el siguiente sentido:

“Una de las acepciones es equivalente a justicia. En este sentido, se entiende por equidad lo fundamentalmente justo. Al fin y al cabo la palabra equidad expresa una de las dimensiones de la idea de justicia, a saber, el principio de igualdad o proporcionalidad. En tal sentido, justicia y equidad resultan vocablos sinónimos.

Una segunda acepción, la más usada e importante, de la palabra equidad es la de denotar una norma individualizada (sentencia judicial o resolución administrativa) que sea justa, es decir que resulte justa en el caso particular concreto para el que se dictó. En este sentido se suele hablar de equidad como aquello que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada...

En tercer lugar se habla también de equidad para designar la norma o el criterio en que deben inspirarse las facultades discrecionales del juez o del funcionario administrativo”.

Roberto Dromi analiza la sanción en materia contractual y señala lo siguiente:

“...La competencia sancionatoria encuentra su justificación en la necesidad de asegurar la efectiva y debida ejecución del contrato.

Las sanciones previstas en el contrato no son excluyentes ni limitativas, porque la Administración puede imponer razonablemente otras no previstas o sustituir las señaladas en el contrato por otras que se adapten mejor al contenido de la falta....

La Administración Pública sólo puede imponer sanciones que sean razonables y admitidas en su especie por el orden jurídico administrativo...”. Lo anteriormente expuesto permite colegir que la sanción que impone la administración por las faltas del contratista, la demora o incumplimiento en la ejecución de un contrato, deben ser razonables. Atenta la definición de Guillermo Cabanellas, razonable es sinónimo

de justo y equitativo, por lo que dicho de otra manera, dichas sanciones deben sustentarse en la equidad y proporcionalidad con relación a la falta cometida.

De la doctrina citada se colige que al haberse cumplido parcialmente la entrega de bienes objeto del contrato, dentro del cronograma previsto en el mismo, se entiende cumplida parcialmente la obligación y extinguida en la parte que corresponde a los bienes entregados y recibidos a satisfacción del contratante, ya que conforme refiere en el oficio que contesto, en los contratos materia de consulta se han previsto entregas parciales; y, dentro del plazo contractual quedaron sin entregar una parte de los bienes objeto del contrato, de lo que se infiere que al existir una demora en la entrega de parte de los bienes que el contratista debía proveer, la administración tiene la potestad de determinar la sanción, dentro de los parámetros que establecen la Ley y el contrato, en base de los principios de proporcionalidad y equidad que como ha quedado ilustrado por los tratadistas antes referidos, es un principio rector de las actuaciones judiciales y administrativas, que pretende que el acto particular de la autoridad (sentencia o acto administrativo), resulte justa en el caso particular y concreto. En este contexto, sería inequitativo pretender aplicar la misma multa a un contratista que no entregó ninguno de los bienes que de conformidad con el contrato debía proveer y a otro que sí entregó parte de los bienes objeto del contrato, los cuales fueron recibidos a satisfacción por la entidad contratante, pues contraviene la proporcionalidad que constituye un principio básico en materia de sanciones, conforme ha quedado analizado.

De lo expuesto, de conformidad con el inciso primero del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que obliga a que en los contratos regulados por la indicada Ley Orgánica, se establezcan multas y los modelos de contratos de bienes y servicios, contenidos en los pliegos actualmente vigentes, aprobados por el INCOP, se desprende que para el caso de los contratos de adquisición de bienes, que motivan su consulta, el porcentaje para el cálculo de las multas lo determinará la Entidad contratante, en función del incumplimiento y del objeto del contrato, por cada día de retraso por retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y que en ningún caso podrá ser menor al 1 por mil del valor total del contrato reajustado y los complementarios.

En consecuencia, en atención a los términos de su consulta, en base del principio de trato justo, establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuya aplicación es obligatoria para los contratos sujetos a dicho cuerpo legal, se concluye que en los contratos de adquisición de bienes, en los que se ha previsto entregas parciales, en el evento de que existan bienes no entregados dentro del plazo señalado en el contrato, las multas deben aplicarse en

función de lo dispuesto en el contrato, considerando el monto de los bienes que aún no han sido entregados y recibidos a satisfacción por la contratante, puesto que la obligación se entiende cumplida parcialmente en cuanto a los bienes que han sido entregados y recibidos.

Se deja constancia que el presente pronunciamiento se refiere a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y que esta Procuraduría no ha analizado ningún contrato en particular, por lo que es de responsabilidad exclusiva de dicha Cartera de Estado, la determinación de las multas por retardo en la entrega de los bienes y servicios, en cada caso en particular.

OF. PGE. N°: 09269, de 08-08-2012

CONTRATOS: PARTICIPACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS NACIONALES Y DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

ENTIDAD CONSULTANTE:

EMPRESA PÚBLICA DE FÁRMACOS, ENFARMA

CONSULTA:

“En los contratos a celebrarse entre una empresa pública nacional con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional, participen en por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de su capital, en la cláusula correspondiente a la “Forma de Pago”, si se previere la entrega de un anticipo a favor de tales empresas internacionales: ¿Se debe solicitar la entrega de una garantía por concepto de anticipo o, no se exigirá ninguna garantía, conforme a lo establecido en el antepenúltimo inciso del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”

BASES LEGALES:

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 2 num. 8 y 73; y, 100 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 4 y 34.

Código Civil Art. 1.

D. E. N° 181 Art. 1 num. 5.

PRONUNCIAMIENTO:

En el informe jurídico de la Empresa de su gerencia, contenido en el documento sin fecha, suscrito por el Jefe Jurídico (E), se citan los artículos 2 numeral 8 y 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 100 de su Reglamento General y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“De no existir convenios internacionales, o existiendo, nada prescribieran sobre la entrega de garantías económicas o reales, conforme a las normas transcritas se desprende que no procede la exigencia de las garantías previstas en la LOSNCP, cuando se celebren contratos entre una empresa pública nacional con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional, participen en por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de su capital, toda vez que el antepenúltimo párrafo del artículo 73 de la LOSNCP, dispone textualmente lo siguiente:

“No se exigirán” las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley.

Conforme lo dispone el artículo No. 1 del Código Civil, la Ley manda, prohíbe o permite. La citada prescripción normativa es prohibitiva al decir ‘no se exigirán’, sería mandatoria si ella dispusiera ‘se exigirán’.

En conclusión, no es una exigencia legal, requerir a empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, la entrega de una o más garantías previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por propia disposición de la citada Ley”.

El artículo 225 de la Constitución de la República dispone que: “El sector público comprende: ...3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado”.

El artículo 315 de la misma Constitución, prevé que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las define como “personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán

destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado”.

Mediante Decreto Ejecutivo No.181 se creó la Empresa Pública de Fármacos ENFARMA EP, que conforme el numeral 5 del artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, antes referido, está incluida en el ámbito de aplicación de dicho cuerpo legal.

El artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en cuanto a los procesos de contratación en estas entidades, prevé lo siguiente:

“Art. 34.- CONTRATACION EN LAS EMPRESAS PUBLICAS.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarbúricos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente:

... 3. REGIMEN ESPECIAL.- En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ha dispuesto procedimientos de excepción, bajo el denominado “Régimen Especial”, entre los que consta el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que dispone:

“Art. 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí.

También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.

El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.

La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la Sección X; titulada "Contratos entre Entidades Públicas", dispone lo siguiente:

"Art. 100.- Contrataciones con empresas públicas internacionales.- Las contrataciones que celebren el Estado o las entidades y empresas consideradas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley, con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas; en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo precedente.

Para el propósito de este artículo, como empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional se entienden a las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado de la Comunidad Internacional, en una proporción superior al cincuenta por ciento".

Del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se desprende que en los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros, será ese instrumento jurídico el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable y en el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo y en lo no previsto en el mismo, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En concordancia, el inciso segundo del numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, incluye dentro del régimen especial a los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias, únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.

En lo relacionado al otorgamiento de garantías por parte del contratista en forma previa a la suscripción del contrato, que es el tema específico de su consulta, el artículo 73 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone lo siguiente:

"Art. 73.- Formas de garantías.- En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:

1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;
2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;
3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente;
4. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o

valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor; y,

5. Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley.

Para hacer efectiva la garantía, la Entidad Contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión.

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 del presente artículo, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.”

Del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su consulta, se concluye que en los contratos a celebrarse entre una empresa pública nacional con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional, participen en por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de su capital, en el caso de que se prevea la entrega de un anticipo a favor de tales empresas internacionales, por disposición expresa del antepenúltimo inciso del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no se exigirá ninguna garantía.

OF. PGE. N°: 08779, de 13-07-2012

**CONTRATOS DE CONSULTORÍA:
ACTO ADMINISTRATIVO VÁLIDO Y CONVENIO DE PAGO**

ENTIDAD CONSULTANTE:
AUTORIDAD PORTUARIA DE GUAYAQUIL

CONSULTAS:

1. "Considerando que mediante oficio No. G-000667 del 09 de marzo de 2011, el Ing. Vicente Pignataro, Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil a la época, aceptó el pedido del consultor, en el sentido de que no se considere dentro del plazo contractual el trámite de la licencia ambiental, pero señalando que sigue siendo responsabilidad del Ing. Oswaldo Ripalda Nuques la obtención de la Licencia Ambiental del Proyecto, sin que ello implique ningún costo adicional, ¿Puede considerarse dicho oficio como un acto administrativo válido para efectos de la suscripción del acta de entrega-recepción del contrato No. 41-2010: 'Estudios y Diseños Definitivos para la Construcción de Nuevas Bodegas de APG, ubicadas en la intersección de la Calle P y Av. Cacique Tomalá', suscrito con el Ing. Oswaldo Ripalda Nuques, pese a que no se haya realizado contrato modificatorio para cambiar el plazo del referido instrumento?"

2. "Tomando en consideración que el señor Ex Gerente de la Entidad estableció el área definitiva del proyecto objeto del contrato No. 41-2010, y que dichos trabajos no contemplados en el contrato fueron aprobados tanto por la fiscalización como por la administración del contrato y que se han realizado ya por el consultor, ¿es la figura del Convenio de Pago la idónea para cancelar dichos trabajos, considerando que no se suscribió a su tiempo un contrato complementario por parte de las autoridades de aquella época?"

BASES LEGALES:

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 6 num. 16, 72 y 81; y, 113 y 124 de su Reglamento.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 117 num.2.

Código Civil Art. 1576.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El informe jurídico manifiesta que, con oficio ORN-APG000013 de 8 de febrero de 2011, el consultor se dirigió al fiscalizador externo del contrato para solicitar que no se considere dentro del plazo contractual el trámite de la licencia ambiental, ya que su duración depende principalmente de instituciones ajenas a él y a Autoridad Portuaria de Guayaquil. Copia certificada del oficio de la referencia, ha sido remitida a pedido nuestro.

Agrega el informe jurídico de la entidad consultante que: “Mediante oficio No. G-000667 de 09 de marzo de 2011, el Ing. Vicente Pignataro, Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil a la época, acepta el pedido del consultor, en el sentido de que no se considere dentro del plazo contractual el trámite de la licencia ambiental, indicando que sigue siendo responsabilidad del Ing. Oswaldo Ripalda Nuques, la obtención de la Licencia Ambiental del Proyecto, sin que ello implique ningún costo adicional”. Lo expuesto se corrobora con la copia certificada del oficio G-000667 de 09 de marzo de 2011, que consta suscrito por el entonces Gerente General de la Autoridad Portuaria de Guayaquil.

El criterio de la Jefe de Unidad de Asesoría Jurídica de Autoridad Portuaria de Guayaquil, consignado en su memorando No. APG-UAJ-2012-000872-M de 7 de agosto de 2012, es el siguiente:

“Se puede verificar entonces, que existe una clara manifestación de la voluntad de la Administración de Autoridad Portuaria de Guayaquil a la fecha, contenida en el oficio antes referido, acto administrativo que tiene presunción de legitimidad. Para el cumplimiento de lo dispuesto por el Gerente de la época, debió haberse instrumentado jurídicamente un contrato modificatorio o, en su defecto, aceptado prórrogas de plazos, con nuevos cronogramas que sustituyan al original, de conformidad con lo señalado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o en el contrato suscrito, acorde con el axioma que indica que las cosas en derecho se deshacen de la misma forma en que se hacen. Pese a lo antes expuesto, se denota rotundamente la intención de los contratantes de excluir el trámite de obtención de licencia ambiental para el cómputo de plazo contractual, puesto que no depende del consultor, sino de instituciones ajenas a él. Cabe destacar que una regla de interpretación de los contratos, establecida en el Código Civil, artículo 1576, señala que ‘conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras’. La intención de los contratantes quedó establecida, sólo que no fue instrumentada a su debido tiempo. Cabe destacar que la buena fe debe estar presente invariablemente en los contratos administrativos, por lo que, esta Unidad de Asesoría Jurídica, considerando además que no debe sacrificarse la justicia por la sola omisión de formalidades, cree que lo justo en este caso, es no computar dentro del plazo contractual el tiempo que se ha tomado el consultor en el trámite de obtención de la licencia ambiental, producto que fue entregado por el consultor con oficio No. ORN-0000024 del 24 de enero de 2012, y que fue aceptado a través de memorando No. APG-DTEC-2012-000096-M del 06 de febrero de 2012, suscrito por el Arq. Víctor Lituma Vera, del Departamento Técnico, quien certifica que el trámite de obtención de los permisos ambientales por parte de la entidad de control, es decir,

de la Dirección de Medio Ambiente de la Municipalidad, queda concluido, sin que exista observación alguna.

(...) se deberá elaborar por parte del Departamento Técnico, en el acta de recepción única de los servicios objeto del contrato 41-2010, una cláusula que justifique y convalide lo ordenado por el Ex Gerente de la entidad, mediante oficio No. G-000667 del 09 de marzo de 2011, esto es, que no se considere para el cómputo del plazo del contrato, el tiempo en que se realizó el trámite de obtención de los permisos ambientales. Las cláusulas deberán contener todos los antecedentes que fueren del caso”.

Los documentos citados por el informe jurídico que se ha transcrito, se han remitido en copia certificada a este Organismo; entre ellos, el memorando No. APG-DTEC-2012-000096-M de 6 de febrero de 2012, en el que el Jefe del Departamento Técnico manifiesta:

“Certifico que el trámite de obtención de los permisos ambientales por parte de la entidad de control (M.I. Municipalidad de Guayaquil-Dirección de Medio Ambiente), queda concluido, sin que exista observación alguna”.

Se ha remitido además, copia certificada del memorando No. APG-DTEC-2012-000141-M de 24 de febrero de 2012, por el que el Jefe del Departamento Técnico de APG informa a la Unidad de Asesoría Jurídica que: “la fecha de entrega del estudio definitivo fue el 4 de marzo de 2011”. En el mismo memorando se agrega que:

“El tiempo transcurrido desde el vencimiento del plazo contractual hasta la obtención del permiso ambiental es de 330 días, esto es, desde el 24 de febrero de 2011 hasta el 20 de enero de 2012. Al respecto, cabe indicar que, en consideración a que dicha obtención dependía de instituciones ajenas al consultor y a la APG, el señor Ex Gerente de la Entidad decidió no considerar dentro del plazo contractual el trámite de la licencia ambiental según lo indicó en su Oficio No. G-000667 dirigido a la fiscalización de los estudios, aunque indicando que seguía siendo su obtención responsabilidad del consultor. Por esta razón, no se consideró la aplicación de multas por este concepto, tal y como se indicó en el Memorando Nro. APG-DTEC-2012-000110-M. Además, cabe indicar que aún no se ha cancelado la totalidad de los trabajos contratados, faltando un último pago, que precisamente no se había efectuado porque faltaba la obtención del permiso ambiental”.

Para el análisis de la consulta se debe considerar que el objeto del contrato, según su cláusula cuarta, transcrita en los antecedentes de este pronunciamiento, es la

realización de los estudios y diseños definitivos para la construcción de nuevas bodegas de APG; y, que, el alcance de los trabajos a los que el consultor se obligó, determinado por la cláusula sexta de ese instrumento, incluye en su numeral 16 el trámite y obtención de la licencia ambiental.

Por otra parte, según la letra b) de la cláusula séptima del contrato, es obligación de Autoridad Portuaria de Guayaquil "Dar solución a los problemas que se presenten en la ejecución del contrato, en forma oportuna".

De las estipulaciones contractuales citadas se desprende que, el consultor se obligó a entregar a APG los estudios y diseños definitivos completos, para la construcción de las nuevas bodegas de esa entidad, según las cláusulas segunda y sexta del contrato; y, que, la obtención de la licencia ambiental por parte del consultor, estuvo expresamente incluida por el numeral 16 de la cláusula sexta del contrato, en el "Alcance de los trabajos de consultoría", por lo que constituye una obligación del consultor.

Respecto de la prórroga del plazo, la cláusula novena del contrato la prevé para dos eventos: a) Por caso fortuito o fuerza mayor; y, "b) Cuando se suspendan los trabajos o se cambien las actividades previstas en el cronograma por orden de la Autoridad Portuaria de Guayaquil y que no se deban a causas imputables al CONSULTOR". La citada cláusula novena prevé al efecto que: "Al aceptar la prórroga, la Autoridad Portuaria de Guayaquil definirá su duración y la incorporación de un nuevo cronograma que sustituirá al original o precedente, que deberá ser suscrito por las partes, y tendrá el mismo valor contractual del sustituido".

Los artículos 72 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 113 de su Reglamento, prevén la celebración de contrato modificatorio, en su orden: para corregir errores manifiestos de hecho, de transcripción o de cálculo que se hubieren producido de buena fe en las cláusulas contractuales; y, en los contratos de tracto sucesivo, para implementar una prórroga.

En el caso en análisis, no se configuran los presupuestos normativos descritos en el párrafo precedente para la suscripción de un contrato modificatorio; sin embargo, el párrafo final de la cláusula novena del contrato de consultoría al que se refiere la consulta, estipuló que, en el caso de prórroga del plazo, las partes debían suscribir un nuevo cronograma de actividades que sustituya al original o precedente, de lo que se infiere que la prórroga requería ser instrumentada por escrito y suscrita por las partes.

Por tanto, no era suficiente que el entonces Gerente General de la entidad contratante con oficio No. G-000667 de 09 de marzo de 2011, haya aceptado que para efectos del cómputo del plazo contractual, no se considere el tiempo que el consultor requiera para la obtención de la licencia ambiental, sino que se debió instrumentar por escrito la prórroga del plazo contractual y un nuevo cronograma que sustituya al original, conforme a la cláusula novena del contrato, como concluye el informe de la entidad consultante.

El numeral 16 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, define el término "Máxima Autoridad", previendo que es "Quien ejerce administrativamente la representación legal de la Entidad Contratante".

Sobre la recepción de los contratos, el artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé que, en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existe una sola recepción, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva. Los dos últimos incisos del artículo 123 del Reglamento General a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública prescriben que:

"En el caso de consultoría, una vez que se hayan terminado todos los trabajos previstos en el contrato, el consultor entregará a la entidad contratante el informe final provisional; cuya fecha de entrega servirá para el cómputo y control del plazo contractual. Salvo que en el contrato se señale un tiempo menor, la entidad contratante dispondrá de 15 días término para la emisión de observaciones y el consultor de 15 días término, adicionales para absolver dichas observaciones y presentar el informe final definitivo. Dependiendo de la magnitud del contrato, estos términos podrán ser mayores, pero deben constar obligatoriamente en el texto del contrato.

El acta de recepción definitiva será suscrita por las partes, en el plazo previsto en el contrato, siempre que no existan observaciones pendientes en relación con los trabajos de consultoría y el informe final definitivo del estudio o proyecto".

El artículo 124 del citado Reglamento, prevé en su segundo inciso que, las actas de recepción "contendrán los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria".

El último párrafo de la cláusula décimo sexta del contrato de consultoría, prevé:

“Una vez que se hayan terminado todos los trabajos previstos en el contrato, el Consultor entregará a la Entidad Contratante el informe final provisional; cuya fecha de entrega servirá para el cómputo y control del plazo contractual. La Entidad Contratante dispondrá del término de quince (15) días para la emisión de observaciones y el Consultor de quince (15) días, adicionales para absolver dichas observaciones y presentar el informe final definitivo. El acta de recepción definitiva será suscrita por las partes, en el plazo previsto en el contrato, siempre que no existan observaciones pendientes en relación con los trabajos de consultoría y el informe final definitivo del estudio o proyecto de conformidad con el artículo 123, inciso tercero del Reglamento General”.

Según los informes del Jefe del Departamento Técnico, contenidos en memorando No. APG-DTEC-2012-000141-M de 24 de febrero de 2012 y APG-DTEC-2012-000096-M del 06 de febrero de 2012, el consultor entregó el estudio definitivo el 4 de marzo de 2011 y la licencia ambiental el 24 de enero de 2012 y APG recibió dichos productos.

Del análisis que precede se concluye que, el oficio No G-000667 del 09 de marzo de 2011, por el que el entonces Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil, aceptó el pedido del consultor de no considerar dentro del plazo contractual el trámite de obtención de la licencia ambiental, constituye un acto administrativo que contiene la manifestación expresa de voluntad de la máxima autoridad de la entidad contratante, manifestación de voluntad de la que se colige que, el Gerente General de APG, prorrogó el plazo contractual, hasta que el consultor obtenga el permiso ambiental, sin que dicha prórroga y el nuevo cronograma se hubieren instrumentado conforme a la cláusula novena del contrato.

Son de exclusiva responsabilidad de los funcionarios intervinientes de la entidad consultante, tanto la omisión de instrumentar oportunamente la prórroga de plazo, como los términos en que se suscriba el acta de entrega recepción del contrato al que se refiere la consulta.

2. El numeral 1.9 del informe jurídico, cita el memorando No. APG-DTEC-2012-000110-M de 14 de febrero de 2012, cuya copia certificada se ha remitido a pedido nuestro, el que el Jefe del Departamento Técnico de APG manifiesta:

“En los pliegos se establecía un área de diseño de 1800 m², correspondiente a 3 bodegas de 600 m² cada una.

Sin embargo, mediante reuniones sostenidas entre la Administración del Contrato, fiscalización de los estudios y el consultor, con sus respectivos profesionales miembros de los equipos técnicos, y, ocasionalmente con la presencia del señor Ex Gerente de la entidad se estableció el área definitiva del proyecto luego de haberse realizado varios cambios a los anteproyectos presentados por el consultor. El incremento del área de diseño se debió a los requerimientos expresados en las reuniones de trabajo por funcionarios de APG que laboran en las áreas que, en caso de edificarse la obra, estarían a cargo de dichas instalaciones. Todo lo cual fue registrado en actas que reposan en los archivos del Departamento Técnico (...).

(...) El incremento del área de diseño correspondió al 94% sobre la original considerada en los pliegos, por lo que el consultor solicitó respectivamente la ampliación de plazo contractual que fue determinada por informes de fiscalización y administración del contrato; y, el reconocimiento económico por estos servicios, lo cual amerita la celebración de un contrato ampliatorio o la implementación del instrumento jurídico correspondiente.

(...) Posterior a la entrega de los productos se produjeron observaciones y solicitudes de aclaraciones por parte de la fiscalización que fueron atendidas por el consultor.

(...) habiéndose solicitado al fiscalizador de estudios que informe sobre la propuesta económica del consultor, el Ing. Arq. Abad la consideró aceptable. Dicha propuesta asciende a un valor de 20.496,09 (más IVA), lo cual representa el 32,29% del monto contractual.

(...) Por lo expuesto, es criterio del suscrito que, habiéndose terminado los trámites de obtención del permiso ambiental, a cargo del Ing. Ripalda, toda vez que la fiscalización de estudios considera que los demás productos entregados en virtud del contrato 41-2010 han sido aceptados por ésta y que las observaciones han sido atendidas, existiendo el informe respectivo en los archivos del Departamento Técnico, se proceda a la recepción del contrato.

Así mismo, se recomienda y solicita se analice una nueva comisión negociadora para que implemente el contrato ampliatorio ya citado anteriormente, o, en su defecto, que se implemente el instrumento jurídico correspondiente (...)."

La Jefa de la Unidad de Asesoría Jurídica de la entidad consultante, cita el numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone que la obligación se genera y produce afectación presupuestaria: "2.

Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo". Sobre dicha base concluye:

"Al no haberse realizado de manera oportuna el instrumento jurídico correspondiente que contemple los servicios que no formaron parte del contrato principal, por parte de los servidores de la época, mismos que ya fueron ejecutados, se ha configurado la obligación de pago que señala el numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en concordancia con el número 17 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que, de manera excepcional, correspondería cancelar dicha obligación mediante la suscripción de un Convenio de Pago a favor del Ing. Oswaldo Ripalda. Para cancelar los valores, el Administrador del contrato deberá señalar que los mismos fueron efectivamente ejecutados de conformidad, señalando el valor exacto a cancelarse. Además deberá contarse con la correspondiente Certificación Presupuestaria.

Cabe destacar que es responsabilidad de quienes autorizaron la realización de los trabajos, el no haber celebrado el instrumento jurídico correspondiente, observando todas las formalidades previas".

La celebración de contratos complementarios está prevista en la cláusula décima quinta del contrato de consultoría al que se refiere la consulta. Según el artículo 85 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública procede celebrar un contrato complementario "en el caso de que fuera necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución".

Atenta la prohibición que establece el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República, en el sentido de que "Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito", en pronunciamiento contenido en oficio No. 05605 de 26 de diciembre de 2011, cuya copia acompaño, este Organismo se ha pronunciado respecto de la suscripción de convenios de pago, sin que sea necesario emitir nuevo pronunciamiento sobre esa materia.

El mecanismo que adopte Autoridad Portuaria de Guayaquil para el pago de los servicios recibidos, adicionales a los que son objeto del contrato de consultoría al que se refiere la consulta, es de exclusiva responsabilidad de los funcionarios de esa Institución, dejándose expresa constancia que el presente pronunciamiento no constituye orden ni autorización de pago.

Así mismo, es de responsabilidad de la entidad contratante, lo referente al incumplimiento de los procedimientos internos que se debieron implementar en forma oportuna, por lo que sobre la base del informe de su Auditoría Interna, la máxima autoridad de la entidad consultante, deberá adoptar las medidas que corresponda, conforme dispone el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

OF. PGE. N°: 09826, de 19-09-2012

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS: COBRO DE PORCENTAJES Y AMPLIACIÓN DE PLAZO

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN GONZALO PIZARRO

CONSULTAS:

1. "Dentro de una Ordenanza de Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejora: ¿Se puede cobrar porcentajes (Art. 23 del proyecto de Ordenanza que se adjunta), inferiores a los establecidos en la Ley; siendo el que se detalla: a.- 20% entre las propiedades sin excepción, con frente a las obras o calle de por medio. La distribución se hará en proporción a su avalúo; b.- El 30% será cancelado de entre todos los predios del cantón que tengan beneficio global o general. La distribución se hará en proporción a su avalúo; c.- El 50% a cargo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Gonzalo Pizarro?"

2. "Si es posible o no ampliar el plazo para la recuperación y pago de las Contribuciones Especiales y hasta cuantos años".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 95.

Código Orgánico de Organización Territorial, Administrativa y Descentralización, COOTAD Arts. 302, 303 y 304.

Ley Orgánica de Régimen Municipal (derogada) Art. 20.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana Art. 64.

PRONUNCIAMIENTO:

1. En el informe No. 121-PS-GADMCGP-2012 de 9 de abril de 2012 anexo a su oficio, el Procurador Síndico Municipal de Gonzalo Pizarro manifiesta que:

“La Ordenanza para aplicación y cobro de las contribuciones especiales de mejoras por la construcción y mantenimiento de las vías y adoquinados con aceras y bordillos, publicada en el Registro Oficial No. 233 de 28 de Diciembre del 2000, fue sustituida por la Ordenanza para el cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras para las Obras ejecutadas en el Cantón Gonzalo Pizarro, publicada en el Registro Oficial No. 161 de 30 de marzo del 2010”.

Indica el Procurador Síndico, que se presentó ante el Concejo Municipal la Ordenanza Sustitutiva para la Información, Gestión, Determinación y Recaudación de las Contribuciones Especiales de Mejoras de las Obras Ejecutadas en el Cantón, la misma que fue aprobada en primer debate por el Pleno del Concejo Municipal; y, que la Comisión de Presupuesto de la Municipalidad realizó ciertas modificaciones para la aprobación y socialización del mencionado proyecto de ordenanza sustitutiva, “socialización realizada con la población del Cantón, y con la presencia de los señores Concejales miembros de la Comisión de Presupuesto y funcionarios municipales, donde la comunidad realizó algunas observaciones y sugerencias”.

Expresa el Procurador Síndico que:

“De acuerdo al Art. 302 del COOTAD, la ciudadanía puede participar en la toma de decisiones, pero su participación se debe orientar por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, y de acuerdo al Art. 303 la comunidad debe ser consultada frente a la adopción de medidas normativas o de gestión que puedan afectar sus derechos colectivos”.

Añade al Procurador Síndico que:

“... la ciudadanía puede participar en la toma de decisiones, pero también tiene sus límites, y si bien los concejos municipales o distritales podrán disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras en consideración de la situación social y económica de los contribuyentes, no se puede dejar de cobrar las contribuciones especiales de mejoras, más aún cuando mediante la ordenanza municipal aprobada en el 2010, en el Art. 20 establecía que ‘para aliviar el peso tributario de los sujetos pasivos, de la totalidad del costo por obras ejecutadas en el Cantón Gonzalo Pizarro, la Municipalidad asumirá el 70% y el 30% será prorrateada de conformidad a lo que se estipula en el Art. 402 de la Base del Tributo, de la Ley Orgánica de Régimen

Municipal', disposición que fue observada por la Contraloría General del Estado, ya que no se había ni siquiera dado cumplimiento a dicha disposición legal".

Concluye el Procurador Síndico Municipal expresando lo siguiente:

"Por lo tanto es criterio legal de que no procede las exoneraciones solicitadas por lo que se sugiere se mantenga los porcentajes previstos en el artículo 23. Igualmente manifiesto que sí se podría ampliar el plazo para el pago del tributo".

Con estos antecedentes, atiendo su consulta en los siguientes términos:

Respecto de la participación ciudadana mencionada por el Procurador Síndico en su informe, el artículo 95 de la Constitución de la República, prescribe que los ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, en el control popular de las instituciones del Estado y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. Agrega, que la participación ciudadana se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

El artículo 302 de Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, referido por el Procurador Síndico, establece que la ciudadanía en forma individual y colectiva, podrá participar de manera protagónica en la toma de decisiones, la planificación y gestión de los asuntos públicos y en el control social de las instituciones de los gobiernos autónomos descentralizados y de sus representantes, participación que se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. Añade, que las autoridades ejecutivas y legislativas de los gobiernos autónomos descentralizados tendrán la obligación de establecer un sistema de rendición de cuentas a la ciudadanía conforme el mandato de la ley y de sus propias normativas.

El artículo 303 del COOTAD, mencionado asimismo por el Procurador Síndico expresa que la participación ciudadana se ejercerá en todos los niveles de los gobiernos autónomos descentralizados a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria. Agrega que, la ciudadanía tiene derecho a ejercer la democracia directa a través de la presentación de proyectos de normas regionales, ordenanzas provinciales, distritales o cantonales; realizar el control social de los actos de los gobiernos autónomos descentralizados y la revocatoria del mandado de su autoridades, entre otros derechos que ahí se especifican.

El artículo 304 del COOTAD, determina que el sistema de participación ciudadana se constituye, entre otros, para deliberar sobre las prioridades de desarrollo en sus respectivas circunscripciones; participar en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial; elaborar presupuestos participativos de los gobiernos; participar en la definición de políticas públicas, entre otros.

El artículo 64 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana expresa que en todos los niveles de gobierno existirán instancias de participación ciudadana con la finalidad de elaborar planes y políticas locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía; mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo; elaborar presupuestos participativos de los gobiernos autónomos descentralizados; fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social; y, promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación.

Conforme a los artículos 95 de la Constitución de la República, 302, 303, 304 del COOTAD y 64 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, se desprende que la participación ciudadana está orientada entre otros, a la planificación y gestión de los asuntos públicos y el control social de las instituciones del Estado y de sus representantes, la presentación de proyectos de normas regionales, ordenanzas provinciales, distritales o cantonales; participar en la elaboración de planes y políticas locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía, mejorar la calidad de la inversión pública, elaborar presupuestos participativos de los gobiernos autónomos descentralizados, entre otras instancias participativas; sin que conste entre ellas, la participación de la ciudadanía en asuntos relativos a la creación, disminución o exoneración de tributos, como es el caso de la contribución especial de mejoras que motiva su consulta.

Sobre esta materia, en atención a una consulta formulada por el Alcalde del Cantón Puyango respecto de la participación del representante ciudadano en el Concejo Municipal de esa jurisdicción cantonal, esta Procuraduría en oficio No. 1262 de 7 de abril de 2011, concluyó manifestando que: "De conformidad con los artículos 77 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y 311 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponderá al Concejo Municipal de Puyango, expedir las normas que viabilicen el procedimiento de participación de los representantes de la ciudadanía, para la toma de decisiones únicamente en asuntos de interés general, y tomando en consideración que quienes ocupen la silla vacía no forman parte del Concejo Municipal, en aplicación del artículo 56 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y

Descentralización, y por tanto, su presencia tampoco cuenta para establecer el quórum de instalación dispuesto por el artículo 320 del COOTAD”.

En similares términos me referí respecto a una consulta formulada por el Alcalde del Cantón Portoviejo sobre la figura de la silla vacía, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 00521 de 18 de febrero del 2011.

El numeral 5 del artículo 264 de la Constitución de la República, establece que los gobiernos municipales tienen competencias exclusivas para crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras.

El artículo 301 de la citada Constitución, dispone que sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones; y agrega que: “Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley”.

De conformidad con el segundo inciso del artículo 1 del Código Tributario, son tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales de mejoras. Las tasas son tributos que constituyen la contraprestación o retribución de los servicios públicos; mientras las contribuciones especiales de mejoras están destinadas a costear las obras públicas de infraestructura.

El artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, establece que los gobiernos autónomos descentralizados municipales tienen competencias exclusivas para: “...e) Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras”; y conforme a su artículo 57 corresponde al concejo municipal: “...c) Crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute”.

El inciso primero del artículo 186 del COOTAD, prevé que los gobiernos municipales y distritos metropolitanos autónomos pueden crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras, generales o específicas, por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad, el uso de bienes o espacios públicos, y en razón de las obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción.

El artículo 569 del mencionado COOTAD, prescribe que el objeto de la contribución especial de mejoras es el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública; y

agrega: “Los concejos municipales o distritales podrán disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras en consideración de la situación social y económica de los contribuyentes”.

De conformidad con el artículo 575 del COOTAD, son sujetos pasivos de la contribución especial “los propietarios de los inmuebles beneficiados por la ejecución de la obra pública. Las municipalidades y distritos metropolitanos podrán absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones que por razones de orden público, económico o social se establezcan mediante ordenanza, cuya iniciativa privativa le corresponde al alcalde de conformidad con este Código”.

En concordancia, el artículo 591 del COOTAD, determina que las exenciones de las contribuciones especiales de mejoras establecidas por el órgano normativo competente “serán de cargo de las municipalidades o distritos metropolitanos respectivos”.

Por su parte, el artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, define como “gasto tributario”: “los recursos que el Estado, en todos los niveles de gobierno, deja de percibir debido a la deducción, exención, entre otros mecanismos, de tributos directos o indirectos establecidos en la normativa correspondiente. Agrega, que respecto del gasto tributario de los ingresos de los gobiernos autónomos descentralizados “la unidad encargada de la administración tributaria de cada gobierno autónomo, lo cuantificará y anexará a la proforma presupuestaria correspondiente”.

Según el artículo 31 del Código Tributario, la exención o exoneración tributaria “es la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social”.

Cabanellas define la “EXENCIÓN”, como: “Situación de privilegio o inmunidad de que goza una persona o entidad para no ser comprendida en una carga u obligación, o para regirse por leyes especiales... En materia fiscal, expresa relevación de un gravamen, por estar comprendido en categoría no imponible o por las circunstancias que lo justifiquen en cada supuesto”. Por su parte, el término “subvención” es sinónimo de “subsidio” y se define como: “Rebaja que las leyes tributarias otorgan a los contribuyentes en el pago de sus impuestos si cumplen determinadas condiciones o requisitos”.

En consecuencia, si la subvención es sinónimo de subsidio, la subvención de un tributo como es la contribución especial de mejoras, constituye una exención, esto

es una dispensa total o parcial de la obligación tributaria según el citado artículo 31 del Código Tributario.

De los artículos 264 numeral 5 y 301 de la Constitución de la República, 55 letra e), 57 letra c), 186, 569, 575 y 591 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se desprende que los concejos municipales están facultados para crear, modificar, exonerar o extinguir tasas por los servicios que presten y contribuciones especiales por la obras que ejecute; y, pueden disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras, en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes o por razones de orden público, exenciones o exoneraciones que serán de cargo de las municipalidades y deberán cuantificarse y anexarse en la proforma presupuestaria correspondiente.

Por lo expuesto, se concluye que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Gonzalo Pizarro, mediante ordenanza, puede disminuir el pago de las contribuciones especiales de mejoras a los propietarios de los inmuebles beneficiarios de la obra pública ejecutada en ese cantón, en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes; disminución o exoneración que será de cargo de esa Municipalidad y deberá cuantificarse y anexarse en la proforma presupuestaria correspondiente.

La conveniencia de la disminución o exoneración de la contribución especial de mejoras a todos o a una parte de los beneficiarios de la obra pública, estando dentro de los parámetros señalados en el artículo 569 del COOTAD, es de responsabilidad el Concejo Municipal de Gonzalo Pizarro.

En este sentido me pronuncié en oficios Nos. 2318 y 2319 de 15 de junio de 2011, y 3604 de 8 de septiembre de 2011, respecto de consultas formuladas por las Municipalidades de El Tambo, La Troncal y Azogues, respecto de la procedencia de disminuir o exonerar el pago de la referida contribución.

El artículo 573 del COOTAD, relativo a la determinación presuntiva dispone que: "Existe el beneficio a que se refiere al artículo anterior, cuando la propiedad resulta colindante con una obra pública, o se encuentra comprendida dentro del área declarada zona de beneficio o influencia por ordenanza del respectivo concejo".

El artículo 578 del COOTAD, determina que: "La base de este tributo será el costo de la obra respectiva, prorrateado entre las propiedades beneficiadas, en la forma y proporción que se establezca en las respectivas ordenanzas".

El artículo 591 del COOTAD, dispone que para la determinación de cualquiera de las contribuciones especiales de mejoras, se incluirán todas las propiedades beneficiadas.

Por tanto, en atención a lo dispuesto en los artículos 573 y 578 del COOTAD, están obligados al pago de la contribución especial de mejoras todas las propiedades que resulten colindantes con una obra pública o se encuentren comprendidas dentro del área declarada zona de beneficio o influencia; tributo que será prorrateado entre las propiedades beneficiadas en la forma y proporción que se establezca en la ordenanza respectiva; aclarando que, conforme a los artículos 569 y 575 del COOTAD cuyos textos quedaron citados, las municipalidades o distritos metropolitanos podrán absorber con cargo a su presupuesto de egresos, únicamente las exenciones de las contribuciones especiales de mejoras por razones de orden público, económico o social que se establezcan en dicha ordenanza.

2. El artículo 422 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, (derogada por el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización) establecía que:

“La municipalidad determinará en las ordenanzas respectivas, la forma y el plazo en que los contribuyentes pagarán la deuda por la contribución especial de mejoras que les corresponde. El pago será exigible, inclusive, por vía coactiva, de acuerdo con la ley. El plazo máximo para el reembolso de las obras podrá ser de diez años, a excepción del que señale para el reembolso de las obras ejecutadas en sectores de la ciudad cuyos habitantes sean de escasos recursos económicos, plazo que, en ningún caso, será mayor de quince años”.

Esta disposición relacionada con el plazo para el reembolso de las obras ejecutadas se encuentra prevista en el artículo 592 del vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en los siguientes términos: “El gobierno metropolitano o municipal determinará en las ordenanzas respectivas, la forma y el plazo en que los contribuyentes pagarán la deuda por la contribución especial de mejoras que les corresponde. El pago será exigible, inclusive, por vía coactiva, de acuerdo con la ley”.

En el caso consultado, corresponde al propio Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Gonzalo Pizarro a través de ordenanza, determinar el plazo para la recaudación y pago de las contribuciones especiales de mejoras.

Por tanto, con fundamento en el citado artículo 592 del COOTAD, es de exclusiva competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal o metropolitano determinar a través de la ordenanza respectiva, la forma y el plazo en que los contribuyentes deberán pagar la deuda por la contribución especial de mejoras; pago que será exigible inclusive por la vía coactiva, de acuerdo con la ley.

OF. PGE. N°: 08706, de 09-07-2012

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS: COSTOS INDIRECTOS DE LOS CONTRATISTAS, DISMINUCIÓN POR DEPRECIACIÓN DE LAS OBRAS Y DEVOLUCIÓN VÍA COMPENSACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE:
MUNICIPIO DE GIRÓN

CONSULTAS:

1. "¿Es procedente que en el cobro de la contribución especial de mejoras no se incluyan los costos indirectos que los contratistas establecieron en sus ofertas, y que fueron parte de los precios unitarios en cada uno de los contratos de ejecución de obras, aplicando lo dispuesto en el Art. 416 literal c) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en ese entonces vigente?"
2. "¿Se debe disminuir del cobro de la contribución especial de mejoras la depreciación de las obras, mismas que fueron ejecutadas hace cuatro y cinco años?"
3. "¿En caso de ser afirmativa cualquiera de las preguntas anteriores, debido a que algunos moradores ya cancelaron en su totalidad los valores por contribución especial de mejoras, debería devolverseles estos valores vía compensación, o mediante la emisión de títulos de crédito y para el caso de quienes aún no cancelan la contribución especial de mejoras, debería emitírseles nuevos títulos de crédito dando de baja los anteriores sin que opere el cobro de los intereses?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 82.
Código Tributario Arts. 51, 63 num. 24, 67, 68, 87, 143 num. 1 y 146.
Ley Orgánica de Régimen Municipal Arts. 63 num. 24, 396, 399, 416 lit. c), 417 y 419 (derogada).

Ordenanza General Normativa para la Determinación y Cobro de la Contribución Especial de Mejoras por Obras Ejecutadas en el cantón Girón, R. O. N° 279 de 21-02-2008 Arts. 6 y 7.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El informe jurídico de la Procuradora Síndica Municipal, contenido en el oficio No. 164-12 PSM-GADMG de 28 de junio del 2012, que fue citado en los antecedentes de este pronunciamiento, expone con respecto a las contribuciones especiales de mejoras correspondientes a las obras ejecutadas en los años 2007 y 2008, que:

“El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Girón, en el cobro de la contribución especial de mejoras incluyó los costos indirectos que los contratistas establecieron en sus ofertas, y que fueron parte de los precios unitarios en cada uno de los contratos de ejecución de las obras”.

Sobre la base del artículo 416 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal que establecía los costos reembolsables mediante contribución especial de mejoras, la Procuradora Síndica de la Municipalidad de Girón, expresa el siguiente criterio jurídico:

“Por lo expuesto, no es procedente que en el cobro de la contribución especial de mejoras se recuperen los costos indirectos que los contratistas establecieron en sus ofertas, como parte de los precios unitarios en cada uno de los contratos de ejecución de las obras, debido a que el costo directo de la obra comprende únicamente la sumatoria de los costos directos”.

Por su parte, el Director Ejecutivo Encargado de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, en el oficio No. No. 665-DE-494-DNAJJ-2012 de 15 de agosto de 2012, cita los artículos 67, 68 y 87 del Código Tributario, los cuales prevén las facultades de las administraciones tributarias y entre ellas la facultad determinadora, materia sobre la que este Organismo ya se ha pronunciado en los oficios Nos. 06777 de 6 de marzo de 2012 y 08588 de 2 de julio de 2012, a los que se ha hecho referencia en los antecedentes. Sobre la potestad determinadora, el artículo 68 de Código Tributario dispone:

“Art. 68.- Facultad determinadora.- La determinación de la obligación tributaria, es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

El ejercicio de esta facultad comprende: la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imponible, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación”.

Invoca además, el artículo 146 del Código Tributario que confiere a la administración tributaria competencia para rectificar los errores aritméticos o de cálculo en que hubiere incurrido en actos de determinación; y, concluye que:

“El Ejecutivo del Gobierno Municipal de Girón podría activar el recurso de revisión previsto en el Artículo 143 del Código Orgánico Tributario, en caso de considerarlo procedente”.

El numeral 24 del artículo 63 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, confería al concejo municipal atribuciones para: “Crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras que los propietarios están obligados a pagar para costear las obras públicas, de acuerdo con la ley”.

El artículo 396 de la mencionada Ley Orgánica derogada, establecía el objeto de la contribución especial de mejoras; y, por tanto según dicha norma, el hecho generador de la contribución especial de mejoras “es el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública”.

El artículo 399 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, actualmente derogada, en cuanto a los sujetos pasivos del tributo, determinaba:

“Son sujetos pasivos de esta contribución y están obligados a pagarla los propietarios de los inmuebles beneficiados, sean personas naturales o jurídicas, sin excepción alguna, pero las municipalidades podrán absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones totales o parciales que concedan a aquellas propiedades que hubieren sido catalogadas como monumentos históricos, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto dictará la municipalidad respectiva”.

En concordancia, el artículo 419 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, establecía que para la determinación de cualquiera de las contribuciones especiales de mejoras “se incluirán todas las propiedades beneficiadas, sin excepción alguna. La parte del costo correspondiente a propiedades del Estado y más entidades

del sector público se cubrirán con las respectivas partidas que, obligatoriamente constarán en sus correspondientes presupuestos”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que el artículo 63 numeral 24 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, facultaba al concejo municipal para crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras que los propietarios estaban obligados a pagar para costear las obras públicas, “de acuerdo con la ley”; y, que de conformidad con los artículos 399 y 419 de la citada Ley Orgánica derogada, los propietarios de todas las propiedades beneficiadas “sin excepción alguna” son los sujetos pasivos de la contribución especial de mejoras.

Adicionalmente, el artículo 416 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, preveía que para el cálculo de la contribución especial de mejoras, se debían considerar los costos de las obras, en base de los rubros detallados en esa norma, que disponía:

“Art. 416.- Los costos de las obras cuyo reembolso se permite son los siguientes:

- a) El valor de las propiedades cuya adquisición o expropiación fueren necesarias para la ejecución de las obras, deduciendo el precio en que se estimen los predios o fracciones de predios que no queden incorporados definitivamente a la misma;
- b) Pago de demolición y acarreo de escombros;
- c) Valor del costo directo de la obra, sea ésta ejecutada por contrato o por administración de la municipalidad, que comprenderá: movimiento de tierras, afirmados, pavimentación, andenes, bordillos, pavimento de aceras, muros de contención y separación, puentes, túneles, obras de arte, equipos mecánicos o electromecánicos necesarios para el funcionamiento de la obra, canalización, teléfonos, gas y otros servicios, arborización, jardines y otras obras de ornato;
- d) Valor de todas las indemnizaciones que se hubieran pagado o se deban pagar por razón de daños y perjuicios que se pudieren causar con ocasión de la obra, producidos por fuerza mayor o caso fortuito;
- e) Costos de los estudios y administración del proyecto, programación, fiscalización y dirección técnica. Estos gastos no podrán exceder del veinte por ciento del costo total de la obra; y,

f) El interés de los bonos u otras formas de crédito utilizados para adelantar los fondos necesarios para la ejecución de la obra”.

El artículo 416 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, anteriormente citado, determinaba los rubros que se debían considerar para el cálculo de la contribución especial de mejoras; y, en la letra c), se refería en forma expresa a los valores que constituyen costo directo de la obra.

Conforme se desprende del tenor de la norma citada, el valor del costo directo de la obra, constituye la base sobre la cual la Municipalidad determina el costo de la obra y por tanto la contribución especial de mejoras que las propiedades beneficiadas por su ejecución deben pagar; el costo de la obra al que alude la norma, es aquel que la Municipalidad invierte en la ejecución de la obra, sea que la ejecute por administración directa o a través de un contratista. Según el artículo 417 de la misma Ley Orgánica derogada, no se podían incluir en el valor de la contribución, los gastos de administración, mantenimiento ni depreciación de la obra, que no constituyen costos directos. Así por ejemplo, la utilidad del contratista que forma parte del precio que la Administración debe pagar, constituye un gasto de administración, por lo que según el artículo 416 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal no forma parte de los valores que integran la contribución especial de mejoras que el contribuyente debe pagar.

Por su parte, los artículos 6 y 7 de la “Ordenanza general normativa para la determinación y cobro de la contribución especial de mejoras por obras ejecutadas en el cantón Girón”, publicada en el Registro Oficial No. 279 de 21 de febrero de 2008, determinan lo siguiente:

“Art. 6.- Base imponible.- La base imponible de la contribución especial de mejoras por la construcción de las obras indicadas en el artículo uno, será el costo de la obra prorrateado en la forma y proporción determinadas en la Ley de Régimen Municipal y en esta ordenanza”.

“Art. 7.- Determinación del costo.- Para el cálculo de esta contribución se considerarán todos los costos señalados en el Art. 416 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. En ningún caso se incluirán como costos, los gastos de administración, mantenimiento y depreciación de las obras, cuyo valor se reembolsa mediante esta contribución”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, es improcedente que, en la determinación de la contribución especial de mejoras que haya efectuado

una Municipalidad, como administración tributaria, por obras ejecutadas a través de contratistas, durante la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, se hayan incluido costos indirectos establecidos en las ofertas de los contratistas, puesto que para la determinación de dichas contribuciones debían considerarse sólo los costos directos, previstos en la letra c) del artículo 416 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Sobre las medidas que la Municipalidad como administración tributaria seccional deba implementar a fin de corregir el error en que hubiera incurrido al momento de efectuar la determinación de las contribuciones especiales de mejoras, al incluir costos indirectos, se analizará al atender su tercera consulta.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales, siendo competencia del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, como autoridad tributaria, ejercer su facultad determinadora, definida en el artículo 68 del Código Tributario como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo, así como la resolución de los reclamos de los sujetos pasivos, por mandato del artículo 67 del citado Código.

2. Con relación a la segunda consulta, el criterio jurídico institucional de la Municipalidad de Girón, señala lo siguiente:

“Por tanto, no existe norma expresa que faculte al Gobierno Municipal disminuir valores por este concepto, al contrario lo que le prohíbe es incluir estos valores en el cobro”.

El Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas Encargado, no ha consignado criterio sobre esta consulta.

El artículo 417 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, ubicado en el Título VIII “De las Contribuciones Especiales de Mejoras”, disponía:

“Art. 417.- En ningún caso se incluirán en el costo, los gastos generales de administración, mantenimiento y depreciación de las obras que se reembolsan mediante esta contribución”.

Como se observa, el artículo 417 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal prohibía expresamente que se incluya en los costos para el cálculo de la contribución

especial de mejoras, el rubro correspondiente a la depreciación de las obras objeto de la contribución.

Por lo expuesto, con fundamento en la disposición expresa del artículo 417 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, no es procedente que los gobiernos autónomos descentralizados municipales, al efectuar la determinación de la contribución especial de mejoras, por obras ejecutadas durante la vigencia de dicha Ley Orgánica, incluyan valores por depreciación de las obras ejecutadas.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales, siendo competencia del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, como autoridad tributaria, ejercer su facultad determinadora, definida en el artículo 68 del Código Tributario como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo, así como la resolución de los reclamos de los sujetos pasivos, por mandato del artículo 67 del citado Código.

3. Para el análisis de esta consulta, es necesario considerar los antecedentes referidos por la Municipalidad consultante, que fueron expuestos al inicio de este pronunciamiento, en el sentido de que esa Entidad Edilicia ya ha determinado las contribuciones especiales de mejoras por varias obras ejecutadas en los años 2007 y 2008; que en enero de 2011 el GAD Municipal de Girón expidió los respectivos títulos de crédito; y, que algunos contribuyentes ya han efectuado el pago, mientras otros contribuyentes obligados al pago de la contribución han solicitado que en su cobro no se incluya el valor correspondiente al costo indirecto de las obras, ni su depreciación.

Al atender sus dos consultas anteriores, sobre la base de las disposiciones de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigentes a la época en que fueron ejecutadas las obras, se concluyó que, no es jurídicamente procedente que en la determinación de la contribución especial de mejoras que efectúe la Municipalidad como administración tributaria, por obras ejecutadas a través de contratistas, se incluyan costos indirectos establecidos en las ofertas de los contratistas, sino únicamente los costos directos, de conformidad con la letra c) del artículo 416 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal; y, con fundamento en la disposición expresa del artículo 417 de la citada Ley Orgánica derogada, tampoco es procedente que, al efectuar la determinación de la contribución especial de mejoras, se incluyan al efecto, valores por depreciación de las obras ejecutadas, por tratarse de un rubro expresamente excluido por esa norma.

Respecto de la tercera consulta, la Procuradora Síndica Municipal, expresa el siguiente criterio jurídico:

“Debido a que se ha cobrado los costos indirectos contrario a lo que determina la ley para el reembolso por este concepto, se procedería de la siguiente manera:

Para el caso de quienes pagaron la contribución especial de mejoras, se les devolvería estos valores con la emisión de títulos de crédito por compensación de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 51 del Código Orgánico Tributario en vista de que la contribución especial de mejoras fue pagada en exceso, lo mismo operaría con respecto a quienes aún no han cancelado totalmente la contribución especial de mejoras, pues no existe norma que faculte la baja de títulos por error de cálculo, igualmente se aplicaría la compensación, por tanto no cabría el cobro de los intereses de lo que se les ha pretendido cobrar en exceso”.

Por su parte, el Director Ejecutivo Encargado de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, sobre la base de la facultad determinadora que corresponde a la administración tributaria según el artículo 68 del Código Tributario, cita el artículo 146 de ese cuerpo normativo que confiere competencia para rectificar los errores aritméticos o de cálculo en que hubiere incurrido la administración tributaria en actos de determinación; y, concluye que:

“El Ejecutivo del Gobierno Municipal de Girón podría activar el recurso de revisión previsto en el Artículo 143 del Código Orgánico Tributario, en caso de considerarlo procedente”.

El artículo 51 del Código Tributario, citado en el informe de la Procuradora Síndica de la Municipalidad consultante, prescribe:

“Art. 51.- Deudas y créditos tributarios.- Las deudas tributarias se compensarán total o parcialmente, de oficio o a petición de parte, con créditos líquidos, por tributos pagados en exceso o indebidamente, reconocidos por la autoridad administrativa competente o, en su caso, por el Tribunal Distrital de lo Fiscal, siempre que dichos créditos no se hallen prescritos y los tributos respectivos sean administrados por el mismo organismo”.

En concordancia, el artículo 52 del Código Tributario, prevé:

“Art. 52.- Deudas tributarias y créditos no tributarios.- Las deudas tributarias se compensarán de igual manera con créditos de un contribuyente contra el mismo

sujeto activo, por títulos distintos del tributario, reconocidos en acto administrativo firme o por sentencia ejecutoriada, dictada por órgano jurisdiccional.

No se admitirá la compensación de créditos con el producto de tributos recaudados por personas naturales o jurídicas, que actúen como agentes de retención o de percepción.

No se admitirá la compensación de obligaciones tributarias o de cualquier otra naturaleza que se adeuden al Gobierno Nacional y demás entidades y empresas de las instituciones del Estado, con títulos de la deuda pública externa”.

Los artículos 51 y 52 del Código Tributario, prevén que la autoridad administrativa competente tiene potestad facultativa para establecer créditos a favor del contribuyente, por tributos pagados en exceso, créditos que podrán ser utilizados por el contribuyente, para el pago de otras deudas con el mismo sujeto activo.

El numeral 1 del artículo 143 del Código Tributario, citado por el Director Ejecutivo Encargado de la AME, dispone:

“Art. 143.- Causas para la revisión.- El Director General del Servicio de Rentas Internas, en la administración tributaria central y los prefectos provinciales y alcaldes, en su caso, en la administración tributaria seccional y las máximas autoridades de la administración tributaria de excepción, tienen la potestad facultativa extraordinaria de iniciar, de oficio o por insinuación debidamente fundamentada de una persona natural o jurídica, que sea legítima interesada o afectada por los efectos jurídicos de un acto administrativo firme o resolución ejecutoriada de naturaleza tributaria, un proceso de revisión de tales actos o resoluciones que adolezcan de errores de hecho o de derecho, en los siguientes casos:

1. Cuando hubieren sido expedidos o dictados con evidente error de hecho o de derecho, verificados y justificados según informe jurídico previo. En caso de improcedencia del mismo, la autoridad competente ordenará el archivo del trámite”.

Respecto de la baja de especies, el numeral 39 del artículo 69 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, confería al Alcalde atribución para “39. Ordenar la baja de especies incobrables, por muerte, desaparición, quiebra, prescripción u otra causa semejante que imposibilite su cobro”.

La baja de títulos, procede únicamente en los casos taxativamente establecidos por el numeral 39 del artículo 69 de la derogada Ley Orgánica de Régimen

Municipal, ninguno de los cuales se adecua a las circunstancias descritas en este pronunciamiento.

De las normas citadas se desprende que, de conformidad con el numeral 1 del artículo 143 y el artículo 146 del Código Tributario, en la administración tributaria seccional, el Alcalde tiene atribución para, de oficio o a petición de parte, disponer la revisión de los actos de determinación tributaria con la finalidad de rectificar los errores en que se hubiere incurrido.

Efectuada la revisión de los actos de determinación, según los artículos 51 y 52 del Código Tributario, de ser el caso se pueden establecer créditos a favor del contribuyente que hubiere efectuado pago en exceso, que podrán ser utilizados para el pago de otras deudas con el mismo sujeto activo.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el numeral 1 del artículo 143 del Código Tributario, la Municipalidad como administración tributaria seccional, tiene potestad facultativa para revisar, de oficio o a petición de parte, la determinación de las contribuciones especiales de mejoras por obras ejecutadas antes de la promulgación del COOTAD; y, de ser el caso, establecer créditos a favor de los contribuyentes, conforme prescriben los artículos 51 y 52 del Código Tributario, sin que sea procedente que se den de baja los títulos de crédito ya expedidos y no cobrados, por no cumplirse las circunstancias establecidas al efecto por el numeral 39 del artículo 69 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas aplicables exclusivamente a la materia sobre la cual versan sus consultas, pues corresponde al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, como autoridad tributaria, ejercer su facultad determinadora, definida por el artículo 68 del Código Tributario como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo, así como la resolución de los reclamos de los sujetos pasivos, por mandato del artículo 67 del citado Código.

Sin perjuicio de lo anterior, conforme analizó esta Procuraduría en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 08588 de 2 de julio de 2012, que ha quedado citado en los antecedentes del presente, el Código Tributario y el COOTAD no establecen plazo de caducidad para el ejercicio de la facultad determinadora cuando la liquidación del tributo deba ser establecida por la Administración Tributaria, lo cual ha derivado en que los gobiernos autónomos descentralizados que no han efectuado

la determinación de las contribuciones especiales de mejoras a los beneficiarios de las mismas, cuando dichas obras han sido realizadas, efectúen extemporáneamente dicha determinación, luego de varios años de ejecutadas las obras, trasladando a la ciudadanía los efectos de una omisión de la autoridad a la que le corresponde determinar el tributo.

Por lo expuesto, en atención al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República, que prevé que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas, aplicadas por las autoridades competentes, sería pertinente que la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME, en su calidad de entidad asociativa de carácter nacional de ese nivel de gobierno, conforme el artículo 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, coordine con sus integrantes para la elaboración de un proyecto de Ley reformatoria al Código Tributario, en el que se regule lo referente a la caducidad de la potestad determinadora de los gobiernos autónomos descentralizados.

OF. PGE. N°: 09860, de 21-09-2012

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS: EMISIÓN Y RECAUDACIÓN DE TÍTULOS DE CRÉDITO

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN CUENCA

CONSULTA:

“La pertinencia de la emisión y recaudación de títulos de crédito para recuperar vía contribución especial de mejoras el costo de las obras ejecutadas en las cabeceras urbano parroquiales”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 264 num. 1y 267 num. 1.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 20, 22, 24, 54 lits. c), e) y f) y 55 lit. a).
Ley de Régimen Municipal Arts. 12 num. 2, 64 nums. 4, 5, 8, 9, 24 y 25, 236, 247 y 418, (derogada).

Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales Arts. 4 lit. d) y h) y 22 (derogada).
Ley de Descentralización del Estado y de Participación Social Art. 40 lit. a) (derogada).
Ordenanza de Reforma Actualización, Complementación, y Codificación de la Ordenanza que sanciona el Plan de Ordenamiento Territorial del Cantón Cuenca Art. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su consulta, mediante oficio No. 08693 de 6 de julio de 2012, este Organismo solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico de la Entidad Edilicia que usted representa, respecto del objeto de su consulta, lo que fue atendido por la Secretaria del Concejo Cantonal de Cuenca en oficio No. 2340 de 12 de julio de 2012, al que adjunta el oficio No. AJ-1618-2012 de 10 de julio de 2012, suscrito por el Procurador Síndico Municipal de Cuenca (E).

En el oficio No. AJ-1618-2012 de 10 de julio de 2012, antes referido, el Procurador Síndico Municipal de Cuenca, manifiesta lo siguiente:

“El artículo 2 de la Ordenanza de Reforma Actualización, Complementación, y Codificación de la Ordenanza que sanciona el Plan de Ordenamiento Territorial del Cantón Cuenca, Determinaciones para el Uso y Ocupación del Suelo Urbano, califica a las cabeceras de las parroquias rurales del cantón Cuenca, como áreas urbanas del cantón, Ordenanza que se encuentra publicada el 19 de mayo de 2003, Registro Oficial No. 84. En consecuencia, los inmuebles ubicados dentro del área urbano parroquial de las parroquias rurales tienen igual tratamiento y categoría que los bienes inmuebles urbanos, constituyendo por tanto bienes urbanos del Cantón”.

Agrega el Procurador Síndico que: “Las obras cuya recuperación se persigue fueron ejecutadas en el ÁREA URBANO PARROQUIAL DE BAÑOS, esto es en vías con frente a inmuebles que tienen categoría de urbanos por su ubicación conforme se señaló en el párrafo anterior, los que naturalmente resultaron beneficiados por la ejecución de la obra pública, siendo por tanto sus propietarios sujeto pasivo de la contribución especial de mejoras”.

Concluye el Procurador Síndico de Cuenca manifestando que: “el costo de la obra pública ejecutada por la Municipalidad en el ÁREA URBANO PARROQUIAL de las parroquias rurales, debe recuperarse vía contribución especial de mejoras”.

La Ordenanza de “Reforma, Actualización, Complementación y Codificación de la Ordenanza que sanciona el Plan de Ordenamiento Territorial del cantón Cuenca:

determinaciones para el uso y ocupación del suelo urbano” aprobada por el Concejo Municipal de Cuenca en sesiones de 23 y 29 del octubre de 2002, y sancionada por el Alcalde de ese Cantón el 15 noviembre de 2002, en el artículo 2 contempla la división del territorio del cantón Cuenca, estableciendo en la letra a) las áreas urbanas que comprenden la ciudad de Cuenca y las “cabeceras de las parroquias rurales” que ahí se especifican.

Respecto de la calificación de las parroquias rurales como áreas urbanas del cantón Cuenca mencionada por el Procurador Síndico Municipal y contempladas en la Ordenanza antes referida, cabe señalar que, el artículo 12 numeral 2 de la Ley de Régimen Municipal, (derogada por la Ley Orgánica de Régimen Municipal) vigente a la fecha de expedición de la citada Ordenanza, establecía como fines esenciales del municipio, planificar e impulsar el desarrollo físico del cantón y sus áreas urbanas y rurales.

El artículo 64 numerales 4 y 5 de la derogada Ley de Régimen Municipal, confería atribuciones al Concejo Municipal para aprobar los planes reguladores de desarrollo físico cantonal y los planes reguladores de desarrollo urbano; así como, para controlar el uso del suelo en el territorio del cantón y establecer el régimen urbanístico de la tierra; y, los numerales 8 y 9 del mismo artículo, conferían al Concejo competencia para aprobar el plan de obras locales contenidas en los planes reguladores de desarrollo urbano; y, decidir cuáles de las obras públicas locales debían realizarse por gestión municipal, bien sea directamente o por contrato o concesión; y, cuáles por gestión privada.

Los numerales 24 y 25 del citado artículo 64 de la derogada Ley de Régimen Municipal, facultaban asimismo al Concejo para fijar las contribuciones especiales de mejoras que los propietarios debían pagar para costear las obras públicas, así como reglamentar los sistemas mediante los cuales debía efectuarse la recaudación e inversión de las rentas municipales. En este sentido, el artículo 418 de la citada Ley derogada, disponía a los propietarios de los inmuebles beneficiados con la obra pública a pagar la referida contribución.

Respecto de la ejecución de los planes reguladores de desarrollo físico cantonal y de los planes reguladores de desarrollo urbano, el artículo 236 de la derogada Ley de Régimen Municipal disponía que, dichos planes podían llevarse a cabo directamente por la Dirección de Obras Públicas Municipales o por iniciativa privada; y en este sentido, su artículo 247 *ibidem*, señalaba que la construcción de obras aprobadas por el Concejo, podían efectuarse por administración directa, contrato o concesión.

Cabe anotar que, la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales (derogada por el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización), en el artículo 4 letras d) y h) confería a la junta parroquial rural atribución para demandar a los concejos municipales y al consejo provincial de la respectiva circunscripción territorial, “la ejecución oportuna de las obras constantes en el Plan Anual de Desarrollo Parroquial debidamente presupuestado”; así como, “Plantear al consejo provincial o al concejo municipal la realización de obras o la prestación de servicios en la parroquia”.

Por su parte, el artículo 22 de la derogada Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales prescribía que: “El Plan de Desarrollo Parroquial servirá como base en la elaboración de la planificación del desarrollo de la zona, para la coordinación de las obras y servicios que puedan ejecutarse en la circunscripción territorial de una o más parroquias por parte de los demás gobiernos seccionales, sean cantonales o provinciales, e incluso el gobierno central. Estas obras serán ejecutadas en cuanto fuere posible con la participación de la junta parroquial”.

Además, el artículo 25 de la derogada Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, facultaba al concejo municipal para aportar al fondo de desarrollo parroquial, de acuerdo con lo que determinaba su ley, procurando “una distribución equitativa de obras y servicios en favor de todas las parroquias rurales”.

La Ley de Descentralización del Estado y de Participación Social (derogada por el vigente COOTAD), en el artículo 40 letra a) confería atribuciones a las juntas parroquiales para plantear al municipio, las obras y proyectos de trascendencia para la parroquia, con la finalidad de incluirlos en el Plan de Desarrollo Municipal; y agregaba que, “Las solicitudes para la realización de obras o la prestación de servicios en la parroquia podrán ser canalizados a través de las juntas parroquiales, las que describirán el proyecto u obra y proporcionarán al municipio los datos básicos para su estudio y posterior ejecución”; y en la letra c), se facultaba a las Juntas Parroquiales para “Formular sugerencias respecto de los programas de obras, de la respectiva administración municipal o provincial, según el caso”.

Conforme a los citados artículos 12 numeral 2, 64 numerales 4, 5, 8 y 9, 236, 247 de la Ley de Régimen Municipal, artículos 4 letras d) y h), 22 de la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, y artículo 40 letras a) y c) de la Ley de Descentralización del Estado y de Participación Social vigentes a la fecha de expedición de la Ordenanza de Ordenamiento Territorial del Cantón Cuenca que motiva su consulta, se establece que los municipios tenían atribuciones para planificar e impulsar el desarrollo físico del cantón y sus áreas urbanas y rurales, el control del uso del

suelo y el régimen urbanístico en el territorio del cantón, así como, ejecutar la obra pública cantonal y rural.

Por su parte, los artículos 64 numerales 24, 25, y 418 de la derogada Ley de Régimen Municipal, facultaban al concejo municipal para fijar las contribuciones especiales de mejoras que debían pagar los propietarios de los inmuebles beneficiados con la obra pública.

El numeral 1 del artículo 264 de la vigente Constitución de la República, confiere competencias exclusivas a los gobiernos municipales para: “Planificar 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 similares términos consta señalado en la letra a) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.

El artículo 20 del COOTAD, establece que 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 crearen con posterioridad.

El artículo 24 del COOTAD, establece que las parroquias rurales “constituyen circunscripciones territoriales integradas a un cantón a través de ordenanza expedida por el respectivo concejo municipal o metropolitano”.

Por su parte, el artículo 54 letra c) e) y f) del Código citado, faculta al gobierno autónomo descentralizado municipal para establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, elaborar y ejecutar el plan cantonal y de ordenamiento territorial y construir la obra pública cantonal.

Respecto de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales, el numeral 1 del artículo 267 de la Constitución, concordante con los artículos 64 letra d) y 67 letra b) del COOTAD, confiere competencias exclusivas a dichos gobiernos parroquiales para: “Planificar el desarrollo parroquial y su correspondiente ordenamiento territorial, en coordinación con el gobierno cantonal y provincial”.

Por su parte, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas en el artículo 12, dispone que: “La planificación del desarrollo y el ordenamiento territorial es competencia de los gobiernos autónomos descentralizados en sus territorios (...)”.

El inciso tercero del artículo 43 del referido Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prescribe que: "Los planes de ordenamiento territorial regionales, provinciales y parroquiales se articularán entre sí, debiendo observar, de manera obligatoria, lo dispuesto en los planes de ordenamiento territorial cantonal y/o distrital respecto de la asignación y regulación del uso y ocupación del suelo"; y, en su artículo 44 letra b), dispone que: "Corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales y metropolitanos la regulación, control y sanción respecto del uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón".

De los citados artículos 264 numeral 1, 267 numeral 1 de la Constitución de la República; 24, 54 letras c) e) y f), 55 letras a) y c), 64 letra d), y 67 letra b) del COOTAD; 12 y 43 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se establece que los gobiernos autónomos descentralizados municipales, tienen competencias para planificar y ejecutar los planes de desarrollo cantonal y de ordenamiento territorial; así como, determinar el régimen de control y ocupación del suelo urbano y rural y construir la obra pública en el territorio del cantón.

Respecto de los gobiernos parroquiales, de acuerdo con los artículos 267 numeral 2 de la Constitución de la República, 65 letra b) y 145 del COOTAD, tienen competencias exclusivas para planificar, construir y mantener la infraestructura física, los equipamientos y los espacios públicos de la parroquia; en tanto que, conforme al numeral 8 del citado artículo 267 de la Constitución y 65 letra h) del COOTAD, dichos gobiernos parroquiales tienen competencias exclusivas para vigilar la ejecución de la obra pública.

En atención a consultas formuladas por los Alcaldes de los Cantones La Maná y Santo Domingo de Los Tsáchilas respecto al fraccionamiento del suelo en el sector rural, en pronunciamientos contenidos en los oficios No. 3486 y 3487 de 1 de septiembre de 2011 manifesté que, la competencia de las Municipalidades en materia de regulación y ocupación del suelo, está referida a todo el territorio del respectivo cantón, integrado por áreas urbanas y rurales, de conformidad con el artículo 264 numeral 1 de la Constitución de la República y los artículos 55 letras a) y b) y 567 letra x) del COOTAD; y concluí expresando que, corresponderá a dichos concejos cantonales, "expedir la normativa que determine el régimen de uso u ocupación del suelo, los aspectos urbanísticos, las condiciones de fraccionamiento y otros inherentes al régimen de uso de suelo urbano y rural, de acuerdo a la planificación cantonal".

Por otra parte, en atención a una consulta formulada por el Alcalde del Cantón Chaguarpamba respecto del adoquinado en centros poblados de las cabeceras

parroquiales, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 4772 de 17 de noviembre de 2011 manifesté que: “De conformidad con el Art. 20 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los cantones son circunscripciones territoriales conformadas por parroquias rurales y la cabecera cantonal con sus parroquias urbanas, siendo competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, planificar, construir y mantener la vialidad urbana, por disposición del Art. 55 letra c) del mismo Código Orgánico. En el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará con los gobiernos parroquiales rurales. En aplicación de las indicadas normas, se concluye que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal es competente para realizar adoquinados en los centros poblados de las cabeceras parroquiales rurales, para lo cual debe coordinar sus acciones con el Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial”.

En relación a la facultad tributaria de los gobiernos autónomos descentralizados, el numeral 5 del citado artículo 264 de la Constitución de la República, concordante con el artículo 301 *ibidem*, confiere a las Municipalidades, competencias para crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras de acuerdo con la ley. En este sentido se expresan los artículos 55 letra e) y 57 letra c) del COOTAD.

En concordancia, el inciso primero del artículo 186 del COOTAD, faculta a los gobiernos municipales y distritos metropolitanos autónomos para crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras “por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad, el uso de bienes o espacios públicos y en razón de las obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción (...)”.

Respecto del hecho generador de las contribuciones especiales de mejoras determinadas para recuperar el costo de las obras ejecutadas en las cabeceras urbano parroquiales que motiva su consulta, el artículo 573 del COOTAD, referido a la “Determinación presuntiva”, dispone que existe el beneficio “cuando una propiedad resulta colindante con una obra pública, o se encuentra comprendida dentro del área declarada zona de beneficio o influencia por ordenanza del respectivo concejo”.

Cabe considerar que, conforme al inciso primero del artículo 569 del citado Código Orgánico, el objeto de la contribución especial de mejoras, es el “beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública”.

De conformidad con el artículo 574 del COOTAD, “el sujeto activo de la contribución especial de mejoras es la municipalidad o distrito metropolitano en cuya jurisdicción se ejecuta la obra”; en tanto que son sujetos pasivos de la contribución especial de mejoras según el artículo 575 del indicado Código: “los propietarios de los inmuebles beneficiados por la ejecución de la obra pública”.

Por su parte, el artículo 578 del COOTAD, prescribe que la base del tributo de las contribuciones especiales de mejoras será el costo de la obra respectiva, prorrateado entre las propiedades beneficiadas, en la forma y proporción que se establezca en las respectivas ordenanzas.

El artículo 592 del COOTAD, establece que las contribuciones especiales podrán cobrarse, fraccionando la obra a medida que vaya terminándose por tramos o partes. Agrega que: “El gobierno metropolitano o municipal determinará en las ordenanzas respectivas, la forma y el plazo en que los contribuyentes pagarán la deuda por la contribución especial de mejoras que les corresponde. El pago será exigible, inclusive, por vía coactiva, de acuerdo con la ley”.

Las contribuciones especiales de mejoras son tributos vinculados, en virtud de que surgen de una obra en que el Estado ha efectuado gastos que benefician en forma directa al sujeto pasivo, quien queda obligado al pago del tributo desde que se configura el hecho generador, en la especie, desde que la obra pública se ha ejecutado y genera beneficio en las propiedades colindantes con dicha obra, conforme se ha pronunciado este Organismo en oficio No. 08663 de 4 de junio de 2012.

Así mismo, con relación al cobro de la contribución especial de mejoras en los pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 06777 de 6 de marzo de 2012 y 08663 de 4 de junio de 2012, concluí que:

“Por tanto, terminada la obra, el tramo o parte de la obra pública, según lo prevé el Art. 592 del COOTAD y suscritas las respectivas actas de entrega recepción, la Municipalidad está en condiciones de determinar su costo y sobre su base elaborar el respectivo catastro de las propiedades beneficiadas por ella y distribuir los costos correspondientes a la contribución especial de mejoras que, para el caso de obras de pavimentación urbana y aceras consta determinado en los Arts. 579 y 581 del COOTAD”.

Con relación a la emisión de los títulos de crédito, el artículo 149 del Código Tributario, determina que los títulos de crédito u órdenes de cobro se emitirán por

la autoridad competente de la respectiva administración, cuando la obligación tributaria fuere determinada y líquida, debiendo reunir los requisitos contemplados en el artículo 150 del referido Código.

Por lo expuesto, toda vez que el hecho generador de la contribución especial de mejoras es el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas beneficiadas por la construcción de una obra pública que resulte colindante o se encuentre comprendida dentro del área declarada zona de beneficio o influencia por ordenanza del respectivo concejo, se concluye que, es jurídicamente procedente que la Municipalidad consultante recupere los valores invertidos en la ejecución de obras en las cabeceras urbano parroquiales de ese cantón, realizadas dentro del ámbito de sus competencias y respetando las competencias exclusivas de las juntas parroquiales, mediante las contribuciones especiales de mejoras que determine, de conformidad con los artículos 569, 573 y 578 del COOTAD.

Para tal efecto, corresponderá al Gobierno Municipal, como autoridad tributaria competente, emitir los respectivos títulos de crédito conforme a lo dispuesto en los artículos 149 y 150 del Código Tributario, para recuperar mediante la contribución especial de mejoras, el costo de las obras que haya ejecutado en las cabeceras urbano parroquiales.

Se deberá tener en cuenta que, conforme al inciso final del artículo 186 del COOTAD, el Gobierno Municipal, en base a los tributos generados en las parroquias rurales, deberá constituir un fondo, cuyo cincuenta por ciento deberá reinvertirse equitativamente entre todas las parroquias rurales de esa jurisdicción cantonal; en tanto que, el cincuenta por ciento restante, deberá invertirse bajo criterios de población y necesidades básicas insatisfechas.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales, siendo competencia del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal como autoridad tributaria, ejercer la facultad determinadora definida por el artículo 68 del Código Tributario, como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración tributaria, tendientes a establecer, en cada caso en particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

OF. PGE. N°: 09812, de 18-09-2012

CONVENIO DE MANCOMUNAMIENTO CON-NOR: RÉGIMEN ADMINISTRATIVO Y LABORAL

ENTIDAD CONSULTANTE:

CONSORCIO DE GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS PROVINCIALES Y MUNICIPALES DEL NORTE DEL PAÍS, CON-NOR

CONSULTAS:

1. "De acuerdo con el Convenio de Mancomunamiento del Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales y Municipales del Norte del País, observando su creación según la COOTAD, constituye ser una entidad de derecho público que debe sujetarse a la normativa prevista en la Ley Orgánica del Servicio Público?"

2. "El aporte que cada uno de los integrantes del Consorcio como entidades de régimen autónomo descentralizado según el convenio del CON-NOR, constituye ser un recurso público que amerita sujetarse a lo previsto en el inciso final del Art. 3 de la LOSEP?"

3. "Cuál sería el Régimen laboral para los trabajadores y funcionarios del CON-NOR a partir de la suscripción del Convenio que se encuentra publicado en la edición especial No. 220 del Registro Oficial publicado el jueves 22 de diciembre del 2011, al Código del Trabajo o a la LOSEP?"

4. "Sería aplicable respecto al personal sujeto al Código del Trabajo que venía laborando en el CON-NOR hasta la fecha de suscripción del Convenio publicado en el Registro Oficial ya señalado, lo que prescribe el Art. 17 del Decreto Ejecutivo No. 225 de fecha 18 de enero del 2010?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 229 y 243.

LOSEP Arts. 3 y 4.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 165, 285, 286, 287, 290 y 291.

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

Código Civil Art. 7.

D. E. N° 225 de 18-01-2010 Arts. 1, 2 y 17.

D. E. N° 1701 Art. 2 inciso segundo.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El criterio jurídico del CON-NOR, remitido en documento adjunto a la comunicación de consulta, manifiesta:

“El Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales y Municipales del Norte del País CON-NOR a raíz de la suscripción del Convenio de Mancomunamiento publicado en la edición especial No. 220 del Registro Oficial de fecha 22 de diciembre del 2011, son entidades de derecho público con personalidad jurídica y al tener el soporte económico para su operación y funcionamiento con recursos aportados de acuerdo al Convenio por cada uno de sus integrantes prácticamente viene a constituir una entidad de las que advierte el Art. 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, consecuentemente estimo que el personal que labora para el CON-NOR a raíz de la suscripción y publicación del Convenio debe observarse para el ámbito administrativo, disciplinario y otras lo contemplado en la LOSEP”.

El Convenio de Mancomunamiento suscrito por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales y Municipales de las provincias de Carchi, Esmeraldas, Imbabura, Sucumbíos, Orellana, Napo y norte de Pichincha, para la continuación de la vida jurídica del Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales y Municipales del Norte del País (CON-NOR), consta publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 220 de 22 de diciembre de 2011. El CON-NOR se ha inscrito en el Registro del Consejo Nacional de Competencias el 4 de enero de 2012, según la razón que en ese sentido ha conferido el Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Competencias, remitida por el CON-NOR en atención a nuestro requerimiento, como anexo a la comunicación de 14 de mayo de 2012, recibida el 8 de junio del presente año.

En la cláusula segunda “Antecedentes” del referido convenio, se expone que el Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales y Municipales del Norte del país CON-NOR, fue aprobado inicialmente por el Ministerio de Gobierno y Municipalidades (actual Ministerio del Interior), mediante Acuerdo No. 1717, publicado en el Registro Oficial No. 63 del 10 de noviembre de 1988.

La cláusula tercera “Objeto” del citado Convenio de Mancomunamiento, define al Consorcio en los siguientes términos:

“El Consorcio es la organización pública de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales del norte del país, encargado de defender los intereses

económicos e institucionales ante los organismos nacionales e internacionales; impulsando el fortalecimiento institucional; promoviendo la unión, descentralización y cooperación, con el propósito de alcanzar el desarrollo sustentable y sostenible de los gobiernos provinciales y municipales asociados al mismo.

De conformidad con la cláusula novena del convenio, "Administración", la sede del CON-NOR está en Ibarra; y, en cuanto se refiere a su funcionamiento se prevé que ese Consorcio "...estará gobernado por la asamblea general, el Directorio, el/la Presidente/a y está encargado de la gestión administrativa el Secretario/a Ejecutivo/a, para lo cual se dictarán el estatuto y los reglamentos correspondientes." A la consulta no se han adjuntado los estatutos y reglamentos que rigen la administración del CON-NOR.

La formación de mancomunidades de gobiernos autónomos descentralizados (GADs) consta prevista en el artículo 243 de la Constitución de la República, que establece: "Art. 243.- Dos o más regiones, provincias, cantones o parroquias contiguas podrán agruparse y formar mancomunidades, con la finalidad de mejorar la gestión de sus competencias y favorecer sus procesos de integración. Su creación, estructura y administración serán reguladas por la ley.

En concordancia, los artículos 285 y 290 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), disponen en su orden:

"Art. 285.- Mancomunidades y consorcios.- Los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, distritales, cantonales o parroquiales rurales y los de las circunscripciones territoriales indígenas, afroecuatorianas y montubias podrán formar mancomunidades entre sí, con la finalidad de mejorar la gestión de sus competencias y favorecer sus procesos de integración, en los términos establecidos en la Constitución y de conformidad con los procedimientos y requisitos establecidos en este Código.

Cuando el mancomunamiento se realice entre dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo nivel de gobierno que no fueran contiguos o entre gobiernos autónomos descentralizados de distintos niveles se denominarán consorcios.

Las mancomunidades y consorcios que se constituyan podrán recibir financiamiento del presupuesto general del Estado para la obra o proyecto objeto del mancomunamiento, en función de la importancia de la obra o proyecto, previa aprobación por parte del gobierno central".

"Art. 290.- Consorcios.- Los gobiernos autónomos descentralizados de distintos niveles o que no fueren contiguos, podrán formar consorcios con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las competencias concurrentes y la prestación de servicios públicos pertenecientes a su ámbito de competencia, en los términos establecidos en la Constitución y de conformidad con los procedimientos y requisitos establecidos en este Código".

De las normas citadas se desprende que, los GADs pueden formar mancomunidades o consorcios, con la finalidad de mejorar la gestión de sus competencias y la prestación de servicios públicos de su responsabilidad; y, que, de conformidad con el segundo inciso del artículo 285 y el artículo 290 del COOTAD, los consorcios se forman entre dos o más GADs del mismo nivel de gobierno que no fueran contiguos, o entre GADs de distintos niveles de gobierno; mientras que, las mancomunidades se constituyen entre GADs contiguos del mismo nivel de gobierno.

El artículo 291 del COOTAD prevé que, las normas para la conformación y el funcionamiento de los consorcios serán similares a las establecidas en ese Código para las mancomunidades. Por su parte, el procedimiento de conformación de las mancomunidades está reglado por el artículo 287 del COOTAD, que prevé los siguientes requisitos:

"...1. La resolución de cada uno de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados integrantes, mediante la cual se aprueba la creación de la mancomunidad;

2. La suscripción del convenio de mancomunidad acordado por los gobiernos autónomos descentralizados, por parte de los representantes legales de cada uno. El convenio de la mancomunidad deberá contener por lo menos los siguientes elementos: denominación de la mancomunidad, identificación de los gobiernos autónomos descentralizados que la integran, su objeto o finalidad específica, el plazo de la misma y los recursos que aporte cada miembro y que constituirán su patrimonio;

3. La publicación del convenio y de las resoluciones habilitantes de cada gobierno autónomo descentralizado en el Registro Oficial; y,

4. La inscripción de la conformación de la mancomunidad en el Consejo Nacional de Competencias, quien será responsable de evaluar la ejecución del cumplimiento de las competencias mancomunadas".

En la especie, según se refirió en los antecedentes de este pronunciamiento, el Convenio de Mancomunamiento suscrito por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales y Municipales de las provincias de Carchi, Esmeraldas, Imbabura, Sucumbíos, Orellana, Napo y Norte de Pichincha, consta publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 220 de 22 de diciembre de 2011, e inscrito en el Registro del Consejo Nacional de Competencias el 4 de enero de 2012.

La naturaleza jurídica de las mancomunidades y consorcios, consta establecida en forma expresa por el artículo 286 del COOTAD, que dispone:

“Art. 286.- Naturaleza jurídica.- Las mancomunidades y consorcios son entidades de derecho público con personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines específicos determinados de manera expresa en el convenio de creación”.

De conformidad con el numeral 4° del artículo 225 de la Constitución de la República, integran el sector público “4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que, el CON-NOR fue constituido como un consorcio de GADs, observando el procedimiento previsto en los artículos 287 y 291 del COOTAD; es una entidad de derecho público, en los términos que establece el artículo 286 del COOTAD; y, por tanto integra el sector público, según el numeral 4 del artículo 225 de la Constitución de la República.

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), al que se refiere su consulta, establece el ámbito de aplicación de esa Ley, en materia de recursos humanos y remuneraciones, que se extiende a toda la administración pública. El numeral 4 de esa norma, incluye en su ámbito de aplicación a las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales para la prestación de servicios públicos.

El artículo 4 de la LOSEP define el concepto “servidor público” para efectos de determinar el personal al que se aplica esa Ley, y 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”.

Del análisis que precede, en atención a los términos de su primera consulta se concluye que, el Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales y Municipales del Norte del País (CON-NOR), a partir de su inscripción en el Consejo Nacional de Competencias, constituye una entidad de derecho público en los términos que establece el artículo 286 del COOTAD; y, en consecuencia, en virtud de que el CON-NOR integra el sector público, su personal está sujeto al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Servicio Público, establecido por el numeral 4 del artículo 3 de esa Ley, salvo aquellas personas que sean clasificadas como trabajadores, quienes según el inciso final del artículo 4 de la LOSEP están sujetas al Código del Trabajo, conforme se analizará al atender su tercera pregunta.

2. El criterio jurídico del CON-NOR, contenido en el documento adjunto a la consulta, citado al atender su primera pregunta, manifiesta que el CON-NOR “al tener el soporte económico para su operación y funcionamiento con recursos aportados de acuerdo al Convenio por cada uno de sus integrantes prácticamente viene a constituir una entidad de las que advierte el Art. 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público...”.

Con respecto al financiamiento del CON-NOR, la cláusula séptima del Convenio de Mancomunamiento publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 220 de 22 de diciembre de 2011, establece los aportes ordinarios mensuales y aportes extraordinarios que los gobiernos autónomos descentralizados que lo integran se comprometen a efectuar. La citada cláusula estipula:

“Para el financiamiento del Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Consejos Provinciales y Municipios se aportará de la siguiente manera:

- a) Los gobiernos autónomos descentralizados consejos provinciales, aportarán mensualmente el valor de SEISCIENTOS CUARENTA DÓLARES (\$640,00);
- b) Los gobiernos autónomos descentralizados municipales, capitales de provincia, aportarán mensualmente el valor de QUINIENTOS CUARENTA DÓLARES (\$540,00);
- c) Los gobiernos autónomos descentralizados municipales, aportarán la cantidad de CUATROCIENTOS CUARENTA DÓLARES (\$440,00); y,
- d) Los aportes extraordinarios, donaciones, empréstitos u otro tipo de contribuciones,

de organismos nacionales o internacionales, de personas naturales o jurídicas, públicas y privadas.

Los aportes ordinarios acordados en asamblea general, se realizarán a través del débito automático de las cuentas que los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipalidades mantienen en el Banco Central del Ecuador.

Los aportes ordinarios y/o extraordinarios podrán ser modificados por la mayoría simple de sus asociados”.

El análisis de la consulta exige considerar como antecedente que, constituyen “recursos públicos”, según la definición del primer inciso del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, “... todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales”.

Porsu parte, con respecto a los recursos de los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 165 del COOTAD dispone:

“Art. 165.- Carácter público de los recursos.- Los recursos económicos transferidos, generados y recaudados por los gobiernos autónomos descentralizados son recursos públicos. Los gobiernos autónomos descentralizados que reciban o transfieran bienes o recursos públicos tendrán la obligación de aplicar los procedimientos que permitan la transparencia, acceso a la información, rendición de cuentas y control público sobre la utilización de los recursos”.

Atenta la definición de recursos públicos, contenida en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y en el artículo 165 del COOTAD, y considerando la naturaleza de los aportes que los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales que integran el CON-NOR han acordado efectuar en beneficio de ese consorcio, según lo estipulado en la cláusula séptima del convenio por el que se constituyó el CON-NOR, se concluye que dichos aportes constituyen recursos públicos.

3. Con respecto al tema que motiva su consulta, el criterio jurídico del CON-NOR, remitido en documento sin número ni fecha, adjunto a la comunicación de consulta, manifiesta:

“En observancia del Decreto Ejecutivo 225 de fecha 18 de enero del 2010 debe advertirse que los trabajadores del CON-NOR antes de la publicación del Convenio de Mancomunamiento que mantiene estrecha relación con el Art. 285 y siguientes del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se sujetan al régimen del Código del Trabajo, constituyendo derechos adquiridos aquellos que haya lugar de acuerdo al cuerpo legal último indicado”.

El artículo 229 de la Constitución de la República dispone que:

“Art. 229.- 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.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.”

Del tenor de la norma constitucional citada se desprende que, el término “servidor público” se aplica en forma genérica para referirse a toda persona que preste servicios en las instituciones del sector público; conforme prevé el penúltimo inciso de la misma disposición, los obreros del sector público se rigen por el Código del Trabajo; de lo cual se establece que, los servidores de la administración pública, están sujetos a diferentes regímenes jurídicos.

Por su parte, el artículo 354 del COOTAD dispone que: “Los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado se regirán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa”.

El artículo 4 y la Disposición General Décimo Octava de la LOSEP, contienen una definición de “servidores públicos” similar a la establecida por el artículo 229 de la Constitución de la República, antes citado. Dichas normas, en su orden, disponen:

“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”.

“DECIMA OCTAVA.- Para la aplicación de la presente Ley y su Reglamento téngase como tal los siguientes conceptos:

...Servidora/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del sector público sea o no de libre nombramiento y remoción”.

El Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010, al que se refiere su consulta, incorporó reformas al Decreto Ejecutivo No. 1701, que estableció limitaciones a la contratación colectiva en el sector público y en las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza, o estructura jurídica, el Estado o sus instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, sobre la base de la Disposición Transitoria Cuarta del Mandato Constituyente No. 8.

El tercer inciso del numeral 1.1. del artículo 1 del citado Decreto 1701, confirió al Ministerio de Relaciones Laborales, competencia para realizar la clasificación de servidores y obreros; y, el Decreto Ejecutivo 225 estableció los parámetros de clasificación de servidores y obreros, previendo:

“Art. 1.- ...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”.

“1.1.1.6.- Las personas que pasen del régimen del Código del Trabajo a ser considerados como servidores bajo el amparo de la LOSCCA y/o de las leyes que regulan la administración pública, contarán con nombramiento definitivo. En caso de terminación de la relación de trabajo se aplicará lo dispuesto en los Mandatos 2 o 4, según corresponda”.

La Disposición Transitoria Primera del Decreto Ejecutivo No. 1701, incorporada por el antes citado Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en Registro Oficial 123 de 4 de Febrero del 2010 prescribe:

“Primera.- En virtud de la presente reforma, el Ministerio de Relaciones Laborales continuará realizando la clasificación de servidores y obreros dispuesta en el Decreto Ejecutivo No. 1701 del 30 de abril del 2009, para lo cual no se tomará en consideración el plazo establecido en dicho decreto”.

La cláusula décimo tercera del Convenio de Mancomunamiento suscrito por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales y Municipales de las provincias de Carchi, Esmeraldas, Imbabura, Sucumbíos, Orellana, Napo y norte de Pichincha, para la constitución del CON-NOR, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 220 de 22 de diciembre de 2011, garantiza la estabilidad de los servidores de ese Consorcio, en los siguientes términos:

“Se garantiza la estabilidad de los servidores que vienen laborando en el Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales y Municipales del Norte del país CON-NOR; por lo tanto seguirán prestando sus servicios normalmente en este organismo, sin perjuicio que su normativa legal que rigen su institucionalidad cambie y se rija de acuerdo a lo que dispone el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

De las normas citadas se desprende que, toda vez que el CON-NOR es una entidad de derecho público de conformidad con el artículo 286 del COOTAD, el personal de ese Consorcio, está integrado por servidores públicos en los términos de los artículos 229 de la Constitución de la República, 354 del COOTAD y 4 de la LOSEP. La clasificación de dicho personal, en servidores y obreros, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales, según el artículo 1 y la Disposición Transitoria Primera del Decreto Ejecutivo No. 1701 publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de

mayo de 2009, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 225 publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010.

Al atender su primera consulta concluí que, a partir de la inscripción del CON-NOR en el registro del Consejo Nacional de Competencias, dispuesta por el numeral 4 del artículo 287 del COOTAD, ese Consorcio es una entidad de derecho público en los términos que establece el artículo 286 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, en consecuencia, desde entonces está sujeto respecto de su personal, al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Servicio Público, establecido por el artículo 3 de esa Ley, salvo el caso del personal que sea clasificado como obrero, sujeto al Código del Trabajo.

En armonía con lo expuesto y en atención a los términos de su tercera consulta se concluye que, la clasificación de los servidores y por tanto la determinación del régimen aplicable al personal del CON-NOR, a partir de la inscripción de ese Consorcio en el Consejo Nacional de Competencias, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales, de conformidad con el artículo 1 y la Disposición Transitoria Primera del Decreto Ejecutivo 1701 publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 225 publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010, y los parámetros establecidos en esos Decretos.

4. El artículo 17 del Decreto Ejecutivo 225, al que se refiere su cuarta consulta, sustituyó el inciso segundo del artículo 2 del Decreto Ejecutivo 1701 que, sobre la base de la Disposición Transitoria Cuarta del Mandato Constituyente No. 8, estableció limitaciones a la contratación colectiva en el sector público. El texto del artículo 2 del Decreto 1701, incorporada la reforma es el siguiente:

“Art. 2.- La estabilidad que se haya pactado en la contratación colectiva se respetará y se mantendrá inalterable.

En lo atinente a derechos adquiridos, estos se mantendrán siempre y cuando no contravengan las disposiciones contenidas en los Mandatos Constituyentes números 2, 4, 8, su Reglamento de Aplicación y este decreto”.

El criterio jurídico del Consorcio consultante, invoca el artículo 7 del Código Civil que establece el principio de irretroactividad y sobre su base concluye que:

“A raíz de la suscripción del Convenio de Mancomunamiento del CON-NOR que constituye ser una entidad de derecho público de acuerdo al COOTAD el trabajador

o funcionario de este organismo ha de sujetarse a lo previsto en la LOSEP; sin embargo de acuerdo con el numeral 2 del Art. 326 de la Constitución de la República vigente los derechos que han sido adquiridos bajo el régimen del Código del Trabajo, constituyen ser irrenunciables e intangibles”.

El tercer inciso del numeral 1.1. del artículo 1 del citado Decreto Ejecutivo 1701, dispone:

“La calificación de obreras y obreros sujetos al Código del Trabajo y, por ende, a la contratación colectiva de trabajo, estará a cargo del Ministerio de Relaciones Laborales”.

El numeral 1.1.1 del artículo 1 del citado Decreto Ejecutivo 1701 establece los parámetros de clasificación de servidores y obreros que corresponde aplicar al Ministerio de Relaciones Laborales.

De conformidad con el artículo 5 del citado Decreto 1701, el control de la aplicación y cumplimiento de las normas, regulaciones y criterios establecidos por ese Decreto, corresponde efectuar al Ministerio de Relaciones Laborales, a través de las direcciones regionales de trabajo, cuando registre contratos colectivos o revisiones de éstos.

De las normas citadas se desprende que, de conformidad con el tercer inciso del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1701, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, es competencia del Ministerio de Relaciones Laborales, efectuar la clasificación de servidores y obreros en las instituciones del sector público, aplicando al efecto los parámetros establecidos por el numeral 1.1.1. del artículo 1 de dicho Decreto. Según el artículo 5 *ibídem*, a esa Secretaría de Estado compete además, efectuar el control del cumplimiento de las disposiciones que establece ese Decreto.

En atención a los términos de su cuarta consulta se concluye que, una vez efectuada la clasificación de servidores y obreros del CON-NOR, por parte del Ministerio de Relaciones Laborales, corresponde a esa Secretaría de Estado determinar respecto de los obreros, si los derechos establecidos en la contratación colectiva no contravienen las disposiciones de los Mandatos Constituyentes Nos. 2, 4, 8, su Reglamento de Aplicación y este decreto, según establece el inciso segundo del artículo 2 del Decreto 1701, reformado por el artículo 17 del Decreto Ejecutivo 225.

OF. PGE. N°: 09653, de 05-09-2012

CRÉDITOS TRIBUTARIOS EN LA DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLE A LA DGAC: DECLARACIÓN DEL TRIBUTO Y PRESCRIPCIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE:

DIRECCIÓN GENERAL DE AVIACIÓN CIVIL

CONSULTAS:

1. "¿Para determinar la base imponible sobre el cálculo del impuesto del 5% del valor de cada galón de combustible en beneficio de la Dirección General de Aviación Civil, que se expende al servicio comercial internacional, se debe considerar los rubros: 1) EL PRECIO BASE DEL CARBURANTE, 2) EL SERVICIO DE ECUAFUEL, 3) OTROS COSTOS 4) EL PRECIO DE COMPRA; y, 5) EL PRECIO DE COMERCIALIZACIÓN?"

2. "¿Por tratarse de una acción de cobro de créditos tributarios e intereses, en cuya recaudación intervinieron agentes de retención, debe determinarse el plazo de prescripción de acuerdo con el Art. 55 del Código Tributario?"

BASES LEGALES:

Código Tributario Arts. 24, 26, 29, 30, 67 y 68.

Ley de Aviación Civil Arts. 31, 33 y 36.

Ley de Régimen Tributario Interno Art. 56.

Reglamento Sustitutivo para la Regulación de los Precios de los Derivados de los Hidrocarburos Art. 6.

Reglamento de Recaudación de Impuestos de la Aviación Civil Art. 29.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el informe jurídico contenido en el oficio No. DGAC-AE-2012- 0078-O de 14 de junio de 2012, el Director de Asesoría Jurídica Encargado de la entidad consultante, cita el artículo 33 de la Ley de Aviación Civil, el cual establece que, por excepción la Dirección General de Aviación Civil podrá designar agentes de retención para el cobro de los gravámenes determinados en esa Ley; y, el artículo 36 de la misma Ley, cuyo segundo inciso autoriza a la Dirección General de Aviación Civil "para revisar la contabilidad y cualquier documentación que estime conveniente, de las compañías de aviación, cuando existan indicios de problemas de operación por parte de ésta, así como la documentación de los agentes de retención".

Agrega el informe jurídico de la consultante que:

"(...) para la prestación de los servicios de transporte, recepción, almacenamiento y despacho al ala del avión, de los aerocombustibles de propiedad de la comercializadora, en todos los aeropuertos del país, EP PETROECUADOR y la DGAC, han suscrito paulatinamente diversos contratos de prestación de servicios siendo el último el No. C-2012-031 de 26 de febrero del 2012, servicio por el cual la Empresa Pública PETROECUADOR cancela en todos los aeropuertos del país, con excepción del Aeropuerto 'José Joaquín de Olmedo', el valor de 0,085 centavos de dólar por cada galón de combustible despachado en el ala del avión".

El citado informe se refiere además a las consultas formuladas por la EP Petroecuador al Servicio de Rentas Internas, atendida por el SRI con oficio No. 9170120110CON000177 de 23 de febrero de 2011, que en copia simple se ha remitido, tendientes a determinar los rubros que se deben considerar para establecer la base imponible para el cálculo del IVA en la comercialización de combustibles aéreos; y, específicamente si "el flete establecido por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarbúrico, debe considerarse como parte del costo del producto o debe ser considerado como transporte con tarifa 0% del IVA"; consultas sobre las cuales, el SRI emite el criterio que cito a continuación:

"Con los antecedentes de hecho y de derecho planteados y de conformidad con las normas citadas, la Administración Tributaria manifiesta respecto de la primera pregunta, que para determinar la base imponible del IVA, sí se deben considerar todos los rubros señalados, puesto que deben incluirse todos los gastos legalmente imputables al precio, al igual que los tributos que correspondan.

En relación a la segunda pregunta, la Administración Tributaria deja sentado su criterio, en el sentido de que si el flete está incluido dentro de los servicios gravados con tarifa 0% de IVA establecidos en el artículo 56 de la Ley de Régimen Tributario Interno, específicamente como un tipo de transporte, el mismo debe considerarse como parte del costo del producto; y, es necesario que se lo detalle en la factura como un servicio gravado con dicha tarifa".

Con tales antecedentes, respecto de la primera pregunta, el criterio jurídico de la Entidad consultante se expresa en el siguiente sentido:

"De lo expresado debo informar a usted señor Director General de Aviación Civil que para la determinación de la base imponible del cálculo del impuesto del cinco por ciento de cada galón de combustible en beneficio de la DGAC, debe considerarse los siguientes rubros: 1) EL PRECIO BASE DEL CARBURANTE, (precio compra terminal) 2) EL SERVICIO DE ECUAFUEL (transporte, recepción, almacenamiento y despacho

al ala del avión 'in to plane') 3) OTROS COSTOS (Precio transporte por oleoducto), lo cual da 4) EL PRECIO DE COMPRA, a su vez a éste, la comercializadora agrega 5) EL PRECIO DE COMERCIALIZACIÓN; debido a que esta es la estructura de precios dada por EP PETROECUADOR a más de que según pronunciamiento análogo el SRI para la determinación de la base imponible se deben considerar los gastos legalmente imputables al precio al igual que los tributos que correspondan”.

Por su parte, el Gerente General de la Empresa Pública de Hidrocarburos EP PETROECUADOR, en el acápite de “Antecedentes” de su oficio No. 30036 PGER-CCNA-OPR-2012 de 31 de julio de 2012, señala los siguientes:

“2. Con oficio No. 12186-PCO-GCN-COV-DN-2009 de diciembre 21 de 2009, anexo 2, el Subgerente de la Comercializadora de PETROCOMERCIAL hoy Gerencia de Comercialización de EP PETROECUADOR solicita al Subdirector de Aviación Civil del Litoral indicar:

Si la base imponible sobre la cual deberá calcularse dicho impuesto, es el precio de terminal dispuesto en el artículo No. 1 del Decreto Ejecutivo 338 publicado en el Registro Oficial No. 73 del 02 de agosto de 2005 que constituye el precio de venta a las Comercializadoras o se deberá calcular sobre el precio de venta al público, o en este caso a las aerolíneas sin considerar el IVA.

3. Ante esta consulta, el 11 de enero de 2010, el Subdirector de Aviación Civil del Litoral con oficio No. DGAC-AE2-O-002-2010-0000037, anexo 3, en la parte pertinente señala:

‘la base a considerarse para retener este valor es el precio de venta al público, en este caso el facturado a las aerolíneas en servicio comercial, sin incluir el IVA’.

4. El 04 de marzo de 2010 mediante oficio No. DGAC-FG2-0-011-10, anexo 4, el Subdirector de Aviación Civil del Litoral comunica que:

a partir de la presente fecha, lo que corresponde a la Dirección General de Aviación Civil por concepto del cinco por ciento (5%) establecido en el artículo 31 de la Codificación de la Ley de Aviación Civil, y por ser su representada agente de retención, deberá declarar dentro de los diez primeros días de cada mes, en cumplimiento a lo prescrito en el artículo 34 del Cuerpo Legal citado, caso contrario se cobrarán los intereses de mora, aplicando el artículo 21 del Código Tributario en concordancia con el artículo 35 de la Codificación de la Ley de Aviación Civil.

'(...) 8. A partir del mes de febrero, conforme se expone en el numeral 3, la base imponible sobre la cual se calcula el 5%, es el precio de venta a las aerolíneas sin IVA, el mismo que se compone de los siguientes rubros: precio en terminal, tarifa del servicio, transporte y demás costos en que incurre esta empresa pública para la distribución de combustibles en los diferentes aeropuertos del país”.

Sobre dicha base, EP Petroecuador concluye que:

“De conformidad a lo dispuesto por el Subdirector de Aviación Civil del Litoral con oficio No. DGAC-AE2-O-002-2010-0000037, a partir del 11 de enero de 2010, ‘la base a considerarse para retener este valor es el precio de venta al público, en este caso el facturado a las aerolíneas en servicio comercial, sin incluir el IVA’, el mismo que incluye todos los rubros señalados en la consulta”.

Como se evidencia del criterio jurídico de la entidad consultante, así como del emitido por la Empresa Pública de Hidrocarburos EP PETROECUADOR, que han quedado previamente citados, las dos entidades concuerdan en cuanto a que, para determinar el precio del galón de combustible aéreo sobre el cual se calcula el 5% del tributo que beneficia a la Dirección General de Aviación Civil, se deben incluir todos los rubros que integran el precio de venta a las aerolíneas en servicio comercial.

La materia de la consulta exige considerar que, de conformidad con el artículo 72 de la Ley de Hidrocarburos, los precios de venta al consumidor de los derivados de los hidrocarburos serán regulados de acuerdo al Reglamento que para el efecto dicte el Presidente de la República.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 338, publicado en el Registro Oficial No. 73 de 2 de agosto de 2005, se expidió el Reglamento Sustitutivo para la Regulación de los Precios de los Derivados de los Hidrocarburos, el cual en su artículo 1, establece los precios de venta en los terminales y depósitos operados por PETROCOMERCIAL, para los derivados de los hidrocarburos, entre los que incluye “Jet fuel Precio internacional menos un 40%”.

Añade el mencionado artículo que: “En los precios antes indicados se incluyen los costos de refinación, comercialización interna e importación, así como el costo por facturación y despacho a 60 grados Fahrenheit. No se incluye el impuesto al valor agregado”.

A su vez, el citado Reglamento, prevé en su artículo 6 el mecanismo de cálculo del precio de terminal de los combustibles aéreos, en los siguientes términos:

“Art. 6.- El precio a nivel de terminal y depósitos de los aerocombustibles deberá ser determinado por PETROECUADOR de conformidad con el promedio de los precios registrados durante la semana inmediata anterior a la venta y que consten publicados en el Platts OH Gram Marketscand de la Costa del Golfo.

Las personas naturales o jurídicas que operen dentro y fuera del territorio ecuatoriano, que tengan aeronaves construidas a partir del año 1990, cumplan con características de etapa 4 y presten servicio de transporte aéreo de pasajeros nacional e internacional y/o de carga internacional desde el Ecuador, pagarán el precio del combustible establecido en el artículo 1 del presente reglamento, siempre y cuando operen en rutas que incluyan a los aeropuertos que se encuentren bajo la administración integral de la Dirección General de Aviación Civil, exceptuando la ruta a las islas Galápagos y el abastecimiento por paradas técnicas. En ningún caso el precio del Jet Fuel será inferior a US \$ 1.25 por galón”.

De las normas previamente citadas, se desprende que corresponde a PETROECUADOR (actual Empresa Pública de Hidrocarburos PETROECUADOR E.P.), determinar los precios de los derivados de los hidrocarburos, entre ellos, el precio del combustible de aeronaves, a nivel de terminal y depósitos, al cual se incluirá los costos de refinación, comercialización interna e importación, así como el costo por facturación y despacho a 60 grados Fahrenheit.

El artículo 31 de la Ley de Aviación Civil, que motiva su consulta, señala lo siguiente:

“Art. 31.- Establécese en beneficio de la Dirección General de Aviación Civil el cinco por ciento (5%) sobre el valor de cada galón de combustible y lubricantes de aviación que se expendan en el país para el uso de toda aeronave en servicio comercial internacional”.

El Ministro de Defensa Nacional, mediante Acuerdo Ministerial No. 142, expidió el Reglamento de Recaudación de Impuestos de la Aviación Civil, que en el Capítulo VI “Del Impuesto del 5% al galón de combustibles y lubricantes”, artículo 29, con relación al tema de su consulta, prevé lo siguiente:

“Art. 29.- De conformidad con el Art. 28 de la Ley de Aviación Civil, causa el impuesto del 5% sobre el valor de cada galón de combustibles y lubricantes de aviación que se expendan en el país para uso de toda aeronave en servicio comercial internacional. Para el cobro de este impuesto, constitúyase agente de retención a la vendedora de los mismos”.

Del artículo 31 de la Ley de Aviación Civil, en concordancia con el artículo 29 del Reglamento de Recaudación de Impuestos de la Aviación Civil, se infiere que dichas normas establecen el tributo del 5% sobre el valor de expendio de cada galón de combustibles y lubricantes dentro del país para el uso de aeronaves en servicio comercial a favor de la Dirección General de Aviación Civil, es decir, que la base imponible del impuesto constituye el valor al que se vende el combustible aéreo en el país, a las aeronaves en servicio comercial internacional.

Según la consulta y el informe jurídico de la Dirección General de Aviación Civil, el transporte, recepción, almacenamiento y despacho al ala del avión de los aerocombustibles en los aeropuertos del país, constituye el objeto de los contratos de prestación de servicios que al efecto han suscrito EP Petroecuador y la Dirección General de Aviación Civil, servicios por los que esa empresa pública cancela 0,085 centavos de dólar a la DGAC, por cada galón de combustible despachado en el ala del avión.

De lo expuesto se desprende que, el precio al que se expende el combustible a la aeronave, que en este caso realiza servicio comercial internacional, incluye el precio del combustible en terminal, al que se refiere el artículo 6 del Reglamento Sustitutivo para la Regulación de los Precios de los Derivados de los Hidrocarburos, así como el costo del transporte de dicho combustible, su recepción y almacenamiento en los aeropuertos, hasta su despacho al ala del avión.

En atención a su consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 31 de la Ley de Aviación Civil, la base imponible del impuesto que beneficia a la Dirección General de Aviación Civil, es el 5% del valor de cada galón de combustible y lubricantes de aviación que se expendan en el país para el uso de toda aeronave en servicio comercial internacional, por lo que, la base de cálculo de ese tributo constituye el precio de venta del combustible a la aeronave que efectúa el servicio comercial internacional, el cual debe incluir el precio base de terminal del carburante, el servicio de transporte y almacenamiento (depósito) y costos hasta que el combustible se reciba en el ala del avión, excepto el IVA según la exclusión que establece el segundo inciso del artículo 1 del Reglamento Sustitutivo para la Regulación de los Precios de los Derivados de los Hidrocarburos.

2. El artículo 24 del Código Tributario, define al sujeto pasivo como la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable.

Adicionalmente, en cuanto al responsable, el artículo 26 del Código Tributario establece que es la persona que sin tener el carácter de contribuyente debe por disposición expresa de la ley, cumplir las obligaciones atribuidas a éste; y, que toda obligación tributaria es solidaria entre el contribuyente y el responsable, quedando a salvo el derecho de éste de repetir lo pagado.

En el contexto señalado en el párrafo anterior, el numeral 1 del artículo 29 del mencionado Código, determina que son también responsables, los agentes de retención, entendiéndose por tales las personas naturales o jurídicas que, en razón de su actividad, función o empleo, estén en posibilidad de retener tributos y que, por mandato legal, disposición reglamentaria u orden administrativa, estén obligadas a ello.

Según el artículo 30 del Código Tributario, la responsabilidad de los agentes de retención o de percepción es directa en relación al sujeto activo del tributo y por consiguiente son los únicos obligados ante éste en la medida en que se haya verificado la retención o percepción de los tributos; y es solidaria con el contribuyente frente al mismo sujeto activo, cuando no se haya efectuado total o parcialmente la retención o percepción.

El artículo 33 de la Ley de Aviación Civil, para el cobro de los gravámenes que esa Ley establece, prevé lo siguiente:

“Art. 33.- Por excepción, la Dirección General de Aviación Civil podrá constituir a las empresas de aviación, nacionales o extranjeras, o a sus agentes vendedores, así como a las personas naturales o jurídicas, intermediarias en cualesquier transacción aéreo-comercial, como agentes de retención para el cobro de los gravámenes determinados en esta Ley”.

Adjunta a su consulta, consta una copia simple de la Resolución No. 213/09 de 5 de octubre de 2009, por la cual el Director de Aviación Civil, resuelve:

“Artículo 1.- Constituir a las compañías comercializadoras: PETROCOMERCIAL, ICARO S.A., AEROSTAR, SERCASA CIA. LTDA., EXXON MOBIL DEL ECUADOR CIA. LTDA., PRIMAX COMERCIAL DEL ECUADOR S.A., CORPETROLSA S.A., AIRFUEL INTERNACIONAL S.A., en agentes de retención del 5% del valor de cada galón de combustible y lubricantes de aviación que se expenden en el país para uso de toda aeronave en servicio comercial internacional”.

En consecuencia, en aplicación de la Resolución No. 213/09 del Director General de Aviación Civil, EP Petroecuador es agente de retención del impuesto que establece el artículo 31 de la Ley de Aviación Civil, sobre el que trata la consulta. En tal calidad, EP Petroecuador es responsable frente a la Dirección General de Aviación Civil, por la retención y cobro del tributo, conforme manifiesta el artículo 30 del Código Tributario.

El artículo 67 del Código Tributario, prevé las distintas facultades de la administración tributaria, en los siguientes términos:

“Art. 67.- Facultades de la administración tributaria.- Implica el ejercicio de las siguientes facultades: de aplicación de la ley; la determinadora de la obligación tributaria; la de resolución de los reclamos y recursos de los sujetos pasivos; la potestad sancionadora por infracciones de la ley tributaria o sus reglamentos y la de recaudación de los tributos”.

En lo que atañe a la facultad determinadora, el artículo 68 del Código Tributario la define así:

“Art. 68.- Facultad determinadora.- La determinación de la obligación tributaria, es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

El ejercicio de esta facultad comprende: la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imposables, y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación”.

En concordancia, con respecto a la determinación, el primer inciso del artículo 87 del Código Tributario, prescribe:

“Art. 87.- Concepto.- La determinación es el acto o conjunto de actos provenientes de los sujetos pasivos o emanados de la administración tributaria, encaminados a declarar o establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía de un tributo”.

De otra parte, en relación a la facultad recaudadora, el artículo 71 del Código Tributario, determina:

"Art. 71.- Facultad recaudadora.- La recaudación de los tributos se efectuará por las autoridades y en la forma o por los sistemas que la ley o el reglamento establezcan para cada tributo.

El cobro de los tributos podrá también efectuarse por agentes de retención o percepción que la ley establezca o que, permitida por ella, instituya la administración".

De la normativa jurídica citada, se desprende que, la determinación tiene como finalidad establecer en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo, de conformidad con el segundo inciso del artículo 68 del Código Tributario, la facultad determinadora comprende también la verificación, complementación o enmienda, por parte del sujeto activo del tributo, de las declaraciones de los contribuyentes o responsables. Por su parte, la facultad recaudadora tiene por objeto efectuar el cobro del respectivo tributo y se puede ejercer por la administración tributaria en forma directa o a través de los agentes de retención o percepción, conforme prevé el segundo inciso del artículo 71 del Código Tributario. La determinación, necesariamente precede a la recaudación y cobro del tributo.

El artículo 88 del Código Tributario, establece los sistemas de determinación de la obligación tributaria: 1. Por declaración del sujeto pasivo; 2. Por actuación de la administración; o, 3. De modo mixto.

El segundo inciso del artículo 36 de la Ley de Aviación Civil, que fue citado al atender su primera pregunta, autoriza a la Dirección General de Aviación Civil para revisar la documentación de los agentes de retención, lo que permite verificar o enmendar la declaración del responsable, si es del caso, conforme al segundo inciso del artículo 68 del Código Tributario.

Del oficio No. DGAC-FG2-O-011-10-0000399 de 4 de marzo de 2010, que en copia simple ha sido remitido por la Empresa Pública de Hidrocarburos EP PETROECUADOR, consta que el Subdirector de Aviación Civil del Litoral, a través de dicho documento se dirigió al Gerente de Comercialización de Petrocomercial (actualmente Gerencia de Comercialización de EP PETROECUADOR) y dispuso que:

"(...) por ser su representada agente de retención, deberá declarar dentro de los diez primeros días de cada mes, en cumplimiento a lo prescrito en el artículo 34 del Cuerpo Legal citado, caso contrario se cobrarán intereses por mora, aplicando

el artículo 21 del Código Tributario en concordancia con el artículo 35 de la Codificación de la Ley de Aviación Civil”.

Sobre dicha base, el criterio institucional de EP Petroecuador concluye respecto de esta segunda consulta que:

“Esta Gerencia desconoce si el beneficio del 5% a favor de la Dirección General de Aviación Civil se considera un ‘tributo’ normado por el Código Tributario, en caso de ser positivo, el plazo de prescripción estipulado en el artículo 55 de dicho cuerpo legal debería aplicarse a partir de la fecha en que la Dirección General de Aviación Civil constituyó a las comercializadoras en agentes de retención, eso es a partir del 26 de octubre de 2009”.

En el caso que motiva su consulta, del tenor del oficio No. DGAC-FG2-O-011-10-0000399 de 4 de marzo de 2010, antes mencionado, se establece que corresponde al agente de retención efectuar la declaración del tributo que motiva su consulta, en el plazo de diez días establecido por el artículo 34 de la Ley de Aviación Civil, que fue citado al atender su primera consulta y que en su inciso final dispone:

“En la misma forma y dentro de los diez primeros días de cada mes procederá al depósito, toda persona que actúe como agente de retención en el cobro de los gravámenes fijados en esta Ley”.

La potestad determinadora de la Dirección General de Aviación Civil, como sujeto activo de dicho tributo, le habilita para que pueda verificar, complementar o enmendar las declaraciones del agente de retención, como responsable del tributo, en los términos que establece el segundo inciso del artículo 68 del Código Tributario.

De conformidad con el artículo 94 del Código Tributario, caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, sin que se requiera pronunciamiento previo, en los siguientes plazos:

“1. En tres años, contados desde la fecha de la declaración, en los tributos que la ley exija determinación por el sujeto pasivo, en el caso del artículo 89;

2. En seis años, contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración, respecto de los mismos tributos, cuando no se hubieren declarado en todo o en parte; y,

3. En un año, cuando se trate de verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, contado desde la fecha de la notificación de tales actos”.

Respecto del tributo previsto por el artículo 31 de la Ley de Aviación Civil, sobre el que versa la consulta, la determinación corresponde al agente de retención, de conformidad con el numeral 1 del artículo 29 del Código Tributario; mientras que, la Dirección General de Aviación Civil, como sujeto activo del tributo, puede efectuar la verificación de esa determinación, según el segundo inciso del artículo 68 del Código Tributario, debiendo ejercer su competencia dentro del plazo establecido por el numeral 1 del artículo 94 del mismo Código.

En consecuencia, en aplicación de la regla primera del artículo 19 del Código Tributario, se debe entender que la obligación tributaria es exigible desde el vencimiento del plazo fijado para la presentación de la declaración respectiva, por tratarse de una obligación tributaria cuya liquidación debe efectuarla el responsable, que en este caso es el agente de retención, sin perjuicio de la verificación posterior y consecuente determinación que el sujeto activo del tributo puede efectuar, de conformidad con el antes citado inciso segundo del artículo 68 del Código Tributario.

El Tratado de Derecho Tributario de Andrea Amatucci define a la declaración tributaria como:

“En una primera aproximación puede decirse que la declaración tributaria consiste en una comunicación formal, con efectos predeterminados por la ley, de datos o elecciones relevantes para la aplicación de las normas tributarias”.

El artículo 55 del Código Tributario, que motiva su segunda consulta, dispone lo siguiente:

“Art. 55.- Plazo de prescripción de la acción de cobro.- La obligación y la acción de cobro de los créditos tributarios y sus intereses, así como de multas por incumplimiento de los deberes formales, prescribirá en el plazo de cinco años contados desde la fecha en que fueron exigibles; y en siete años desde aquella en que debió presentarse la correspondiente declaración, si ésta resultare incompleta o si no se la hubiere presentado.

Cuando se conceda facilidades para el pago, la prescripción operará respecto de cada cuota o dividendo, desde su respectivo vencimiento.

En el caso de que la administración tributaria haya procedido a determinar la obligación que deba ser satisfecha, prescribirá la acción de cobro de la misma, en los plazos previstos en el inciso primero de este artículo, contados a partir de la fecha en que el acto de determinación se convierta en firme, o desde la fecha en que cause ejecutoria la resolución administrativa o la sentencia judicial que ponga fin a cualquier reclamo o impugnación planteada en contra del acto determinativo antes mencionado.

La prescripción debe ser alegada expresamente por quien pretende beneficiarse de ella, el juez o autoridad administrativa no podrá declararla de oficio”.

La norma del artículo 55 previamente citada, se refiere en forma general a la prescripción de la acción de cobro de los créditos tributarios y sus intereses, así como de las multas por incumplimiento de los deberes formales, sin especificar o limitar la aplicación de los plazos de prescripción en ella previstos, al contribuyente.

A fin de determinar si los plazos de prescripción de la acción de cobro establecidos en el artículo 55 del Código Tributario son aplicables al agente de retención, cabe tener presente que, si bien dicho agente no es el contribuyente, tiene la calidad de responsable de la obligación tributaria, según el artículo 26 del Código Tributario, es decir, que debe cumplir con las obligaciones atribuidas al contribuyente; y que, en tanto hubiere efectuado la retención de los tributos, el agente de retención es el único obligado ante el sujeto activo, de conformidad con el artículo 30 del Código Tributario.

Al efecto, es pertinente considerar que el artículo 24 del Código Tributario define al sujeto pasivo como la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable.

Es decir que, si bien el agente de retención no es contribuyente, una vez efectuada la retención tiene la calidad de responsable, y por tanto sujeto pasivo del tributo, por lo que queda obligado al cumplimiento de la prestación tributaria y de las demás obligaciones formales frente al sujeto activo, entre ellas, la declaración y pago del tributo retenido.

La declaración efectuada por el sujeto pasivo es una forma de determinación de la obligación tributaria, en los términos que establece el artículo 87 del Código Tributario.

Según el artículo 19 del Código Tributario, antes citado, la obligación tributaria es exigible desde el vencimiento del plazo fijado para la presentación de la declaración respectiva.

En el caso materia de análisis, el segundo inciso del artículo 34 de la Codificación de la Ley de Aviación Civil, que fue citado al atender su primera consulta, prevé que los agentes de retención deben efectuar el depósito de los valores retenidos dentro de los diez primeros días de cada mes. Es decir que, dentro de dicho plazo los agentes de retención deben declarar y efectuar el pago de los valores retenidos, vencido el mismo, la obligación es exigible en los términos del artículo 19 del Código Tributario.

Por tanto, efectuada la declaración por el sujeto pasivo (el agente de retención en el caso materia de análisis), la administración puede realizar en forma posterior la verificación, complementación o enmienda de la declaración, en ejercicio de su facultad determinadora, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 68 del Código Tributario.

De no haberse efectuado la declaración y de advertir la existencia de hechos imponibles, corresponde a la Administración determinar el tributo, según prescribe la parte final del segundo inciso del citado artículo 68 del Código Tributario.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en relación a la contribución que en beneficio de la Dirección General de Aviación Civil establece el artículo 31 de la Ley de Aviación Civil, los plazos de prescripción de la acción de cobro que determina el artículo 55 del Código Tributario, si se aplican respecto de los agentes de retención, en tanto hubieren efectuado la retención, por tener la calidad de responsables y sujetos pasivos de la obligación, de acuerdo con los artículos 24, 26 y 30 del Código Tributario.

Para el cobro del tributo que establece el artículo 31 de la Ley de Aviación Civil, considerando que la determinación corresponde al agente de retención y que, conforme dispone el segundo inciso del artículo 68 del Código Tributario, la declaración puede ser verificada en forma posterior por la Dirección General de Aviación Civil como sujeto activo del tributo, se concluye que la obligación y la acción de cobro prescribe en cinco años contados desde que el acto de determinación se convierta en firme según prescribe el tercer inciso del artículo 55 del Código Tributario; y, si el agente de retención no hubiere efectuado la declaración del tributo, la acción de cobro prescribe en siete años contados a partir de la fecha en que el acto de determinación se convierta en firme según la misma norma.

La prescripción debe ser declarada judicialmente, de conformidad con el artículo 2393 del Código Civil que prevé además que, quien quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales, siendo competencia de la Dirección Nacional de Aviación Civil, como autoridad tributaria, ejercer su facultad determinadora, definida por el Art. 68 del Código Tributario como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo, así como la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables.

OF. PGE. N°: 10028, de 03-10-2012

DACIÓN EN PAGO CON BIENES O EN ESPECIE: CONTRATISTA INCUMPLIDO

ENTIDAD CONSULTANTE:

SECRETARÍA NACIONAL DE GESTIÓN DE RIESGOS

CONSULTA:

“¿Es procedente que la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos, acepte el planteamiento de pago presentado por el Señor Enrique Javier Ocaña Peñafiel en el oficio s/n de fecha 17 de abril de 2012, en el que solicita considerar como parte de pago 5 botes con sus respectivos motores de 150 HP marca Mercuri y 13 botes con varios implementos y accesorios por un valor de \$403.511.14; y, el remanente mediante un plan de pagos de amortización gradual de capital e intereses por un plazo no menor de 24 meses?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Arts. 3 lit. e), 5 lit. f), 12 y 13.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 74, 75, 94 nums. 1, 3 y 6 y 95; y, 125 y 146 de su Reglamento.
Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Art. 3.
Ley General de Seguros Arts. 44 y 45.
Código Civil Arts. 1583, 1585, 1607 y 2398.

Res. N° 17, R. O. N° 102 de 11-07-2007 Arts. 4 y 6.

Res. N° 121, R. O. N° 264 de 25-08-2010 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 17, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, mediante oficio No. 08317 de 13 de junio de 2012, esta Procuraduría solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Asesor Jurídico de la Entidad que usted representa y copias certificadas de la documentación relacionada con su consulta.

Mediante oficio No. SNGR-DES-2012-1095-O de 26 de junio de 2012, la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos, atendió parcialmente el requerimiento de esta Procuraduría referido en el párrafo precedente, razón por la cual, en oficio No. 08710 de 9 de julio de 2012, este Organismo insistió en el envío de los documentos faltantes relacionados con su consulta, requerimiento que no fue atendido oportunamente por la Secretaría que usted representa, por lo que mediante oficio No. 09386 de 20 de agosto de 2012, la Procuraduría General del Estado dispuso el archivo de su consulta, con fundamento en el Art. 6 de la Resolución No. 017, sustituido por el artículo 1 de la Resolución No. 121 de 28 de julio de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010.

Mediante oficio No. SNGR-DES-2012-1492- de 21 de agosto de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 22 de agosto del año en curso, señala que la Secretaría a su cargo, mediante oficio No. SNGR-DES-2012-1095-O del 26 de junio del 2012, remitió a este Organismo toda la documentación relacionada con su consulta, por lo que procede atender su petición, de conformidad con el artículo 7 de la Resolución No. 017, agregado por la Resolución No. 121.

En su consulta señala que con fecha 23 de septiembre de 2010, la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos, realizó la convocatoria para el proceso de subasta inversa electrónica signado con el código SIE-SNGR.021-2010 para la adquisición de 18 botes full equipo y 18 remolques para la región Amazónica y que luego del correspondiente proceso, mediante Resolución No. SNGR-208-2010 de 26 de octubre de 2010, se adjudicó el mismo al señor Enrique Javier Ocaña Peñafiel, con quien se suscribió el respectivo contrato.

Añade en su oficio de consulta, entre otros, los siguientes antecedentes:

"1.6 ... conforme consta del Comprobante Único de Registro, se realizó la transferencia de CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTIÚN DÓLARES DE LOS ETADOS UNIDOS DE AMÉRICA (447,321.00), cumpliendo con lo establecido en a cláusula sexta del contrato suscrito entre las partes.

1.7 De fecha Machala 9 de marzo de 2011, a través de oficio s/n el Contratista Enrique Ocaña Peñafiel solicita a la Máxima Autoridad de esta Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos, PRÓRROGA DE PLAZO.

1.8 De fecha 9 de marzo de 2011, a través de oficio s/n dirigido al señor Enrique Javier Ocaña Peñafiel, el Lcdo. Felipe Bazán, Administrador del Contrato en referencia, señala que en razón de que esta Cartera de Estado ha dado atención a todos los requerimientos efectuados por el contratista y cumplido con todo lo establecido en el contrato, solicita tomar las acciones que se requieran a fin de dar cabal cumplimiento al objeto del contrato.

1.9 Mediante Oficio No. SNGR-SRES-2011-0116-O de fecha 21 de junio de 2011, dirigido al señor Enrique Javier Ocaña Peñafiel solicita nueva prórroga de 35 días laborables para la terminación del contrato.

1.10 Mediante oficio No.SNGR-SRES-2011-0116-O, de fecha 21 de junio de 2011, dirigido al señor Enrique Javier Ocaña Peñafiel, el Lcdo. Felipe Bazán, le hace conocer que: "... no se concede la nueva prórroga requerida ya que su petición no ha sido justificada en legal y debida forma.- Cabe indicar que en razón del plazo vencido del contrato y su incumplimiento como contratista dentro del proceso No. SIE-SNGR-021-2010, esta entidad dará inicio a las acciones legales y administrativas que corresponda..."

1.16 Mediante Resolución No. SNGR-266-2011 de fecha 29 de septiembre del 2011, la Dra. María del Pilar Cornejo de Grunauer, Secretaria Nacional de Gestión de Riesgos, resolvió: "...Artículo1.- ACOGER el informe emitido por la Dirección Financiera, el Informe Técnico de Administración del Contrato y e Informe de la Coordinación General de Asesoría Jurídica de la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos... Artículo 2.- INICIAR el proceso de Terminación Unilateral del contrato No. SIE-SNGR-021-2010 celebrado entre la Secretaría General de Gestión de Riesgos y el señor Enrique Javier Ocaña Peñafiel..."

1.17 El 14 de octubre del 2011, se notificó al señor Enrique Javier Ocaña, con el contenido de la Resolución No.SNGR-266-2011, mediante el la cual resolví iniciar el proceso de terminación unilateral del contrato No. SIE-SNGR-021-2010.

1.21 El contratista dentro del término concedido para que remedie o justifique los incumplimientos endilgados al contrato que celebró con la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos no lo hizo; por lo que, su conducta se encasilló en los ordinales 1º, 3º y 6º del Art. 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

1.22 Mediante resolución No. SNGR-004-2012 de 4 de enero del 2012, resolvió acoger los informes técnicos y económicos en especial los emitidos por el Lcdo. Manuel Felipe Bazán Montenegro-Subsecretario de Respuesta de la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos, declarar por terminado el Contrato No. SIE-SNGR-021-2010 para la "ADQUISICIÓN DE 18 BOTES FULL EQUIPO Y 18 REMOLQUES PARA LA REGIÓN AMAZÓNICA DE LA SECRETARÍA NACIONAL DE GESTIÓN DE RIESGOS ...".

1.23 El 16 de enero del 2012 se notificó al señor Enrique Javier Ocaña, con el contenido de la Resolución No. SNGR-004-2012, mediante la cual resolví dar por terminado unilateralmente el contrato No. SIE-SNGR-021-2010.

1.27 Mediante Oficio No. ASM-OE-118/12, del 7 de marzo del 2012, suscrito por la Ing. Sonia Loaiza Ramírez, Gerente de Aseguradora del Sur, Sucursal Machala, informa lo siguiente: 'En contestación a su atento oficio No. SNGR-DES-2012-0332-O, notificamos que de acuerdo a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública vigente se efectuará el pago respectivo a la efectivización a la póliza de Cumplimiento del Contrato No. 506752 del Ing. Javier Ocaña Peñafiel. En lo que respecta a la póliza de Buen Uso del Anticipo No. 504692 pongo en su conocimiento que de acuerdo con el Art. 45 del Régimen Legal de Seguros, la responsabilidad de la empresa de seguros termina por no haberse solicitado la renovación de la póliza o la ejecución de la fianza dentro de su vigencia...'

1.28 Mediante providencia del 4 de abril del 2012 y notificada el 9 de abril del 2012, en donde dispongo: 'VISTOS: Que señor ENRIQUE JAVIER OCAÑA PEÑAFIEL, mantiene una obligación económica dinerada a favor de la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos, por la suma de \$ 416.500,00, obligación que acaece en razón de la ejecución de la póliza de BUEN USO DEL ANTICIPO No. 504692, que tiene el contrato No. SIE-SNGR-021-2010..., que la Compañía de Seguros ASEGURADORA DEL SUR se niega a pagar. En virtud de lo expuesto y amparado en lo determinado en el Artículo 125 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, DISPONGO en su calidad de contratista pague a la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos la cantidad de \$ 416.500,00 (Cuatrocientos Dieciséis mil Quinientos Dólares de los Estados Unidos de América) por reintegro del anticipo recibido a consecuencia del contrato (...)'".

1.29 Mediante oficio s/n del 17 de abril del 2012, el señor Enrique Javier Ocaña Peñafiel solicita lo siguiente: "...se digne considerar como parte de pago 5 botes con sus respectivos motores 150 HP Marca Mercuri y 13 botes con varios implementos y accesorios, cuyas características y precios unitarios constan detallados en el anexo que se acompaña a la presente comunicación, por un valor de \$ 403.511,14; y, el remanente mediante un plan de pagos de amortización gradual de capital e intereses por un plazo no menor de 24 meses...".

La consulta formulada pretende determinar la procedencia de que una entidad del Estado que ha declarado unilateralmente terminado un contrato, cuando la garantía de buen uso del anticipo no puede ser ejecutada porque ésta ha vencido, sin que haya sido renovada, para recuperar los valores que el contratista adeuda al Estado, reciba como pago del contratista un valor en bienes y el remanente en un plazo no menor de 24 meses, mediante un plan de pagos de amortización gradual de capital e intereses.

El artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina las causas por las que la entidad contratante puede declarar terminados anticipada y unilateralmente lo contratos regidos por dicho cuerpo legal y el artículo 95 *ibídem*, referido al procedimiento de terminación unilateral, en su inciso quinto, con relación a la ejecución de garantías, dispone lo siguiente:

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

Adicionalmente, el penúltimo inciso del mismo artículo 95 de la Ley Orgánica de Contratación Pública prevé que: "La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar".

Respecto de la liquidación del contrato, el artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone lo siguiente:

“Art. 125.- Liquidación del contrato.- En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducirse o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. Podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva.

Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada”.

El artículo 146 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, trata sobre el procedimiento de terminación unilateral de un contrato y en su inciso final establece lo siguiente:

“En el caso de que el contratista no pague el valor requerido dentro del término indicado en el inciso anterior, la entidad contratante pedirá por escrito al garante que dentro del término de 48 horas contado a partir del requerimiento, ejecute las garantías otorgadas y dentro del mismo término pague a la entidad contratante los valores liquidados que incluyan los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago”.

De las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, que han sido referidas, se establece la obligación del contratista de reintegrar los valores que correspondan, una vez que se ha efectuado la liquidación del contrato, dentro del término de diez días, luego de los cuales se causan intereses que se calcularán hasta la fecha de pago, además de la indemnización de daños y perjuicios a que hubiere lugar.

Las contrataciones, bien sean de obras, bienes o servicios que efectúa el sector público se fundamentan en el cumplimiento de objetivos institucionales y la satisfacción de necesidades, igualmente institucionales, según se colige del artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual señala que las entidades contratantes para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado.

Por su parte, el artículo 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto de la garantía del anticipo, establece:

"Art. 75.- Garantía por Anticipo.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato.

El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación".

El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone que: "se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales (...)".

El carácter de recursos públicos de los anticipos entregados en las contrataciones, lo ratifica el segundo inciso del artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone: "Los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos, hasta el momento de ser devengados (...)".

El artículo 44 de la citada Ley General de Seguros, señala que: "El afianzado está obligado a mantener en vigencia la póliza, de acuerdo a las disposiciones legales o contractuales a las que accede, hasta el total cumplimiento de las obligaciones garantizadas.

Los dos últimos incisos del artículo 8 del Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público, establecen la obligación del contratista de renovar las garantías que se rinden en los contratos de adquisición de bienes, o en su defecto, la obligación de la entidad de hacerlas efectivas, en el siguiente sentido:

"Al menos con quince días de anticipación a su vencimiento, el contratista deberá renovar las garantías que hubiere presentado, de lo contrario la entidad u organismo la hará efectiva sin otro requisito.

Los funcionarios de la entidad que conserven las garantías, serán los responsables de que estas se mantengan en vigencia o de proceder a efectivizarlas en caso de falta de renovación”.

Por su parte, las Normas Técnicas de Control Interno de la Contraloría General del Estado, respecto del control de vigencia de garantías en materia de contratación pública, prevén lo siguiente:

“403-12 Control y custodia de garantías

En los contratos que celebren las entidades del sector público, para asegurar el cumplimiento de los mismos, se exigirá a los oferentes o contratistas la presentación de las garantías en las condiciones y montos señalados en la ley.

Los contratos que generalmente celebran las entidades del sector público son de: adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, cuyas cláusulas contractuales contemplan el pago de anticipos, previo a la entrega de una garantía, en las condiciones y montos señalados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Igualmente, algunas transacciones por prestación de servicios o compra de bienes sujetos a entrega posterior, requieren de los proveedores la presentación de garantías de conformidad a las estipuladas en los convenios y contratos, no pudiendo la Tesorería efectuar ningún pago sin el previo cumplimiento de este requisito.

La Tesorería de cada entidad pública, ejercerá un control adecuado y permanente de las garantías con el fin de conservarlas y protegerlas, en los siguientes aspectos:

- Las garantías presentadas deben corresponder a cualquiera de las formas de garantías contempladas en las disposiciones legales vigentes.
- La recepción de los documentos se efectuará previo al pago de los anticipos y se verificará que cumplan con los requisitos señalados en la ley.
- Custodia adecuada y organizada de las garantías.
- Control de vencimientos de las garantías recibidas.

La Tesorería informará oportunamente al nivel superior sobre los vencimientos de las garantías a fin de que se tomen las decisiones adecuadas, en cuanto a requerir su renovación o ejecución, según sea el caso”.

Del artículo 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se establece que cuando los contratistas reciben anticipos, deben rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios y según los artículos 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dichos anticipos constituyen recursos públicos.

Adicionalmente, el artículo 44 de la Ley General de Seguros, establece la obligación del afianzado (contratista) de mantener vigentes las pólizas que lo garantizan, hasta el total cumplimiento de las obligaciones contractuales; y, la Norma Técnica de Control Interno de la Contraloría General del Estado No. 403-12, determina la obligación de la Tesorería de cada entidad pública de velar por la vigencia de dichas pólizas, informando oportunamente al nivel superior sobre los vencimientos de las garantías a fin de que se tomen las decisiones adecuadas, en cuanto a requerir su renovación o ejecución, según sea el caso.

En el caso que motiva su consulta, la garantía de buen uso del anticipo no pudo ser ejecutada, “por no haberse solicitado la renovación de la póliza o la ejecución de la fianza dentro de su vigencia”, según consta del numeral 1.27 de su oficio de consulta, que hace referencia al oficio No. ASM-OE-118/12 de 7 de marzo de 2012, emitido por la Aseguradora del Sur Sucursal Machala, que en copia certificada se ha remitido a esta Entidad.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no trata el tema materia de su consulta, sin perjuicio de lo cual el Código Civil dentro de los modos de extinguir las obligaciones prevé en el artículo 1583 que las obligaciones se extinguen, en todo o en parte: “1.- Por convención de las partes interesadas que sean capaces de disponer libremente de lo suyo”; en concordancia, con el artículo citado, el inciso segundo del artículo 1585 del Código Civil, determina que: “El acreedor no estará obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aún a pretexto de ser igual o mayor valor la cosa ofrecida”.

Según el tratadista Luis Claro Solar “la dación en pago importa, por lo tanto, una convención entre el deudor y el acreedor que permite al deudor liberarse y que

extingue la obligación, ejecutando una prestación distinta de la convenida. Ella tiene por objeto facilitar al deudor la ejecución de la prestación a que se obligó, y cuyo cumplimiento puede haber llegado a ser difícil, pero no puede realizarse sino con la voluntad del acreedor....De acuerdo a los principios del Derecho romano que gobiernan esta institución, la dación en pago es voluntaria, es decir el acto en que el deudor da voluntariamente en pago una cosa diversa a la debida, requiere a) una prestación animo solvendo, b) una diferencia cualquiera entre la prestación debida y la que la substituye c) el consentimiento de las partes en entregar y recibir una prestación por otra, aluid pro alio, y d) la capacidad de ambas partes, acreedor y deudor, para realizar la nueva prestación y sustituirla a la anterior, única que está en la obligación del deudor”.

En el contexto del artículo 1583 del Código Civil y atenta la naturaleza de la dación en pago que expone el tratadista chileno antes citado, se establece que el recibir un pago en especie, constituye una forma válida de extinguir obligaciones; y, toda vez que según el artículo 1585 del Código Civil, el acreedor no está obligado a recibir otra cosa que lo se le deba, es responsabilidad de la entidad pública determinar la conveniencia, el valor y el estado de los bienes que reciba, los mismos que deben relacionarse directamente con la misión y necesidades institucionales, lo que se determinará a través de los informes técnicos correspondientes, ya que dicho mecanismo de pago no puede utilizarse en detrimento de los intereses del Estado, ni exime de responsabilidades a los funcionarios por sus actuaciones u omisiones. En virtud de lo expresado, en el evento de que la entidad pública declare unilateralmente terminado un contrato por incumplimiento del contratista, se entiende que persiste la necesidad de satisfacer el cumplimiento de objetivos institucionales y en consecuencia la entidad contratante se encuentra habilitada para contratar con otro contratista las obras, bienes o servicios correspondientes, de conformidad con el último inciso del artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que permite que una vez declarada la terminación unilateral de un contrato, la entidad contratante pueda volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, para lo cual se observará el procedimiento de cotización previsto en el Capítulo IV del Título III de la indicada Ley Orgánica.

El inciso quinto del artículo 95 de la Ley Orgánica de Contratación Pública, en concordancia con los artículos 125 y 146 de su Reglamento General, anteriormente citados, establecen categóricamente el plazo de diez días para que el contratista, cuyo contrato se dio por terminado, una vez efectuada la liquidación del mismo, devuelva los valores que correspondan a la entidad contratante, por lo que, en el evento de que el ex contratista proponga como en el caso que motiva su consulta

pagar una parte en especie, la entidad pública consultante podría aceptar la dación en pago con bienes o pago en especie, por ser una forma reconocida por el Código Civil, con fundamento en el numeral 1 del artículo 1583 y el inciso segundo del artículo 1585 del Código Civil.

A la Procuraduría General del Estado, no le compete determinar la conveniencia o la necesidad institucional de recibir los bienes que pretende entregar el ex contratista, ni tampoco sobre su calidad o valor, lo que es de exclusiva responsabilidad de las autoridades y funcionarios de la entidad consultante.

Respecto a la procedencia de recibir a plazos el saldo de los valores que adeuda el ex contratista, es aplicable al tema el artículo 1607 del Código Civil, el cual permite recibir a plazos el pago de una obligación, siempre que el acreedor acepte recibir por partes lo que se le debe. En consecuencia, corresponde a la entidad consultante, bajo su responsabilidad, determinar la conveniencia para el interés público de recibir el pago parcial en bienes y el saldo adeudado por el ex contratista a plazos, en base a la liquidación del contrato, y los términos y plazos de la amortización de dicho pago, así como las garantías para su cumplimiento.

De otra parte, en el caso de que se celebre una transacción, la cual es definida por el artículo 2398 del Código Civil como un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, en cumplimiento de lo previsto en los artículos 5 letra f) y 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, deberá requerir previamente la autorización del Procurador General del Estado, ya que el presente pronunciamiento no constituye autorización para transigir y se limita exclusivamente a la inteligencia y aplicación de normas legales.

Corresponde a la Auditoría Interna de la entidad a su cargo, así como a la Contraloría General del Estado, determinar las eventuales responsabilidades de los funcionarios y servidores de la entidad consultante por las acciones u omisiones en la ejecución del contrato referido en su oficio consulta, así como por el vencimiento de la garantía de buen uso del anticipo, sin que haya sido renovada o ejecutada.

OF. PGE. N°: 10661, de 14-11-2012

DELEGACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE: CONSTRUCCIÓN DE TERMINAL TERRESTRE SIN DECLARATORIA DE EXCEPCIONALIDAD

ENTIDAD CONSULTANTE:

MUNICIPIO DEL CANTÓN MILAGRO

CONSULTAS:

1. "¿Podría delegar a la iniciativa privada la construcción de la Terminal Terrestre del Cantón San Francisco de Milagro acorde a lo dispuesto en el Art. 283, inciso 2° del COOTAD sin contar con el decreto Presidencial, conforme lo dispone el Art. 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones?"

2. "En caso de ser afirmativa la respuesta anterior: ¿El procedimiento a seguir es el señalado en el Art. 283 inciso 3° del COOTAD en concordancia con lo que dispone el Art. 7 del Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 261 num. 10 y 11, 264, 313, 315 y 316.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial Arts. 30.3, 30.5, 61 y 62.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones Art. 100.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 7, 54 lit. f), 57, 274, 275 y 283 inciso 3.

Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte Arts. 3 num. 3.5 y 7.

Reglamento para la Creación, Certificación de Habilitación Técnica, Autorización de Funcionamiento y Homologación de las Terminales de Transporte Terrestre de Pasajeros por Carretera Arts. 1 y 8.

Res. N° 006-CNC-2012 del Consejo Nacional de Competencias Art. 19.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el oficio No. MTOP-DM-12-1467-OF de 12 de junio de 2012, la Ministra de Transporte y Obras Públicas invoca el artículo 30.3 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, el cual establece que los Gobiernos Autónomos

Descentralizados Regionales, Metropolitanos o Municipales "son responsables de la planificación operativa del control del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, planificación que estará enmarcada en las disposiciones de carácter nacional emanadas desde la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y deberán informar sobre las regulaciones locales que se legislen".

Menciona la Ministra, el inciso primero del artículo 61 de la citada Ley Orgánica, según el cual, el funcionamiento y operación de las terminales terrestres "sean estos de propiedad de organismos o entidades públicas, Gobiernos Autónomos Descentralizados o de particulares, están sometidos a las disposiciones de esta Ley y sus reglamentos"; así como el artículo 30.5 de la aludida Ley, en el cual se confiere competencias a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Metropolitanos y Municipales para construir terminales terrestres.

Refiere la Ministra Transporte y de Obras Públicas, a la Resolución No. 006-CNC-2012 expedida por el Consejo Nacional de Competencias, específicamente a su artículo 19, el cual establece: "Gestión.- En el marco de la competencia de tránsito, transporte terrestre y seguridad vial corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos y municipales, las siguientes actividades de gestión:...3. Administrar la infraestructura de transporte terrestre, tales como terminales terrestres y puertos secos, según los estándares de funcionamiento emitidos desde el ente rector".

Invoca además la Ministra, el artículo 8 del "Reglamento para la Creación, Certificación de Habilitación Técnica, Autorización de Funcionamiento y Homologación de las Terminales de Transporte Terrestre de Pasajeros por Carretera", en el cual se determina la nómina de las autoridades competentes en materia de terminales de transporte terrestre de pasajeros por carretera, entre otros, el Concejo Municipal, para "autorizar la construcción de las terminales terrestres una vez que se haya emitido la aprobación y registro del proyecto mediante los permisos de construcción, reconstrucción o remodelación de las terminales terrestres existentes"; y el artículo 11 referido a la concesión de terminales terrestres, el cual expresa que la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial en coordinación con el Concejo Municipal correspondiente podrán otorgar a personas jurídicas, mediante contrato de concesión, la construcción, mantenimiento y explotación de las terminales públicas de pasajeros.

Concluye la Ministra de Obras Públicas manifestando lo siguiente:

“Con la base legal expuesta, en observancia a las disposiciones del marco legal vigente, los GADS Regionales, Metropolitanos y Municipales, como el cantón Milagro ubicado en la provincia de Guayas, dentro de sus respectivas circunscripciones territoriales, si son competentes para la CONSTRUCCIÓN DE TERMINALES TERRESTRES, pudiendo efectivamente otorgar a la iniciativa privada la misma, siempre que se sujeten a las disposiciones de carácter nacional emanadas desde la Agencia Nacional de Tránsito, por ser el ente encargado de la regulación, planificación y control del transporte terrestre, por lo que previamente a la construcción del mismo deberán coordinar con la ANT su modelo de gestión, informar sobre las regulaciones locales y la seguridad vial que se vaya a aplicar, gestión que deberá ceñirse a las políticas nacionales y a los lineamientos y directrices emanados desde el órgano competente.

Adicionalmente, tanto la construcción como, en caso de que la intención sea realizar la delegación a la iniciativa privada sobre el mantenimiento, explotación y/u operación de los servicios relacionados con los terminales terrestres, de acuerdo con el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, la excepcionalidad debe ser debida y únicamente decretada por el señor Presidente de la República”.

Añade la Ministra que, “el procedimiento y los requisitos mínimos para el funcionamiento y operación de la terminal terrestre de pasajeros, la definición de tasas y tarifas, y, las obligaciones y prohibiciones de las empresas encargadas de administrar los mismos, sin perjuicio de las delegaciones efectuadas, deberán ceñirse y sujetarse a las disposiciones de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Reglamento de Homologación de Terminales de Transporte Terrestre, a las normas generales de funcionamiento, operación y control de las instalaciones, aprobación y registro del proyecto emitidas por la Agencia Nacional de Tránsito, y, al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones”.

En el oficio No. 378-DE-362-DAJVC-2012 de 8 de junio de 2012, la Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, AME, invoca los artículos 261 y 264 de la Constitución de la República, relacionados con las competencias exclusivas del Estado Central y de los gobiernos municipales.

Menciona la Directora Ejecutiva, el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, relativo a la delegación a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria debidamente decretada por el Presidente de la República, para gestionar los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias, o aeroportuarias,

ferroviarias y otros; así como, el artículo 313 de la Constitución de la República, referente a la reserva del Estado para administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos que ahí se especifican.

Expresa la Directora Ejecutiva de la AME que: "A fin de no incurrir en confusiones entre los sectores estratégicos y los servicios públicos provenientes de estos sectores, es decir, para no tomarlos de forma separada o aislada sino en su conjunto guardando conexidad entre si para efectos de la aplicación del Art. 313 constitucional, la Corte Constitucional mediante Resolución No. 001 publicada en el Registro Oficial Suplemento 629 de 20 de enero de 2012, interpreta estos artículos -Art. 313, 315 y 316- distinguiendo la gestión de los sectores estratégicos para la prestación de los servicios públicos, así, en la parte pertinente de la sentencia dispone que: 'En segundo lugar, el presente análisis se centra en la potestad del Estado Central de que a través de sus instituciones públicas pueda gestionar cada sector estratégico para poder prestar servicios públicos, acogiendo el ejemplo determinado en la consulta realizada. Esto nos lleva a una conclusión simple, ya que dichas instituciones, como puede ser cualquier Ministerio o Cartera de Estado, no necesitan constituir empresas públicas ni mixtas, entendiéndose, en este caso, que el derecho del Estado Central al que se refieren los numerales 10 y 11 del artículo 261 de la Norma Fundamental, por ejemplo, lo ejercerá de manera directa, siempre bajo los parámetros y condiciones señalados en los respectivos títulos habilitantes que el Estado confiera, a través de los organismos pertinentes de regulación y control creados legalmente para el efecto'".

Añade la Directora Ejecutiva de la AME que, "los servicios públicos a los cuales hace referencia el Art. 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, se refieren a aquellos que nacen o emanan de la gestión de los sectores estratégicos, los cuales nada tienen que ver con los servicios públicos que prestan las terminales terrestres".

Concluye la Directora Ejecutiva de la AME manifestando que: "al no considerarse a las terminales terrestres como parte del sector estratégico conforme al contenido de la norma constitucional del Art. 313 y la disposición del Art. 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones el Gobierno Municipal del Cantón Milagro, puede delegar a la iniciativa privada la construcción de la Terminal Terrestre, en el marco del procedimiento jurídico establecido en el Art. 283 inciso segundo del COOTAD considerada como una de las modalidades de gestión, sin considerar como requisito el decreto Presidencial".

En el oficio GADM-AJ-OF.405-2012 de 23 de abril del 2012, anexo a sus consultas, el Procurador Síndico Municipal del Cantón Milagro manifiesta que:

“El 23 de junio del 2006, el Concejo Cantonal de Milagro, de esa época, dictó el acuerdo de ocupación con fines de expropiación y ocupación inmediata del terreno ubicado en la Lotización ‘La Matilde’, para declarar como zona de equipamiento urbano sectorial especial de la zona urbana 4 del cantón Milagro, cuya extensión total es de 12.24 Has., y en ellas construir el Destacamento de la Comisión de Tránsito del Guayas, que se encuentra funcionando y la Terminal Terrestre y de la Transferencia de Víveres de la ciudad de Milagro”.

Expresa el Procurador Síndico que, la Comisión de Tránsito del Guayas y el Municipio de Milagro suscribieron el 16 de octubre del 2009 un contrato de comodato para que, en el terreno expropiado, la Comisión de Tránsito del Guayas construya la terminal terrestre de esa jurisdicción cantonal; para cuyo efecto, la CTG gestionó y obtuvo un crédito por parte del BEDE para financiar la construcción de los terminales terrestres para la transportación pública de pasajeros de las ciudades de Durán y de Milagro; luego de lo cual se realizó el concurso de contratación para la ejecución de la Terminal Terrestre de Milagro, habiendo sido declarado desierto dicho concurso.

Señala el Procurador Síndico que: “Dada la importancia de la construcción del Terminal Terrestre del Cantón San Francisco de Milagro, fundamentados en la base legal transcrita, como es el Art. 283 inciso 2° del COOTAD, en relación con el Art. 9 del Reglamento para la Creación, Certificación de Habilitación Técnica, Autorización de Funcionamiento y Homologación de las Terminales de Transportes Terrestre de Pasajeros de Carretera (...) el suscrito considera que bien podría aplicarse la delegación a la Iniciativa Privada la construcción de la Terminal Terrestre del Cantón Milagro, por tratarse de un servicio público, sin necesidad de contarse con el Decreto de Excepción dictado por el Presidente de la República”.

Concluye el Procurador Síndico expresando su opinión en los siguientes términos:

“Por los antecedentes, base legal y análisis expuesto, esta Asesoría Jurídica, es de la opinión que bien podría delegar a la iniciativa privada, pero sin necesidad de contar con el Decreto Excepcional del Presidente de la República, la construcción de la Terminal Terrestre y Transferencia de Víveres de la jurisdicción Cantonal de Milagro, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 283 inciso 2°, del COOTAD, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 3 # 3.5 del Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte.

Esta delegación se realizará mediante acto normativo (ordenanza) del órgano competente, cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Francisco de Milagro en virtud de que no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente el servicio público del terminal terrestre, y deberá tenerse en cuenta también lo señalado en el Art. 7 del REGLAMENTO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DE DELEGACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE (...)

Para la autorización de construcción y funcionamiento de la nueva Terminal Terrestre del Cantón San Francisco de Milagro, se deberá tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento para la Creación, Certificación de Habilitación Técnica, Autorización de Funcionamiento y Homologación de las Terminales de Transporte Terrestre de Pasajeros de Carretera (...).

Además, las Terminales Terrestres, en mi opinión no está considerada como sector estratégico en los términos que lo define el Art. 313 de la Constitución de la República del Ecuador y el Art. 100 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES”.

El artículo 313 de la Constitución de la República, prescribe que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental; estableciendo en su inciso tercero que, “Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”.

El inciso primero del artículo 314 de la Constitución prescribe que: “El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley”.

Por su parte, el artículo 316 de la referida Carta Constitucional prescribe que:

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

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

De los citados artículos 314 y 316 de la Constitución de la República, se desprende que el Estado puede delegar de forma excepcional a la iniciativa privada la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, son funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal: “...f) Ejecutar las competencias exclusivas y concurrentes reconocidas por la Constitución y la ley y en dicho marco, prestar los servicios públicos y construir la obra pública cantonal correspondiente, con criterios de calidad, eficacia y eficiencia, observando los principios de universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad, solidaridad, interculturalidad, subsidiariedad, participación y equidad”.

El referido COOTAD, en el Título VII “MODALIDADES DE GESTIÓN, PLANIFICACIÓN, COORDINACIÓN Y PARTICIPACIÓN”, Capítulo I “Modalidades de Gestión”, artículo 274, dispone en su inciso primero lo siguiente:

“Responsabilidad.- Los gobiernos autónomos descentralizados son responsables por la prestación de los servicios públicos y la implementación de las obras que les corresponda ejecutar para el cumplimiento de las competencias que la Constitución y la ley les reconoce, de acuerdo con sus respectivos planes de desarrollo y de ordenamiento territorial, asegurando la distribución equitativa de los beneficios y las cargas en lo que fuere aplicable, de las intervenciones entre los distintos actores públicos y de la sociedad de su territorio”.

El inciso primero del artículo 275 del COOTAD, relativo a las modalidades de gestión, expresa que los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial, distrital o cantonal “podrán prestar los servicios y ejecutar las obras que son de su competencia en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta”.

El inciso segundo del artículo 283 del COOTAD referido a la delegación a la economía social y solidaria y a la iniciativa privada dispone:

“Solo de manera excepcional los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada. Esta delegación se realizará mediante acto normativo del órgano competente, cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural”.

Del texto de los artículos 54 letra f), 274 y 275 del COOTAD antes mencionados, se establece que son funciones de los gobiernos autónomos descentralizados municipales ejecutar las competencias exclusivas y concurrentes reconocidas por la Constitución y la ley; y en este marco jurídico, prestar los servicios públicos y ejecutar las obras que son de su competencia en forma directa, mediante delegación u otras formas de gestión; pudiendo delegar de manera excepcional conforme al inciso segundo del artículo 283 del COOTAD, la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada, la cual deberá realizarse mediante acto normativo, siempre y cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural.

La Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en el Libro Primero, Capítulo IV “DE LAS COMPETENCIAS DE LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS REGIONALES, MUNICIPALES Y METROPOLITANOS”, artículo 30.5, confiere competencias a los Gobiernos Autónomos Descentralizados metropolitanos y municipales para: “...f) Construir terminales terrestres, centros de transferencia de mercadería, alimentos y trazado de vías rápidas, de transporte masivo o colectivo”.

El inciso final del artículo 62 de la mencionada Ley Orgánica dispone que: “La Comisión Nacional (Comisión Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial) en coordinación con los gobiernos seccionales, planificarán la construcción de terminales terrestres, garantizando a los usuarios la conexión con sistemas integrados de transporte urbano”.

El artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones referido en su consulta dispone lo siguiente:

“Excepcionalidad.- En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o

mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelarará que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal.

La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, y otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa”.

Cabe tener presente que, tanto el artículo 313 de la Constitución de la República, como el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, no consideran como parte de los sectores estratégicos, la construcción de terminales terrestres, cuya competencia está asignada a los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos y municipales, conforme al artículo 30.5 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

El “REGLAMENTO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DE DELEGACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE” en el artículo 1 establece que el Estado podrá, por medio de sus instituciones dentro del ámbito de su competencia y con arreglo a las normas que determina dicho reglamento, delegar a empresas privadas o de la economía popular y solidaria, la facultad de proveer y gestionar de manera integral los siguientes servicios públicos del sector transporte:

“1. Los servicios provistos mediante las infraestructuras y facilidades portuarias, aeroportuarias, hidroviarias, ferroviarias y sus accesos; los servicios logísticos relacionados; la ampliación, rehabilitación, mejoramiento y conservación, tanto como la gestión técnico operacional de infraestructuras viales, y los servicios conexos y complementarios prestados mediante ocupación y usufructo de bienes, infraestructuras y facilidades estatales preexistentes.

2. Los servicios descritos en el numeral anterior, cuando la infraestructura, facilidades y el equipamiento vayan a ser construidos, desarrollados o suministrados por la empresa delegataria, sobre bienes, facilidades y derechos de propiedad estatal.

Quedan excluidos expresamente del ámbito de la presente regulación los ductos, facilidades y terminales petroleros, así como los puertos y aeródromos de las Fuerzas Armadas”.

Respecto de la excepcionalidad para delegar los servicios públicos de transporte, el artículo 2 del citado Reglamento dispone:

“Fundamentos de la excepcionalidad.- Procede la delegación de la facultad de proveer y gestionar de forma integral los servicios públicos de transporte de manera excepcional y previamente declarada por el Presidente de la República cuando la máxima autoridad de la entidad delegante, a través de una resolución motivada, basada en estudios técnicos especializados, demuestre la oportunidad, conveniencia y viabilidad técnica – económica de tal proceso, de conformidad con el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en los siguientes casos: 1. Cuando de manera justificada se demuestre la necesidad o conveniencia de satisfacer el interés público, colectivo o general mediante la modernización y desarrollo de infraestructura para la prestación y/o gestión integral de servicios de transporte y logística”.

Conforme al artículo 3 del mencionado Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte, la facultad de iniciar, organizar y ejecutar los procesos de delegación para prestar servicios públicos mediante la ocupación y, usufructo de bienes, infraestructuras y facilidades estatales preexistentes, le corresponderá, en el ejercicio de las atribuciones que le otorgan las leyes, además del Ministerio Rector en materia de transporte, Dirección General de la Aviación Civil, autoridades portuarias, Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y fluvial que ahí se especifica, “A las instituciones y organismos que según las leyes respectivas tuvieren la facultad para hacerlo”.

El artículo 9 del indicado Reglamento determina lo siguiente:

“Inicio.- Los procesos de delegación se iniciarán, cuando corresponda a una iniciativa del Estado, a través del ente rector sectorial o del organismo o instituciones competentes en cualquiera de los niveles de Gobierno, conforme lo señalado en el artículo tercero de presente reglamento...

Previo a convocar a cualquier proceso de concurso público, los pliegos de la licitación deberán ser aprobados por el órgano rector sectorial y deberán contar con la declaratoria de excepcionalidad establecido en el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones”.

La Disposición General Primera del citado Reglamento, dispone que dicho instrumento jurídico “normará todas las modalidades de delegación de la prestación de un servicio público, incluyendo la gestión integral del mismo, el desarrollo de infraestructura para su previsión o ambos; y el desarrollo de servicios conexos y/o complementarios; para lo cual, en lo que fuere necesario, podrá ser complementado con otras normativas legales y reglamentarias, solo en cuanto no se contrapongan a los principios de la Constitución Política de la República del Ecuador (actual Constitución de la República del Ecuador); el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y otros cuerpos legales vigentes”.

El “REGLAMENTO PARA LA CREACIÓN, CERTIFICACIÓN DE HABILITACIÓN TÉCNICA, AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO Y HOMOLOGACIÓN DE LAS TERMINALES DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PASAJEROS POR CARRETERA” en el artículo 1 establece que su objeto es definir las condiciones y requisitos mínimos para la creación, certificación de habilitación técnica, autorización de funcionamiento y homologación de las terminales de transporte terrestre de pasajeros por carretera; así como organizar las operadoras del transporte que desarrollarán dentro de las terminales de transporte terrestre de pasajeros por carretera.

El artículo 8 del mencionado Reglamento, determina que en materia de terminales de transporte terrestre de pasajeros por carretera, se consideran autoridades competentes, entre otras: “Concejo Municipal.- Ejecución de planes y programas contenido en el plan de ordenamiento territorial; para autorización del uso del terreno identificado con el objeto de implantar la terminal terrestre para pasajeros, para autorizar la construcción de las terminales terrestres una vez que se haya emitido la aprobación y registro del proyecto mediante los permisos de construcción, reconstrucción y remodelación de las terminales terrestres existentes”.

De conformidad con el artículo 316 de la Constitución de la República, se establece que el Estado puede delegar de forma excepcional a la iniciativa privada la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos en los casos que determine la ley; y, de las disposiciones de los artículos 313 de la Constitución de la República y 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, previamente citados, se desprende que dichas normas no consideran la construcción de terminales terrestres como parte de los sectores estratégicos reservados a la administración, regulación, control y gestión exclusiva por parte del Estado.

En consecuencia, con fundamento en el inciso segundo del artículo 283 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que faculta a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, para delegar a la iniciativa privada la prestación de los servicios públicos de su competencia; y, el artículo 30.5 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial que confiere competencias a los gobiernos autónomos descentralizados municipales para construir terminales terrestres, en atención a su consulta, se concluye que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Milagro puede delegar a la iniciativa privada la construcción de la terminal terrestre del Cantón San Francisco de Milagro, sin que se requiera para el efecto del Decreto de declaratoria de excepcionalidad señalado en el artículo 100 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, puesto que no se trata de un sector estratégico reservado exclusivamente para el Estado, en los términos del artículo 313 de la Constitución de la República y artículo 100 del Código Orgánico referido en último término.

2. Al absolver la primera consulta hice referencia al inciso segundo del artículo 283 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, el cual prescribe que, sólo de manera excepcional los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, podrán delegar la prestación de servicios públicos de su competencia a la iniciativa privada; delegación que se realizará mediante acto normativo del órgano competente, cuando el gobierno autónomo descentralizado respectivo no se encuentre en capacidad técnica y económica de gestionar directamente un servicio público o en caso de calamidad pública o desastre natural.

El inciso tercero del citado artículo 283 del COOTAD, que motiva su consulta dispone que: "La falta de capacidad técnica o económica para la gestión directa de un servicio público deberá ser debidamente justificada ante el respectivo órgano legislativo local y la ciudadanía por la autoridad ejecutiva, en las condiciones establecidas en la Constitución y la ley. La selección correspondiente deberá realizarse mediante concurso público con excepción de la delegación de las competencias de riego, agua potable y alcantarillado a organizaciones comunitarias".

Conforme a los incisos segundo y tercero del citado artículo 283 del COOTAD, se desprende que los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos y municipales pueden delegar de manera excepcional la prestación de los servicios públicos a la iniciativa privada, mediante acto normativo, a través de concurso público, con excepción de la delegación de las competencias de riego, agua potable y alcantarillado que serán prestadas por organizaciones comunitarias;

delegación que deberá justificarse por la falta de capacidad técnica o económica para realizar la gestión directa del servicio público.

Respecto del “Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte” mencionado en su consulta, el artículo 7 referido a las condiciones básicas de la concesión por parte del Estado para transferir entre otras, la facultad de proveer y gestionar la construcción de infraestructuras estatales, establece que estará sujeta a la normativa legal vigente y a las condiciones y características específicas fijadas en los pliegos de licitación, que deberán contemplar al menos los aspectos que ahí se especifican.

La Disposición General Primera del citado Reglamento, dispone que dicho instrumento jurídico “normará todas las modalidades de delegación de la prestación de un servicio público, incluyendo la gestión integral del mismo, el desarrollo de infraestructura para su previsión o ambos; y el desarrollo de servicios conexos y/o complementarios”.

En consecuencia de lo expuesto, se concluye que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Milagro podrá delegar a la iniciativa privada la construcción del mencionado Terminal Terrestre de ese Cantón, mediante acto normativo en el que se justifique la falta de capacidad técnica o económica para la gestión del referido servicio público, conforme al procedimiento previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 283 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como el artículo 7 y demás disposiciones contempladas en el “Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte”.

OF. PGE. N°: 09183, de 03-08-2012

DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL: INSCRIPCIÓN DE ACTOS O CONTRATOS

ENTIDAD CONSULTANTE:
INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, IEPI

CONSULTA:

“¿De acuerdo con la disposición contenida en el artículo 281 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual, se puede interpretar que, tratándose de casos en

que existan dos o más peticiones de inscripción de actos o contratos que afecten el registro de un mismo derecho de propiedad industrial o de obtenciones vegetales, el IEPI debe proceder a la inscripción atendiendo la primera transferencia que haya sido efectuada por el titular de los derechos de propiedad industrial u obtenciones vegetales?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 66 num. 16 y 322.

Ley de Propiedad Intelectual Arts. 279, 280 y 281; y, 97 y 100 de su Reglamento.

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos Arts. 13, 15 y 29.

Código Civil Art. 1757.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 10456 de 30 de octubre de 2012, este Organismo le solicitó a usted, la remisión del criterio jurídico debidamente fundamentado del Asesor Jurídico de esa Entidad, lo que ha sido atendido con oficio No. 12-604 P-IEPI de 8 de noviembre de 2012, recibido el 9 de noviembre del presente año.

El informe de la Experta Principal en Asesoría Jurídica Encargada del IEPI, contenido en memorando No. 156-2012-GAJ-IEPI de 25 de septiembre de 2012, cita el artículo 322 de la Constitución de la República que reconoce la propiedad intelectual; así como el numeral 16 del artículo 66 de la Carta Constitucional, que garantiza a las personas el derecho a la libertad de contratación.

El referido informe invoca los artículos 57, 58 y 162 de la Decisión No. 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN); y, el artículo 29 de la Decisión No. 345 de la CAN, que regulan el otorgamiento de licencias de patentes de invención y de marcas, así como licencias de certificados de obtentor y disponen el registro de las licencias ante la autoridad nacional competente.

El informe jurídico se refiere además a los artículos 279, 280 y 281 de la Ley de Propiedad Intelectual que determinan, en su orden, que los derechos de propiedad industrial y sobre obtenciones vegetales son transferibles por acto entre vivos o transmisibles por causa de muerte; que los titulares de derechos de propiedad industrial y de obtenciones vegetales podrán otorgar licencias a terceros para su explotación o uso, mediante contratos escritos; y, que las transferencias, licencias, modificaciones y otros actos que afecten derechos de propiedad industrial y sobre

obtencciones vegetales, se deben inscribir en los registros respectivos para que esos actos surtan efectos frente a terceros.

Finalmente, el informe cita los artículos 97 y 100 del Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual, que disponen que las Direcciones Nacionales del IEPI lleven índices completos con información suficiente de todas las solicitudes y de todos los registros de las modalidades de propiedad intelectual, así como de las licencias y poderes registrados.

Sobre el tema materia de la consulta, el informe jurídico expone que:

“(…) la inquietud surge porque, en suma, el mencionado artículo 281 reconoce la validez de los actos que afectan el registro de los derechos de propiedad industrial y obtenciones vegetales, hayan sido inscritos o no en el IEPI, aunque especifica que la diferencia entre uno y otro caso sería la producción de efectos jurídicos frente a terceros.

(…) En la práctica, no obstante, pueden presentarse situaciones complejas en las cuales puede procederse a una inscripción sin tener noticia de que, previamente, se han realizado otros actos o contratos plenamente válidos, o, bien, deban analizarse dos o más peticiones de inscripción presentadas sobre un mismo derecho, cuando cada acto o contrato sobre el cual verse el respectivo pedido tenga una fecha de celebración distinta”.

El criterio institucional concluye:

“Al respecto, el criterio de esta Institución, con respecto a la aplicación del artículo 281 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual en este tipo de inconvenientes, es que debe procederse a la inscripción de los actos o contratos que afecten el registro de los derechos de propiedad industrial y obtenciones vegetales tomando en cuenta la primera petición que se haya presentado formalmente en el IEPI, por cuanto, con independencia de su validez, la inscripción es la figura que genera los efectos jurídicos de tales actos o contratos frente a terceros.

En otras palabras, se considera que debe inscribirse el primer contrato cuya solicitud de inscripción se haya presentado en el tiempo para su trámite”.

La consulta trata sobre la aplicación del artículo 281 de la Ley de Propiedad Intelectual, ubicado en la Sección V “De los Actos y Contratos sobre Propiedad Industrial y las Obtenciones Vegetales”, del Libro III de esa Ley, que dispone:

“Art. 281.- Las transferencias, licencias, modificaciones y otros actos que afecten derechos de propiedad industrial y sobre obtenciones vegetales, se inscribirán en los registros respectivos en la misma fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha en que hubiere sido solicitada. Tales actos surtirán efectos frente a terceros, a partir de su inscripción. Sin embargo, la falta de inscripción no invalida el acto o contrato”.

Del tenor de la norma transcrita se desprende que, ésta dispone la inscripción en los registros a cargo del IEPI, de las transferencias, licencias, modificaciones y en general de los actos que afecten derechos de propiedad industrial y sobre obtenciones vegetales.

Las normas citadas en el criterio institucional y el texto de la consulta, se refieren tanto a transferencias como a licencias de derechos de propiedad industrial y obtenciones vegetales, materias sobre las que tratan los libros II y III de la Ley de Propiedad Intelectual.

La Decisión No. 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), contiene el Régimen Común sobre Propiedad Industrial; mientras que la Decisión No. 345, establece el Régimen Común de Protección a Obtentores de Variedades Vegetales.

El artículo 280 de la Ley de Propiedad Intelectual, establece en forma general para todos los derechos de propiedad industrial y obtenciones vegetales, la procedencia de que el titular pueda otorgar licencias a terceros, mediante contratos escritos que deben ser registrados. Dicha norma dispone:

“Art. 280.- Los titulares de derechos de propiedad industrial y de obtenciones vegetales podrán otorgar licencias a terceros para su explotación o uso, mediante contratos escritos. Tales contratos no podrán contener cláusulas restrictivas del comercio o crear competencia desleal. Caso contrario se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y se aplicarán las sanciones previstas en la misma.

Las sublicencias requerirán autorización expresa del titular de los derechos”.

Similares previsiones sobre el otorgamiento de licencias por parte de los titulares, constan en los artículos 57 y 162 de la Decisión No. 486 para el caso de patentes y marcas; y, 29 de la Decisión No. 345 respecto de los certificados de obtentor. Por otra parte, los derechos de propiedad industrial pueden ser objeto de transferencia por acto entre vivos (cesión) o de transmisión por causa de muerte,

de acuerdo con los artículos 22 y 56 de la Decisión No. 486 y 127 de la Ley de Propiedad Industrial, en el caso de las patentes; 161 de la Decisión No. 486, para el caso de las marcas; y, 279 de la Ley de Propiedad Intelectual, que dispone:

“Art. 279.- Los derechos de propiedad industrial y sobre obtenciones vegetales son transferibles por acto entre vivos o transmisibles por causa de muerte, antes o después de su registro o concesión”.

La transferencia por acto entre vivos se efectúa mediante contrato (cesión), que produce el traspaso de la titularidad del derecho de propiedad industrial o del certificado de obtentor, a otro u otros sujetos distintos del que hubiere obtenido el registro inicial.

Por la naturaleza incorporal de los derechos de propiedad industrial, su transferencia por acto entre vivos, puede ser total o parcial, evento éste último en que la cesión se limita al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación (de la patente) o uso (de la marca) expresamente previstas, y al tiempo y ámbito territorial que se determinen en el contrato de cesión.

En el caso de transmisión por causa de muerte, el traslado de la titularidad del derecho de propiedad industrial o del certificado de obtentor, se produce respecto del/os sucesores (testamentarios o abintestato) del titular del registro.

El artículo 281 de la Ley de Propiedad Intelectual, que fue transcrito en los antecedentes, dispone la inscripción de las transferencias de derechos de propiedad industrial o certificados de obtentor, como de las licencias; y, prescribe que: “Tales actos surtirán efectos frente a terceros, a partir de su inscripción. Sin embargo, la falta de inscripción no invalida el acto o contrato”.

El registro de licencias y transferencias de patentes y marcas está dispuesto también por los artículos 22, 56, 57, 161 de la Decisión No. 486; y, 29 de la Decisión No. 345, respecto de los certificados de obtentor.

En tal contexto, en el evento en que el titular de un derecho de propiedad industrial o certificado de obtentor ceda a título oneroso (venta) el mismo derecho o cuota, a dos o más personas, será aplicable la disposición del artículo 1757 del Código Civil, que para el contrato de venta, dispone:

“Art. 1757.- Si alguno vende separadamente una misma cosa a dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro. Si ha hecho la

entrega a los dos, aquél a quien se haya hecho primero será preferido. Si no se ha entregado a ninguno, prevalecerá el título más antiguo”.

Finalmente, resulta pertinente considerar que, los artículos 13 y 29 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, incluyen entre los registros de datos públicos, a los de propiedad intelectual y los sujeta a esa Ley.

De acuerdo con el artículo 15 de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, la información de los registros se debe llevar de modo digitalizado y con soporte físico. Concordante, el artículo 18 *ibidem* dispone que la información de los registros conste en forma cronológica; dicha norma prevé:

“Art. 18.- Folio Cronológico.- Es el registro de los títulos, actos y documentos cuya inscripción se solicita, que se efectúa de acuerdo al orden en que esta petición ocurre. Este sistema incluye al menos un libro índice y un repertorio, en ellos se asentarán todos los datos referentes a la persona, inmueble o mueble, las titularidades concatenadas de dominio o condominio, nombres, apellidos y datos de la o el titular y el título causal, los gravámenes, interdicciones y sus cancelaciones, y las constancias de solicitudes de certificados; así como en el caso de las personas jurídicas las modificaciones y todo acto societario que se presente”.

El repertorio, es el “Libro en que se compendian artículos o documentos referidos a una misma materia”.

En el repertorio que debe llevar el IEPI, conforme al artículo 18 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, se deben anotar en forma cronológica, los datos de los títulos, actos y documentos cuya inscripción se solicite a esa Entidad, de acuerdo al orden en que se presenten las peticiones; y, de acuerdo con el artículo 281 de la Ley de Propiedad Intelectual, las transferencias y licencias que afecten derechos de propiedad industrial y sobre obtenciones vegetales, se deben inscribir “en la misma fecha en que se presente la correspondiente solicitud”.

Del análisis que precede se desprende que, según el objeto y alcance de la cesión o licencia, determinada en los respectivos contratos o derivada de la existencia de una comunidad de titulares, cesionarios, sucesores o licenciatarios, pueden coexistir varios contratos relacionados con un mismo derecho de propiedad industrial o certificado de obtentor, sujetos todos ellos a registro, de conformidad con el artículo 281 de la Ley de Propiedad Intelectual, a fin de que surtan efectos respecto de terceros.

Los efectos entre las partes que han intervenido en los contratos de cesión; o, de licencia de derechos de propiedad industrial o certificados de obtentor, provienen del respectivo instrumento, y la falta de inscripción no invalida el contrato, según prevé el artículo 281 de la Ley de Propiedad Intelectual; mientras que, de conformidad con la misma norma, los actos y contratos que afecten derechos de propiedad industrial y sobre obtenciones vegetales, surtirán efectos frente a terceros, a partir de su inscripción.

La existencia de dos cesiones (ventas) de derechos de propiedad industrial, realizadas por el titular a favor de dos personas diferentes, determinaría que, en aplicación de los artículos 1757 del Código Civil y 18 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, no pueda ser registrada la segunda cesión, conforme al orden cronológico en que se hubiere presentado la solicitud de inscripción, sin perjuicio de las acciones que el cesionario pudiere ejercitar respecto del cedente, conforme a su contrato.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, corresponde al IEPI, como autoridad nacional competente, efectuar el registro que dispone el artículo 281 de la Ley de Propiedad Intelectual, de los contratos de cesión o de licencia de derechos de propiedad industrial o certificados de obtención. En consecuencia, de existir dos contratos sobre el mismo derecho, se debe inscribir el contrato de quien, cronológicamente solicitó primero dicha inscripción.

La improcedencia de efectuar varios registros sobre el mismo derecho se limitaría al evento en que el objeto de los contratos fuere idéntico, como por ejemplo cuando se hubieren celebrado dos contratos de licencia exclusiva, por su naturaleza incompatibles; o, dos transferencias totales o de la misma cuota del derecho de propiedad industrial. Por tanto, de existir dos solicitudes de inscripción de contratos referidos al mismo derecho de propiedad industrial, en aplicación de los artículos 1757 del Código Civil y 18 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, se deberá inscribir el contrato del cesionario que primero solicitó la inscripción, conforme dispone el artículo 281 de la Ley de Propiedad Intelectual.

La Resolución que niega la inscripción de la cesión o licencia de un derecho de propiedad industrial o certificado de obtentor, es un acto administrativo, y por tanto conforme al artículo 273 de la Constitución de la República, podrá ser impugnado "(...) tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial".

Concordante, el artículo 357 de la Ley de Propiedad Industrial, establece los recursos para impugnar en sede administrativa las resoluciones de los Directores Nacionales del IEPI y determina que, el recurso de reposición se interpone ante el mismo funcionario que dictó el acto y los recursos de apelación y revisión, ante el Comité de Propiedad Intelectual. La misma norma prevé que, "(...) La interposición de estos recursos no es indispensable para agotar la vía administrativa y, por consiguiente, podrán plantearse directamente las acciones previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contra los actos administrativos definitivos o que impidan la continuación del trámite, dictados por los directores nacionales".

Toda vez que la falta de inscripción no invalida el contrato pero impide que surta efectos respecto de terceros, según prescribe el citado artículo 281 de la Ley de Propiedad Intelectual, quien no hubiere podido inscribir un contrato sobre un derecho de propiedad industrial o certificado de obtentor, tiene derecho a reclamar daños y perjuicios al cedente, mediante el ejercicio de la acción correspondiente, en vía verbal sumaria conforme disponen los artículos 297 y 303 de la misma Ley.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas y no constituye interpretación del artículo 281 de la Ley de Propiedad Intelectual, pues aquello es competencia de la Asamblea Nacional, de conformidad con el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República.

OF. PGE. N°: 11060, 14-12-2012

DIETAS: REPRESENTANTES PENSIONISTAS DEL SERVICIO PASIVO

ENTIDAD CONSULTANTE:

INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA POLICÍA NACIONAL, ISSPOL

CONSULTA:

"¿Al tenor de lo dispuesto en los arts. 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 265 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, los miembros del Consejo Superior, representantes del servicio pasivo que reciben ingresos provenientes de fondos públicos, a través de sus pensiones, pueden percibir dietas por su intervención en las sesiones del Consejo Superior?"

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 117 y 125; y, 265 de su Reglamento.
Mandato Constitucional N° 2 Art. 7.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio No. I-OF-2012-0164-AJ-ISSPOL de 19 de marzo de 2012, anexo a su consulta, el Asesor Jurídico del ISSPOL hace referencia a los artículos 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 265 de su Reglamento General, relativos al reconocimiento de dietas a los miembros de directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general de las instituciones del Estado; y, manifiesta que: “Los señores miembros del servicio pasivo, si bien no son servidores públicos, si perciben ingresos del Estado a través de sus pensiones”.

En el oficio No. I-IN-2012-266-AJ-ISSPOL de 25 de octubre de 2012, anexo a su consulta, suscrito por el Asesor Jurídico y el Coordinador de la Gestión Económica Financiera del ISSPOL, se manifiesta que mediante oficios Nos. 0186-AJ-ISSPOL de 27 de marzo de 2012, I-OF-2012-435-AJ-ISSPOL de 10 de julio de 2012 e I-OF-2012-1968-DG-ISSPOL de 25 de septiembre de 2012, el ISSPOL realizó una consulta e insistencia al Ministerio de Relaciones Laborales, respecto al pago de dietas para los señores Vocales que integran el Consejo Superior en representación del Servicio Pasivo.

Expresan dichos funcionarios del ISSPOL que, en respuesta a dicha consulta, la Viceministra del Servicio Público, en oficio No. Mrl-agth-2012-7965 de 17 de octubre de 2012, emite un pronunciamiento contradictorio y no absuelve la inquietud generada por el ISSPOL; y, agregan lo siguiente:

“En efecto, luego de realizar el detalle de las normas aplicables al caso e inclusive del pronunciamiento emitido por el señor Procurador General del Estado mediante oficio No. 17666 de 29 de noviembre de 2010, la indicada Viceministra del Servicio Público dice:

‘Como consecuencia de lo anotado, se considera que el reconocimiento de dietas se podrá realizar únicamente para aquellas personas designadas como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, que no perciban ningún emolumento proveniente de fondos públicos; entendiéndose que los miembros de la Policía Nacional en servicio pasivo que tengan la condición de servidores públicos; es decir, que laboren a la fecha en una institución del Estado

percibiendo una remuneración, tampoco podrán percibir dietas, toda vez que de conformidad con la normativa vigente solamente se reconocerá dietas a aquellas personas que no tengan la calidad de servidoras o servidores públicos y que no perciban ingresos del Estado. No obstante, es preciso aclarar que la prohibición mencionada, no se extenderá a los miembros de la Policía Nacional en servicio pasivo mientras no reingresen al servicio público' ”.

Concluyen el Asesor Jurídico y el Coordinador de la Gestión Económica Financiera del ISSPOL manifestando lo siguiente:

“Por lo anteriormente expuesto y considerando que el pronunciamiento de la señora Psc. Sylvia Paola Gómez Paredes, Viceministra del Servicio Público no tiene el carácter de vinculante, nos ratificamos en los pronunciamientos que hemos emitido en el sentido de que no existe el derecho al pago de dietas para los miembros policiales en servicio pasivo que forman parte del Consejo Superior del ISSPOL en calidad de vocales, por percibir ingresos del Estado”.

El oficio No. 17666 de 29 de noviembre de 2010 mencionado por el Asesor Jurídico y el Coordinador de la Gestión Económica Financiera del ISSPOL, está relacionado con la consulta formulada por el Prefecto de Chimborazo respecto a la procedencia del pago de dietas a varios funcionarios del Consejo Provincial de Chimborazo, sobre la cual, esta Procuraduría se pronunció en los siguientes términos:

“Por tanto, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público, que por ser posterior prevalece respecto del artículo 7 del Mandato 2, los servidores públicos que sean designados para integrar cuerpos colegiados, al percibir remuneración ya no tienen derecho al pago de dietas, en aplicación de la norma del artículo 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público. Este derecho se mantiene exclusivamente para aquellos miembros que no perciben ingresos del Estado, designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, de las instituciones del Estado, de conformidad con el artículo 125 *ibidem*, correspondiéndole al Ministerio de Relaciones Laborales, expedir la regulación pertinente para este caso, conforme lo dispone el mismo artículo”.

Respecto de lo manifestado por el Asesor Jurídico y el Coordinador de la Gestión Económica Financiera del ISSPOL, en el sentido de que las pensiones percibidas por los miembros policiales en servicio pasivo constituyen ingresos del Estado, y por tanto no les asiste el derecho a percibir dietas como miembros del Consejo Superior del ISSPOL, debo manifestarle que el artículo 371 inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador relativo a la seguridad social, prescribe:

“Las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado”.

El inciso primero del artículo 372 de la citada Carta Constitucional, determina lo siguiente:

“Los fondos y reservas del seguro universal obligatorio serán propios y distintos de los del fisco, y servirán para cumplir de forma adecuada los fines de su creación y sus funciones. Ninguna institución del Estado podrá intervenir o disponer de sus fondos y reservas, ni menoscabar su patrimonio”.

De los citados artículos 371 y 372 de la Constitución de la República, se establece que las prestaciones de la seguridad social se financian, entre otros, con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadores; cuyos fondos y reservas del seguro universal obligatorio, son propios y distintos de los del fisco; de lo cual se concluye que, las pensiones que perciben los miembros de la Policía Nacional en servicio pasivo, constituyen fondos propios del seguro universal obligatorio y distintos de los recursos que forman parte del Presupuesto General del Estado.

En atención a la consulta formulada por el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas sobre la naturaleza de los fondos previsionales del ISSFA, esta Procuraduría en oficio No. 09894 de 16 de octubre de 2009 se pronunció en el sentido de que, “(...) los fondos previsionales que el ISSFA administra, comparten la naturaleza de fondos previsionales públicos que el artículo 372 de la Constitución reconoce en forma expresa y general a todos los fondos y reservas de la seguridad social, que son recursos distintos a los del Fisco, y que están destinados a satisfacer las prestaciones que la seguridad social (militar en este caso) otorga a sus beneficiarios, sin que su naturaleza varíe por el origen o fuente pública, privada o mixta del que provengan, ni por efectos de inversión sujeta a normas de Derecho Público”.

Cabe tener presente que, la Disposición Transitoria Octava de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas dispuso que la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas continúe en vigencia dentro del ámbito de la Policía Nacional, hasta que dicha Institución cuente con su propia Ley de Seguridad Social.

Respecto del reconocimiento de dietas a los miembros policiales en servicio pasivo del Consejo Superior del ISSPOL que motiva su consulta, caben las siguientes consideraciones:

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prescribe que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: "3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado".

En materia de dietas, los artículos 117 y 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público, disponen:

"Artículo 117.- Prohibición de pluriempleo y de percibir dos o más remuneraciones.- Sin perjuicio de lo prescrito por la Constitución de la República, a ningún título, ni aún el de contrato de servicios ocasionales, comisión u honorarios; una autoridad, servidora o servidor percibirá dos o más remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos contemplados en el artículo 3 de esta Ley, lo cual incluye a los servidores públicos que por designación o delegación formen parte de cuerpos colegiados por lo que no se procederá al pago de dietas por su participación en los mismos ni al otorgamiento de ningún otro beneficio adicional (...)".

"Artículo 125.- De las dietas.- Aquellos miembros, que no percibieren ingresos del Estado y que fueran designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, de las instituciones del Estado, tendrán derecho a percibir dietas de conformidad a las regulaciones que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales".

El artículo 265 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé lo siguiente:

"Las y los servidores públicos no percibirán ingresos por concepto de dietas por parte del Estado, cuando sean designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, incluyéndose a las y los docentes y las y los servidores de las instituciones del Estado, establecidas en el artículo 3 de la LOSEP.

Este reconocimiento exclusivamente se lo efectuará a aquellas personas que no

tienen la calidad de servidoras o servidores públicos y no perciben ingresos del Estado. A partir de la fecha de su designación si está establecido que no se pague en el cuerpo colegiado el valor correspondiente a las dietas, se lo hará en la institución que lo designó y se imputará dicho pago con posterioridad a la partida de dietas de la institución a la cual pertenece el cuerpo colegiado.

El Ministerio de Relaciones Laborales expedirá las regulaciones para el reconocimiento de las dietas”.

De los citados artículos 117, 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 265 de su Reglamento General, se desprende que aquellas personas que no tengan la calidad de servidores públicos y no perciban ingresos del Estado y sean designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, tienen derecho a percibir dietas de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales; en tanto que los servidores públicos, en los que se incluyen los docentes de las instituciones del Estado, no tienen derecho a percibir dietas cuando sean designados como representantes o vocales a dichos directorios o cuerpos colegiados.

En atención a la consulta formulada por el Gerente General de Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar en oficio No. APPB-GG-00450 de 14 de septiembre de 2011, respecto de la procedencia del pago de dietas a los jubilados por su participación en el Directorio de esa Entidad, esta Procuraduría en oficio No. 03945 de 29 de septiembre de 2011, manifestó lo siguiente:

“Cabe señalar que, el hecho de que un jubilado integre el directorio de Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar, no constituye reingreso al sector público, ya que no recibe remuneración ni ejerce un cargo público, sino que por designación integra un cuerpo colegiado en los términos del Art. 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público”.

Por lo expuesto, de conformidad con el artículo 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con el inciso segundo del artículo 265 de su Reglamento General, que disponen que aquellos miembros que no tienen la calidad de servidores públicos, y no perciben ingresos del Estado que fueran designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general de las instituciones del Estado, tendrán derecho a percibir dietas de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales, se concluye que los miembros del Consejo Superior del ISSPOL, representantes del servicio pasivo, que perciben pensiones de fondos propios del ISSPOL distintos de los recursos que forman parte del Presupuesto General del

Estado, tienen derecho a percibir dietas de conformidad a las regulaciones que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales.

La Procuraduría General del Estado se ha pronunciado con respecto al reconocimiento de dietas en los cuerpos colegiados, en oficios Nos. 03611 de 6 de septiembre de 2011, 03753 de 16 de septiembre de 2011, 04770 de 17 de noviembre de 2011, 06878 de 8 de marzo de 2012 y 09158 de 2 de agosto de 2012.

OF. PGE. N°: 10918, 04-12-2012

**DIGNATARIOS DE ELECCIÓN POPULAR:
INTEGRACIÓN DE VOCALES EN DIRECTORIOS, RÉGIMEN
ADMINISTRATIVO, PLURIEMPLEO Y PAGO DE DIETAS**

ENTIDAD CONSULTANTE:

CONSEJO NACIONAL DE GOBIERNOS PARROQUIALES RURALES DEL ECUADOR,
CONAGOPARE

CONSULTAS:

“1.- ¿Si las dignidades de elección popular de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales (GADPRs), son convocadas a integrar en calidad de vocales, representantes o miembros de los directorios o cuerpos colegiados de las entidades asociativas e instancias organizativas territoriales a que se refiere el Art. 100 de la Constitución y Art. 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), están ejerciendo una actividad fuera del seno del órgano legislativo al que pertenecen?”

2. “¿Si las dignidades de elección popular de los Gobiernos Parroquiales Rurales, son servidores públicos que pueden percibir ingresos en más de una entidad Estatal y desempeñarse en más de una institución pública?”.

3. “¿Es aplicable el pago de dietas a que se refiere el inciso segundo del Art. 358 del COOTAD, cuando las dignidades de elección popular de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales, sean convocados a integrar en calidad de vocales, representantes o miembros de los directorios o cuerpos colegiados de su entidad asociativa nacional denominada CONAGOPARE o las instancias organizativas territoriales que son las Asociaciones Provinciales o Gobiernos Parroquiales?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 100.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 1, 33, 43, 56, 66, 86, 313 y 358.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 4, 12, 117 y 125; y, 265 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social Arts. 56, 64, 67, 68, 76, 78, 79 y 80.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El artículo 100 de la Constitución de la República, referido en su consulta, integra el Título IV del texto constitucional "Participación y Organización del Poder", Capítulo Primero "Participación en democracia", Sección tercera "Participación en los diferentes niveles de gobierno", dispone lo siguiente:

"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".

La norma constitucional antes citada, prevé que los distintos niveles de gobierno deben organizar audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía, integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno.

El Art. 1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, determina como parte de su ámbito, el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales.

En este contexto, el artículo 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, al que también alude su consulta, establece las entidades asociativas nacionales de los gobiernos autónomos descentralizados como entidades de derecho público, en los siguientes términos:

“Art. 313.- Conformación.- Los gobiernos autónomos descentralizados, en cada nivel de gobierno, tendrán una entidad asociativa de carácter nacional, de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio. Para este fin, los gobiernos autónomos descentralizados respectivos aprobarán en dos debates de la asamblea general su propio estatuto, el cual será publicado en el Registro Oficial. En el caso de los gobiernos parroquiales rurales los debates para la aprobación de sus estatutos se realizarán en la reunión de los presidentes de las asociaciones provinciales. En los estatutos de estas asociaciones nacionales podrán crearse instancias organizativas territoriales, de género, interculturales y otros fines específicos de acuerdo a sus responsabilidades.

Las entidades asociativas nacionales de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales serán financiadas por el aporte de sus miembros en el cinco por mil de las transferencias que reciban de los ingresos permanentes y no permanentes del presupuesto general del Estado. Para el caso de la entidad asociativa de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales el aporte será del tres por ciento (3%) de las transferencias señaladas, cuyos recursos se distribuirán en el uno por ciento (1%) para la asociación nacional y el dos por ciento (2%) para las asociaciones provinciales.

Estos aportes serán transferidos y acreditados automáticamente por el Banco Central a las cuentas de cada entidad. Las entidades rendirán cuentas semestralmente ante sus socios del uso de los recursos que reciban”.

Por su parte, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social, prevé en su artículo 56 que en cada nivel de gobierno, la ciudadanía podrá organizar una asamblea como espacio para la deliberación pública entre 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.

El artículo 64 de la misma Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social, dispone que en todos los niveles de gobierno existirán instancias de participación con iguales finalidades que las determinadas en el artículo 100 de la Constitución de la República, previamente citada.

Adicionalmente, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social, establece varios mecanismos de participación social, tales como los presupuestos participativos, definidos en los artículos 67 y 68 de la indicada Ley Orgánica, audiencias públicas previstas en el artículo 76 *ibidem*, así como también veedurías, observatorios y consejos consultivos, referidos en los artículos 78, 79 y 80 de la Ley Orgánica en mención.

Los artículos 100 de la Constitución de la República, 313 del COOTAD; y, 64 y siguientes de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social, han previsto la obligación de los distintos niveles de gobierno de fomentar instancias de participación social. En este contexto, dentro de las atribuciones de los vocales de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales, la letra c) del artículo 68 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé la siguiente:

“La intervención en la asamblea parroquial y en las comisiones, delegaciones y representaciones que designe la junta parroquial rural, y en todas las instancias de participación”.

En concordancia, la letra t) del artículo 67 del COOTAD entre las atribuciones de la junta parroquial, “Designar, cuando corresponda, sus delegados en entidades, empresas u organismos colegiados”.

En consecuencia, en ejercicio de las atribuciones que confieren la letra c) del artículo 68 y la letra t) del artículo 67 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización se concluye que si los dignatarios de elección popular de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales (GADPRs), son convocados a integrar en calidad de representantes o miembros de los directorios o cuerpos colegiados de las entidades asociativas e instancias organizativas territoriales a las que se refiere al Art. 100 de la Constitución y Art. 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), pueden participar en los mismos.

El alcance de la frase “fuera del seno del órgano legislativo al que pertenecen”, mencionada en su primera consulta, será analizado al atender su tercera consulta.

2. Mediante oficios Nos. 03772 de 19 de septiembre de 2011 y 02149 de 8 de junio de 2011, cuya copia adjunto, esta Procuraduría se ha pronunciado sobre el tema materia de su consulta, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

3. Su consulta se halla referida a “las dignidades de elección popular de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales”; es decir, a quienes integran la Junta Parroquial.

El inciso primero del artículo 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé la remuneración a favor de los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados.

En su primera consulta hace referencia expresa a la frase “fuera del seno del órgano legislativo al que pertenecen”, la misma que consta en el inciso segundo del Art. 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en los siguientes términos:

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

A fin de precisar el alcance de la expresión “fuera del seno del órgano legislativo al que pertenecen”, a la que alude su consulta, para efectos de análisis se considera necesario partir de lo dispuesto en los artículos 33, 43, 56, 66, 86, del COOTAD, que en su orden regulan los consejos regionales, provinciales, municipales, metropolitanos y parroquiales, que son los órganos legislativos de cada uno de los referidos gobiernos autónomos descentralizados:

“Art. 33.- Consejo regional.- El consejo regional es el órgano de legislación y fiscalización del gobierno autónomo descentralizado regional. Estará integrado por el gobernador o gobernadora regional quien lo presidirá con voto dirimente, y por el número de consejeros o consejeras regionales que determine la ley de la materia electoral, de entre los cuales se elegirá un vicegobernador o vicegobernadora.

Los integrantes del consejo regional serán elegidos por votación popular para un período de cuatro años, de acuerdo con los requisitos previstos en la ley que regule el sistema electoral. En la elección de los consejeros o consejeras regionales se observará la proporcionalidad de la población urbana y natal y la paridad entre mujeres y hombres prevista en la Constitución, así como la representación de las provincias que conforman la respectiva circunscripción territorial regional”.

Art. 43.- Consejo provincial.- El consejo provincial es el órgano de legislación y fiscalización del gobierno autónomo descentralizado provincial. Estará integrado por el prefecto o prefecta quien lo presidirá con voto dirimente, el viceprefecto o viceprefecta; por alcaldes o alcaldesas o concejales o concejales en representación de los cantones; y, por representantes elegidos de entre quienes presidan los gobiernos parroquiales rurales, que se designarán observando las reglas previstas en este Código.

Los alcaldes o alcaldesas, concejales o concejales, y los presidentes o presidentas de juntas parroquiales que en representación de sus cantones o parroquias rurales integran el consejo provincial, se denominarán “consejeros provinciales”.

“Art. 56.- Concejo municipal.- El concejo municipal es el órgano de legislación y fiscalización del gobierno autónomo descentralizado municipal. Estará integrado por el alcalde o alcaldesa, que lo presidirá con voto dirimente, y por los concejales o concejales elegidos por votación popular, de conformidad con lo previsto en la ley de la materia electoral. En la elección de los concejales o concejales se observará la proporcionalidad de la población urbana y rural prevista en la Constitución y la ley”.

“Art. 66.- Junta parroquial rural.- La junta parroquial rural es el órgano de gobierno de la parroquia rural. Estará integrado por los vocales elegidos por votación popular, de entre los cuales el más votado lo presidirá, con voto dirimente, de conformidad con lo previsto en la ley de la materia electoral. El segundo vocal más votado será el vicepresidente de la junta parroquial rural”.

“Art. 86.- Concejo Metropolitano.- El concejo metropolitano es el órgano de legislación y fiscalización del gobierno autónomo descentralizado del distrito metropolitano. Estará integrado por los concejales o concejales elegidos por votación popular de conformidad con lo previsto en la Ley de la materia electoral. El alcalde o alcaldesa metropolitana lo presidirá con voto dirimente.

En la elección de concejales o concejales metropolitanos se observará la proporcionalidad de la población urbana y rural prevista en la Constitución”.

De las normas de los artículos 33, 43, 56, 66, 86, del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se colige que las instancias de participación ciudadana a que se refiere su consulta, son diferentes de los órganos legislativos regionales, provinciales, municipales, metropolitanos y parroquiales. Así mismo del artículo 313 del mencionado Código, se concluye que las entidades asociativas de carácter nacional de los gobiernos autónomos descentralizados son personas jurídicas de derecho público, con autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, distintas de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados. En consecuencia, la participación de los vocales de las juntas parroquiales en las antedichas instancias, se entienden como “fuera del seno del órgano legislativo al que pertenecen”.

Como quedó citado en líneas anteriores, el inciso segundo del artículo 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, hace referencia al reconocimiento de dietas a favor de las dignidades de elección popular de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales, por lo que se torna necesario analizar la normativa que sobre esta materia rige para los servidores públicos.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización regula el régimen de los diferentes niveles de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales; en tanto que, la Ley Orgánica del Servicio Público regula el servicio civil y la carrera administrativa de los funcionarios y servidores de las instituciones del Estado.

A partir del 6 de octubre de 2010, fecha de promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público, los servidores públicos que sean designados para integrar cuerpos colegiados, al percibir una remuneración, ya no tienen derecho al pago de dietas, en aplicación del Art. 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público; derecho que se mantiene exclusivamente para aquellos miembros que no perciben ingresos del Estado, designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general de las instituciones del Estado, de conformidad con el Art. 125 de la Ley Orgánica citada, correspondiéndole al Ministerio de Relaciones Laborales, expedir la regulación pertinente.

El Art. 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prescribe que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: “2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales”.

El Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo público, función o dignidad dentro del sector público; y, agrega que los trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.

En materia de dietas, los artículos 117 y 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en su orden, disponen:

“Art. 117.- Prohibición de pluriempleo y de percibir dos o más remuneraciones.- Sin perjuicio de lo prescrito por la Constitución de la República, a ningún título, ni aún el de contrato de servicios ocasionales, comisión u honorarios; una autoridad, servidora o servidor percibirá dos o más remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos contemplados en el artículo 3 de esta ley, lo cual incluye a los servidores públicos que por designación, o delegación formen parte de cuerpos colegiados por lo que no se procederá al pago de dietas por su participación en los mismos ni al otorgamiento de ningún otro beneficio adicional...”.

“Art. 125.- De las dietas.- Aquellos miembros, que no percibieren ingresos del Estado y que fueran designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, de las instituciones del Estado, tendrán derecho a percibir dietas, de conformidad a las regulaciones que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales”.

El artículo 265 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone lo siguiente:

“Las y los servidores públicos no percibirán ingreso por concepto de dietas por parte del Estado, cuando sean designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, incluyéndose a las y los docentes y las y los servidores de las instituciones del Estado, establecidas en el artículo 3 de la LOSEP.

Este reconocimiento exclusivamente se lo efectuará a aquellas personas que no tienen la calidad de servidoras o servidores públicos y no perciben ingresos del Estado. A partir de la fecha de su designación si está establecido que no se pague en el cuerpo colegiado el valor correspondiente a las dietas, se lo hará en la institución que lo designó y se imputará dicho pago con posterioridad la partida de dietas de la institución a la cual pertenece el cuerpo colegiado.

El Ministerio de Relaciones Laborales expedirá las regulaciones para el reconocimiento de las dietas”.

De los citados artículos 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 265 de su Reglamento General, se desprende que aquellas personas que no tengan la calidad de servidores públicos y no perciban ingresos del Estado y sean designados como representantes o vocales a directorios, juntas comités o cuerpos colegiados en general, tienen derecho a percibir dietas de conformidad con las regulaciones que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales; en tanto que los servidores públicos, en los que se incluyen los docentes de las instituciones del Estado, no tienen derecho a percibir dietas cuando sean designados como representantes o vocales a dichos directorios o cuerpos colegiados.

Por su parte, el artículo 12 de la LOSEP contiene las siguientes previsiones:

“Art. 12.- Prohibición de pluriempleo.- Ninguna persona desempeñará, al mismo tiempo, más de un puesto o cargo público, ya sea que se encuentre ejerciendo una representación de elección popular o cualquier otra función pública.

Se exceptúa de esta prohibición a las y los docentes de Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas y Privadas, legalmente reconocidas, siempre que el ejercicio de la docencia lo permita y no interfiera con el desempeño de la función pública. Igual excepción se aplicará a los músicos profesionales de las orquestas sinfónicas del país, quienes también podrán desempeñar la docencia en los conservatorios de música.

Adicionalmente, se exceptúan de la disposición establecida en el presente artículo las autoridades o sus delegados que, por el ejercicio de sus cargos, deban integrar directorios y organismos similares del sector público. Para estos casos excepcionales, la citada delegación no será remunerada.

El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar, en calidad de vocales, las Juntas Parroquiales, no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes, siempre y cuando su horario de trabajo lo permita.

A la servidora o servidor público de carrera que resultare electo para una dignidad de elección popular, se le otorgará de manera obligatoria licencia sin remuneración por el periodo de tiempo para el cual fue electo, bastando al efecto la notificación pública que efectúe el organismo electoral respectivo con los resultados correspondientes y la resolución de las impugnaciones que hubieren de ser el caso”.

Los vocales de una Junta Parroquial son designados por votación popular y quienes sean elegidos, bien pueden tener la calidad de servidores públicos o docentes y ejercer tales funciones en otra institución del sector público y recibir una remuneración por ello, sin que sea incompatible con su calidad de dignatarios, si su horario de trabajo lo permite, pues en su caso no se aplica la prohibición general de pluriempleo, por expresa excepción del artículo 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público. De otra parte, quienes integren la junta parroquial también pueden ser particulares que no desempeñen funciones como servidores públicos y no perciban ingresos en otra institución del Estado. Si en el primer caso, los vocales de las juntas parroquiales que a su vez cumplen funciones como servidores públicos en otra institución, pueden recibir una remuneración, como consecuencia de la excepción al pluriempleo, es lógico deducir que quien no tiene tales funciones y por tanto no recibe remuneración en otra institución pública, sí puede percibir dietas cuando forme parte de un cuerpo colegiado.

De lo dicho se encuentra que, en el caso de los vocales de las Juntas Parroquiales que a su vez sean servidores públicos y que por designación o delegación formen parte de cuerpos colegiados, no es procedente el pago de dietas por su participación en los mismos ni el otorgamiento de ningún otro beneficio adicional, mientras que aquellos vocales de las Juntas Parroquiales que no sean servidores públicos en otra institución, que no percibieren ingresos del Estado y que fueran designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, de las instituciones del Estado, tendrán derecho a percibir dietas, en los términos dispuestos en el Reglamento de Pago de Dietas en el Sector Público, conforme las disposiciones de los artículos 117 y 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con el artículo 265 de su Reglamento General.

En cuanto a procedencia de que se reconozcan dietas a favor de los servidores públicos, en general, que por delegación integran cuerpos colegiados, esta Procuraduría se pronunció mediante oficio No. 04770 de 17 de noviembre de 2011, con motivo de la consulta formulada por el Gerente de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ambato; y, sobre el pago de viáticos y subsistencias a favor de los servidores públicos que integren cuerpos colegiados, este Organismo se pronunció con motivo de las consultas formuladas por los Municipios de Chinchipe y Lago Agrio, según consta de los oficios Nos. 00477 y 01779 de 14 de enero y 13 de mayo de 2011, en su orden.

La procedencia del pago en cada caso particular, le corresponde determinar bajo su exclusiva responsabilidad a los personeros de cada entidad.

OF. PGE. N°: 09158, de 02-08-2012

DISCAPACITADOS: PORCENTAJE DE INCORPORACIÓN A UNIVERSIDADES

ENTIDAD CONSULTANTE:

UNIVERSIDAD POLITÉCNICA ESTATAL DEL CARCHI

CONSULTAS:

“¿Cómo debe actuar la Universidad, para el cumplimiento del porcentaje al que se refiere tanto la LOSEP - Art. 64 - cuanto el Código del Trabajo -Art. 42 num. 33-, para la incorporación de personas con discapacidad, cuando en los concursos de méritos y oposición no se presentan candidatos o postulantes con discapacidad?”;

“¿Cuál es la sanción para la institución pública por incumplimiento de las normas relacionadas a la incorporación con personas con discapacidad, cuando en la LOSEP –Art. 64 y el Código de Trabajo –Art. 42 num. 33 -, difieren en la forma de aplicarlas?”.

Por su parte, el pedido de ampliación que contesto, se ha planteado en los siguientes términos:

“¿Para el cálculo del porcentaje determinado en el Art. 64 de la LOSEP, debe considerarse dentro del número de servidoras y servidores también a los docentes?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 47 num. 5, 229 y 330.

Ley Orgánica del Servicio Público Art. 64 y Disp. Décima Octava.

Ley Orgánica de Discapacidades Arts. 4 y 47.

Ley Orgánica de Educación Superior Art. 70.

Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público Art. 39 lit. a).

PRONUNCIAMIENTO:

Con oficios Nos. 09964 y 10191 de 28 de septiembre y 15 de octubre de 2012, este Organismo solicitó e insistió a la UPEC, la remisión del criterio del Asesor Jurídico de esa Entidad sobre el tema materia de consulta, lo que ha sido atendido con oficio No. UPEC-R-2012-1018-OF de 17 de octubre de 2012, recibido el 19 de octubre del presente año.

A fin de contar con mayores elementos de análisis sobre la materia de consulta, mediante oficios Nos. 10493 y 10494 de 1 de noviembre de 2012, esta Entidad solicitó el criterio institucional del Ministro de Relaciones Laborales y del Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS), respectivamente.

Con oficio No. CONADIS-DP-2012-0796-O de 16 de noviembre de 2012, el Director de Procuraduría del Consejo Nacional de Discapacidades atendió nuestro requerimiento.

Mediante oficio No. 10722 de 19 de noviembre de 2012, se insistió al Ministerio de Relaciones Laborales en dar contestación al requerimiento referido anteriormente, mismo que ha sido atendido con oficio No. MRL-AJ-2012 8838 de 22 de noviembre de 2012, recibido en la misma fecha, suscrito por la Viceministra del Servicio Público.

El informe del Procurador General de la Universidad consultante, contenido en oficio No. 101-UPEC-PG de 3 de octubre de 2012, invoca entre otras normas, el artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, el cual determina el régimen laboral aplicable a los servidores públicos y trabajadores del Sistema de Educación Superior; y, que respecto de los profesores e investigadores prevé que tienen un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

Sobre dicha base, concluye el Procurador General de la Universidad consultante que:

“El criterio legal de la Procuraduría General, evidentemente es que dentro del porcentaje señalado en el Art. 64 de la LOSEP, no se encuentran contemplados los docentes, pues ellos tienen un régimen especial conforme lo hemos señalado.

Por ello dentro de los distintos procesos de contratación e incorporación de personal docente, la máxima autoridad de la institución en atención a las políticas afirmativas, deberá continuar disponiendo parámetros especiales para las personas con discapacidad, lo que no implica necesariamente que dentro del porcentaje establecido en la LOSEP deban ser tomados en cuenta a los profesores e investigadores de la universidad”.

El Director de Procuraduría del CONADIS, en oficio No. CONADIS-DP-2012-0796-O de 16 de noviembre de 2012, atiende nuestro requerimiento y expresa:

“(…) podemos afirmar que si es pertinente y legal considerar a las profesoras y profesores (docentes universitarios) dentro del número de servidoras y servidores

de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi, para el cálculo del porcentaje exigido en el Art. 64 de la LOSEP (...)."

Por su parte, la Viceministra del Servicio Público, en el oficio No. MRL-AJ-2012 8838 de 22 de noviembre de 2012, manifiesta:

"(...) bajo el principio constitucional de que son servidoras y servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, principio que es recogido por el artículo 4 y Décima Octava Disposición General de la Ley Orgánica del Servicio Público; y, artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, conducen a que para el cálculo del porcentaje determinado en el artículo 64 de la Ley Orgánica del Servicio Público se debe considerar dentro del número a las y los servidores docentes, y estar a lo que manda el inciso final del artículo 47 de la Ley Orgánica de Discapacidades".

En el pronunciamiento contenido en oficio No. 09858 de 21 de septiembre de 2012, se citó el artículo 229 de la Constitución de la República, el cual define como servidores públicos, a "todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público"; y, prevé que los obreros del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo; así como los artículos 47 numeral 5 y 330 de la Constitución de la República, que reconocen derecho al trabajo y garantizan la inserción laboral de las personas con discapacidades.

El pronunciamiento de la referencia, incluyó en su análisis la disposición que sobre la inserción de personas con discapacidad en el sector laboral estaba contenida en la letra c) del artículo 4 de la entonces vigente Ley sobre Discapacidades, derogada por la Ley Orgánica de Discapacidades (LOD), promulgada con posterioridad a la expedición de mi pronunciamiento.

Respecto de los artículos 64 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 42 numeral 33 del Código del Trabajo, sobre cuya aplicación trataban las consultas de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi, el pronunciamiento analizó que:

"(...) de conformidad con el artículo 64 de la LOSEP, es obligación de las instituciones públicas, incorporar como servidores, mediante contrato o nombramiento a personas con discapacidad o enfermedades catastróficas; según la Disposición Transitoria Octava de dicha Ley Orgánica, tal incorporación debe ser progresiva, hasta alcanzar el 4% del número total de servidores de la respectiva institución; y,

conforme determinan el artículo 193 del Reglamento de la LOSEP y la letra a) del artículo 39 de la Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público, para dar cumplimiento al porcentaje de incorporación de personas con discapacidad, se prevé inclusive el ingreso de los parientes que tengan a su cargo en forma directa al discapacitado. Finalmente, las entidades públicas podrían recurrir también a la figura de los contratos ocasionales reglados por el artículo 58 de la LOSEP (...).

(...) la obligación que establece el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo, de incorporar trabajadores con discapacidad, en el caso de las instituciones públicas, significa que el cumplimiento del porcentaje (4%) que dicha norma establece, se debe determinar en función del personal que ha quedado sujeto al régimen del Código del Trabajo, conforme a la clasificación efectuada por el Ministerio de Relaciones Laborales mediante Resolución No. MRL-FI-2010-000118, que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 171 de 14 de abril del 2012. Esto porque cuando se expidió la ley 28, en el sector público no se consideraban obreros a quienes ocupaban los puestos cuyo régimen laboral cambió en virtud de la referida resolución del Ministerio de Relaciones Laborales”.

El pronunciamiento agregó que:

“En el ámbito del sector público, las relaciones del Estado y su personal de servidores públicos se rigen por diferentes cuerpos normativos. Considerando que la consultante es una Universidad pública, se aplica la Ley Orgánica de Educación Superior, respecto del personal docente; la Ley Orgánica del Servicio Público para los servidores no docentes; y, el Código del Trabajo para los obreros.

Respecto de la incorporación de personal con discapacidad, que es la materia específica sobre la que trata la consulta, el artículo 64 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) y su Disposición Transitoria Octava, establecen la obligación de las instituciones públicas que cuenten con más de veinticinco servidores en total, de incorporar en forma progresiva a personas con discapacidad como servidores amparados por esa Ley, hasta alcanzar en el año 2013, el cuatro por ciento del total de servidores sujetos a ese régimen jurídico.

Al efecto, las instituciones del sector público deben considerar la incorporación de personas con discapacidad mediante nombramiento, previo el respectivo procedimiento de concurso de merecimientos establecido para el ingreso a la carrera del servicio público; y, si fuere necesario para alcanzar el porcentaje obligatorio de incorporación de discapacitados al servicio público, la entidad podrá

recurrir a contratos de servicios ocasionales, según la previsión que en tal sentido contiene el citado artículo 64 de la LOSEP.

Si los mecanismos de ingreso a los que se refiere el párrafo precedente, no fueren suficientes para cumplir el porcentaje de incorporación de personas con discapacidad que establecen los artículos 64 de la LOSEP y su Disposición Transitoria Octava, la entidad está facultada para resolver el ingreso al servicio público de los parientes a cuyo cargo se encuentre el discapacitado en forma directa, por nombramiento o contrato, conforme prevén tanto el artículo 193 del Reglamento de la LOSEP, como la letra a) del artículo 39 de la Norma Técnica del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal del Sector Público.

En cuanto al personal de las instituciones del Estado que tenga la calidad de obrero, el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo, ha determinado la obligación del empleador público que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, de incorporar personas con discapacidad, hasta cumplir el cuatro por ciento del total de trabajadores, es decir respecto del personal de la respectiva entidad pública amparado por la legislación laboral.

Tratándose de dos regímenes jurídicos distintos, cada uno de ellos está sujeto a sus propias regulaciones, plazos de cumplimiento del porcentaje de incorporación de personas con discapacidad y sanciones, aún cuando en los dos casos, el control del cumplimiento de las obligaciones de incorporar personal con discapacidad, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales”.

Sobre dicha base normativa, el pronunciamiento concluyó que:

“(…) en relación al personal de servidores sujeto al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), el porcentaje de incorporación de personas con discapacidad al servicio público, es el establecido por el artículo 64 de la LOSEP, que se deberá cumplir obligatoriamente en forma progresiva conforme al cronograma establecido por el primer inciso de la Disposición Transitoria Octava de la misma Ley, de la siguiente forma: el uno por ciento en el año 2010, el dos por ciento para el año 2011, el tres por ciento para el año 2012, hasta alcanzar el 4% en el año 2013 (...).”

Con posterioridad a la expedición del pronunciamiento de este Organismo, contenido en el oficio No. 09858 de 21 de septiembre de 2012, previamente transcrito, se promulgó la Ley Orgánica de Discapacidades, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 796 de 25 de septiembre de 2012, cuyo artículo 47 prevé la

obligación de los empleadores públicos y privados de incorporar personal con discapacidad. Dicha norma, en su inciso primero, dispone:

“Art. 47.- Inclusión laboral.- La o el empleador público o privado que cuente con un número mínimo de veinticinco (25) trabajadores está obligado a contratar, un mínimo de cuatro por ciento (4%) de personas con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condiciones físicas y aptitudes individuales, procurando los principios de equidad de género y diversidad de discapacidades. El porcentaje de inclusión laboral deberá ser distribuido equitativamente en las provincias del país, cuando se trate de empleadores nacionales; y a los cantones, cuando se trate de empleadores provinciales”.

Concordante, el primer inciso del artículo 50 de la citada Ley Orgánica de Discapacidades, establece la obligación de las instituciones públicas y privadas, de “ajustar sus requisitos y mecanismos de selección de empleo, para facilitar la participación de las personas con discapacidad, procurando la equidad de género y diversidad de discapacidad”.

Por su parte, el artículo 64 de la LOSEP, dispone:

“Art. 64.- De las personas con discapacidades o con enfermedades catastróficas.- Las instituciones determinadas en el artículo 3 de esta ley que cuenten con más de veinte y cinco servidoras o servidores en total, están en la obligación de contratar o nombrar personas con discapacidad o con enfermedades catastróficas, promoviendo acciones afirmativas para ello, de manera progresiva y hasta un 4% del total de servidores o servidoras, bajo el principio de no discriminación, asegurando las condiciones de igualdad de oportunidades en la integración laboral, dotando de los implementos y demás medios necesarios para el ejercicio de las actividades correspondientes”.

De acuerdo con la Disposición Transitoria Octava de la LOSEP, que se analizó en el pronunciamiento al que antes se hizo referencia, la obligación de las instituciones públicas de incorporar personal con discapacidad, se debe cumplir en forma progresiva, hasta alcanzar en el año 2013 el 4% del total de servidores sujetos a esa Ley.

Los artículos 47 de la Ley Orgánica de Discapacidades, 64 de la LOSEP y 42 numeral 33 del Código del Trabajo, son concordantes al disponer que los empleadores que cuenten con más de veinte y cinco servidores en total, están obligados a nombrar o contratar el 4% de personas con discapacidad.

De conformidad con los artículos 37 y 38 del Código Civil, la derogatoria de una ley puede ser expresa o tácita, según la nueva ley ordene expresamente la derogatoria, o cuando contenga disposiciones que no pueden conciliarse con la ley anterior.

Respecto de las sanciones aplicables al incumplimiento de la obligación de incorporar personal con discapacidad, el numeral 2 del artículo 116 de la Ley Orgánica de Discapacidades, establece que: “Impedir el derecho de acceso al trabajo y/o incumplir con el porcentaje de inclusión laboral establecido en esta Ley”, constituye infracción gravísima que se sanciona con diez a quince remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general y/o suspensión de actividades hasta por treinta días.

Mientras que, el artículo 64 de la LOSEP prevé como sanción, la multa de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado; veinte salarios básicos unificados, de mantenerse el incumplimiento y en caso de reiterarse el mismo, la remoción de la autoridad nominadora que fuera responsable del incumplimiento.

El numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo, determina como sanción una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador, y para el caso de las entidades públicas, sanción administrativa pecuniaria de un sueldo básico para la autoridad nominadora, cuando el incumplimiento le fuere imputable.

Sobre esta materia, en el pronunciamiento de la referencia, expedido antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Discapacidades, se concluyó que: “(...) no existe conflicto entre el artículo 64 de la LOSEP y el numeral 33 del artículo 42 del Código del Trabajo para efectos de aplicar las sanciones para el caso de incumplimiento de la obligación de incorporar personal con discapacidad al sector público, en virtud de que, conforme se ha analizado a lo largo de este pronunciamiento, se trata de dos regímenes jurídicos distintos y en consecuencia es inaplicable el principio de jerarquía normativa”.

Sin embargo, la promulgación de la Ley Orgánica de Discapacidades, establece en su artículo 116 numeral 2 una sola sanción pecuniaria para el caso de incumplimiento del deber de incorporar personas con discapacidad, igualmente aplicable a los empleadores públicos y privados, prevalece por su rango y posterioridad, por tanto deroga tácita y parcialmente a los artículos 64 de la LOSEP y 42 numeral 33 del Código del Trabajo.

La competencia del Ministerio de Relaciones Laborales como autoridad nacional en esa materia, para imponer sanciones a los empleadores, por incumplimiento del deber de incorporar personal con discapacidad, se mantiene de acuerdo con el primer inciso del artículo 53 de la Ley Orgánica de Discapacidades, el cual dispone:

“Art. 53.- Seguimiento y control de la inclusión laboral.- La autoridad nacional encargada de las relaciones laborales realizará seguimientos periódicos de verificación de la plena inclusión laboral de las personas con discapacidad, supervisando el cumplimiento del porcentaje de Ley y las condiciones laborales en las que se desempeñan”.

A fin de atender la materia específica sobre la que trata su consulta, resulta pertinente agregar que, el antepenúltimo inciso del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), que establece su ámbito de aplicación, prevé que los “(...)docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas (...)”; y, de acuerdo con los artículos 83 letra l) y 84 *ibídem*, los docentes de los establecimientos de educación superior están excluidos de la carrera del servicio público y se rigen por la Ley Orgánica de Educación Superior.

Por su parte, la Disposición General Décima Octava de la LOSEP, prescribe:

“DECIMA OCTAVA: Para la aplicación de la presente Ley y su Reglamento téngase como tal los siguientes conceptos:

(...) Docente.- Toda servidora o servidor legalmente nombrado o contratado para prestar servicios exclusivamente de docencia en centros educativos, Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas; y, las del Sistema Nacional de Educación Pública”.

Finalmente, cabe considerar que, los dos primeros incisos del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, disponen:

“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”.

Sobre idéntica base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 05781 de 5 de enero de 2012, concluí que:

“De las normas de la Ley Orgánica de Educación Superior que anteceden, se desprende que el Art. 70 prevé que los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a las normas generales del servicio público y a un régimen propio contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior (...)”.

De conformidad con el primer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República y con la definición de docente que consta en la Disposición General Décimo Octava de la Ley Orgánica del Servicio Público, los docentes que prestan servicios en los establecimientos públicos de educación superior, son servidores públicos.

En atención a su consulta se concluye que, para efectos de determinar el cumplimiento de la obligación de incorporar personas con discapacidad al sector público, en el porcentaje establecido por los artículos 64 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 47 de la Ley Orgánica de Discapacidades, se debe considerar a los docentes de los establecimientos públicos de educación superior como servidores públicos, de conformidad con las definiciones contenidas en el primer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República y la Disposición Décimo Octava de la LOSEP.

OF. PGE. N°: 11053, 13-12-2012

**DOCENTE UNIVERSITARIO:
SANCIÓN POR ABANDONO DEL PUESTO DE TRABAJO**

**ENTIDAD CONSULTANTE:
UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE**

CONSULTAS:

1. "¿Cuál es el trámite que puede adoptar mi representada para la imposición de la sanción correspondiente al docente que no se ha reintegrado y por ende ha abandonado su puesto de trabajo de docente en la Universidad, toda vez que no existe reglamentación al respecto?"

2. "¿Se podría acoger el procedimiento que existe en la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento, para instaurar un proceso disciplinario a este docente?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 76 nums. 1, 3, 6 y 7, 229 y 355.

Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP Arts. 3 num. 4, 83 lit. 1) y 84; y, 83 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 47, 70, 204, 207 y 211; y, 39 de su Reglamento.

Reglamento General de la Universidad Técnica del Norte Art. 101 lit. g).

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En la consulta se refiere como antecedente que el Consejo Universitario concedió a un docente de ese establecimiento de educación superior, comisión de servicios sin remuneración; y, que, cumplido el tiempo de la comisión, el docente no se ha reintegrado a cumplir con sus funciones.

El informe jurídico del Procurador General de la Universidad consultante, contenido en oficio No. 098-PG-UTN de 25 de julio de 2012, cita entre otras normas, el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que establece las faltas en que pueden incurrir los estudiantes, profesores e investigadores de las Universidades y Escuelas Politécnicas; así como el artículo 101 del Reglamento General de la Universidad Técnica del Norte, que en la letra g) prevé:

"g) Si el docente faltare injustificadamente tres días consecutivos de su dedicación docente a impartir clases, se tramitará la destitución del cargo".

El Procurador General de la Universidad consultante invoca además, el artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que determina que los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de

Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, cuya expedición corresponde al Consejo de Educación Superior según la Disposición Transitoria Vigésima de esa Ley.

El citado informe se refiere en forma adicional al artículo 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que respecto de los docentes e investigadores de las universidades prevé que se regirán por la Ley Orgánica de Educación Superior.

Sobre dicha base normativa, el Procurador General de la Universidad Técnica del Norte concluye:

“De los antecedentes expuestos, cabe la destitución del docente que no se ha reintegrado a cumplir con sus funciones en la Institución, pero no se puede aplicar, en razón de que no existe el procedimiento para instaurar el PROCESO DISCIPLINARIO QUE HABLA EL ART. 207 DE LA LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN SUPERIOR para cumplir con el debido proceso...”

...Si el docente ha faltado a su lugar de trabajo a dictar clases, por el momento y hasta que el Consejo de Educación Superior dicte el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, donde se establecerán las reglas de juego para la cesación de los docentes e investigadores del sistema de educación superior, debe descontarse de su remuneración lo que corresponda a la ausencias en base al informe de los señores: Coordinador de Carrera y Secretario Abogado de la Facultad, que de acuerdo al Estatuto Orgánico, constituyen Jefes de Personal de la Facultad”.

Respecto de los servidores públicos, los dos primeros incisos del artículo 229 de la Constitución de la República disponen:

“Art. 229.- 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.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores”.

El cuarto párrafo posterior al numeral 4 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio

Público (LOSEP), que establece el ámbito de aplicación de dicho cuerpo normativo, prevé 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”.

Concordante con el artículo anterior, la letra l) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), excluye del sistema de la carrera del servicio público, entre otros servidores a: “Las o los docentes e investigadores de las instituciones educativas públicas del Sistema de Educación Superior”; y, en similar sentido, el artículo 84 de la LOSEP, dispone:

“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”.

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 del Servicio Público y su Reglamento.

Respecto de las faltas y sanciones aplicables a los docentes de las universidades y escuelas politécnicas, que es el tema sobre el que trata su consulta, el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que es la ley competente, dispone:

“Art. 207.- Sanciones para las y los estudiantes, profesores o profesoras, investigadores o investigadoras, servidores o servidoras y las y los trabajadores.- Las instituciones del Sistema de Educación Superior, así como también los Organismos que lo rigen, estarán en la obligación de aplicar las sanciones para las y los estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras, dependiendo del caso, tal como a continuación se enuncian.

Son faltas de las y los estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras:

- a) Obstaculizar o interferir en el normal desenvolvimiento de las actividades académicas y culturales de la institución;
- b) Alterar la paz, la convivencia armónica e irrespetar a la moral y las buenas costumbres;
- c) Atentar contra la institucionalidad y la autonomía universitaria;
- d) Cometer actos de violencia de hecho o de palabra contra cualquier miembro de la comunidad educativa, autoridades, ciudadanos y colectivos sociales;
- e) Deteriorar o destruir en forma voluntaria las instalaciones institucionales y los bienes públicos y privados;
- f) No cumplir con los principios y disposiciones contenidas en la presente Ley y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; y,
- g) Cometer fraude o deshonestidad académica.

Según la gravedad de las faltas cometidas por las y los estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras, éstas serán leves, graves y muy graves y las sanciones podrán ser las siguientes:

- a) Amonestación del Órgano Superior;
- b) Pérdida de una o varias asignaturas;
- c) Suspensión temporal de sus actividades académicas; y,
- d) Separación definitiva de la Institución.

Los procesos disciplinarios se instauran, de oficio o a petición de parte, a aquellos estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras que hayan incurrido en las faltas tipificadas por la presente Ley y los Estatutos de la Institución. El Órgano Superior deberá nombrar una Comisión Especial para garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa. Concluida la investigación, la Comisión emitirá un informe con las recomendaciones que estime pertinentes.

El Órgano Superior dentro de los treinta días de instaurado el proceso disciplinario deberá emitir una resolución que impone la sanción o absuelve a las y los estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras.

Las y los estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras, podrán interponer los recursos de reconsideración ante el Órgano Superior de la Institución o de apelación al Consejo de Educación Superior.

Los servidores y trabajadores se registrarán por las sanciones y disposiciones consagradas en el Código de Trabajo”.

La norma transcrita establece tanto las faltas en que pueden incurrir los docentes de las universidades y escuelas politécnicas, como las sanciones aplicables en función de la gravedad de la falta.

El procedimiento para sancionar a los docentes de las universidades y escuelas politécnicas, también consta establecido en el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que al efecto prevé que el proceso disciplinario se puede instaurar de oficio o a petición de parte; y, que, para garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa, el órgano superior de la respectiva universidad o escuela politécnica, debe nombrar una comisión especial, a la que corresponde efectuar la investigación respectiva, concluida la cual debe emitir un informe con las recomendaciones pertinentes, a fin de que el órgano superior de la respectiva Universidad, adopte la decisión que corresponda.

De conformidad con el artículo 47 de la citada Ley Orgánica de Educación Superior, el órgano colegiado académico superior de las universidades y escuelas politécnicas públicas y particulares, es su autoridad máxima y debe estar integrado por autoridades, representantes de los profesores, estudiantes y graduados.

Respecto del derecho a la defensa en los procedimientos sancionatorios que instauran las universidades y escuelas politécnicas, para la sanción de estudiantes y profesores, el artículo 211 de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone:

“Art. 211.- Derecho a la Defensa.- Para efectos de la aplicación de las sanciones antes mencionadas, en todos los casos, se respetará el debido proceso y derecho a la defensa consagrados en la Constitución y Leyes de la República del Ecuador”.

El derecho al debido proceso y las garantías básicas que lo integran, entre ellas el derecho a la defensa, que establece el artículo 76 de la Constitución de la República, es aplicable a los procedimientos administrativos, especialmente a aquellos de carácter sancionatorio, conforme lo prevén en forma expresa los numerales 1, 3 y 6 de la norma constitucional citada. Respecto del derecho a la defensa, el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, prevé entre otras las siguientes:

“7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento...
- ...h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra...
- ...l) 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.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

Finalmente, resulta pertinente considerar que, el artículo 39 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, prescribe:

“Art. 39.- De la imposición de sanciones a las instituciones del Sistema de Educación Superior.- Para garantizar el debido proceso en la imposición de sanciones a las instituciones o autoridades del sistema de educación superior, el CES dispondrá de oficio el inicio de las indagaciones orientadas a determinar puntuales violaciones a la Ley Orgánica de Educación Superior, al presente reglamento, a las resoluciones del CES y al estatuto de cada universidad o escuela politécnica.

A efectos de sancionar las infracciones a la ley y demás normas, se garantiza el derecho a presentar denuncias y quejas debidamente fundamentadas.

El CES expedirá el reglamento respectivo que normará los procedimientos para la imposición de las sanciones”.

Conforme el tenor del inciso final del artículo 39 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, la competencia del Consejo de Educación Superior para la expedición del reglamento que norme los procedimientos para la imposición de sanciones, está referida exclusivamente al ámbito establecido por esa norma, que es la imposición de sanciones a las instituciones o autoridades del Sistema de Educación Superior, que corresponden ser adoptadas por el Consejo de Educación Superior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley Orgánica de Educación Superior, materia distinta de aquella que constituye objeto de la consulta, referida a los docentes, cuya sanción corresponde a cada institución del Sistema de Educación Superior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el procedimiento que debe adoptar esa Universidad para la investigación y sanción de los docentes, es el determinado por el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

2. Respecto de la segunda consulta, el informe del Procurador General de la Universidad Técnica del Norte, cita el artículo 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), que dispone:

“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 registrarán 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”.

Al absolver su primera pregunta se concluyó que, el procedimiento que debe adoptar esa Universidad para la imposición de sanciones a los docentes, es el determinado por el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

A lo dicho a propósito de su primera consulta se debe agregar que, el procedimiento de sumario administrativo que consta en la Sección Tercera del Capítulo V “Régimen Disciplinario” del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, es aplicable para la imposición de sanciones a los servidores públicos sujetos a la LOSEP; mientras que, los docentes universitarios están sujetos a la Ley Orgánica de Educación Superior y excluidos de la carrera del servicio público, que regula el Título VI de la LOSEP.

Por lo expuesto, respecto de su segunda consulta se concluye que, el procedimiento de sumario administrativo previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento, no es aplicable a los docentes de las universidades y escuelas politécnicas públicas, pues las faltas, sanciones y el procedimiento disciplinario que les rige, es el establecido por el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Lo dicho sin perjuicio de que el procedimiento pueda ser reglado en mayor detalle, sea en forma general vía reglamentaria, o sea en forma particular a través de las normas internas de cada institución del Sistema de Educación Superior.

OF. PGE. N°: 09669, de 06-09-2012

**DOCUMENTOS PÚBLICOS:
PROCEDIMIENTO PARA LA EXPEDICIÓN DE COPIAS AUTÉNTICAS**

ENTIDAD CONSULTANTE:

SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS DEL ECUADOR

CONSULTA:

“¿Es jurídicamente correcto que las instituciones públicas, que aplican el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establezcan en sus reglamentos o estatutos orgánicos las competencias y servidores públicos responsables de la expedición de copias auténticas de documentos públicos o privados y que dichas competencias alcancen a todo documento producido por la institución de que se trate, inclusive los documentos firmados electrónicamente?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 18 num. 2, 133 y 147.

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

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos Art. 4.

Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos Arts. 13 y 20; y, 4 de su Reglamento.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva Art. 117.

Res. N° 017 de la Procuraduría General del Estado Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

La Procuraduría General del Estado, con fundamento en el inciso segundo del artículo 13 de su Ley Orgánica y en el artículo 4 de la Resolución No. 17, mediante oficio No. 10643 de 13 de noviembre de 2012, le requirió el criterio del Asesor Jurídico del Servicio Nacional Aduanero, lo cual fue atendido en oficio No. SENAE-DGN-2012-1304-OF de 21 de noviembre de 2012, al que adjunta el memorando No. SENAE-DNJ-2012-0303-M de 18 de octubre de 2012, que contiene el informe de la Directora Nacional Jurídica Aduanera.

En el memorando No. SENAE-DNJ-2012-0303-M de 18 de octubre de 2012, antes señalado, la Directora Nacional Jurídica Aduanera hace referencia al pronunciamiento contenido en el oficio No. 15477 de 26 de julio de 2010, emitido por la Procuraduría General del Estado, en atención a la consulta formulada por el Banco Central del Ecuador; y, sobre el mismo señala que: “es indispensable

solicitar al señor Procurador que reconsidere los pronunciamientos emitidos”. Continúa la Directora y hace referencia al Acuerdo No. 718 de 11 de mayo de 2009 que contiene el “Instructivo para Normar el Uso del Sistema de Gestión Documental Quipux para las Entidades de la Administración Pública Central”, el artículo 117 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, los artículos 133 y 147 de la Constitución de la República y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Las instituciones públicas que aplican el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, están plenamente facultadas para establecer, en sus reglamentos o estatutos orgánicos, las competencias y titulares responsables de la expedición de copias auténticas de documentos públicos o privados y que dichas competencias alcanzan a todo documento producido por la institución de que se trate, inclusive los documentos firmados electrónicamente”.

En la primera consulta del pronunciamiento contenido en el oficio No. 15477 de 26 de julio de 2010, concluí de la siguiente manera:

“Por lo expuesto, considerando que conforme a los artículos 13 y 20 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos se establece que la firma electrónica son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos que identifican al titular de la firma en relación con dicho mensaje, y que el artículo 4 del Reglamento a esa Ley contempla que los mensajes de datos y los documentos desmaterializados deben ser certificados entre otros por la persona autorizada a través de la respectiva firma electrónica, conteniendo la indicación de que son desmaterializados o copia electrónica de un documento físico, se concluye que la certificación de información electrónica, debe ser realizada por el funcionario titular de la firma electrónica de la entidad a la que pertenece, cuya certificación deberá contener adicionalmente la indicación de que son desmaterializados o copia electrónica de un documento físico”.

El pronunciamiento contenido en el oficio No. 15477 de 26 de julio de 2010, se fundamentó en las disposiciones de la Ley Comercio Electrónico, cuyo objeto según el artículo 1 de dicho cuerpo legal es el siguiente:

“Art. 1.- Objeto de la ley.- Esta ley regula los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica y telemática, la prestación de servicios electrónicos, a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas.”

Dentro del contexto anterior, cabe señalar que Banco Central del Ecuador es un organismo regulado por la indicada Ley de Comercio Electrónico, toda vez que es una entidad certificadora debidamente acreditada por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, CONATEL, mediante Resolución No. 481-20-CONATEL-2008 de 8 de octubre de 2008.

En todo caso, el pronunciamiento No. 15477 de 26 de julio de 2010 no obsta o limita las facultades de los servidores públicos, a quienes se les haya atribuido la responsabilidad de emitir copias certificadas en cada institución.

En cuanto al tema materia de su actual consulta, se debe tener en cuenta que la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 18 numeral 2, prevé que todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a acceder libremente a la información generada en entidades públicas o privadas, que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas.

Por su parte, la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos en el artículo 4, determina que las instituciones del sector público y privado y las personas naturales que actualmente o en el futuro administren bases o registros de datos públicos, son responsables de la integridad, protección y control de registros y bases de datos a su cargo, siendo responsables de su veracidad, autenticidad, custodia y debida conservación.

Concordante con la Ley antes citada, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en su artículo 10 dispone que es responsabilidad de las instituciones públicas, personas jurídicas de derecho público y demás entes señalados en el artículo 1 de esa Ley, crear y mantener registros públicos de manera profesional, para que el derecho a la información se pueda ejercer a plenitud, por lo que, en ningún caso se justificará la ausencia de normas técnicas en el manejo y archivo de la información y documentación para impedir u obstaculizar el ejercicio de acceso a la información pública, peor aún su destrucción.

De los artículos 18 numeral 2 de la Constitución de la República, 4 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y 10 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se evidencia el derecho de las personas a acceder libremente a la información que reposa en las entidades públicas y privadas que manejen fondos públicos, así como la responsabilidad de éstas entidades de mantener y proteger la información, registros y bases de datos a su cargo, para permitir un efectivo ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos.

El Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, en el artículo 4, prevé lo siguiente:

“Art. 4.- Información original y copias certificadas.- Los mensajes de datos y los documentos desmaterializados, cuando las leyes así lo determinen y de acuerdo al caso, deberán ser certificados ante un Notario, autoridad competente o persona autorizada a través de la respectiva firma electrónica, mecanismo o procedimiento autorizado.

Los documentos desmaterializados se considerarán, para todos los efectos, copia idéntica del documento físico a partir del cual se generaron y deberán contener adicionalmente la indicación de que son desmaterializados o copia electrónica de un documento físico. Se emplearán y tendrán los mismos efectos que las copias impresas certificadas por autoridad competente”.

La Norma de Control Interno No. 410-17 de las “Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y Personas Jurídicas de Derecho Privado que dispongan de Recursos Públicos”, dispone lo siguiente:

“410-17 Firmas electrónicas

Las entidades, organismos y dependencias del sector público, así como las personas jurídicas que actúen en virtud de una potestad estatal, ajustarán sus procedimientos y operaciones e incorporarán los medios técnicos necesarios, para permitir el uso de la firma electrónica de conformidad con la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos y su reglamento.

El uso de la firma electrónica en la administración pública se sujetará a las garantías, reconocimiento, efectos y validez señalados en estas disposiciones legales y su normativa secundaria de aplicación.

Las servidoras y servidores autorizados por las instituciones del sector público podrán utilizar la firma electrónica contenida en un mensaje de datos para el ejercicio y cumplimiento de las funciones inherentes al cargo público que ocupan.

(...)c) Conservación de archivos electrónicos

Los archivos electrónicos o mensajes de datos firmados electrónicamente se conservarán en su estado original en medios electrónicos seguros, bajo la responsabilidad del usuario y de la entidad que los generó. Para ello se establecerán políticas internas de manejo y archivo de información digital”.

De otra parte, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, que invoca en su consulta, en su artículo 117, prevé:

“Art. 117.- Validez y eficacia de documentos y copias.

1. Cada órgano de la Administración Pública Central determinará en su reglamento orgánico las competencias y titulares responsables de la expedición de copias auténticas de documentos públicos o privados.

2. Las copias de cualesquiera documentos públicos gozarán de la misma validez y eficacia que éstos siempre que exista constancia de que sean auténticas.

3. Las copias de documentos privados tendrán validez y eficacia, exclusivamente en el ámbito de la actividad de la Administración Pública Central, siempre que su autenticidad haya sido comprobada.

4. Tienen la consideración de documento público los documentos válidamente emitidos por los órganos de la Administración Pública”.

De conformidad con el artículo 4 del Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, el cual prevé que los mensajes de datos y los documentos desmaterializados, cuando las leyes así lo determinen, de ser el caso, deberán ser certificados ante autoridad competente y la letra c) de la Norma de Control Interno No. 410-17, que faculta el establecimiento de políticas internas de manejo y archivo de información digital, permiten concluir que es jurídicamente procedente que las instituciones públicas mediante reglamentos o estatutos orgánicos, determinen los servidores públicos competentes para la expedición de copias auténticas de documentos públicos o privados, inclusive los documentos firmados electrónicamente.

Adicionalmente, en el caso de las entidades comprendidas en el ámbito del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, se tendrá en consideración el artículo 117 de dicho cuerpo legal, que establece que cada órgano de la Administración Pública Central determinará en su reglamento orgánico, las competencias y titulares responsables de la expedición de copias auténticas de documentos públicos o privados, inclusive los documentos firmados electrónicamente.

OF. PGE. N°: 10939, 05-12-2012

EMPRESA PÚBLICA CORREOS DEL ECUADOR: NATURALEZA JURÍDICA

ENTIDAD CONSULTANTE:

EMPRESA PÚBLICA CORREOS DEL ECUADOR, CDE EP

CONSULTA:

“La Empresa Pública Correos del Ecuador CDE EP, es o no organismo adscrito al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 425.

Constitución Política del Ecuador Art. 249 (derogada).

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos Arts. 41 y 43.

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

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 4, 5, 7 y Disp. Trans. Primera

Ley General de Correos Art. 6.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva Arts. 22 y 23.

Reglamento de Delegación de Servicios Postales Arts. 1 y 12.

D. E. N° 324 Art. 5.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 08477 de 25 de junio de 2012, este Organismo solicitó a usted reformular los términos de la consulta, con relación a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, conforme dispone el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y, remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado del Asesor Jurídico de esa empresa pública.

Nuestro requerimiento ha sido atendido mediante oficio No. CDE EP 2012-0339-GG-PIC de 28 de junio de 2012, ingresado el 5 de julio del presente año, por el que se reformula la consulta en los siguientes términos:

“Se digne absolver sobre la vigencia y preeminencia de las normas arriba citadas, particular y señaladamente, el Art. 12 del capítulo III del Decreto Ejecutivo No. 1207, publicado en el Registro Oficial No. 391, del 29 de julio del año 2008, con su última modificación de fecha 24 de agosto de 2009, se encuentra vigente, o si esta,

fue derogado expresamente por la disposición transitoria primera, segundo inciso de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

En el citado oficio No. CDE EP 2012-0339-GG-PIC de 28 de junio de 2012, el Gerente General de la Empresa Pública consultante, argumenta que:

“Si bien es cierto que, el Decreto Ejecutivo No. 1207 publicado en el Registro Oficial No. 391, del 29 de julio del año 2008, con su última modificación de fecha 24 de agosto de 2009, que contiene el Reglamento de los Servicios Postales, en su capítulo III, al hablar de la prestación del Servicio Postal Público, en su Art. 12 expresamente manifiesta que, Correos del Ecuador es una entidad adscrita al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información; el informe jurídico de esta Empresa Pública, con el cual comparto totalmente, manifiesta que, dicha norma legal se encuentra derogada expresamente por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ley natural y de origen de la Empresa Pública Correos del Ecuador CDE EP...”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 08883 de 19 de julio de 2012, este Organismo solicitó al Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, el criterio institucional de esa Secretaría de Estado sobre el tema materia de consulta. Dicho requerimiento ha sido atendido con oficio No. MINTEL-DM-0764 de 3 de agosto de 2012, ingresado el 6 de agosto del presente año.

El informe del Director Nacional Jurídico de la empresa pública consultante, contenido en memorando No. CDE-EP-2012-0223-DIRJURI-LT de 7 de junio de 2012, cita entre otras normas, los artículos 315 y 425 de la Constitución de la República que, en su orden, establecen que el Estado puede crear empresas públicas; y, el orden jerárquico de aplicación de las normas.

El citado informe jurídico invoca además los artículos 4, 5 y 7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que definen a las empresas públicas como entidades que pertenecen al Estado, determinan los procedimientos de creación de empresas públicas y la forma en que se integra su Directorio; así como la Disposición Transitoria Primera de esa Ley Orgánica, que ordena que las empresas públicas o estatales existentes a la fecha de su promulgación, adecuen su organización y funcionamiento a esa Ley.

El Director Nacional Jurídico de la Empresa Pública Correos del Ecuador CDE EP, cita el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 324, publicado en el Registro Oficial No.

184 de 3 de mayo de 2010, que creó esa empresa pública; y, el artículo 5 del mismo Decreto, que determina la forma en que se integra el Directorio de esa empresa pública.

Finalmente, cita los artículos 22 y 23 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que con respecto a las empresas públicas expresamente adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia o a uno de los Ministerios de Estado, y a aquellas empresas públicas que no obstante al no encontrarse formalmente adscritas a dichos órganos, sean controladas por ellos en vista de la presencia de sus delegados, prevén que se registrarán por sus normas de creación y sus respectivos reglamentos “y, en cuanto fuere aplicable, con las disposiciones de este estatuto”.

Respecto a la aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que en su primer inciso establece el plazo de 180 días para que las empresas públicas o estatales existentes, adecuen su organización y funcionamiento a esa Ley; y, que en el segundo inciso, prevé que: “Transcurrido el plazo señalado en el inciso primero de esta disposición transitoria, quedarán derogadas de forma expresa todas las normas que contengan disposiciones de creación o regulación de las empresas a las que se refiere esta Ley...”, el Director Nacional Jurídico de la Empresa Pública Correos del Ecuador, argumenta que:

“...al agotarse el plazo arriba mencionado y emitido el Decreto Ejecutivo No. 324 que crea la Empresa Pública Correos del Ecuador CDE EP, quedaron derogadas en forma expresa todas las normas que contengan disposiciones relativas a la naturaleza jurídica de la Empresa Pública Correos del Ecuador CDE EP”.

Sobre dicha base concluye que:

“...esta Dirección Nacional Jurídica, con fundamento en los preceptos Constitucionales, legales y reglamentarios, particularmente por lo dispuesto en el Art. 22 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), concluye manifestando, que la Empresa Pública Correos del Ecuador CDE EP, no es una entidad y peor un órgano adscrito al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información; sin embargo, en razón de ser una Empresa creada por la Función Ejecutiva, su Directorio se encuentra presidido por el Ministro de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, por ser la actividad específica del giro de su negocio, perteneciente al sector de las Telecomunicaciones, conforme lo dispone el Art. 7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y Art. 5 del Decreto Ejecutivo No. 324”.

Por su parte, el Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, en el oficio No. MINTEL-DM-0764 de 3 de agosto de 2012, al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, cita entre otras normas, los artículos 7 y 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, los cuales determinan la forma en que se integra el Directorio de las empresas creadas por la Función Ejecutiva y las atribuciones de dicho órgano colegiado, así como el artículo 10 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, según el cual las entidades y empresas que conforman la Administración Pública Institucional deben desarrollar sus actividades y políticas de acuerdo a los planes y decisiones del Presidente de la República y de los respectivos ministerios de Estado.

En el mismo oficio se agrega que, de conformidad con el artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 324 de 14 de abril de 2010, que creó la Empresa Pública Correos del Ecuador, corresponde al Ministro de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, presidir el Directorio de esa empresa pública.

Sobre dicha base, el Ministro de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información concluye:

“...es criterio de esta Cartera de Estado, que Correos del Ecuador es una empresa pública creada al amparo de la normativa legal imperante en el Ecuador, sin que se haya determinado que esta sea adscrita; sin embargo, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, en concordancia con lo previsto en el artículo 315 de la Constitución de la República, deberán desarrollar sus actividades y políticas de acuerdo a los planes y decisiones del Presidente de la República y del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información”.

La actual Empresa Pública Correos del Ecuador EP, fue inicialmente creada por el artículo 6 de la Ley General de Correos, con la denominación de “Empresa Nacional de Correos”, como “entidad de derecho público, con personería jurídica, con patrimonio propio, presupuesto especial y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones. Su domicilio principal es la Capital de la República y su duración será indefinida”.

En el anterior marco normativo, establecido por el artículo 249 de la Constitución de 1998 y los artículos 41 y 43 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, según refiere el Ministro de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, el artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 683, dispuso la transformación de la Empresa Nacional de

Correos en compañía anónima. Con posterioridad, mediante Decreto Ejecutivo No. 617, se creó la Unidad Postal adscrita al extinguido CONAM; y, mediante Decreto Ejecutivo No. 371, se sustituyó su denominación por "Correos del Ecuador".

Con Decreto Ejecutivo No. 1858, se expidió el Reglamento de Delegación de Servicios Postales, cuyo artículo 1, confería a la entonces "Correos del Ecuador" el carácter de entidad con autonomía administrativa - financiera, adscrita a la Vicepresidencia de la República del Ecuador.

El artículo 12 del Reglamento de los Servicios Postales, expedido por Decreto Ejecutivo No. 1207, sobre cuya aplicación trata su consulta, ubicado en el Capítulo III "De la prestación del Servicio Postal Público", disponía:

"Art. 12.- Correos del Ecuador, es el Operador Público del Servicio Postal Oficial del Ecuador, entidad de derecho público, con patrimonio propio, con independencia administrativa y financiera, adscrita al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información; su domicilio principal es la capital de la República, con competencia a nivel nacional, será presidida por un Presidente Ejecutivo, quien ejercerá la representación legal de la institución".

De las normas hasta aquí citadas se desprende que, la prestación del servicio público postal estuvo a cargo de las extinguidas Empresa Nacional de Correos, Agencia Postal y Correos del Ecuador, como entidades públicas que a su tiempo tuvieron el carácter de entidades adscritas en su orden, al Ministerio de Obras Públicas, al CONAM, a la Vicepresidencia de la República y al Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información.

El inciso primero del artículo 315 de la actual Constitución de la República, dispone:

"Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas".

En concordancia, el inciso primero del artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, define a las empresas públicas en los siguientes términos:

"Art. 4. DEFINICIONES.- Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía

presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado”.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 5 de la citada Ley Orgánica, prevé que: “La creación de las empresas públicas se hará: 1. Mediante decreto ejecutivo para las empresas constituidas por la Función Ejecutiva”.

Según la letra a) del artículo 7 ibídem, el Directorio de las empresas creadas por la Función Ejecutiva, estará integrado por:

“a) Para el caso de empresas creadas por la Función Ejecutiva:

1. La Ministra o Ministro del ramo correspondiente o su delegado o delegada permanente, quien lo presidirá;
2. El titular del organismo nacional de planificación o su delegada o delegado permanente; y,
3. Un miembro designado por la Presidenta o Presidente de la República.

Los delegados permanentes y el designado por la Presidenta o Presidente de la República deberán acreditar conocimiento y experiencia en el área correspondiente a la actividad de la empresa. Los demás requisitos para la designación se establecerán en el respectivo decreto ejecutivo”.

De las normas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas se desprende que, las empresas públicas son personas jurídicas de derecho público, según el artículo 4 de esa Ley. Las empresas públicas constituidas por la Función Ejecutiva, se crean mediante Decreto Ejecutivo, de conformidad con el numeral 1 del artículo 5 de la Ley; y, los tres miembros que integran el Directorio de las empresas públicas creadas por la Función Ejecutiva, provienen o son delegados del Ejecutivo, según la letra a) del artículo 7 ibídem.

Los dos primeros incisos de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, previeron la adecuación de las empresas estatales existentes a esa nueva Ley, en los siguientes términos:

“PRIMERA.- EMPRESAS PUBLICAS O ESTATALES EXISTENTES:

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

Transcurrido el plazo señalado en el inciso primero de esta disposición transitoria, quedarán derogadas de forma expresa todas las normas que contengan disposiciones de creación o regulación de las empresas a las que se refiere esta Ley señaladas en el indicado inciso y de todas las demás empresas que tengan carácter o naturaleza pública o estatal, en cuanto al régimen aplicable a la constitución, organización, funcionamiento, disolución y liquidación de dichas empresas”.

Nótese que el inciso segundo de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, previó que vencido el plazo de 180 días para que las empresas estatales se adecuen a esa ley, quedaron derogadas las normas referidas a la creación y regulación, constitución, organización, funcionamiento, disolución y liquidación de las empresas públicas o estatales existentes al tiempo de la promulgación de esa Ley Orgánica, en virtud de que dichas materias quedaban sujetas al ámbito de aplicación de la misma.

Al tiempo en que fue promulgada la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la entonces “Correos del Ecuador”, tenía el carácter de entidad autónoma adscrita al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, de conformidad con artículo 12 del Reglamento de los Servicios Postales, reformado por el Art. 22 de Decreto Ejecutivo No. 8, publicado en Registro Oficial No. 10 de 24 de agosto del 2009; por ello, la adecuación de la entonces “Correos del Ecuador” a la nueva Ley Orgánica de Empresas Públicas, observó el procedimiento establecido en el numeral 1 del artículo 5 de esa Ley Orgánica, para la creación de empresas públicas por la Función Ejecutiva mediante Decreto Ejecutivo.

En aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 324, creó la Empresa Pública Correos del Ecuador, disponiendo:

“Art. 1.- Créase la Empresa Pública Correos del Ecuador -CDE E. P.-, como el Operador Público del Servicio Postal Oficial del Ecuador, persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria financiera, económica, administrativa y de gestión con domicilio principal en Quito, Distrito Metropolitano, provincia de Pichincha”.

De conformidad con el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 324, la Empresa Pública de Correos del Ecuador esa empresa “subroga los derechos y obligaciones de Correos del Ecuador. Los activos y pasivos y en general todos los bienes, derechos y obligaciones de Correos del Ecuador extinta por disposición legal, se transfieren en forma total a la empresa pública que mediante este acto se crea”.

El Directorio de la Empresa Pública Correos del Ecuador, según el artículo 5 del Decreto en referencia, se integra de la siguiente manera:

- “1. El Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información o su delegado permanente, quien lo presidirá;
2. El titular del organismo nacional de planificación o su delegado permanente; y,
3. Un miembro designado por el Presidente de la República, en este caso se nombra a la ingeniera Sofía Eugenia Espín Reyes”.

De lo hasta aquí analizado se desprende que, por su creación mediante Decreto Ejecutivo No. 324, en aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, y al amparo del numeral 1 del artículo 5 ibídem, la Empresa Pública Correos del Ecuador CDE EP, es una empresa pública de la Función Ejecutiva. Todos los miembros que integran el Directorio de esa Empresa Pública, según la letra a) del artículo 7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, provienen del Ejecutivo.

Considerando que conforme al Decreto Ejecutivo No. 324 de creación de Correos del Ecuador EP, expedido en armonía con el numeral 1 del artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y lo dispuesto por la Transitoria Primera de esa Ley Orgánica, dicha empresa pública tiene el carácter de persona jurídica de derecho público según el primer inciso del artículo 4 de la citada Ley Orgánica. En consecuencia, la naturaleza jurídica de Correos del Ecuador EP, está determinada por esa Ley Orgánica y el Decreto Ejecutivo No. 324 que la creó.

El citado Decreto Ejecutivo No. 324 que creó la Empresa Pública Correos del Ecuador, no determina que esa empresa pública esté adscrita al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información pero confiere a dicho Secretario de Estado el carácter de miembro y Presidente de su Directorio (numeral 1 de su artículo 5).

El artículo 12 del Capítulo III del Reglamento de Servicios Postales, expedido por Decreto Ejecutivo No. 1207, publicado en el Registro Oficial No. 391 de 29 de julio del año 2008, que confería a la extinguida Correos del Ecuador (actual Empresa Pública Correos del Ecuador) el carácter de entidad de derecho público adscrita al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, dejó de regir según la previsión que en ese sentido establece el segundo inciso de la Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, desde que se expidió el Decreto Ejecutivo No. 324, publicado en el Registro Oficial No. 184 de 3 de mayo de 2010, por el que se creó la Empresa Pública Correos del Ecuador.

OF. PGE. N°: 09465, de 24-08-2012

EMPRESA PÚBLICA DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO: ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

ENTIDAD CONSULTANTE:

EMPRESA CANTONAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE GUAYAQUIL,
ECAPAG

CONSULTA:

“Si la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG, debe adecuar su organización y funcionamiento a las normas previstas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 225 num. 3 y 264 num. 4.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 1, 4, 315 y Disp. Trans. Primera.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización,
COOTAD Art. 137.

Ley N° 08 que crea la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG), R.O. N° 508 de 19-08-1994 Arts. 1 y 2.

Decreto Ley de Emergencia, R. O. N° 508 de 19-08-1994, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

Atenta la materia de la consulta y a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 08276 de 11 de junio de 2012, esta Entidad solicitó al Alcalde del Gobierno Municipal de Guayaquil, la remisión de su criterio institucional, lo que ha sido atendido con oficios Nos. AG-2012-20070 y AG-2012-20385 de 25 y 27 de junio del 2012, respectivamente, ingresados en su orden el 27 de junio y 3 de julio del presente año.

El informe del Director Jurídico de la ECAPAG, contenido en comunicación sin número, que se ha remitido anexa al oficio de consulta, manifiesta que: "ECAPAG de acuerdo con su Ley de Creación contenida en el Decreto Ley No. 08 de agosto 12 de 1994, se ubica entre las instituciones del Estado".

El citado informe invoca el numeral 3 del artículo 225 de la Constitución de la República, según el cual integran el sector público "3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado"; y, el artículo 315 de la Constitución de la República, que regula la creación de empresas públicas.

Sobre dicha base normativa, el Director Jurídico de ECAPAG, argumenta que:

"...en la Constitución vigente coexisten las dos figuras: los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley, para los fines determinados en el artículo 225 y la creación de empresas públicas de acuerdo al artículo 315".

En forma adicional, cita la Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que ordena que las empresas públicas o estatales existentes, adecuen su organización y funcionamiento a las normas de esa Ley; y, la Disposición Transitoria Segunda de esa Ley Orgánica, que regula el régimen de transición aplicable a las sociedades anónimas en las que el Estado a través de sus entidades y organismos es accionista único, mayoritario o minoritario, respectivamente.

Concluye el Director Jurídico de ECAPAG, manifestando que:

"Siendo la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG, una Entidad del sector público creada por Ley, expedida por el Congreso

y que no tiene las características del Régimen Transitorio dispuesto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, antes especificado, no procede que ECAPAG se acoja al régimen transitorio antes señalado”.

El criterio institucional del Subprocurador Síndico de la Municipalidad de Guayaquil, contenido en oficio No. DAJ-2012-08080 de 25 de junio de 2012, que se ha remitido anexo a los oficios Nos. AG-2012-20070 y AG-2012-20385, de 25 y 27 de junio del 2012, manifiesta:

“...comparto el criterio del Director Jurídico de la ECAPAG, es decir que dicha empresa no está comprendida dentro del régimen transitorio establecido en la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

La Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG) fue creada mediante Ley No. 08 publicada en el Registro Oficial No. 508 de 19 de agosto de 1994, cuyo artículo 1 le confiere la calidad de persona jurídica de derecho público. El artículo 2 de la misma Ley, dispone:

“Art. 2.- a) La Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG) tiene como finalidad la provisión, administración y prestación de servicios de agua potable, alcantarillado y drenaje pluvial del Cantón Guayaquil.

b) La Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG) podrá extender la prestación de estos servicios mediante convenios con las Municipalidades de otros Cantones o entes análogos, si así lo decidieren.

c) Los restantes cantones de la Provincia del Guayas, podrán crear otros organismos, empresas mixtas o departamentos de agua potable, asociarse entre si o conformar instituciones para este propósito”.

Según refiere la consulta, el 11 de abril del 2001 ECAPAG suscribió el Contrato de Concesión de los servicios públicos de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil, con la compañía International Water Services (Guayaquil) INTERAGUA C. LTDA., en virtud del cual ésta asumió la administración, operación y prestación de dichos servicios públicos, conservando ECAPAG el control de la concesión, así como la titularidad de las competencias previstas en su Ley de creación.

Por otra parte, de la copia del Convenio de Descentralización celebrado el 29 de noviembre de 2007, entre la Presidencia de la República, la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil (ECAPAG) y la Municipalidad de

Guayaquil que se ha remitido como anexo a la consulta, se desprende que su objeto, según consta en la cláusula segunda es el siguiente:

“SEGUNDA: TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS

Con estos antecedentes, las partes, en el ámbito de sus específicas competencias, acuerdan celebrar el presente convenio de descentralización de competencias, por virtud del cual la Empresa Cantonal de Agua Potable y alcantarillado de Guayaquil, ECAPAG, transfiere total y definitivamente todas sus competencias para la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario y drenaje pluvial del Cantón Guayaquil (que no se asumieron mediante el convenio de transferencia de competencias suscrito el 15 de Abril de 2005), que incluye las obras de infraestructura para la prestación de dichos servicios públicos, así como los recursos materiales, tecnológicos, humanos, financieros, y los de origen tributario de que es titular para el ejercicio de tales competencias según la Ley de creación de dicha empresa, publicada en el Registro Oficial No. 508 de 19 de agosto de 1994. En función de esta transferencia definitiva, la M. I. Municipalidad de Guayaquil, ASUME, en los términos planteados en la demanda de transferencia de competencias presentada el 5 de junio de 2007 y este convenio, de manera total y definitiva las competencias y recursos antes indicados de la ECAPAG, incluyendo los de origen tributario. Así, pues, las competencias que se transfieren y se asumen definitivamente en virtud del presente convenio son las que pertenecen, de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable, a la ECAPAG, en especial las que constan en su Ley de creación publicada en el Registro Oficial No. 508 de 19 de agosto de 1994, y en su Reglamento General, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 569 del 16 de noviembre de 1994.

Así mismo, a través del presente convenio el Presidente Constitucional de la República transfiere definitivamente a la Municipalidad de Guayaquil la específica competencia de que es titular en la ECAPAG, de designar a un delegado al cual le corresponde presidir el Directorio de tal institución. Dicha competencia está establecida en la letra a) del artículo 6 de la LEY DE CREACIÓN DE LA EMPRESA CANTONAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE GUAYAQUIL (ECAPAG), publicada en el Registro Oficial No. 508 del 19 de Agosto de 1994. Por consiguiente, a partir de la suscripción del presente convenio, tal competencia corresponde definitivamente al Concejo Cantonal de Guayaquil, el cual procederá a la designación correspondiente”.

En concordancia, la cláusula cuarta del citado Convenio de Descentralización, estipula que dicho convenio:

“...comprende la transferencia de las obras de infraestructura para la prestación de los servicios públicos cuyas competencias se transfieren, así como comprende los recursos materiales, tecnológicos y humanos de que es titular la ECAPAG, para el ejercicio de las competencias transferidas, dichas obras de infraestructura y recursos materiales y tecnológicos serán de titularidad de la Muy Ilustre Municipalidad de Guayaquil a partir de la firma de este Convenio”.

De las cláusulas transcritas se desprende que, el objeto del Convenio de Descentralización es la transferencia total y definitiva por parte de ECAPAG a la Municipalidad de Guayaquil, de “todas las competencias para la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario y drenaje pluvial”, de las obras de infraestructura para la prestación de los servicios públicos cuyas competencias se transfieren, así como de los recursos materiales, tecnológicos, humanos, financieros, y los de origen tributario que ECAPAG era titular según su Ley de Creación, destinados a financiar el ejercicio de las competencias objeto de la transferencia. Constituye también objeto del Convenio de Descentralización, según su cláusula segunda, la transferencia por parte de la Presidencia de la República al Concejo Cantonal de Guayaquil, de la competencia para designar delegado al Directorio de la ECAPAG.

El numeral 3.3. de la cláusula tercera del Convenio de Descentralización “Obligaciones y Derechos de las Partes”, estipula:

“3.3. La Municipalidad de Guayaquil ejercerá las competencias adquiridas a través de la ECAPAG, y ésta cumplirá rigurosamente las políticas, regulaciones y resoluciones que la Municipalidad de Guayaquil establezca en torno al ejercicio de las competencias transferidas en virtud de este Convenio. Para este efecto, deberá coordinar con la Municipalidad de Guayaquil la ejecución de los trabajos de agua potable y alcantarillado sanitario y pluvial que ejecute en el Cantón. Asimismo entregará a la Municipalidad toda la información, asesoría, expedientes y archivos que requiera para el ejercicio de las competencias que se transfieren por medio del presente convenio”.

Según el numeral 3.1. de la cláusula tercera del Convenio de Descentralización, la Municipalidad de Guayaquil “hará respetar estrictamente el contrato vigente con INTERNATIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA C.LTDA”.

El segundo párrafo de la cláusula cuarta del Convenio de Descentralización, que contiene estipulaciones sobre “Recursos Humanos, Técnicos, Materiales y Equipos que se Transfieren”, prevé lo siguiente:

“Queda precisado que la relación laboral se conserva y mantiene a través de la ECAPAG, pues el ejercicio de las competencias transferidas en todos los ámbitos, incluido el tributario y la incidencia de éste en el cumplimiento del contrato de concesión, se realiza a través de la ECAPAG. En función de lo anterior, las transacciones financieras, administrativas, contables y de todos los órdenes que han venido ejecutando la ECAPAG, continuarán realizándose por parte de dicha empresa cantonal, sin perjuicio de las atribuciones que le corresponden a la Municipalidad de Guayaquil, en razón de este Convenio”.

En similar sentido, el numeral 5.2 de la cláusula quinta “Plazo de inicio” del Convenio de Descentralización, estipula que:

“5.2. Las competencias y recursos que en forma definitiva e incondicional se transfieren cambian de titular a partir de la firma del presente convenio, sin perjuicio de que la administración de dichos recursos se ejercerá a través de la ECAPAG”.

De las cláusulas del Convenio de Descentralización que se han citado, se desprende que, las competencias que le fueron transferidas a la Municipalidad de Guayaquil, se administran por la ECAPAG; y, que, la Municipalidad se comprometió a respetar el contrato de concesión suscrito con Interagua Cía. Ltda.

La materia de la consulta exige considerar que, a partir de la promulgación de la vigente Constitución de la República, de conformidad con el numeral 4 de su artículo 264, es competencia exclusiva de las municipalidades, “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”.

En concordancia, con respecto al ejercicio de las competencias relacionadas con la prestación de servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado, saneamiento, el artículo 137 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) dispone:

“Art. 137.- Ejercicio de las competencias de prestación de servicios públicos.- Las competencias de prestación de servicios públicos de agua potable, en todas sus fases, las ejecutarán los gobiernos autónomos descentralizados municipales con sus respectivas normativas y dando cumplimiento a las regulaciones y políticas nacionales establecidas por las autoridades correspondientes. Los servicios que se presten en las parroquias rurales se deberán coordinar con los gobiernos autónomos descentralizados de estas jurisdicciones territoriales y las organizaciones comunitarias del agua existentes en el cantón.

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales planificarán y operarán la gestión integral del servicio público de agua potable en sus respectivos territorios, y coordinarán con los gobiernos autónomos descentralizados regional y provincial el mantenimiento de las cuencas hidrográficas que proveen el agua para consumo humano. Además, podrán establecer convenios de mancomunidad con las autoridades de otros cantones y provincias en cuyos territorios se encuentren las cuencas hidrográficas que proveen el líquido vital para consumo de su población.

Los servicios públicos de saneamiento y abastecimiento de agua potable serán prestados en la forma prevista en la Constitución y la ley. Se 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 lo comunitario. Cuando para la prestación del servicio público de agua potable, el recurso proviniera de fuente hídrica ubicada en otra circunscripción territorial cantonal o provincial, se establecerán con los gobiernos autónomos correspondientes convenios de mutuo acuerdo en los que se considere un retorno económico establecido técnicamente.

Las competencias de prestación de servicios públicos de alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, y actividades de saneamiento ambiental, en todas sus fases, las ejecutarán los gobiernos autónomos descentralizados municipales con sus respectivas normativas. Cuando estos servicios se presten en las parroquias rurales se deberá coordinar con los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales.

La provisión de los servicios públicos responderá a los principios de solidaridad, obligatoriedad, generalidad uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. Los precios y tarifas de estos servicios serán equitativos, a través de tarifas diferenciadas a favor de los sectores con menores recursos económicos, para lo cual se establecerán mecanismos de regulación y control, en el marco de las normas nacionales.

De manera complementaria y sin perjuicio de lo anterior, los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales gestionarán, coordinarán y administrarán los servicios públicos que le sean delegados por los gobiernos autónomos descentralizados municipales. Vigilarán con participación ciudadana la ejecución de las obras de infraestructura y la calidad de los servicios públicos existentes en su jurisdicción.

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales realizarán alianzas con los sistemas comunitarios para gestionar conjuntamente con las juntas administradoras de agua potable y alcantarillado existentes en las áreas rurales de su circunscripción. Fortaleciendo el funcionamiento de los sistemas comunitarios. Los gobiernos autónomos descentralizados municipales podrán delegar las competencias de gestión de agua potable y alcantarillado a los gobiernos parroquiales rurales.

Todas las instancias responsables de la prestación de los servicios deberán establecer mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de los consumidores y consumidoras; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que, la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil fue creada como entidad de derecho público, según el artículo 1 del Decreto Ley de Emergencia, publicado en el Registro Oficial No. 508 de 19 de agosto de 1994; que su objeto, según el artículo 2 de la misma Ley, fue la prestación de los servicios públicos de agua potable; y, que, actualmente es competencia exclusiva de las Municipalidades la prestación de los servicios de agua potable, de conformidad con el numeral 4 del artículo 264 de la Constitución de la República y artículo 137 del COOTAD, competencias que le fueron transferidas por la ECAPAG a la Municipalidad de Guayaquil, mediante Convenio de Descentralización suscrito el 29 de noviembre de 2007.

En consecuencia, la Municipalidad de Guayaquil es titular de las competencias para la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario y drenaje pluvial del Cantón Guayaquil, competencias que ejerce a través de ECAPAG, según el numeral 3.3. de la cláusula tercera del Convenio de Descentralización antes citado.

En cuanto se refiere a las empresas públicas, el primer inciso del artículo 315 de la Constitución de la República, dispone:

“Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas...”.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, determina el ámbito de aplicación de esa Ley, previendo que sus disposiciones "...regulan la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República".

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

La Disposición Transitoria Segunda de la citada Ley Orgánica de Empresas Públicas, regula el régimen transitorio aplicable a las sociedades anónimas en las que el Estado fuere accionista único, mayoritario o minoritario, lo cual no es aplicable a ECAPAG, que no tiene carácter societario sino de entidad de derecho público, según el artículo 1 de su Decreto de Creación.

Los dos primeros incisos de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, son del siguiente tenor:

"PRIMERA.- EMPRESAS PUBLICAS O ESTATALES EXISTENTES:

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

Transcurrido el plazo señalado en el inciso primero de esta disposición transitoria, quedarán derogadas de forma expresa todas las normas que contengan disposiciones de creación o regulación de las empresas a las que se refiere esta Ley señaladas en el indicado inciso y de todas las demás empresas que tengan carácter o naturaleza pública o estatal, en cuanto al régimen aplicable a la constitución, organización, funcionamiento, disolución y liquidación de dichas empresas.”

El primer inciso de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, contiene una norma que ordena en forma imperativa la adecuación de las empresas públicas o estatales existentes, a la nueva Ley.

La referencia contenida en la citada Transitoria, a las empresas estatales (creadas por Ley u Ordenanza) “tales como Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR; Empresa de Ferrocarriles Ecuatorianos (EFE); Correos del Ecuador; las empresas municipales, entre otras” no es taxativa sino ejemplificativa, según se desprende de la expresión “entre otras”.

En consecuencia, para continuar operando las empresas públicas existentes antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se deben adecuar a las disposiciones de esa Ley, conforme prescribe en forma imperativa su Transitoria Primera.

En virtud de lo expuesto, toda vez que la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil ECAPAG tiene el carácter de persona jurídica de derecho público según el artículo 1 de su Decreto Ley de Creación, publicado en el Registro Oficial No. 508 de 19 de agosto de 1994, y, por tanto se adecua al presupuesto establecido en la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se concluye que ECAPAG, para seguir operando debe adecuar su organización y funcionamiento a las normas previstas en la referida Ley Orgánica de Empresas Públicas.

OF. PGE. N°: 09120, de 01-08-2012

**EMPRESAS PÚBLICAS:
JUECES COMPETENTES PARA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES**

ENTIDAD CONSULTANTE:
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE ASEO DE MACHALA, EMAM EP

CONSULTAS:

1. "¿Es legal y procedente que la Administración y Gestión del Talento Humano de la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala, se rija por la normativa que para el efecto expida el Directorio de la Entidad, en aplicación a lo prescrito en el inciso segundo del Art. 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas?"
2. "En caso de ser afirmativa la respuesta a la consulta anterior ¿Quiénes son los jueces competentes para resolver las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre la empresa y sus servidores de carrera u obreros?"
3. "Si conforme lo establece el Art. 17 inciso primero el nombramiento, contratación y optimización del talento humano se atenderá a los principios y políticas establecidas en esta ley, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública. ¿Cuál sería el porcentaje del aporte personal al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los servidores indicados en los numerales 1 y 2 del Art. 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 229, 315 y 425.
Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 17, 18, 19 num. 1 y 2.
Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 31, 32, 56, 57 y 83 lit. k).
Código del Trabajo Art. 568.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En la comunicación de consulta se manifiesta que, mediante oficio circular No. MRL-CT-2012-EDT 6482 de 10 de septiembre de 2012, el Subsecretario de Evaluación y Control Técnico del Servicio Público, "(...) puntualiza algunas disposiciones legales que deben cumplirse en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público".

Adjunto a la consulta se han remitido copias certificadas del oficio circular previamente referido, del cual se desprende que, el Ministerio de Relaciones Laborales comunicó el inicio de la campaña "Servicio Público Digno", con el fin de verificar el cumplimiento de la LOSEP; así como del oficio circular No. 2779 de 16 de diciembre de 2011, suscrito por el Viceministro del Servicio Público, referido a las normas que regulan los contratos de servicios ocasionales, contenidas en la LOSEP.

El informe de la Asesora Jurídica de la Entidad consultante, que consta en oficio No. 92-AJ-EMAM-EP-2012 de 8 de noviembre de 2012, refiere que la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala se creó por el Concejo Cantonal mediante Ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 232 de 9 de julio de 2010.

El informe cita el artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y manifiesta: "(...) considero procedente que de forma facultativa el Directorio, expida las normas internas propias de la Empresa, con la finalidad de administrar, regular, controlar y gestionar las relaciones laborales generadas entre la EMAM EP y su Talento Humano; pudiendo el Ministerio de Relaciones Laborales, conforme los principios previstos en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, realizar un control posterior (...)".

Respecto del régimen jurídico aplicable a los servidores públicos, el artículo 229 de la Constitución de la República, dispone:

"Art. 229.- 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.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia".

El inciso final del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), establece que el ámbito de aplicación de esa Ley incluye a toda la administración pública, para el caso de las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, prescribe que se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Concordante, la letra k) del artículo 83 de la referida LOSEP, excluye del sistema de la carrera del servicio público al personal de las empresas sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Por su parte, los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ubicados en su Título IV "Gestión del Talento Humano de las Empresas Públicas", prevén que la designación y contratación de personal de las empresas públicas se realizará conforme a los principios y políticas establecidas en dicha Ley, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública.

Conforme al artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las modalidades de designación y contratación del talento humano 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".

Sobre idéntica base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 11004 de 11 de diciembre de 2012, concluí que:

"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 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que cita el criterio institucional, dispone:

"Art.17.- NOMBRAMIENTO, CONTRATACION Y OPTIMIZACION 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.

Por lo menos un cuatro por ciento del talento humano de las empresas públicas deberá ser personal con capacidades especiales acreditado por el Consejo Nacional de Discapacidades.

La autoridad nominadora previo informe motivado podrá realizar los cambios administrativos del personal dentro de una misma jurisdicción cantonal, conservando su nivel, remuneración y estabilidad. De tratarse de cambios administrativos a jurisdicciones distintas de la cantonal, se requerirá consentimiento expreso del obrero o servidor.

En las empresas públicas se incorporará preferentemente a personal nacional para su desempeño en las áreas técnicas y administrativas.

El Ministerio de Relaciones Laborales, a través de firmas externas especializadas realizará el control posterior (ex post) de la administración del recurso humano y remuneraciones conforme a las normas y principios previstos en esta Ley y las demás normas que regulan la administración pública. El informe de dicha firma será puesto en conocimiento del Directorio, para que éste disponga las medidas correctivas que sean necesarias, de ser el caso”.

Conforme se desprende de su texto, el artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, confiere al Directorio de la empresa pública, competencia para regular los mecanismos de selección, ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones del personal, considerando los requerimientos empresariales de cada cargo, previendo en forma expresa que, al efecto se atiendan los principios y políticas establecidos en esa Ley, el Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública.

Similar previsión consta en el inciso final del citado artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que asigna al Ministerio de Relaciones Laborales, atribución

para efectuar el control posterior de la administración del recurso humano y remuneraciones en las empresas públicas, "conforme a las normas y principios previstos en esta Ley y las demás normas que regulan la administración pública".

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 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.

El primer inciso del artículo 425 de la Constitución de la República, dispone que: "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos".

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.

2. El criterio institucional cita el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y sobre su base concluye que "(...) para efectos de la competencia y del procedimiento respecto a las controversias de las relaciones laborales generadas entre la EMAM EP con su talento humano, deberán ser conocidas y resueltas por los jueces de trabajo (...)".

De acuerdo con los artículos 29 y 32 de la citada Ley Orgánica de Empresas Públicas, las controversias que se originaren en las relaciones laborales entre las empresas públicas y el personal que labora en ellas, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo; mientras que, en su artículo 33 dispone que, en

materia de administración del talento humano, se estará a lo que dispone la Codificación del Código del Trabajo en lo relativo a la contratación individual.

La Corte Constitucional en la parte resolutive de la Sentencia No. 007-11-SCN-CC, 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 del Servicio Público, pues esta última en los artículos 3 inciso final, 56 penúltimo inciso, 57 último inciso y 83 literal k ha reconocido el régimen propio y especial del personal de empresas públicas”.

Por lo expuesto, toda vez que el tema materia de consulta ha sido resuelto por la sentencia de la Corte Constitucional, previamente citada, este Organismo se abstiene de emitir pronunciamiento.

3. El criterio de la asesora jurídica de la empresa pública consultante, expone que “(...) en aplicación del artículo 31 y 32 de la LOSEP, considero que es legalmente procedente y oportuno que para efectos del porcentaje de aportación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se considere el aporte personal del 9,35% para todo el recurso humano que labora y trabaja en la Empresa (...).”

Por su parte, el criterio del Procurador General del IESS encargado, contenido en oficio No. 64000000-5732 TR 208205 de 22 de noviembre de 2012, cita las Disposiciones Primera y Tercera de la Resolución No. 261 del Consejo Directivo del IESS, de 27 de mayo de 2009, que contiene la consolidación de las tablas de distribución de las tasas de aportación a ese Instituto, tanto personales como patronales.

Sobre dicha base, concluye el criterio institucional del IESS que, respecto de los servidores sujetos a la carrera administrativa y de libre designación y remoción que, “(...) el aporte personal es de 11.35% de la remuneración mensual del

servidor público.”; mientras que, “(...) los contratos individuales 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, la Disposición Primera ibídem, establece: ‘De los trabajadores del sector privado bajo relación de dependencia, así como de los miembros del clero secular’, el aporte personal es del 9,35% del salario básico unificado del trabajador en general”.

La Resolución No. 261 a la que se refiere el criterio del IESS, publicada en el Registro Oficial No. 615 de 18 de junio de 2009, consolida las tablas de distribución de las tasas de aportación al IESS; y, su artículo 1 contiene las siguientes disposiciones:

“Primera.- De los trabajadores del sector privado bajo relación de dependencia, así como de los miembros del clero secular”.

CONCEPTOS	PERSONAL	PATRONAL	TOTAL
SEGURO DE INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE (12 pensiones mensuales, decimotercera, decimocuarta y auxilio de funerales)	6,64	3,10	9,74
SEGURO DE SALUD (enfermedad y maternidad del seguro general, subsidio económico del seguro general, atenciones de salud por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, órtesis y prótesis)	0,00	5,71	5,71
SEGURO DE RIEGOS DEL TRABAJO (Subsidios, indemnizaciones, 12 pensiones mensuales, decimotercera, decimocuarta, promoción y prevención)	0,00	0,55	0,55
SEGURO DE CESANTIA	2,00	1,00	3,00
SEGURO SOCIAL CAMPESINO	0,35	0,35	0,70
GASTOS DE ADMINISTRACIÓN	0,36	0,44	0,80
TOTAL APORTES	9,35	11,15	20,50

“(…) Tercera.- De los servidores públicos, incluido el magisterio y los funcionarios y empleados de la Función Judicial o de otras dependencias que prestan servicios públicos, mediante remuneración variable, en forma de aranceles o similares”.

CONCEPTOS	PERSONAL	PATRONAL	TOTAL
SEGURO DE INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE (12 pensiones mensuales, decimotercera, decimocuarta y auxilio de funerales)	8,64	1,10	9,74
SEGURO DE SALUD (enfermedad y maternidad del seguro general, subsidio económico del seguro general, atenciones de salud por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, órtesis y prótesis)	0,00	5,71	5,71
SEGURO DE RIEGOS DEL TRABAJO (Subsidios, indemnizaciones, 12 pensiones mensuales, decimotercera, decimocuarta, promoción y prevención)	0,00	0,55	0,55
SEGURO DE CESANTIA	2,00	1,00	3,00
SEGURO SOCIAL CAMPESINO	0,35	0,35	0,70
GASTOS DE ADMINISTRACIÓN	0,36	0,44	0,80
TOTAL APORTES	11,35	9,15	20,50

De acuerdo con las disposiciones y tablas transcritas, el aporte personal al IESS de los trabajadores del sector privado, es del 9,35%, mientras que el porcentaje de aportación al IESS de los servidores públicos es del 11,35%.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, los empleados y obreros de las empresas públicas están sujetos al régimen establecido en el Código del Trabajo, sin embargo son servidores públicos en los términos que establece el tercer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República, por lo que los aportes personales que dichos servidores deben acreditar son del 11,35% conforme a la Disposición Tercera del artículo 1 de la Resolución 261 del IESS, publicada en el Registro Oficial No. 615 de 18 de junio de 2009.

OF. PGE. N°: 11163, 20-12-2012

GARANTÍA DEL ANTICIPO NO DEVENGADO: EJECUCIÓN DE PAGO

ENTIDAD CONSULTANTE:
MUNICIPIO DE GUAYAQUIL

CONSULTA:

“¿El artículo 83 numeral 3 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 622 de 19 de julio de 2002 tiene el alcance jurídico para que los entes contratantes devuelvan a las compañías de seguro emisoras de pólizas de buen uso del anticipo que han pagado a los entes públicos ejecutores de las correspondientes garantías el reajuste de precios negativo del anticipo no devengado de los correspondientes contratistas que firmaron los contratos al amparo de la Ley de Contratación Pública, declarados incumplidos y que requeridos oportunamente por los entes contratantes de acuerdo con la invocada norma no devolvieron el anticipo no devengado; o por ser parte del anticipo no devengado por los contratistas declarados incumplidos no cabe su devolución, pues existe plena causa económica jurídica para el pago realizado por las pertinentes compañías de seguro a los entes contratantes?”

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 94.
Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Art. 3.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 76.
Ley de Contratación Pública Arts. 83 num. 3, 105 (derogada) y 83 num. 3, 85, 88, 92, 93, 109 y 111 de su Reglamento Sustitutivo (derogada).
Ley General de Seguros Art. 44.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe del Procurador Síndico de esa Municipalidad, contenido en oficio No. DAJ-2012-07262 de 5 de junio del 2012, en lo principal señala lo siguiente:

“a) El Derecho Público ecuatoriano en materia de contratación pública ha establecido con tradición que los recursos que el ente contratante entrega por concepto de anticipo al contratista tengan el respaldo de la llamada garantía de buen uso del anticipo. Tal exigencia se plantea, obviamente, en consideración a que tales recursos que se entregan a título de anticipo, son recursos públicos...”

b) Como se sabe, en el período que media entre la adjudicación y la firma del contrato público es posible que se produzca el incremento de precios de uno o varios componentes que estructuran los costos unitarios de los rubros contractuales, en razón de lo cual el monto del anticipo es reajustado....

c) El tratamiento jurídico de las garantías de los contratos públicos en cuanto a su ejecución estaba regulado con precisión en el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 622 de 19 de julio de 2002. Esta normativa definía en el artículo 83 No 3 que la garantía de buen uso del anticipo se ejecuta cuando efectuada la liquidación del contrato y requerido el contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciera.

d) La garantía que respalda el buen uso del anticipo entregado al contratista público por parte del ente contratante comprende los reajustes de precios correspondientes, siendo posible que el reajuste sea positivo o negativo ... Por lo mismo es irrelevante jurídicamente si el correspondiente reajuste es positivo o negativo, pues lo de fondo, lo que justifica la ejecución de la póliza ante la respectiva compañía de seguros es la no devolución del anticipo no amortizado por parte del contratista oportunamente requerido, de acuerdo con el citado artículo 83 numeral 3”.

En base de los argumentos antes señalados, el Procurador Síndico Municipal, en el oficio No. DAJ-2012-07262 de 5 de junio de 2012, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En función de lo expuesto, es mi criterio que tanto el reajuste positivo como el negativo están comprendidos en las pólizas de seguros de buen uso del anticipo, y por lo mismo si tal reajuste –positivo o negativo- se paga por parte de la correspondiente compañía de seguros, ante el requerimiento del correspondiente contratante ante la falta de pago por parte del oportunamente requerido contratista, de acuerdo con el artículo 83 numeral 3 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, el reajuste negativo no debe ser devuelto por la entidad contratante a la compañía de seguros emisora de la póliza, pues tiene plena causa jurídica – económica. Es decir el alcance del artículo 83 numeral 3 del Reglamento antes indicado no cubre la posibilidad de tal devolución del reajuste negativo. No tiene sentido alguno”.

Con relación al numeral 3 del artículo 83 de la Ley de Contratación Pública, que menciona en su consulta, la Procuraduría General del Estado se pronunció anteriormente, según consta del oficio No. 07336 de 11 de abril de 2012, en atención

de una consulta formulada por el propio Municipio de Guayaquil mediante oficio No. AG-2011-41734 de 15 de diciembre de 2011. El indicado pronunciamiento concluyó en los siguientes términos:

“Del análisis que precede se concluye que, atento el carácter de recursos públicos que tienen los valores entregados como anticipo a los contratistas, según los artículos 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la ejecución de la garantía que los afianza, procede cuando el anticipo no hubiera sido devengado en su totalidad, y por tanto puede producirse en los siguientes escenarios:

a) Como consecuencia de la declaración de terminación unilateral y anticipada por parte de la entidad contratante, que según el artículo 105 de la derogada Ley de Contratación Pública (94 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), da lugar a la liquidación de las obligaciones de las partes, en el estado en que se encuentren, debiéndose incluir en la liquidación final del contrato, de ser el caso, el monto del anticipo que no hubiere sido devengado; y,

b) En los demás casos de terminación normal o anormal del contrato, cuando hubieren valores no devengados del anticipo que se determinaren en la liquidación final del contrato y que el contratista no devolviera luego de ser requerido por la entidad contratante, según el numeral 3 del artículo 83 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, los artículos 111 y 117 *ibidem* y 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Es pertinente reiterar que, los valores entregados por concepto de anticipo a los contratistas, son recursos públicos de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que no pierden esa calidad hasta ser totalmente devengados, según el artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, lo que determina la obligación legal de la entidad contratante de recuperar dichos recursos en todo caso en que el anticipo no se hubiere devengado, independientemente de la forma en que el contrato hubiere terminado.

En consecuencia, en cualquier caso en que el contrato termine, se habilita a la entidad contratante a ejecutar la garantía del anticipo, siempre que éste no hubiere sido totalmente devengado, por lo que la terminación unilateral no es el único caso ni constituye requisito para solicitar la ejecución de la garantía por tal concepto, sino que procede siempre que se dé por terminado el contrato, cuando el contratista no ha devengado la totalidad del anticipo. Huelga decir que, para la terminación del contrato deberá observarse el procedimiento que corresponda, según la causa que la motive”.

La consulta que atiende se halla referida a la procedencia de que se devuelvan a las compañías de seguros, emisoras de pólizas de buen uso del anticipo, que han pagado dicha garantía a los entes públicos contratantes, cuando los contratistas declarados incumplidos y que fueron requeridos, no devolvieron el anticipo no devengado.

Conforme ha quedado señalado en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 07336 de 11 de abril de 2012, antes citado, "... en cualquier caso en que el contrato termine, se habilita a la entidad contratante a ejecutar la garantía del anticipo, siempre que éste no hubiere sido totalmente devengado", por lo que una vez terminado un contrato, de conformidad con la derogada Ley de Contratación Pública, que regía cuando se celebraron los contratos que motivan su consulta, procedía la liquidación final del contrato, en los términos dispuestos en el Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública, que preveía:

"Art. 111.- Liquidación final del contrato.- En la liquidación económico - contable del contrato, se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores que haya recibido el contratista, los que queden por entregársele o los que le deban ser deducidos o deba devolver, por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. A este efecto, podrá procederse a las compensaciones a que hubiere lugar.

Si no hubiere acuerdo para efectuar la liquidación del contrato, se procederá en conformidad con los artículos 83 y 84 de la ley.

Esta liquidación final será parte del acta de recepción definitiva.

Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la liquidación. Vencido este término, causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada".

De la norma previamente transcrita, se desprende que en la liquidación económico - contable del contrato, se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores que haya recibido el contratista, los que queden por entregársele o los que le deban ser deducidos o deba devolver, por cualquier concepto, y que la liquidación final será parte del acta de recepción definitiva, cuyo contenido estaba determinado en el artículo 109 del Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública.

A su vez, añadía el último inciso del artículo 111 del Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública que los valores liquidados deberán

pagarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la liquidación, cumplidos los cuales causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada.

El artículo 117 del Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública, respecto de la terminación y liquidación de contratos, preveía:

“Art. 117.- Terminación y liquidaciones de contratos.- En toda terminación de contrato deberán efectuarse las recepciones correspondientes y la liquidación de aquél, en la forma dispuesta en este reglamento, exceptuados los casos de terminación de contratos sujetos a la resolución del Juez competente, evento en el cual las liquidaciones se realizarán judicialmente”.

De lo dicho se desprende que, salvo la terminación dispuesta por un juez, en cualquier otro caso de terminación de un contrato, bajo la legislación aplicable a la fecha de suscripción de los contratos a los que se refiere su consulta, proceden las recepciones correspondientes y la liquidación del mismo, en la que se aplicarán los reajustes correspondientes, por disposición del artículo 111 del Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública.

Por su parte, el artículo 85 del Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública, con relación al reajuste de precios, al que también se refiere su consulta y en los contratos que se haya estipulado, debe ser considerado para efectos de la liquidación final del contrato, según preveía:

“Art. 85.- SISTEMA DE REAJUSTE.- Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios a que se refiere esta ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios previsto en este capítulo”.

El artículo 88 del mismo cuerpo legal, respecto de los índices para el reajuste preveía lo siguiente:

“Art. 88.- INDICES.- Para la aplicación de las fórmulas, los precios e índices de precios serán proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), mensualmente, dentro de los diez días del mes siguiente, de acuerdo con su propia reglamentación.

Si por la naturaleza del contrato, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos no pudiere proporcionar los precios e índices de precios, la respectiva entidad solicitará

al INEC la calificación de aquellos, tomándolos de publicaciones especializadas. El INEC, en el término de diez días contado desde la recepción de la solicitud, calificará la idoneidad de los precios e índice de precios de dichas publicaciones especializadas propuestas. En caso de que dicho instituto no lo haga en el término señalado, se considerarán calificados tales precios e índice de precios, para efectos de su inclusión en la fórmula polinómica, bajo su responsabilidad”.

Sobre la aplicación del reajuste, los artículos 92 y 93 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General a la derogada Ley de Contratación Pública ordenan, respectivamente:

“Art. 92.- Procedimiento para el cálculo del reajuste.- El valor del anticipo y de las planillas calculadas a los precios contractuales de la oferta y descontada la parte proporcional del anticipo, de haberlo pagado, será reajustado multiplicándolo por el coeficiente de reajuste que resulte de aplicar, en la fórmula o fórmulas de reajuste, los precios o índices de precios correspondientes al mes de pago del anticipo o de la planilla.

Art. 93.- Reajuste de precios y grado de cumplimiento.- Con el objeto de determinar el cumplimiento del cronograma de trabajos para efectos de reajuste de precios, se considerarán los valores de los trabajos ejecutados en cada período previsto, en relación con los valores parciales programados en el último cronograma aprobado. La diferencia no ejecutada por causas no imputables al contratista será reajustada una vez ejecutada con los índices correspondientes al mes en que se efectúe la liquidación y pago de esa parte de obra.

En caso de mora o retardo total o parcial imputable al contratista, una vez que se hayan ejecutado los trabajos, su reajuste se calculará con los índices correspondientes al mes que debió ejecutarlos conforme al cronograma vigente.

En caso de mora de la entidad en el pago de planillas, éstas se reajustarán hasta la fecha en que se las cubra, por lo cual no causarán intereses”.

De las normas de la derogada Ley de Contratación Pública, previamente citadas, se desprende que el reajuste de precios procedía en contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios a que se refiere esta ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios y que para la aplicación de la fórmula polinómica se debían utilizar los precios e índices de precios del INEC correspondientes al mes siguiente de aquel en que se hubieren presentado las planillas. Es decir, que el reajuste parte de la premisa que haya existido variación de

los precios unitarios estipulados en el contrato y la fecha en que dicha variación se ha producido, según dispone el antes citado artículo 93 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, que no prevé ni califica al reajuste como positivo o negativo, sino que se limita a establecer las circunstancias en que procede (variación de costos), evento en el que dispone que el reajuste se calcule sobre la base de los precios o índices de precios establecidos por el INEC, según el artículo 88 del Reglamento.

Con motivo de la consulta formulada por el Alcalde del Cantón Cayambe, respecto del “reajuste de precios negativo”, la Procuraduría General del Estado en pronunciamiento contenido en el oficio No. 17283 de 27 de octubre de 2010, ha señalado que:

“La vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, no prevén en forma expresa, como lo hace la legislación colombiana por ejemplo, el principio de la revisión de los precios o reajuste a favor de la Administración; sin embargo, conforme se acaba de analizar, las disposiciones de la Ley que rige esta materia, en tanto prevén el reajuste de precios, son generales y por tanto no se puede concluir que el reajuste beneficia únicamente al contratista”.

La premisa anterior es igualmente aplicable a los contratos celebrados durante la vigencia de la derogada Ley de Contratación Pública, como el caso que motiva su consulta.

De lo expuesto, se establece que, en los contratos celebrados al amparo de la Ley de Contratación Pública, procede el reajuste de los precios unitarios estipulados en el contrato, siempre que exista variación en los costos de los precios unitarios estipulados en el contrato, conforme lo prevé el artículo 93 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública; y en consecuencia, si dicho reajuste beneficia a la entidad contratante, se deberá incluir en la liquidación del contrato su valor, que debe deducirse al contratista, conforme lo dispone el artículo 111 del Reglamento a la derogada Ley de Contratación Pública; y, una vez efectuada la liquidación del contrato, en caso de que el contratista ha sido requerido de devolver los valores no devengados del anticipo no lo hiciere, la entidad contratante se halla habilitada a ejecutar la garantía de buen uso del anticipo, según consta del pronunciamiento contenido en el oficio No. 07336 de 11 de abril de 2012.

En el contexto hasta aquí analizado, cabe referirse al artículo 69 de la derogada Ley de Contratación Pública, que respecto de la garantía del anticipo, disponía:

“Si por la forma de pago establecida en el contrato, la entidad debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dineros, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente los bienes...”.

En el mismo sentido, el artículo 75 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, en el artículo 139 de su Reglamento se dispone que “la amortización del anticipo se realizará en cada planilla de avance, descontando de ellas, el porcentaje de anticipo contractual que haya sido entregado...”.

El numeral 3 del artículo 83 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la derogada Ley de Contratación Pública, que cita en su consulta, dispone lo siguiente:

“Art. 83.- Ejecución de garantías.- Las garantías previstas en la ley se ejecutarán en los casos contemplados por ella, con sujeción a las siguientes normas:...

3. La garantía de anticipo será ejecutada cuando, efectuada la liquidación del contrato y requerido el contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciera;”.

La norma reglamentaria antes citada, determina que la garantía de buen uso del anticipo se ejecuta cuando al efectuar la liquidación del contrato y requerido el contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciera. Es decir, que ante la negativa del contratista de devolver el monto no devengado del anticipo, el garante o fiador cumple con esa obligación.

Las garantías que corresponden rendir al contratista en forma previa a la suscripción del contrato se pueden otorgar en cualquiera de las formas previstas en el artículo 73 de la derogada Ley de Contratación Pública, entre otras, la póliza de seguro, que refiere en su consulta.

Con relación al tema, el artículo 43 de la Ley General de Seguros establece que la empresa de seguros, dentro de su actividad, está facultada, previa autorización del Superintendente de Bancos y Seguros, para otorgar mediante la emisión de pólizas, por cuenta de terceros, a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, fianzas o garantías cuyo otorgamiento no esté prohibido por ley.

Los incisos primero, segundo, tercero y cuarto del artículo 44 de la citada Ley General de Seguros, disponen:

“Art. 44.- El afianzado está obligado a mantener en vigencia la póliza, de acuerdo a las disposiciones legales o contractuales a las que accede, hasta el total cumplimiento de las obligaciones garantizadas.

La responsabilidad de la empresa de seguros no excederá de la suma máxima asegurada indicada en la póliza o sus anexos.

En ningún caso la empresa de seguros podrá obligarse a más de lo que deba el afianzado. De igual manera, el riesgo asegurado deberá constar en forma clara y determinada sin que pueda extenderse la cobertura a otras obligaciones que por ley o contrato tenga el afianzado.

En las fianzas por anticipos, la suma asegurada se reducirá a medida que se los vaya devengando”.

En igual sentido, el artículo 69 de la derogada Ley de Contratación Pública, preveía que “... el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente los bienes...” (artículos 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 139 de su Reglamento).

Con relación al equilibrio que debe existir entre la indemnización que paga la aseguradora y el patrimonio del beneficiario de la póliza, el tratadista argentino Carlos Alberto Ghersi señala lo siguiente:

“La idea central es que el asegurado o beneficiario repare su patrimonio que ha sido dañado por la ocurrencia del siniestro y no que, a través de éste se enriquezca de manera indebida... Nosotros agregaríamos incausadamente en términos de valores relacionados (la base de la contratación de seguro es la idea de mantener incólume el patrimonio a pesar del siniestro; desde el análisis económico del derecho, es una típica indemnización por método sustitutivo)”.

De conformidad con el artículo 69 de la derogada Ley de Contratación Pública, en concordancia con el inciso cuarto del artículo 44 de la Ley General de Seguros, se desprende que la garantía de buen uso del anticipo se reduce en la medida en que se devenga el anticipo y por lo tanto en el evento de que se ejecute esta garantía

al amparo del numeral 3 del artículo 83 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la derogada Ley de Contratación Pública, dicha ejecución debe efectuarse en el monto del anticipo no devengado y reajustado en los contratos en que se haya previsto reajuste de precios, ya que si se ejecuta en un valor mayor al que adeuda el contratista por concepto de anticipo no devengado, la entidad contratante habría cobrado en exceso.

Como quedó señalado en líneas anteriores, la liquidación de un contrato celebrado al amparo de la Ley de Contratación Pública, procede en cualquier caso de terminación del mismo, conforme prevé el artículo 117 del Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública; en la liquidación se deben considerar los reajustes correspondientes, según dispone el artículo 111 del mismo Reglamento. Cuando hubieren valores no devengados del anticipo que se determinaren en la liquidación final del contrato y que el contratista no devolviera luego de ser requerido por la entidad contratante, procede la ejecución de la garantía de buen uso del anticipo, según el numeral 3 del artículo 83 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la también derogada Ley de Contratación Pública.

Del análisis jurídico que precede se concluye que, una vez practicada la liquidación final del contrato, e incluidos en ella los reajustes que correspondan conforme dispone el artículo 111 del Reglamento General Sustitutivo de la Ley de Contratación Pública, procede la ejecución de la garantía del anticipo según el numeral 3 del artículo 83 del citado Reglamento, por el valor no devengado del anticipo determinado en la liquidación y no devuelto por el contratista, afianzado por la respectiva póliza conforme al inciso final del artículo 44 de la Ley General de Seguros. En consecuencia, el proceso de liquidación y reajuste debe ser anterior a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el valor no devengado.

La liquidación de los contratos, incluyendo los reajustes correspondientes, así como la procedencia y circunstancias específicas en que la entidad pública beneficiaria de la póliza de seguros recibida en garantía, solicitó su ejecución, es de responsabilidad de la entidad contratante.

El presente pronunciamiento se limita exclusivamente a la inteligencia y aplicación de normas legales y, por lo tanto, este Organismo no se pronuncia respecto a la terminación de un contrato o la ejecución de una póliza de seguro en específico.

OF. PGE. N°: 09404, de 21-08-2012

**GOBIERNOS AUTÓNOMOS PARROQUIALES:
COMPETENCIA PARA OTORGAR PERSONERÍA JURÍDICA, APROBAR LA
REFORMA DE ESTATUTOS E INSCRIBIR DIRECTIVAS DE ASOCIACIONES**

ENTIDAD CONSULTANTE:

CONSEJO NACIONAL DE GOBIERNOS PARROQUIALES RURALES DEL ECUADOR,
CONAGOPARE

CONSULTA:

Solicita la reconsideración del pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 08053 de 29 de mayo de 2012.

En el pronunciamiento de la referencia se atendieron tres consultas formuladas por la Presidenta de la Junta Parroquial Rural “Valle Hermoso”, relacionadas con la aplicación del artículo 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que regula la conformación de entidades asociativas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Las consultas tenían por objeto determinar el organismo al que compete otorgar personería, aprobar la reforma de estatutos e inscribir las directivas de las asociaciones de gobiernos autónomos parroquiales de carácter provincial.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 95 y 100.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Art. 313 y Disp. Trans. Vigésimo Primera.

Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales Arts. 17 y 38 de su Reglamento General (derogados).

Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones, Liquidación y Disolución, y Registro de Socios y Directivas, de las Organizaciones Previstas Arts. 3 y 25.

Estatuto por Procesos del Ministerio de Coordinación de la Política Art. 9 nums. 10 y 11 lit. c) num. 2.1.2.

PRONUNCIAMIENTO:

Me refiero a su oficio No. 488-12-CCH-WT-CONAGOPARE de 18 de junio de 2012, recibido el 18 de junio del presente año, por el que.

En forma previa a absolver dichas consultas, mediante oficios Nos. 06832 y 06833 de 7 de marzo de 2012, este Organismo requirió el criterio institucional tanto del Ministerio de Coordinación de la Política y Gobiernos Autónomos Descentralizados, como del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador (CONAGOPARE), lo que fue atendido con oficio No. 127-12-CCH-WT-CONAGOPARE de 21 de marzo de 2012, suscrito por el Presidente Nacional del CONAGOPARE y con oficio No. MCPGAD-ST-CGGAD-DDCP-2012-032 de 2 de abril de 2012, suscrito por el señor Ministro (s) de Coordinación de la Política y Gobiernos Autónomos Descentralizados.

Los criterios institucionales requeridos por este Organismo, fueron incluidos en el análisis que motivó el pronunciamiento de la referencia. El criterio del CONAGOPARE, contenido en el citado oficio No. 127-12-CCH-WT-CONAGOPARE de 21 de marzo de 2012, invocó entre otras normas, los artículos 100 de la Constitución de la República, 313 del COOTAD y la Disposición Transitoria Vigésimo Primera del mismo Código Orgánico.

El pronunciamiento cuya reconsideración se solicita, concluyó lo siguiente:

“Del análisis jurídico que precede, en atención a los términos de su primera consulta se concluye que, en virtud de que el artículo 313 del COOTAD confiere el carácter público únicamente a las asociaciones nacionales de GADs, la personería de las asociaciones provinciales de gobiernos parroquiales rurales nace del Código Civil, por lo que la competencia para otorgar personería jurídica, reformar estatutos e inscribir directivas de las asociaciones de gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales, que no tengan carácter nacional, corresponde al Ministerio Coordinador de la Política, de conformidad con los artículos 3 y 25 del Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones, Liquidación y Disolución, y Registro de Socios y Directivas, de las Organizaciones Previstas en el Código Civil y en las leyes especiales, y los numerales 10 y 11 del literal c) del numeral 2.1.2 del artículo 9 del Estatuto por Procesos del Ministerio de Coordinación de la Política, que confieren a dicha Secretaría de Estado atribución para realizar el registro de las directivas de juntas parroquiales y para aprobar consorcios, asociaciones, mancomunidades y organizaciones de GADs.

Con respecto a su segunda consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 22 de los Estatutos del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales del Ecuador (CONAGOPARE), corresponde inscribir en el Registro del CONAGOPARE, el estatuto de una Asociación Provincial de Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales, una vez que el Estatuto de dicha Asociación Provincial, haya sido aprobado por el Ministerio Coordinador de la Política.

En armonía con lo analizado al atender sus dos consultas anteriores, con relación a la tercera se concluye que, el Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador no tiene competencia para otorgar personería jurídica, reformar estatutos e inscribir directivas de las Asociaciones Provinciales de GADs parroquiales rurales, que no tengan carácter nacional, pues dichas atribuciones corresponden al Ministerio de Coordinación de la Política, de conformidad con los artículos 3 y 25 del Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones, Liquidación y Disolución, y Registro de Socios y Directivas, de las Organizaciones Previstas en el Código Civil y en las leyes especiales, y los numerales 10 y 11 del literal c) del numeral 2.1.2 del artículo 9 del Estatuto por Procesos de esa Secretaría de Estado”.

El pedido de reconsideración del CONAGOPARE, cita el artículo 313 del COOTAD que regula la conformación de entidades asociativas de gobiernos autónomos descentralizados (GADs); y, la Disposición Transitoria Vigésimo Primera del mismo Código Orgánico, que prevé que las entidades asociativas nacionales de GADs existentes antes de la promulgación de ese cuerpo normativo, deben ajustar sus estatutos a él; así como, el artículo 100 de la Constitución de la República que regula la conformación de instancias de participación en todos los niveles de gobierno, es decir que, en lo principal, el pedido de reconsideración reproduce la argumentación que fue expuesta en su momento por el CONAGOPARE en oficio No. 127-12-CCH-WT-CONAGOPARE de 21 de marzo de 2012, que contiene el criterio institucional de ese Consejo, remitido en forma previa a la absolución de las consultas.

Sobre dicha base normativa, el CONAGOPARE argumenta que:

“3. En virtud de lo expuesto, esta entidad asociativa de carácter nacional, que no se genera por el ejercicio del derecho a la libertad de asociación, sino con claridad en operación del derecho de participación expresado en el Art. 100 de la Constitución, articuló y creó sus instancias asociativas provinciales a las que denominó ‘Asociaciones Provinciales’.

4. Dicha denominación no puede ser confundida con las organizaciones sin fines de lucro que fueron creadas en virtud del ejercicio potestativo del derecho de libertad de asociación que configuró la extinta Ley Orgánica y Reglamento de Juntas Parroquiales.

5. La diferencia de los dos sistemas normativos radica en: a) la anterior ley, daba la potestad de incluirse o excluirse de sus organizaciones, por ello estas se aprobaban bajo la lógica del ‘Reglamento de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro; y, b) el actual

COOTAD, establece de manera imperativa la aprobación de la entidad asociativa nacional con potestad de crear en sus propios estatutos instancias organizativas territoriales, el COOTAD no deja salida cuando ordena que para los gobiernos parroquiales rurales, sus estatutos se aprueban con los votos de los Presidentes de sus asociaciones provinciales; es decir la ley, con su inteligencia dejó un último encargo a las antiguas asociaciones la de aprobar los Estatutos y ajustarlos a la nueva normativa. Y el efecto de aprobación de la nueva normativa, fue el crear instancias organizativas territoriales a las que se las denominó 'asociaciones provinciales', para así poder tener la fuerza de su autonomía y ejecutar de manera adecuada el derecho de participación que consagra el Art. 100 de la Constitución y Art. 313 del COOTAD".

Concluye el Presidente del CONAGOPARE que:

"8.- Desde la óptica doctrinal y jurídica, se establece que el CONAGOPARE es el reflejo del ejercicio del derecho de participación consagrado en el Art. 100 de la Constitución, conformado por entidades homogéneas, que de manera forzosa impone la ley por medio del Art. 313 y Vigésima Primera Disposición Transitoria del COOTAD, cuya creación no depende de la voluntad de sus miembros sino que nace de la voluntad de la ley, y desde el propio encargo que le hace el Art. 313 del COOTAD cuando dice: '...En los estatutos de estas asociaciones nacionales podrán crearse instancias organizativas territoriales...', en abrigo de tal facultad, se creó sus instancias organizativas territoriales a las que las bautizó con el nombre de 'asociaciones provinciales'.

9.- Esto no significa que lejos del pleno ejercicio del derecho de participación, o del cumplimiento del Art. 313, cualquier persona o dignidades o servidores o funcionarios, queden prohibidos de asociarse en virtud de su derecho de libertad de asociación consagrado en el art. 66.13 de la Constitución, pero tales organizaciones por no ser ajustadas a la normativa vigente, deben ser aprobadas por el poder ejecutivo en virtud del 'Reglamento de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro', esa calidad por mandato del Art. 313 y los Estatutos del CONAGOPARE, no les confiere a tales organizaciones el derecho de ser parte de esta entidad asociativa nacional, ya que no constituyen las instancias organizativas territoriales que el CONAGOPARE creó en virtud el Art. 313 del COOTAD.

Por lo expresado, a fin de evitar confusiones, se solicita la reconsideración de su pronunciamiento aludido".

Según lo expuesto por el CONAGOPARE en su pedido de reconsideración, la derogada

Ley Orgánica de Juntas Parroquiales daba potestad a las juntas parroquiales de incluirse o excluirse de sus organizaciones, bajo la normativa del Reglamento de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro, sin que se consideren parte de la entidad asociativa nacional; en tanto que el actual COOTAD establece la aprobación de la entidad asociativa nacional con potestad de crear instancias organizativas territoriales, cuyos estatutos se aprueben ajustados a la nueva normativa con el nombre de asociaciones provinciales, consagrando de esta manera el derecho de participación previstos en el artículo 100 de la Constitución y 313 del COOTAD.

Respecto de los argumentos expuestos por el CONAGOPARE mencionados en el párrafo anterior, en el sentido de que las entidades asociativas de GADs tienen su origen en el derecho de participación establecido por el artículo 100 de la Constitución de la República, es pertinente considerar que, el derecho de participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público, se ejerce según el artículo 95 de la Constitución de la República, a través de los mecanismos de democracia representativa, directa y comunitaria.

En tal contexto, el artículo 100 de la Constitución de la República, que cita en forma expresa el CONAGOPARE en su pedido de reconsideración, está ubicado en el Título IV "Participación y la Organización del Poder" y dispone:

"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”.

Las “instancias de participación” a las que se refiere el artículo 100 de la Constitución de la República, en el ámbito de los Gobiernos Autónomos Descentralizados están reguladas por el Capítulo III del COOTAD, ubicado en el Título VII “Modalidades de gestión, planificación, coordinación y participación”. Según el cuarto inciso del artículo 303 de ese Código Orgánico, que consta en el Título y Capítulo antes citados, la participación ciudadana se instrumenta entre otros mecanismos, a través de audiencias públicas, asambleas, cabildos populares y consejos consultivos.

Mientras que, la integración de “Entidades Asociativas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados”, que es el tema materia del pronunciamiento cuya reconsideración se solicita, es una materia reglada por el artículo 313 del COOTAD, ubicado en el Capítulo I del Título VIII del COOTAD “Disposiciones Comunes y Especiales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados”, que dispone:

“Art. 313.- Conformación.- Los gobiernos autónomos descentralizados, en cada nivel de gobierno, tendrán una entidad asociativa de carácter nacional, de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio. Para este fin, los gobiernos autónomos descentralizados respectivos aprobarán en dos debates de la asamblea general su propio estatuto, el cual será publicado en el Registro Oficial. En el caso de los gobiernos parroquiales rurales los debates para la aprobación de sus estatutos se realizarán en la reunión de los presidentes de las asociaciones provinciales. En los estatutos de estas asociaciones nacionales podrán crearse instancias organizativas territoriales, de género, interculturales y otros fines específicos de acuerdo a sus responsabilidades.

Las entidades asociativas nacionales de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales serán financiadas por el aporte de sus miembros en el cinco por mil de las transferencias que reciban de los ingresos permanentes y no permanentes del presupuesto general del Estado. Para el caso de la entidad asociativa de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales el aporte será del tres por ciento (3%) de las transferencias señaladas, cuyos recursos se distribuirán en el uno por ciento (1%) para la asociación nacional y el dos por ciento (2%) para las asociaciones provinciales.

Estos aportes serán transferidos y acreditados automáticamente por el Banco Central a las cuentas de cada entidad. Las entidades rendirán cuentas semestralmente ante sus socios del uso de los recursos que reciban”.

En el pronunciamiento cuya reconsideración se solicita se analizó que, el artículo 313 del COOTAD establece un mecanismo de asociación de los distintos niveles de gobiernos autónomos descentralizados (GADs), y confiere a las entidades asociativas de carácter nacional, el carácter de personas jurídicas de derecho público.

Se considero además que, la Disposición Transitoria Vigésimo Primera del COOTAD dispuso respecto de las entidades asociativas de GADs de carácter nacional, existentes antes de la promulgación de ese Código Orgánico (CONCOPE, AME y CONAJUPARE, actual CONAGOPARE), que adecuen sus estatutos a ese cuerpo normativo.

Del tenor del artículo 313 del COOTAD, antes transcrito, se desprende que, las asociaciones de GADs se integran por los gobiernos autónomos descentralizados de cada nivel; mientras que, el derecho de participación de la ciudadanía, establecido por el artículo 100 de la Constitución de la República, en el que se motiva el pedido de reconsideración, se instrumenta a través de los mecanismos de participación de la ciudadanía, en el ámbito de los GADs, como asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, establecidos por los artículos 302 y siguientes del COOTAD, ubicados en un capítulo y un título distinto de aquel que regula la integración de las entidades asociativas de GADs.

Respecto de las entidades asociativas de GADs que no tengan carácter nacional, el pronunciamiento consideró que, el artículo 313 del COOTAD no establece el procedimiento para su constitución, ni se ha previsto tampoco por ese Código Orgánico, un régimen transitorio que les sea aplicable.

Se agregó que, durante la vigencia de la derogada Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, la competencia para conceder personería jurídica a las entidades asociativas de GADs, así como para aprobar la reforma de estatutos e inscribir las directivas de dichas asociaciones, correspondía al Ministerio de Gobierno (posteriormente denominado Ministerio del Interior) y luego al Ministerio de Coordinación de la Política, de conformidad con los Decretos Ejecutivos Nos. 410 publicado en el Registro Oficial No. 235 de 14 de julio de 2010 y 478 publicado en el Registro Oficial No. 292 de 4 de octubre de 2010.

Según se concluyó en el pronunciamiento de la referencia, dicha competencia del Ministerio Coordinador de la Política, se mantiene en la actualidad respecto de las entidades asociativas de GADs que no tengan carácter nacional, de conformidad con los artículos 3 y 25 del Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas

y Codificaciones, Liquidación y Disolución, y Registro de Socios y Directivas, de las Organizaciones Previstas en el Código Civil y en las leyes especiales, y los numerales 10 y 11 del literal c) del numeral 2.1.2 del artículo 9 del Estatuto por Procesos del Ministerio de Coordinación de la Política, que confieren a dicha Secretaría de Estado atribución para realizar el registro de las directivas de juntas parroquiales y para aprobar consorcios, asociaciones, mancomunidades y organizaciones de GADs.

Con posterioridad al pronunciamiento de la referencia, se expidió el Acuerdo No. 177 del Ministro de Finanzas, publicado en el Registro Oficial No. 743 de 11 de julio de 2012, por el que se modificó el Catálogo de Instituciones y Entidades Operativas Desconcentradas del Sector Público y se incorporó en él con el código 988, a: "Asociaciones Provinciales de Mancomunidades, Consorcios y Asociaciones de GADs Provinciales, Municipales y Parroquiales Rurales", debiéndose entender que las asociaciones de GADs a las que se refiere dicho catálogo son las de carácter nacional, a las que el artículo 313 del COOTAD califica en forma expresa como personas jurídicas de derecho público.

Conforme se concluyó en el pronunciamiento que motiva su reconsideración, las entidades asociativas de juntas parroquiales, que no tengan carácter nacional y hubieran sido creadas de conformidad con los artículos 17 de la derogada Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales y 38 de su Reglamento General, constituidas como Corporaciones de conformidad con el Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones, Liquidación y Disolución, y Registro de Socios y Directivas, de las Organizaciones Previstas en el Código Civil, conservan su naturaleza jurídica y no pueden ser consideradas entidades públicas en virtud de que el artículo 313 del COOTAD reserva ese carácter a las entidades asociativas de carácter nacional.

No obstante, las asociaciones provinciales de GADs parroquiales, constituyen instancias organizativas territoriales de la asociación nacional, de conformidad con el primer inciso del artículo 313 del COOTAD, por lo que corresponde al CONAGOPARE inscribirlas en su registro una vez que los Estatutos de dichas instancias asociativas provinciales hubieren sido aprobados por el Ministerio Coordinador de la Política, conforme se concluyó en el pronunciamiento de este Organismo; lo contrario daría lugar a que se dupliquen innecesariamente instancias asociativas de GADs de carácter local.

Por lo expuesto, en virtud de que el pedido de reconsideración formulado por el CONAGOPARE, reitera lo expuesto en el criterio institucional que se le requirió a esa entidad en forma previa a la absolución de las consultas formuladas por la

Junta Parroquial de Valle Hermoso, al no haber variado los fundamentos de derecho en que se motivó mi pronunciamiento, su reconsideración es improcedente.

OF. PGE. N°: 09121, de 01-08-2012

**GOBIERNOS PROVINCIALES:
REGISTRO Y CONTROL DE LOS CONTRATOS DE LOS SERVIDORES
SUJETOS AL CÓDIGO DEL TRABAJO**

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DE LA PROVINCIA DE ZAMORA CHINCHIPE

CONSULTA:

“¿Es procedente y legal que los gobiernos autónomos descentralizados provinciales efectúen el registro y control de los contratos de sus servidores sujetos al Código del Trabajo en sus propias Unidades de Administración del Talento Humano, conforme lo precisan los artículos 238, 424 y 425 de la Constitución de la República; 5, 6, 354 y 360 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, prescindiendo de efectuar un segundo registro, atendiendo lo preceptuado en el artículo 20 del Código del Trabajo que previene como autoridad competente de tal ‘registro’ a los INSPECTORES DEL TRABAJO y jueces del trabajo, o por el contrario, contrariando las disposiciones de una Ley Orgánica y de la propia Carta Suprema, se aplique una disposición de una Ley ordinaria, dictada en el siglo pasado y muy anterior a la vigente Constitución como es la del Art. 20 del Código del Trabajo y se permita ‘registrar’ los contratos laborales en la Unidad de cada entidad y también ante los inspectores del trabajo para que puedan gozar de legalidad?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 229, 238, 424 y 425.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Arts. 5, 6, 354 y 360.

Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP Arts. 18, 51 y 52.

Código Laboral Arts. 18 y 20.

D. E. N° 1701, Art. 1 num. 1.1.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe jurídico del Director de Procuraduría Síndica, contenido en oficio No. 924-DPS-GADPZCH-2012 de 8 de octubre de 2012, que se ha acompañado a la consulta, cita los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República que establecen la prevalencia de la Constitución de la República, el orden jerárquico de las normas jurídicas y el principio de supremacía de la norma jerárquicamente superior.

Invoca además, la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, establecida por los artículos 238 de la Constitución de la República, 5, 6, 354 y 360 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

El criterio jurídico cita también, los artículos 18, 51 y 52 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), cuyas disposiciones no son aplicables a los obreros de los gobiernos autónomos descentralizados, amparados por el Código del Trabajo, de conformidad con el tercer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República. Sobre dicha base normativa, el informe jurídico de la Entidad consultante, argumenta que:

“Con fundamento en la información proporcionada y el análisis jurídico realizado, la Procuraduría Síndica del Gobierno Autónomo Descentralizado provincial de Zamora Chinchipe, se pronuncia que por jerarquía normativa en que se encuentran las normas constitucionales, del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD y, aquellas que como referencia hemos insertado de la Ley Orgánica del Servicio Público, las cuales prevalecen sobre la disposición del Código del Trabajo (Art. 20); y, atendiendo al principio constitucional que concede autonomía a los gobiernos autónomos provinciales, el registro de los contratos de personal que prevé el artículo 20 del Código Laboral, ante el INSPECTOR DEL TRABAJO podría sustituirse por el registro que ordenen mediante ordenanza los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales en sus respectivas Unidades de Administración del Talento Humano (...)”.

La consulta trata sobre la aplicación del artículo 20 del Código del Trabajo, ubicado en el Título I “Del Contrato Individual de Trabajo”, que dispone:

“Art. 20.- Autoridad competente y registro.- Los contratos que deben celebrarse por escrito se registrarán dentro de los treinta días siguientes a su suscripción ante el inspector del trabajo del lugar en el que preste sus servicios el trabajador, y a falta de éste, ante el Juez de Trabajo de la misma jurisdicción. En esta clase de contratos se observará lo dispuesto en el Art. 18 de este Código”.

Para precisar la materia sobre la que trata la consulta y que será absuelta por este pronunciamiento, es pertinente considerar como antecedente que, sobre los diferentes regímenes jurídicos aplicables a los servidores públicos, el artículo 229 de la Constitución de la República prescribe:

“Art. 229.- 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.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”.

El artículo 4 y la Disposición General Décimo Octava de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), contienen una definición de “servidores públicos” similar a la establecida por el artículo 229 de la Constitución de la República, antes citado. Dichas normas, en su orden, disponen:

“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”.

“DECIMA OCTAVA.- Para la aplicación de la presente Ley y su Reglamento téngase como tal los siguientes conceptos:

(...)Servidora/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del sector público sea o no de libre nombramiento y remoción”.

Por su parte, el artículo 354 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), prevé:

“Art. 354.- Régimen aplicable.- Los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado se regirán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa.

En ejercicio de su autonomía administrativa, los gobiernos autónomos descentralizados, mediante ordenanzas o resoluciones para el caso de las juntas parroquiales rurales, podrán regular la administración del talento humano y establecer planes de carrera aplicados a sus propias y particulares realidades locales y financieras”.

El tercer inciso del numeral 1.1. del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1701, confirió al Ministerio de Relaciones Laborales, competencia para realizar la calificación de servidores y obreros en las instituciones del sector público; y, el Decreto Ejecutivo No. 225, que reformó al Decreto Ejecutivo No. 1701, estableció los parámetros de clasificación de servidores y obreros. La Disposición Transitoria Primera del Decreto Ejecutivo No. 1701, incorporada por el antes citado Decreto Ejecutivo No. 225, prescribe:

“Primera.- En virtud de la presente reforma, el Ministerio de Relaciones Laborales continuará realizando la clasificación de servidores y obreros dispuesta en el Decreto Ejecutivo No. 1701 del 30 de abril del 2009, para lo cual no se tomará en consideración el plazo establecido en dicho decreto”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que, el término “servidor público” se aplica en forma genérica para referirse a toda persona que preste servicios en las instituciones del sector público; pero, conforme prevén el tercer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República y el segundo inciso del artículo 4 de la LOSEP, los obreros del sector público se rigen por el Código del Trabajo. Es decir que, los servidores de la administración pública, están sujetos a diferentes regímenes jurídicos: la LOSEP para el caso de servidores y el Código del Trabajo respecto de los obreros. Tratándose de dos regímenes jurídicos distintos, cada uno de ellos está sujeto a sus propias regulaciones.

Respecto de los servidores sujetos a la LOSEP, según el artículo 17 de esa Ley Orgánica, el ingreso al servicio público se efectúa mediante nombramiento previo concurso de merecimientos; o, mediante contrato ocasional conforme al artículo 58 de la LOSEP. En los dos casos, el nombramiento y el contrato ocasional de

los servidores públicos sujetos a la LOSEP, se deben registrar en la Unidad de Administración de Talento Humano de la respectiva entidad conforme dispone el artículo 18 de la Ley Orgánica en referencia.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 8 del Código del Trabajo, la relación laboral surge del contrato individual que se define en los siguientes términos:

“Art. 8.- Contrato individual.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre”.

El artículo 20 del Código del Trabajo, transcrito en los antecedentes de este pronunciamiento, confiere a los inspectores del trabajo, atribución para inscribir los contratos individuales de trabajo; por lo que, en el caso de las instituciones públicas, dicha norma es aplicable respecto de los contratos individuales de trabajo que celebren con el personal que hubiere sido clasificado como obrero.

Los gobiernos autónomos descentralizados provinciales son entidades de derecho público de conformidad con el artículo 40 del COOTAD, por tanto, su personal está integrado por servidores públicos en los términos del artículo 229 de la Constitución de la República. La calificación de dicho personal, en servidores y obreros, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales, según el artículo 1 y la Disposición Transitoria Primera del Decreto Ejecutivo No. 1701, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010.

Toda vez que la consulta y el informe jurídico inserto en ella, alude a la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados para concluir que el registro de los contratos individuales ante los Inspectores del Trabajo, que dispone el artículo 20 del Código del Trabajo “podría sustituirse por el registro que ordenen mediante ordenanza los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales en sus respectivas Unidades de Administración del Talento Humano”, cabe considerar que, el concepto de autonomía, según la Enciclopedia Jurídica Omeba, es el siguiente:

“Actualmente se habla de autonomías regionales, provinciales y comunales, con distintos alcances, pero nunca con la significación de independencia, sino de descentralización política. Debe entenderse, en su acepción actual, como facultad de una comunidad humana de gobernarse a sí misma, mediante sus leyes propias,

y por autoridades elegidas de su seno. También podríamos definirla, dentro del sistema de descentralización política de algunos Estados modernos, como la facultad de algunos territorios subordinados a un Poder central, de tener su propio gobierno, dictar sus leyes y elegir sus autoridades, bajo la tutela del poder central de acuerdo a los principios generales que rigen las instituciones políticas del Estado al cual pertenecen (...).”

De la definición citada se desprende que, la autonomía de que gozan ciertas entidades que integran el sector público, como es el caso de los gobiernos autónomos descentralizados, significa que se reconoce a éstas, facultad para gobernarse por sí mismas dentro de los límites predeterminados por el ordenamiento jurídico, es decir, respecto de las atribuciones que constituyen sus cometidos estatales específicos; sin que la autonomía signifique que dichas entidades quedan excluidas de la aplicación de las normas que rigen en forma general para toda la administración pública.

De acuerdo con el análisis efectuado, el Código del Trabajo establece para los obreros del sector público, un régimen jurídico específico y diferente respecto del que determina la LOSEP para los servidores públicos sujetos a su ámbito. Por tanto, tratándose de dos cuerpos normativos que tienen ámbitos distintos de aplicación, no existe conflicto de normas que deba ser resuelto mediante la aplicación del principio de prevalencia de la norma jerárquicamente superior.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, los obreros del sector público están sujetos al Código del Trabajo de conformidad con el tercer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República y el segundo inciso del artículo 4 de la LOSEP, por lo que, los gobiernos autónomos descentralizados provinciales deben registrar los contratos individuales de trabajo de sus obreros ante los Inspectores del Trabajo de la respectiva circunscripción territorial, conforme dispone el artículo 20 del Código del Trabajo que constituye la ley competente, en virtud de que las Unidades Internas de Administración del Talento Humano de cada GAD están facultados únicamente para registrar los nombramientos y contratos ocasionales de los servidores públicos sujetos a la LOSEP.

OF. PGE. N°: 10524, de 01-11-2012

HISTORIA LABORAL: ENTREGA DE INFORMACIÓN A LA DIRECCIÓN NACIONAL DE REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS

ENTIDAD CONSULTANTE:

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, IESS

CONSULTA:

“(...) si la información contenida en el Registro de Historia Laboral cuyo carácter de información reserva ha sido establecido en la Ley de Seguridad Social, puede ser entregada a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en base a la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos (...)”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 66 num. 19.

Ley Orgánica de Salud Art. 7 lit. f).

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 47.

Ley de Seguridad Social Arts. 244 y 247.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Art. 17.

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos Arts. 2, 4, 22, 23 y Disp. Trans. Séptima.

Código Penal Art. 282.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis sobre el tema materia de consulta, mediante oficio No. 08701 de 6 de julio de 2012, este Organismo requirió el criterio institucional de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, lo que fue atendido con oficio No. 000675-DN-DINARDAP-2012 de 20 de julio de 2012, ingresado el 23 de julio del presente año.

El informe jurídico del Procurador General del IESS, contenido en oficio No. 64000000-2066 TR69207 de 29 de junio de 2012, que se ha acompañado a la consulta cita, entre otras normas, el numeral 19 del artículo 66 de la Constitución de la República que reconoce y garantiza a las personas, el derecho a la protección de datos de carácter personal.

El Procurador Síndico del IESS invoca además, los artículos 244 y 247 de la Ley de Seguridad Social, los cuales determinan la información que se debe incluir en el

“Registro de Historia Laboral del Asegurado”, y que la califican como reservada; y, por otra parte, la Disposición Transitoria Séptima de la Ley de Registro de Datos Públicos, que ordena a las instituciones del sector público, entre ellas al IESS, a integrarse al Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos e interconectarse con dicho Sistema.

Sobre dicha base normativa, el Procurador General del IESS, argumenta que:

“El Art. 247 de la Ley de Seguridad Social establece que la información de la historia laboral del asegurado es reservada, cuyo quebrantamiento de la prohibición de revelar los datos contenidos en ella será sancionado con arreglo al Código Penal. Sin embargo de ello la información podrá darse a conocer de conformidad con la Ley, a los tribunales y jueces competentes, así como a petición del afiliado (...).

Por lo expuesto señor Director, esta Procuraduría General considera, que toda información que no forme parte de la historia laboral o de la historia clínica de los asegurados y esté a cargo del Instituto, si puede ser concedida sin restricción alguna”.

Por su parte, el Director Nacional de Registro de Datos Públicos, en el oficio No. 000675-DN-DINARDAP-2012 de 20 de julio de 2012 al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, se refiere al derecho de protección de datos de carácter personal que establece el numeral 19 del artículo 66 de la Constitución de la República, y expone que:

“Debemos resaltar, que la norma con supremacía jerárquica en nuestro país determina que por mandato de la ley, en este caso la del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, estos datos pueden ser difundidos a través del mismo sistema que crea la esta norma en su artículo primero y que regula el sistema de registro de datos públicos y su acceso, tanto en las entidades públicas o privadas que administren dichas bases o registros; es decir también regula a las bases y registros de datos públicos que mantiene a su cargo el IESS. Esto, con el objeto de garantizar la seguridad jurídica, organizar, regular, sistematizar e interconectar la información propendiendo a lograr la eficacia y eficiencia de su manejo, su publicidad, transparencia, acceso e implementación de nuevas tecnologías (...).”.

Añade que: “Es por demás necesario, resaltar que en el informe jurídico realizado por la Procuraduría General del IESS, se confunde la información pública personal, con el registro de dato público (...).”.

Agrega que:

“La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos expresa en sus artículos 22 y 23 que la DINARDAP se encargará de organizar un sistema de interconexión cruzado entre los registros público y privado que actualmente (como es el caso del IESS) o en el futuro, administren bases de datos públicos, para lo cual creará un sistema informático que tiene como objetivo la tecnificación y modernización de los registros (...) lo cual ha sido materializado con la conformación de la Ficha Única de Registros Públicos del Ciudadano, visualizada a través del portal www.datoseguro.gob.ec.”

Por tanto, las entidades a las que la ley manda a interconectarse, con la finalidad de prestar servicios eficientes y eficaces para los ciudadanos, no pueden ser ajenas a este proceso, ya que la falta de información verás podría devenir en que el ciudadano no goce en su plenitud de sus derechos constitucionales”.

Respecto del registro de historia laboral del asegurado en el IESS, el Director Nacional de Registro de Datos Públicos, manifiesta que dicha información “es de propiedad del ciudadano y un registro de dato público por esencia y el IESS la entidad de registro y por ende el custodio de esta”.

Concluye el Director Nacional de Registro de Datos Públicos, manifestando lo siguiente:

“Por las exposiciones jurídicas y legales expuestas en el presente y con la finalidad de coadyuvar con la entidad a su cargo para el cabal cumplimiento de la Constitución de la República y la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, me permito exhortar a usted a fin de que la entidad a su cargo, inicie el proceso de interconexión e interoperación de las bases de Registro de Datos Públicos que mantiene el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”.

El numeral 19 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce y garantiza a las personas el derecho a la protección de datos de carácter personal, en los siguientes términos:

“El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley”.

La materia sobre la que versa la consulta, se refiere a la aplicación de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que prescribe:

“SEPTIMA.- Las instituciones del sector público que posean información pública como: el Servicio de Rentas Internas, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Dirección Nacional de Migración, Dirección Nacional de Tránsito, Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación, Policía Nacional, Comisión de Tránsito del Guayas, Ministerio de Relaciones Laborales, Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Municipios, Función Judicial, entre otras, deberán integrarse paulatinamente al Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos dentro del plazo de tres años contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley. En caso de que cualquier institución que estuviese en la obligación de interconectarse en virtud de la presente Ley, no lo hiciere, la máxima autoridad de la referida institución podrá ser destituida por el Director Nacional de Registro de Datos Públicos”.

Del tenor de la norma transcrita se desprende que, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ha sido expresamente incluido entre aquellas instituciones del sector público que poseen información pública, y que están sujetas a la obligación de interconectarse con el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

Su consulta exige considerar la finalidad, objeto y ámbito de aplicación de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, reglados por los artículos 1 y 2 de ese cuerpo normativo. El artículo 1 de la Ley en mención dispone:

“Art. 1.- Finalidad y Objeto.- La presente ley crea y regula el sistema de registro de datos públicos y su acceso, en entidades públicas o privadas que administren dichas bases o registros.

El objeto de la ley es: garantizar la seguridad jurídica, organizar, regular, sistematizar e interconectar la información, así como: la eficacia y eficiencia de su manejo, su publicidad, transparencia, acceso e implementación de nuevas tecnologías”.

De conformidad con el artículo 2 de la misma Ley, su ámbito de aplicación incluye a las instituciones del sector público y privado que actualmente o en el futuro administren bases o registros de datos públicos, sobre las personas naturales o jurídicas, sus bienes o patrimonio y para los usuarios de los registros públicos.

El inciso primero del artículo 4 de la misma Ley de Registro de Datos Públicos prevé que las instituciones del sector público y privado y las personas naturales

que actualmente o en el futuro administren bases o registros de datos públicos, son responsables de la integridad, protección y control de los registros y bases de datos a su cargo. Dichas instituciones responderán por la veracidad, autenticidad, custodia y debida conservación de los registros. La responsabilidad sobre la veracidad y autenticidad de los datos registrados, es exclusiva de la o el declarante cuando esta o este provee toda la información.

Como se observa, de la norma antes referida, las instituciones que administran o en el futuro administren bases de datos, son responsables de su protección, integridad y control, lo que en el contexto de la Disposición Transitoria Séptima del mismo cuerpo legal, que determina la obligatoriedad de las entidades, entre otras, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de interconectarse e integrarse paulatinamente al Registro de Datos Públicos, permite colegir que tanto el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, como la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, tienen la obligación de proveer la debida protección de la información que poseen en sus bases de datos.

Al efecto, corresponde señalar que existen datos de carácter personal que son confidenciales, según el artículo 6 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que prescribe:

“Art. 6.- Accesibilidad y confidencialidad.- Son confidenciales los datos de carácter personal, tales como: ideología, afiliación política o sindical, etnia, estado de salud, orientación sexual, religión, condición migratoria y los demás atinentes a la intimidad personal y en especial aquella información cuyo uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la Constitución e instrumentos internacionales.

El acceso a estos datos sólo será posible con autorización expresa del titular de la información, por mandato de la ley o por orden judicial.

También son confidenciales los datos cuya reserva haya sido declarada por la autoridad competente, los que estén amparados bajo sigilo bancario o bursátil, y los que pudieren afectar la seguridad interna o externa del Estado.

La autoridad o funcionario que por la naturaleza de sus funciones custodie datos de carácter personal, deberá adoptar las medidas de seguridad necesarias para proteger y garantizar la reserva de la información que reposa en sus archivos.

Para acceder a la información sobre el patrimonio de las personas el solicitante deberá justificar y motivar su requerimiento, declarar el uso que hará de la misma

y consignar sus datos básicos de identidad, tales como: nombres y apellidos completos, número del documento de identidad o ciudadanía, dirección domiciliaria y los demás datos que mediante el respectivo reglamento se determinen. Un uso distinto al declarado dará lugar a la determinación de responsabilidades, sin perjuicio de las acciones legales que el/la titular de la información pueda ejercer.

La Directora o Director Nacional de Registro de Datos Públicos, definirá los demás datos que integrarán el sistema nacional y el tipo de reserva y accesibilidad”.

Según se observa del mencionado artículo 6 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, la información confidencial o reservada está relacionada con los datos de carácter personal o atinentes a la intimidad personal frente al ámbito público o privado, cuya difusión o uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales. Dicha información confidencial o reservada podrá ser difundida, siempre que exista autorización expresa del titular de la información, mandato de la ley u orden judicial; y en este sentido, se expresa el numeral 19 del artículo 66 antes citado de la Constitución.

El inciso cuarto del mismo artículo 6 de la Ley del Sistema Nacional del Registro de Datos Públicos, determina que la autoridad o funcionario que por la naturaleza de sus funciones custodie datos de carácter personal, deberá adoptar las medidas de seguridad necesarias para proteger y garantizar la reserva de la información; y, en caso de dicha información sea difundida de manera ilegal, el Art. 282 del Código Penal, prescribe lo siguiente:

“Todo funcionario público que, sin orden legal del superior competente, descubra o revele, algún secreto de los que le están confiados por razón de su destino, o exhiba algún documento que deba estar reservado, será reprimido con uno a cinco años de prisión”.

En concordancia, el inciso tercero del Art. 47 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, referido a la acción de acceso a la información pública, prescribe que: “No se podrá acceder a información pública que tenga el carácter de confidencial o reservada, declarada en los términos establecidos por la ley. Tampoco se podrá acceder a la información estratégica y sensible a los intereses de las empresas públicas”.

La protección de la información reservada, consta también establecida por el artículo 18 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo

cuarto inciso prevé que: “Las instituciones públicas elaborarán semestralmente por temas, un índice de los expedientes clasificados como reservados. En ningún caso el índice será considerado como información reservada. Este índice de información reservada, detallará: fecha de resolución y período de vigencia de esta clasificación”.

En cuanto a la reserva de documentos o de la información, merece considerar que al respecto el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, define al término “reserva” como: “Cautela o cuidado para que algo no se sepa”; y, a la acepción “reservado” como: “Documento que no debe tener difusión fuera del destinatario y personas directamente interesadas; débese a razones militares, políticas, de intereses o por afectar a la moral de las personas”.

De ahí que, las entidades que tengan a su cargo bases de datos, tienen la obligación de cuidar su correcta administración frente a terceros, velando para la información cuya difusión o uso público atente contra los derechos humanos consagrados en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales, sólo sea difundida con autorización expresa del titular de la información, por mandato de la ley o por orden judicial.

Dentro del contexto general que ha sido previamente analizado, en el caso materia de consulta, el tercer inciso del artículo 247 de la Ley de Seguridad Social, que se ha invocado en el informe del Procurador General del IESS, señala en forma expresa lo siguiente:

“La información de la historia laboral del asegurado es reservada. El quebrantamiento de la prohibición de revelar los datos contenidos en ella será sancionado con arreglo al Código Penal”.

El artículo 244 de la citada Ley de Seguridad Social, prevé que el Registro de Historia Laboral del Asegurado comprenderá la siguiente información:

- a. Datos personales del asegurado;
- b. Datos de los familiares dependientes del asegurado;
- c. Fecha de ingreso al Seguro General Obligatorio;
- d. Tiempo de servicios, remuneración imponible y aportes pagados por cada empleador, que serán declarados por éste o por iniciativa del propio afiliado o por comprobación del IESS, de conformidad con las reglas de aplicación de éste Título; y,

e. En el caso del asegurado sin empleador, aquellos servicios y remuneraciones imponibles por los que haya cotizado o cotizare, dentro de los límites que establecerá la reglamentación”.

Atenta la referencia que ha efectuado el Procurador General del IESS, a la historia clínica de los asegurados, resulta pertinente considerar que, la letra f) del artículo 7 de la Ley Orgánica de Salud, declara confidencial la información contenida en la historia clínica de las personas. Dicha norma, dispone:

“Art. 7.- Toda persona, sin discriminación por motivo alguno, tiene en relación a la salud, los siguientes derechos:

(...) f) Tener una historia clínica única redactada en términos precisos, comprensibles y completos; así como la confidencialidad respecto de la información en ella contenida y a que se le entregue su epicrisis”.

De las normas que se han citado se desprende que, uno de los objetivos del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, de conformidad con el artículo 1 de la Ley que lo rige, es regular el acceso a la información pública de carácter personal que reposa en las entidades públicas o privadas; al efecto, la Disposición Transitoria Séptima de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, prevé que las instituciones públicas a las que dicha norma se refiere, entre las que se incluye al IESS, se integren paulatinamente al sistema en un plazo de tres años contados a partir de la entrada en vigencia de esa Ley.

Respecto de la información reservada prevista en los artículos 66 numeral 19 de la Constitución de la República y 6 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, tal como manifesté anteriormente, dicha información está referida a datos personales o íntimos frente al ámbito público o privado, cuya difusión o uso público puede afectar o atentar contra los derechos humanos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales.

El Art. 17 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información, establece las excepciones al derecho a acceder a la información pública y, entre ellas, la contenida en la letra b) que se refiere a: “Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en las leyes vigentes”, de lo que se desprende que terceros no tienen derecho a acceder a información que la Ley ha determinado como reservada, en este caso, a la historia laboral del asegurado, que por disposición del artículo 247 de la Ley de Seguridad Social, tiene el carácter de reservada y que incluye los datos determinados en el artículo 244 *ibídem*.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, se debe aclarar que la reserva frente a terceros no representa una reserva para entidades que, por mandato legal, deben acceder a información que la Ley ha calificado como reservada, como es el caso de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, entidad que administra el Registro de Datos Públicos, al que según la Disposición Transitoria Séptima de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, deberán integrarse paulatinamente el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y las demás entidades que allí se señalan, dentro del plazo de tres años contados a partir de la entrada en vigencia de esa ley. En consecuencia, esta facultad otorgada por la Disposición Transitoria Séptima de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, implica que dicha Dirección se constituya en custodio de información reservada y le acarrea la responsabilidad de protegerla frente a terceros.

Por lo expuesto, de conformidad con la Disposición Transitoria Séptima de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, por la cual el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entre otras instituciones del sector público, que posean información pública deben integrarse al Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, se concluye que la información contenida en el "Registro de Historia Laboral" del IESS debe ser entregada a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, cuya confidencialidad y reserva frente a terceros, deberá mantenerse bajo su responsabilidad, salvo que exista autorización expresa del titular de la información, mandato de la ley u orden judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley antes referida y el inciso tercero del artículo 247 de la Ley de Seguridad Social, para que proceda su difusión al público.

OF. PGE. N°: 09859, de 21-09-2012

IMPUESTO DE PATENTE: DOMICILIO Y ACTIVIDAD ECONÓMICA

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN LORETO

CONSULTA:

"¿Es requisito sine qua non para ser considerado como sujeto pasivo del Impuesto de Patente tener domicilio y actividad económica permanente dentro de la jurisdicción cantonal donde se genera la obligación tributaria o se puede considerar como sujeto pasivo del impuesto antes referido a las personas naturales y/o jurídicas que tengan actividades económicas eventuales o temporales dentro de la jurisdicción cantonal?"

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 547, 548 y 551.

Código Tributario Arts. 15, 16, 23, 24 y 68.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su requerimiento, mediante oficio No. 08751 de 11 de julio de 2012, esta Procuraduría solicitó al Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas el criterio institucional respecto al caso planteado, el cual fue atendido por el Director Ejecutivo Encargado de la AME en oficio No. 580-DE-441-DNAJJ-2012 de 20 de julio de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 26 de julio del presente año.

En su oficio expone que, el Gerente General de la compañía TRIBOILGAS CÍA. LTDA. en oficio No. TBG-0041-2012 ha presentado una reclamación en la que “aduce que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, para la aplicación del mismo, es requisito sine qua non que el sujeto pasivo de la obligación tributaria del impuesto de patente, debe tener una actividad económica permanente con domicilio fijo dentro de la jurisdicción del Cantón donde se realice dicha actividad y, en tal consideración TRIBOILGAS CÍA. LDA., no tiene domicilio ni actividad económica financiera dentro de la jurisdicción del Cantón Loreto”.

Según consta en el memorando No. 198 de 27 de junio de 2012, anexado a su consulta, suscrito por el Procurador Síndico Municipal de Loreto, el representante legal de la compañía TRIBOILGAS CÍA. LTDA. manifiesta “no ser procedente el cobro de impuestos de patente municipal y el 1.5 x 1.000 de los activos totales, por cuanto Triboilgas no tiene una actividad permanente dentro del cantón Loreto, que al tenor de lo dispuesto en el Art. 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la premisa determinante para el cobro en el caso de impuesto de patentes, es que el sujeto pasivo de la obligación tributaria mantenga una actividad de carácter comercial, industrial, financiera, inmobiliario y profesional de manera permanente”.

Agrega el Procurador Síndico que el término “permanente” ha dado lugar para que muchos sujetos pasivos que han sido notificados con el cobro del impuesto de patentes, “luego de realizarse la declaración presuntiva por parte de la administración tributaria municipal, han argumentado que la labor que ellos desempeñan no

tiene el carácter de permanente; en el caso de la Compañía TRIBOILGAS CÍA. LTDA., aduce no tener activos o actividad permanente en el territorio del Cantón Loreto, en consideración que los servicios que presta a PETROECUADOR, dando mantenimiento a pozos petroleros cuya duración no supera los treinta días, luego de lo cual nos trasladamos hacia otro lugar donde opera PETROECUADOR en las provincias de Sucumbíos y Orellana, por lo que su actividad es ocasional en el cantón Loreto”.

Concluye el Procurador Síndico Municipal de Loreto expresando que, “la actividad realizada por la Compañía TRIBOILGAS CÍA. LTDA., no se enmarca dentro de lo dispuesto en el Art. 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, para ser considerado sujeto pasivo del Impuesto de patente Municipal”.

En el oficio No. 580-DE-441-DNAJJ-2012 de 20 de julio de 2012, el Director Ejecutivo de la AME (E), manifiesta que: “son sujetos pasivos del impuesto de patente, las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan de manera permanente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales, con domicilio o establecimiento en una jurisdicción cantonal. Por tanto, corresponderá a la administración tributaria municipal establecer el carácter de permanencia conforme a la actividad económica que desarrolla TRIBOILGAS CÍA. LTDA., así como determinar su domicilio o establecimiento al amparo de lo dispuesto en el Capítulo VIII del Título I Código Orgánico Tributario”.

De conformidad con el artículo 15 del Código Tributario, la obligación tributaria “es el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley”.

Según el artículo 16 del mencionado Código, “Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo”.

Respecto al nacimiento de la obligación tributaria, el artículo 18 del indicado Código establece que dicha obligación “nace cuando se realiza el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo”; y en cuanto a su exigibilidad, el artículo 19 del Código Tributario, dispone:

“La obligación tributaria es exigible a partir de la fecha que la ley señale para el efecto.

A falta de disposición expresa respecto a esa fecha, registrarán las siguientes normas:

1ª.- Cuando la liquidación deba efectuarla el contribuyente o el responsable, desde el vencimiento del plazo fijado para la presentación de la declaración respectiva; y, 2ª.- Cuando por mandato legal corresponda a la administración tributaria efectuar la liquidación y determinar la obligación, desde el día siguiente al de su notificación”.

De acuerdo con los artículos 23 y 24 del Código en referencia, el sujeto activo de la obligación tributaria, es el ente público acreedor del tributo; en tanto que el sujeto pasivo es, “la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable”.

Según el artículo 25 del indicado Código, “Contribuyente es la persona natural o jurídica a quien la ley impone la prestación tributaria por la verificación del hecho generador”.

Respecto de la facultad determinadora, el artículo 68 del Código en análisis, prescribe que la determinación de la obligación tributaria “es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo”.

El doctor Luis Toscano Soria, en su obra “Procedimientos Administrativos y Contenciosos en Materia Tributaria”, Edición 2006, (pág. 122-123) manifiesta que, no se puede desconocer a la obligación tributaria como el “vínculo jurídico existente entre los sujetos acreedores del tributo y las personas naturales o jurídicas u otras formas de asociación o significación económica en calidad de sujetos pasivos, en virtud del cual, estos últimos, están obligados a realizar prestaciones en dinero en la gran mayoría de casos, en especies o servicios, en casos especiales, por la verificación del hecho generador. (...) sujeto activo es el ente acreedor del tributo, siendo el más importante el Estado, el sujeto pasivo, obligado al pago del tributo en calidad de contribuyente o responsable y el hecho generador o hecho imponible, que según definición del Código Tributario es el presupuesto establecido en la ley para configurar cada tributo, o dicho en otras palabras, el presupuesto legal que una vez producido da nacimiento a la obligación. (...) en el impuesto de patente el hecho generador es el ejercicio de cualquier actividad económica, incluidas la actividad industrial, comercial”.

En el caso del impuesto de patente que motiva su consulta, el hecho generador se encuentra previsto en el artículo 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, el cual establece lo siguiente:

“Están obligados a obtener la patente y, por ende, el pago anual del impuesto de que trata el artículo anterior, las personas naturales, jurídicas, sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal o metropolitana, que ejerzan permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales”.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, Editorial Eliasta, (Tomo VI, pág. 215) define el término “permanente” en los siguientes términos: “Continuo y duradero en el tiempo. II De actuación incesante. II Con destino y funciones fijas...”.

En relación con el término “eventual” mencionado en su consulta, el mencionado autor (Tomo III, pág. 607) expresa lo siguiente: “Sujeto a contingencia; de realización incierta o imprevisible. II Transitorio, pasajero...”.

La exigibilidad de obtener la patente municipal o metropolitana se encuentra prevista en el inciso primero del artículo 548 del COOTAD, con el siguiente texto:

“Para ejercer una actividad comercial, industrial o financiera se deberá obtener una patente anual, previa inscripción en el registro que mantendrá, para estos efectos, cada municipalidad. Dicha patente se la deberá obtener dentro de los treinta días siguientes al día final del mes en el que se inician esas actividades, o dentro de los treinta días siguientes al día final del mes en que termina el año”.

La facultad determinadora para obtener la patente, se encuentra contemplada en el inciso segundo del artículo 548 del COOTAD en los siguientes términos:

“El concejo, mediante ordenanza establecerá la tarifa del impuesto anual en función del patrimonio de los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón. La tarifa mínima será de diez dólares y la máxima de veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América”.

El artículo 551 del citado COOTAD, dispone que el Servicio de Rentas Internas, previo a otorgar el Registro Único de Contribuyentes (RUC), “exigirá el pago del impuesto de patentes municipales”.

Sobre dicha base normativa, el Servicio de Rentas Internas expidió la Circular No. 8, relativa a los sujetos pasivos de impuestos administrados por el SRI que requieran inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes, en la que establece que, los sujetos pasivos que desarrollen las actividades contenidas en los grupos de actividad económica que ahí se detalla, "previo a la inscripción el Registro Único de Contribuyentes, exigirá a los respectivos sujetos pasivos el pago del impuesto de patentes municipales mediante oficios conminatorios, para que estos cumplan con su obligación de pago, de conformidad con lo señalado en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización".

Añade la Circular del SRI que, "Cada mes el servicio de Rentas Internas remitirá a las municipalidades la lista de los contribuyentes inscritos en el RUC, para que estas últimas ejerzan sus facultades legales ante el no pago del impuesto de patentes, de conformidad con la ley... El detalle de actividades señaladas en la presente circular, únicamente sirve de referencia en la obtención del RUC, y no incide en la obligación de los contribuyentes de pagar el impuesto a las patentes, de conformidad con la ley y las respectivas ordenanzas emitidas por los gobiernos autónomos descentralizados, que se constituyen en el sujeto activo de este tributo".

Por lo expuesto, toda vez que de conformidad con el artículo 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, están obligados a obtener la patente y por ende el pago anual del impuesto, las personas naturales, jurídicas, sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal o metropolitana que ejerzan permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales; se concluye que, es requisito para ser considerados sujetos pasivos del impuesto de patente, que dichas personas naturales o jurídicas ejerzan permanentemente sus actividades en la respectiva jurisdicción cantonal o metropolitana.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la aplicación de las normas jurídicas. La resolución de las situaciones específicas de los sujetos pasivos de los tributos municipales, corresponde al respectivo gobierno autónomo descentralizado municipal, en ejercicio de su facultad determinadora establecida por el artículo 68 del Código Tributario, definida como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

OF. PGE. N°: 09488, de 27-08-2012

IMPUESTOS: ALCABALA, UTILIDADES Y PLUSVALÍA

ENTIDAD CONSULTANTE:

MUNICIPIO DEL CANTÓN MEJÍA

CONSULTA:

“¿Las adjudicaciones de los lotes de terreno que realiza la Cooperativa de Vivienda “Nuestra Señora del Cisne” a sus socios, son o no actos solidarios en los términos previstos en las disposiciones legales arriba citadas y si están o no exentas de pago de tributos, especialmente de alcabala, y utilidades y plusvalía?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 66, 283 y 301.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 534 lits. a) y b), 556 al 561.

Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario Arts. 1, 5, 6, 8, 26 y 139.

Código Tributario Arts. 21, 26, 31 y 68.

Ley de Cooperativas Art. 103.

Código Civil Arts. 1454 y 1461.

PRONUNCIAMIENTO:

Entre los antecedentes que se han remitido adjuntos a su oficio inicial de consulta, consta copia certificada de la petición, sin fecha, dirigida al señor Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Mejía, suscrita por el señor Nelson Fernando Gualotuña Gualotuña, en calidad de Gerente de la Cooperativa de Vivienda “Nuestra Señora del Cisne”, quien señala que las adjudicaciones que efectúe dicha Cooperativa se encuentran exentas del impuesto de alcabalas, según consta del oficio No. MIES-DNC-2012-0171-OF de 7 de febrero de 2012, que anexa a su petición.

A fin de contar con mayores elementos para atender su consulta, este Organismo con oficio No. 08495 de 26 de junio de 2012, solicitó el criterio jurídico del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, lo cual fue atendido por la Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, mediante oficio No. 516-DE-427-DNAJJ-2012 de 10 de julio de 2012, ingresado el

19 de julio del año en curso, en el cual cita los artículos 66 y 301 de la Constitución de la República, 31 del Código Tributario, letra b) del artículo 534 y 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y los artículos 1, 5, 6, 8, 26 y 139 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario; y, expresa el siguiente criterio:

“La Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario define como actos económicos solidarios, aquellos que efectúan las organizaciones sujetas a dicha ley con sus miembros dentro del ejercicio de las actividades propias de su objeto social, cuyos actos no constituyen hechos generadores de tributos (Artículos 5 y 139).

Podríamos inferir que, la Cooperativa de Vivienda “Nuestra Señora del Cisne” se encuentra amparada por el citado cuerpo de leyes, teniendo por objeto la ejecución de obras de urbanización, procediendo a realizar adjudicaciones de lotes de terreno de sus asociados, las mismas que constituirían actos económico solidarios, no sujeto a gravámenes por su naturaleza y fines para cristalizar los principios contenidos en la Constitución de la República del Ecuador”.

Adjunto a su oficio No. 2012-104-AGADMCM de 8 de junio de 2012, se ha remitido el mismo criterio jurídico contenido en el informe No. 046-2012-AJ de 22 de mayo de 2012, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, que se anexó a su oficio inicial de consulta, quien se refiere a la petición presentada por el Gerente de la Cooperativa de Vivienda “Nuestra Señora del Cisne”, y señala como antecedente lo siguiente:

“El peticionario manifiesta que la Cooperativa de Vivienda ‘Nuestra Señora del Cisne’ de la cual es su Gerente, ha adquirido un inmueble ubicado en la ciudad de Machachi, Cantón Mejía, Provincia de Pichincha, mediante escritura otorgada el 22 de marzo de 1993, inscrita en 21 de marzo de 1995; que con autorización municipal ha procedido a urbanizar; que el 12 de junio del 2010 se ha realizado el sorteo de lotes, el mismo que ha sido aprobado mediante Acuerdo Ministerial.

Con los antecedentes expuestos solicita a usted señor Alcalde la firma de las escrituras públicas de adjudicación que adjunta, las que en la cláusula sexta se hace constar que están exentas de tributos por disposición del Art. 139 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, por cuya razón no se ha pagado impuestos de alcabala ni de utilidad y plusvalía. También de la escritura se determina la cuantía del contrato”.

A continuación el Procurador Síndico Municipal en el informe No- 046-2012-AJ, hace referencia al artículo 103 de la Ley de Cooperativas, así como los artículos 5 y 139 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, las letras a) y b) del artículo 534 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, 556 al 561 del mismo Código Orgánico y artículos 1454 y 1461 del Código Civil; y, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Por las consideraciones expuestas considero que las adjudicaciones que realiza la Cooperativa de Vivienda ‘Nuestra Señora del Cisne’ a todos y cada uno de sus socios son actos solidarios y son parte del ejercicio de las actividades propias de su objeto social, habida cuenta que éstos legalmente no son considerados como actos civiles o de comercio, consecuentemente están exentos del pago de los impuestos de alcabala y de utilidades y plusvalía”.

Adicionalmente, a su oficio inicial de consulta, se ha adjuntado copia certificada del oficio No. MIES-DNC-2012-0171-OF de 7 de febrero de 2012, suscrito por el Director Nacional de Cooperativas y dirigido al Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Mejía, en el cual con respecto a los “beneficios que la Ley atribuye a este tipo de organizaciones”, señala que los artículos 5 y 139 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, determina que el acto económico solidario no constituye acto de comercio o civil y por ende no es un hecho generador de tributos y que los artículos 21 y 26 de la invocada Ley, establecen que el sector cooperativo se constituye por empresas de propiedad conjunta, gestión democrática con personalidad jurídica de derecho privado e interés social; y, señalan que las Cooperativas de Vivienda tienen por objeto la adquisición de bienes inmuebles a fin de beneficiar a sus socios con una vivienda.

Continúa el Director Nacional de Cooperativas en el oficio No. MIES-DNC-2012-0171-OF de 7 febrero de 2012, en el siguiente tenor:

“En este contexto, y por analogía el Director Metropolitano Financiero Tributario del Ilustre Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, previa petición, con oficio No. 2145 de fecha diciembre 13 de 2011, manifestó que esa Administración, amparada en los artículo 527, 534 letra b) y 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; el artículo 103 de la Ley de Cooperativas y el artículo 47 de la Ley del BEV, reconoce la exoneración de los impuestos de Utilidad y Alcabala en las transferencias de dominio de bienes inmuebles destinados a cumplir programas de vivienda de interés social.

Por otro lado, cabe señalar que la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, establece en sus Disposiciones Transitorias un régimen de transición, tipificando que hasta que la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria se encuentre operativa, esta Dirección continuará actuando en funciones prorrogadas al amparo de las leyes por las que fue creada, es decir, posibilita la aplicación de la Ley de Cooperativas y su Reglamento General hasta que se produzca el supuesto fáctico ya indicado.

En consecuencia es importante señalar que el artículo 102 de la Ley de Cooperativas, declara de necesidad nacional y beneficio público a las organizaciones cooperativas; y el artículo 103 IBÍDEM, concede a las cooperativas los siguientes beneficios: '(...) b) Exención de los impuestos fiscales, municipales, especiales y de cualquier otra índole en los contratos de compra – venta de inmuebles que adquieran las cooperativas. Este beneficio se extiende a los particulares que vendan a ellas tales inmuebles (...)'

Su consulta se halla referida a si las transferencias de dominio, que mediante adjudicación realiza una cooperativa de vivienda, se encuentran exentas del pago de impuestos de alcabala y utilidades y plusvalía.

Las letras c) y g) del artículo 491 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en su orden, prevén entre los impuestos municipales y metropolitanos, el impuesto de alcabala y el impuesto a las utilidades en la transferencia de predios urbanos y plusvalía de los mismos.

Según el artículo 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, el impuesto por utilidades y plusvalía, corresponde al diez por ciento sobre la utilidad o plusvalía que provengan de la transferencia de inmuebles urbanos. A su vez, dicha norma autoriza a las municipalidades a modificar el porcentaje del impuesto mediante Ordenanza y el artículo 558 del citado Código Orgánico, establece quienes son sujetos del impuesto por utilidades y plusvalía.

Respecto del impuesto a la utilidad en la venta de inmuebles, esta Procuraduría se ha pronunciado mediante oficios Nos. 02821 de 15 de julio de 2011, 00988 de 21 de marzo de 2011 y 01850 de 18 de mayo de 2011.

Por su parte, el artículo 527 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización determina que son objeto del impuesto de alcabala los actos jurídicos que contengan el traspaso de dominio de bienes inmuebles y que en dicha norma se especifican.

En cuanto a las adjudicaciones, el artículo 528 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización prevé:

“Art. 528.- Otras adjudicaciones causantes de alcabalas.- Las adjudicaciones que se hicieren como consecuencia de particiones entre coherederos o legatarios, socios y, en general, entre copropietarios, se considerarán sujetas a este impuesto en la parte en que las adjudicaciones excedan de la cuota a la que cada condómino o socio tiene derecho.

Por su parte, la letra b) del artículo 534 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé entre las exenciones al impuesto de alcabala:

“b) En la venta o transferencia de dominio de inmuebles destinados a cumplir programas de vivienda de interés social, o que pertenezcan al sector de la economía solidaria, previamente calificados como tales por la municipalidad o distrito metropolitano respectivo, la exoneración será total”.

En cuanto al régimen de economía popular y solidaria, el artículo 283 de la Constitución de la República, prevé:

“Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios”.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, expedida con posterioridad a la promulgación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, respecto del ámbito de la misma, prescribe que:

“Art. 1.- Definición.- Para efectos de la presente Ley, se entiende por economía popular y Solidaria a la forma de organización económica, donde sus integrantes, individual o colectivamente, organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios, para

satisfacer necesidades y generar ingresos, basadas en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano como sujeto y fin de su actividad, orientada al buen vivir, en armonía con la naturaleza, por sobre la apropiación, el lucro y la acumulación de capital”.

En cuanto a las formas de organización, de las entidades que integran la Economía Popular y Solidaria, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria prescribe que para efectos de dicha Ley, integran dicho sector económico, las organizaciones conformadas en los Sectores Comunitarios, Asociativos y Cooperativistas, así como también las Unidades Económicas Populares.

El artículo 5 de la Ley en análisis, define al acto económico y solidario en los siguientes términos:

“Art. 5.- Acto Económico Solidario.- Los actos que efectúen con sus miembros las organizaciones a las que se refiere esta Ley, dentro del ejercicio de las actividades propias de su objeto social, no constituyen actos de comercio o civiles sino actos solidarios y se sujetarán a la presente Ley”.

Adicionalmente el artículo 6 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, determina que las personas y organizaciones amparadas por esa Ley, deberán inscribirse en el Registro Público que estará a cargo del Ministerio de Estado que tenga a su cargo los registros sociales, con lo cual pueden acceder a los beneficios de dicho cuerpo legal.

En lo que atañe a las cooperativas de vivienda, como la que motiva su consulta, el artículo 26 de la Ley antes referida, expresa que éstas tendrán por objeto la adquisición de bienes inmuebles para la construcción o remodelación de viviendas u oficinas o la ejecución de obras de urbanización y más actividades vinculadas con éstas en beneficio de sus socios y que la adjudicación de los bienes inmuebles se efectuará previo sorteo, en Asamblea General, una vez concluidas las obras de urbanización o construcción; y, se constituirán en patrimonio familiar.

De otra parte, en cuanto al tratamiento tributario de los actos económicos solidarios, el artículo 139 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, dispone lo siguiente:

“Art. 139.- Hecho Generador de Tributos.- Los actos solidarios que efectúen con sus miembros las organizaciones a las que se refiere esta Ley, como parte del ejercicio de las actividades propias de su objeto social, no constituyen hechos generadores

de tributos; en cambio, los actos y demás operaciones que efectúen con terceros, están sujetos al régimen tributario común.

Las utilidades que pudieran provenir de operaciones con terceros y que no sean reinvertidos en la organización, gravarán Impuesto a la Renta, tanto para el caso de la organización, cuanto para los integrantes cuando éstos los perciban”.

El inciso primero de la disposición antes citada, contiene una exención de tipo general para los actos solidarios que efectúen las organizaciones amparadas por la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, como parte del ejercicio de las actividades propias de su objeto social.

De otra parte, la misma Ley Orgánica de Economía Popular solidaria establece en su Disposición Transitoria Primera:

“PRIMERA.- Las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidaria, que actualmente se encuentran en funcionamiento y operación, adecuarán sus estatutos sociales a la presente Ley, de conformidad con las regulaciones que se dicten para el efecto.

Si las organizaciones no adecuren sus estatutos dentro de los plazos y regulaciones que se establezcan para el efecto, no podrán ejercer sus actividades y no accederán al fomento, promoción e incentivos que establece esta Ley. El plazo para estas adecuaciones no excederá de un año, contado a partir del nombramiento del Superintendente.

Una vez aprobado el nuevo Estatuto social de conformidad con la presente Ley, las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, procederán a elegir a las nuevas directivas, hasta tanto seguirá actuando, la última directiva elegida vigente.”

Del inciso segundo de la transitoria previamente citada, se establece que mientras no se cumpla con el régimen de transición para las organizaciones reguladas por la Ley de Orgánica de Economía Popular y Solidaria, dichas organizaciones no pueden beneficiarse del fomento, promoción e incentivos que prevé dicho cuerpo legal.

De análisis jurídico precedente, se concluye que las adjudicaciones de los lotes de terreno que realice una cooperativa de vivienda, debidamente inscrita en el Registro Público a cargo del ministerio de Estado que tenga a su cargo los registros sociales, según dispone el artículo 6 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, constituyen actos económicos solidarios, en los términos del artículo 5 de la Ley ibídem y que por mandato de la Disposición Transitoria Primera de la citada

Ley Orgánica, debe adecuar su estatuto social dentro de los plazos y regulaciones que se establezcan para el efecto, ya que caso contrario no podrá ejercer sus actividades y no accederá al fomento, promoción e incentivos que establece Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria.

No obstante lo anterior, toda vez que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en la letra b) del artículo 534 dispone que la venta o transferencia de dominio de inmuebles destinados a cumplir programas de vivienda de interés social, o que pertenezcan al sector de la economía solidaria, previamente calificados como tales por la municipalidad o distrito metropolitano respectivo, se encuentran totalmente exoneradas del impuesto de alcabalas, corresponde aplicar a favor de tales organizaciones dicha exoneración.

Con respecto del impuesto a la utilidad en la venta de inmuebles, en el caso de existir utilidad, cabe señalar que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización no ha dispuesto exoneración alguna a favor de las organizaciones de economía popular y solidaria.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, por mandato de la Disposición Transitoria Primera de la indicada Ley Orgánica, una vez que las entidades de la economía popular y solidaria, que actualmente se encuentran en funcionamiento y operación, hayan adecuado sus estatutos sociales a la indicada Ley, de conformidad con las regulaciones que se dicten para el efecto (que no excederá de un año, contado a partir del nombramiento del Superintendente), pueden acceder a los beneficios que establece la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, entre ellas las exenciones previstas en el inciso primero del artículo 139 del referido cuerpo legal orgánico que prevé que los actos solidarios que efectúen las organizaciones como parte del ejercicio de las actividades propias de su objeto social se encuentran exentos del pago de tributos, en los que se incluyen los de alcabalas, y utilidades y plusvalía.

En todo caso, la Procuraduría General del Estado no puede resolver la situación en particular de la Cooperativa que motiva su consulta, ya que tal resolución le corresponde al Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Mejía, como autoridad tributaria, en ejercicio de su facultad determinadora definida por el artículo 68 del Código Tributario como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

OF. PGE. N°: 09240, de 07-08-2012

JUBILACIÓN: DOCENTE UNIVERSITARIO LIQUIDADO POR SUPRESIÓN DE PUESTO

ENTIDAD CONSULTANTE:
UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

CONSULTA:

“¿En consecuencia de que constitucionalmente se faculta el desempeño de un cargo público sumado al ejercicio de la docencia universitaria si el horario lo permite; es legal que el Estado a través de la Universidad retribuya con el valor correspondiente como beneficio de jubilación a un docente universitario que ha sido liquidado por supresión de puesto de otra actividad en el sector público?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 48 lit. c) y 129.

LOSCCA Arts. 48 lit. c), 65, 76 y Disp. Gen. Segunda (derogada) y 96 de su Reglamento (derogado).

Ley Orgánica de Educación Superior Art. 70, Disp. Trans. Vigésima y Disp. Trans. Décima Novena de su Reglamento General.

Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte Art. 11.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio de consulta usted señala que un docente ha laborado por más de 30 años en la Universidad Técnica de Ambato, y a la vez se desempeñó como Experto Supervisor Ingeniería B de la Contraloría General del Estado Regional 3, habiendo recibido en mayo de 2008, como consecuencia de la supresión del último puesto, la indemnización de USD. 30.000,00; y, que en calidad de docente de esa Universidad ha presentado su renuncia para acceder a los beneficios que le otorga la ley.

Con relación a esta consulta, el Procurador de la Universidad Técnica de Ambato (E), en el informe que consta en el oficio No. UTA- P- 1118- 2012 de 23 de julio de 2012, expresa lo siguiente:

“Para efectos del reconocimiento económico y al ser un derecho la jubilación, plenamente le asiste al profesional, al cumplir con lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social, ya que constituye un beneficio a recibir por única vez, en vista

de conferir este beneficio la Ley Orgánica del Servicio Público, pues la liquidación otorgada por la Contraloría General del Estado ha sido producto de un efecto jurídico que deviene de la supresión de un puesto en el sector público”.

Concluye el informe del Procurador de la Universidad Técnica de Ambato (E) manifestando lo siguiente:

“Finalmente el beneficio de jubilación constituye un derecho tanto constitucional como legal, el cual se origina de los aportes tanto individuales como patronales al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por el desempeño de las actividades, derecho que le asiste al solicitante, en tanto la indemnización por supresión de puesto corresponde a otro efecto jurídico por considerarse la separación forzosa de una institución del sector público que atenta contra la estabilidad laboral de un servidor, a cambio de una retribución económica”.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (derogada por la vigente Ley Orgánica del Servicio Público), en el Art. 48 entre los casos de cesación definitiva del servidor, en la letra c) contemplaba la supresión del puesto.

Respecto de la supresión de puesto, el Art. 65 de la derogada LOSCCA, establecía lo siguiente:

“De la supresión de puestos.- La supresión de puestos procederá por razones técnicas o económicas y funcionales en los organismos y dependencias de la función ejecutiva, se realizará previo estudio y dictamen de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público; y en las instituciones o entidades que no sean parte de dicha función con el informe de la respectiva unidad de recursos humanos, en ambos casos siempre que se cuente con fondos disponibles para el pago de la correspondiente indemnización y se produzca dicho pago al servidor removido”.

El inciso primero de la Disposición General Segunda de la entonces vigente LOSCCA, concordante con el Art. 96 del derogado Reglamento de esa Ley, prescribía que el monto de la indemnización por eliminación o supresión de partidas del personal de las instituciones, entidades y organismos sujetos a esa Ley, debía pagarse por un monto de mil dólares de los Estados Unidos de América por año de servicio y hasta un máximo de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América en total.

La Ley Orgánica de Educación Superior, en el Art. 70 incisos primero y segundo, dispone lo siguiente:

“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 del 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 de escalafón que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación. En las instituciones de educación superior particulares se observarán las disposiciones del Código del Trabajo”.

La Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone lo siguiente:

“El Consejo de Educación Superior en el plazo de ciento ochenta días a partir de su constitución, deberá expedir el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que regule el ingreso, promoción, estabilidad, escalafón evaluación, cesación y jubilación de dicho personal”.

De los citados Art. 70 y Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior se desprende que los docentes son servidores públicos sujetos a un régimen propio de escalafón que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el que deberá contener, entre otros, lo relativo a la jubilación de los docentes.

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 865, se expidió el Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, cuya Disposición Transitoria Décima Novena, dispone lo siguiente:

“El Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior normará lo relacionado con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley.

Hasta que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, las jubilaciones que se produzcan a partir de la expedición de este reglamento se sujetarán a las disposiciones de la LOSEP.

El Estado no financiará ninguna jubilación complementaria de un trabajador que renuncie luego del 31 de diciembre de 2014”.

Conforme a la citada Disposición Transitoria Décima Novena del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, se desprende que las jubilaciones de los docentes que se produzcan a partir de su vigencia se sujetan a las disposiciones de la LOSEP, hasta que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior; de lo cual se infiere que la jubilación de los docentes regidos por la LOES, se sujeten transitoriamente a la LOSEP, hasta la expedición de dicho Reglamento, en el que se deberá contemplar entre otros, lo relativo a la jubilación.

Cabe anotar que el caso del docente universitario que motiva su consulta, parte del supuesto de que el docente de marras ha sido beneficiario de la indemnización por supresión de puesto, como servidor público sujeto a la entonces vigente LOSCCA; situación distinta del tema que analiza, en razón de que la renuncia presentada es para acogerse al beneficio por jubilación en calidad de docente universitario sujeto a la Ley Orgánica de Educación Superior.

El inciso primero del Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, prescribe lo siguiente:

“Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”.

Para que proceda el reconocimiento del beneficio por jubilación dispuesto en el Art. 129 de la LOSEP, el servidor deberá cumplir con los requisitos y presupuestos para la jubilación previstos en la Ley de Seguridad Social, que en sus artículos 185 y 188

establecen los requerimientos que deben acreditarse para acceder a la jubilación ordinaria por vejez y por edad avanzada.

Así mismo, el servidor deberá cumplir con los requerimientos señalados en el "Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte", que en el Art. 11 determina las condiciones que deben cumplir los afiliados para tener derecho a la jubilación por vejez, inicialmente expedido mediante Resolución del Consejo Directivo del IESS No. C. D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que de conformidad con lo previsto en el Art. 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, los docentes universitarios están sujetos al Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, se concluye que, hasta que se expida dicho Reglamento, el docente que renuncie voluntariamente para acogerse a la jubilación, tiene derecho al beneficio de jubilación contemplado en el Art. 129 de la LOSEP, por así disponerlo expresamente la Disposición Transitoria Décima Novena de la LOES, antes citada.

OF. PGE. N°: 09328, de 14-08-2012

JUBILACIÓN: PENSIÓN AUXILIAR, RENUNCIA VOLUNTARIA Y PAGO A HEREDEROS DE DOCENTES UNIVERSITARIOS

ENTIDAD CONSULTANTE:

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CONSULTAS:

1.- "¿La Universidad Nacional de Loja, debe cancelar la pensión auxiliar a todos los profesores que se jubilen en el IESS con posterioridad al 12 de octubre de 2010 fecha en la cual se publicó la Ley Orgánica de Educación Superior, de conformidad con la Disposición Transitoria Décima Novena, de la citada ley, tomando en consideración que el Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar, esta derogado por los efectos de la Disposición Derogatoria Quinta de la LOES?";

3.- "¿La Universidad Nacional de Loja, debe cancelar el beneficio a la jubilación de conformidad con lo que dispone el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, a los docentes que se hayan jubilado a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público?";

4.- "¿La Universidad Nacional de Loja debe cancelar la compensación económica por renuncia voluntaria a los docentes que hayan renunciado a partir de la expedición de la Ley Orgánica del Servicio Público, de conformidad con lo que manda la Disposición General Décima Segunda de la ley *ibídem*?";

5.- "¿Es procedente que la Universidad Nacional de Loja pague a los herederos de los docentes universitarios, el beneficio a la jubilación de conformidad con lo que dispone el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que hayan solicitado la misma antes de su fallecimiento?".

2.- "¿En caso de que la Universidad Nacional de Loja deba cancelar la pensión auxiliar a los profesores, de conformidad con la Disposición Transitoria Décima Novena de la LOES, es legal que se cancele dicha pensión auxiliar a aquellos docentes que a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Educación Superior, se hayan reubicado en su carga horaria; es decir, 6 a 10, de 10 a 15, 15 a 20, 20 a 25, de 25 a 30 o de 30 a 40 horas, lo que trajo como consecuencia que su remuneración haya aumentado y por ende su pensión auxiliar subiría?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 237 num. 3.

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

PRONUNCIAMIENTOS:

1, 3, 4 y 5. Mediante oficios Nos. 04540 de 28 de octubre de 2011; 05781 de 5 de enero de 2012; 06980 y 07025 de 14 y 16 de marzo de 2012, respectivamente; 08781 de 13 de julio de 2012 y 09122 de 1 de agosto de 2012, esta Procuraduría se ha pronunciado respecto del tema materia de sus consultas, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

2. 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 Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

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

Por lo expuesto, en forma previa a atender este requerimiento, le agradeceré reformular los términos de su consulta con relación a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica y remitir a este Organismo el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Asesor Jurídico de la Entidad a su cargo, conteniendo un análisis jurídico de las normas y la posición jurídica institucional en la que se concluya en base a dicho análisis.

OF. PGE. N°: 10027, de 03-10-2012

**JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA:
ANTES Y DESPUÉS DE LA VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DE
EDUCACIÓN SUPERIOR**

ENTIDAD CONSULTANTE:
UNIVERSIDAD TÉCNICA DE MACHALA

CONSULTAS:

1. "¿Los profesores que hasta antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, se jubilaron y no están percibiendo la Jubilación Complementaria, es procedente que la Universidad les cancele la Jubilación Complementaria?"
2. "¿Los profesores que se jubilaron después de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, y no están percibiendo la Jubilación Complementaria, es procedente que la Universidad les cancele la Jubilación Complementaria?"
3. "¿Los profesores que se jubilaron antes y después de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, y no fueron indemnizados, se pueden acoger al

Reglamento de la LOES, en su Disposición Transitoria Décima Novena, que dice El Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior normará lo relacionado con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley. Hasta que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, las jubilaciones que se produzcan a partir de la expedición de este reglamento se sujetarán a las disposiciones de la LOSEP?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 89 y 355.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 70, 147, 149 y Disp. Trans. Décima Novena de su Reglamento.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 84 y 355.

Ley de Seguridad Social Arts. 185 y 188.

D. L. R. O. N° 380 de 3-12-953 Arts. 1 y 2.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Con relación a esta consulta, el Procurador General (e) de la Universidad Técnica de Machala, en el informe que consta en el oficio No. PG- UTMACH- P019- 2012 de 6 de junio de 2012, concluye manifestando lo siguiente:

“Al amparo del Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, estimo que es pertinente que los profesores que se jubilaron antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, accedan a la Jubilación Complementaria”.

El inciso segundo del Art. 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone que: “Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del sistema de Educación Superior, que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación...”; y, el último inciso de la misma norma prescribe lo siguiente:

“Se prohíbe que recursos provenientes del Estado financien fondos privados de jubilación complementaria, de cesantía privados o cualquier fondo privado sea cual fuere su denominación en las instituciones del Sistema de Educación Superior

públicas o particulares que reciben rentas o asignaciones del Estado. Estos fondos podrán continuar aplicándose y generando sus prestaciones para efecto de este tipo de coberturas, siempre y cuando consideren para su financiamiento única y exclusivamente los aportes individuales de sus beneficiarios”.

El quinto inciso del Art. 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en su parte pertinente dispone que los docentes universitarios “se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley”; y, el Art. 84 de la indicada Ley Orgánica, prescribe que los docentes e investigadores de las universidades se rigen por la Ley de Educación Superior, en función de lo previsto en el Art. 355 de la Constitución de la República.

De los artículos 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, 3 y 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se desprende que los docentes de las universidades públicas están sujetos a la Ley Orgánica de Educación Superior.

El Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953 disponía lo siguiente:

“Art. 1º- Los profesores universitarios jubilados por la Caja de Pensiones, tendrán derecho a una pensión auxiliar a cargo del Presupuesto de la Universidad respectiva, siempre que hubieren completado treinta años de servicios en Instituciones Educativas y tuvieren por lo menos cincuenta y cinco años de edad.

La pensión auxiliar será la diferencia entre el último sueldo mensual que hubiere percibido el profesor y la jubilación otorgada por la Caja de Pensiones.

Art. 2º- Los profesores universitarios jubilados por el Estado con pensiones inferiores a setecientos sucres, tendrán derecho a que desde enero de mil novecientos cincuenta y cuatro se les pague el doble de su actual pensión”.

Del texto del Art. 1 del Decreto Legislativo de 1953, se desprende que la pensión auxiliar creada en beneficio de los profesores de las universidades públicas, no estaba constituida por aportes individuales, sino únicamente con recursos provenientes del presupuesto de la respectiva universidad; y se pagaría siempre que el docente hubiere cumplido con el tiempo de servicio y la edad previstos en dicho Decreto Legislativo.

La Derogatoria Quinta de la Ley Orgánica de Educación Superior, derogó los Arts. 1° y 2° del Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953.

Sin embargo, con respecto a la pensión auxiliar creada por el derogado Decreto Legislativo, la Disposición Transitoria Décima Novena de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, prevé lo siguiente:

“Jubilación Complementaria.- Los fondos de pensión complementaria creados al amparo del Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, continuarán generando este beneficio con recursos del Estado en los términos indicados en el aludido Decreto Legislativo para los actuales beneficiarios.

Los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la vigencia de esta Ley o los que lo hicieron hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio”.

De las disposiciones del derogado Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, se desprende que el beneficio que dicho Decreto creó se limita a “los profesores universitarios”; y, que la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior que contempla la jubilación complementaria creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953, se refiere también exclusivamente al personal académico que actualmente es beneficiario de la prestación de la pensión auxiliar, así como a los profesores e investigadores que se hubieren acogido a la jubilación antes del 12 de octubre de 2010 en que se promulgó esa Ley Orgánica, o lo hicieron hasta diciembre del año 2014.

Por lo expuesto, de conformidad con la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, cuyo texto quedó citado, se concluye que los profesores e investigadores que se acogieron a la jubilación antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior y no están percibiendo la jubilación complementaria, tienen derecho a que esa Institución de Educación Superior les cancele la pensión auxiliar creada al amparo del Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas legales invocadas, siendo de responsabilidad del consultante la determinación, liquidación y pago de los valores que correspondan en cada caso.

En estos términos me pronuncié en los oficios Nos. 06979, 06980 de 14 de marzo de 2012, y 07025 de 16 de marzo de 2012, al atender las consultas formuladas por el Rector de la Universidad Técnica de Ambato, Rector de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo y Rector de la Universidad Agraria del Ecuador, respectivamente.

2. El Procurador General (e) de la Universidad Técnica de Machala, en el informe que consta en el oficio No. PG-UTMACH-P019- 2012 de 6 de junio de 2012, con fundamento en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, concluye manifestando lo siguiente:

“... en consecuencia es pertinente que los profesores que se jubilaron estando en vigencia la Ley Orgánica de Educación Superior, se les cancele la Jubilación Complementaria al amparo del Decreto Legislativo de 1953”.

Al absolver la primera consulta hice referencia a la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior que prescribe que los fondos de pensión complementaria creados al amparo del Decreto Legislativo de 1953, que estableció la pensión auxiliar para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas continuarán generando este beneficio con recursos del Estado en los términos indicados en el aludido Decreto Legislativo para los actuales beneficiarios; y que, los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior que se acogieron a la jubilación patronal antes de la vigencia de esta Ley o los que lo hicieron hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio.

En consecuencia se concluye que, los profesores que se jubilaron a partir o después de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010, y no están percibiendo la jubilación complementaria, tienen derecho que la Universidad Técnica de Machala les cancele la jubilación complementaria, conforme lo previsto en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior.

3. El Procurador General (e) de la Universidad Técnica de Machala, en el informe que consta en el oficio No. PG-UTMACH-P019- 2012 de 6 de junio de 2012, respecto de esta consulta expresa lo siguiente:

“... al haber el Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior, determinado que las jubilaciones que se produzcan a partir de la expedición de este reglamento se sujetarán a las disposiciones de la LOSEP, estimo que es pertinente que los

profesores que se jubilaron antes y después de la expedición de la LOES, se acojan a lo que determina el Reglamento de la LOES en su Disposición Transitoria Décima Novena”.

La Ley Orgánica de Educación Superior en el Art. 70 prevé que los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a las normas generales del servicio público y a un régimen propio contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

El Art. 147 de la indicada Ley Orgánica, prescribe que el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas está conformado por “profesores o profesoras e investigadores o investigadoras”.

De otra parte, el Art. 149 de la Ley Orgánica de Educación Superior, determina que los profesores e investigadores serán titulares, invitados, ocasionales u honorarios. A su vez, los profesores titulares podrán ser principales, agregados o auxiliares. Agrega que, el reglamento del sistema de carrera del profesor e investigador regulará los requisitos y sus respectivos concursos.

En cuanto al tiempo de dedicación a la docencia universitaria, el inciso tercero del Art. 149 citado, dispone que podrá ser exclusiva o tiempo completo, es decir con cuarenta horas semanales; semiexclusiva o medio tiempo y con veinte horas semanales; a tiempo parcial, con menos de veinte horas semanales. Agrega que, ningún profesor o funcionario administrativo con dedicación exclusiva o tiempo completo podrá desempeñar simultáneamente dos o más cargos de tiempo completo en el sistema educativo, en el sector público o en el sector privado; y que el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, normará esta clasificación, estableciendo las limitaciones de los profesores.

La Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, en el Art. 84 prescribe que los docentes e investigadores de las universidades se rigen por la Ley de Educación Superior en función de lo previsto en el Art. 355 de la Constitución de la República; y, los servidores que prestan sus servicios en calidad de Técnicos Docentes, estarán regulados por la Ley Orgánica del Servicio Público.

Por su parte, la Disposición General Décima Octava de la LOSEP, dispone que para la aplicación de dicha Ley y su Reglamento se tendrá como tal entre otros conceptos, el de Docente: “Toda servidora o servidor legalmente nombrado o contratado para

prestar servicios exclusivamente de docencia en centros educativos, Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas; y, las del Sistema Nacional de Educación Pública”.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 129 prescribe lo siguiente:

“Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”.

Del texto del Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se desprende que para efectos del pago del beneficio por jubilación ahí establecido, el cálculo se debe realizar por cada año de servicio contado a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total; es decir, que el quinto año de servicio es la base o piso del beneficio a que tiene derecho el servidor que se acoja a la mencionada compensación.

Para que proceda el reconocimiento del beneficio por jubilación dispuesto en el Art. 129 de la LOSEP, el servidor deberá cumplir con los requisitos y presupuestos para la jubilación previstos en la Ley de Seguridad Social, que en sus artículos 185 y 188 establecen los requerimientos que deben acreditarse para acceder a la jubilación ordinaria por vejez y por edad avanzada.

Así mismo, el servidor deberá cumplir con los requisitos señalados en el “Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte”, que en el Art. 11 determina las condiciones que deben cumplir los afiliados para tener derecho a la jubilación por vejez, inicialmente expedido mediante Resolución del Consejo Directivo del IESS No. C. D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006.

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 865, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 526 de 2 de septiembre de 2011, se expidió el Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior.

La Disposición Transitoria Décima Novena del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone lo siguiente:

“Décima Novena.- El Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior normará lo relacionado con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley.

Hasta que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, las jubilaciones que se produzcan a partir de la expedición de este reglamento se sujetarán a las disposiciones de la LOSEP.

El Estado no financiará ninguna jubilación complementaria de un trabajador que renuncie luego del 31 de diciembre de 2014”.

La Disposición Transitoria Décima Novena anteriormente citada prevé la aplicación de las disposiciones de la Ley Orgánica del Servicio Público a los docentes que se acojan a la jubilación a partir del 2 de septiembre de 2011, fecha en que se promulgó en el Suplemento del Registro Oficial No. 526 el Decreto Ejecutivo No. 865 contentivo del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior.

El derecho de los servidores públicos a recibir el beneficio por jubilación previsto en el Art. 129 de la LOSEP se origina en la Ley Orgánica del Servicio Público, y de conformidad con su Disposición Final Primera, sus disposiciones entraron en vigencia a partir de su publicación en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

De ahí que al haber nacido el beneficio por jubilación que prevé el Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público con la expedición de dicha Ley, este derecho debe aplicarse desde su promulgación; es decir, a partir del 6 de octubre de 2010.

Por lo expuesto, se concluye que los docentes de la Universidad Técnica de Machala que se jubilaron antes o después de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior o de su Reglamento y no fueron indemnizados, pueden acogerse al beneficio de jubilación previsto en el Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, por cuanto este derecho nació con la vigencia de la LOSEP y debe aplicarse a partir de la fecha de su expedición en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, siempre que el docente cumpla con los requisitos para la jubilación previstos en los Arts. 185 y 188 de la Ley de Seguridad Social, y en el Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, que en el Art. 11 determina las condiciones que deben cumplir

los afiliados para tener derecho a la jubilación por vejez, inicialmente expedido mediante Resolución No. C.D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006.

En estos términos me pronuncié en los oficios Nos. 05781 y 05884 de 5 y 10 de enero de 2012 al absolver las consultas formuladas por el Rector de la Escuela Politécnica del Ejército (Subrogante) y por usted en calidad de Rector de la Universidad Técnica de Machala, respectivamente.

OF. PGE. N°: 08781, de 13-07-2012

JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA: DOCENTE

ENTIDAD CONSULTANTE:

UNIVERSIDAD AGRARIA DEL ECUADOR

CONSULTA:

“¿Un docente que laboró 21 años en la Escuela Naval Superior, declarada Instituto Superior por Decreto Supremo N° 457, publicado el Registro Oficial N° 16 del 8 de marzo de 1972, y, 17 años posteriormente en la Universidad Agraria del Ecuador, sumando 38 años de docencia, a su jubilación tendría derecho a percibir Jubilación Complementaria?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 352.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 14, 62, 70, 147 y Disp. Trans. Décima Novena.

D. S. N° 57 Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa copia del informe del Procurador Síndico de la Universidad Agraria del Ecuador, quien respecto del asunto consultado manifiesta lo siguiente: “Con tales elementos, el docente contabilizaría 21 años de docencia en la Escuela Superior Naval, y 17 años en la Universidad Agraria del Ecuador, lo que suma 38 años de labor docente en instituciones educacionales de tercer nivel, tomando en consideración que los Institutos Superiores están contemplados

en el Capítulo 3 del título VI de la Ley Orgánica de Educación Superior” por lo que, concluye que “(...)si el docente se acoge a la jubilación en los términos de la disposición décimo novena citada, tendría derecho a la Jubilación Complementaria, salvo pronunciamiento desfavorable del Procurador General del Estado”.

Según consta de su oficio, la consulta está referida a la aplicación de la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior y al Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, que estableció la pensión auxiliar a favor del personal académico de las universidades y escuelas politécnicas.

El artículo 352 inciso primero de la Constitución de la República del Ecuador, determina que: “El sistema de educación superior estará integrado por universidades y escuelas politécnicas; institutos superiores técnicos, tecnológicos y pedagógicos; y conservatorios de música y artes, debidamente acreditados y evaluados”.

La Ley Orgánica de Educación Superior, en el inciso segundo del Art. 70, dispone lo siguiente:

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

El artículo 147 de la citada Ley Orgánica, dispone que el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas está conformado por “profesores o profesoras e investigadores o investigadoras”.

El artículo 14 de la mencionada Ley Orgánica establece que: “Son instituciones del Sistema de Educación Superior: a) Las universidades, escuelas politécnicas públicas y particulares, debidamente evaluadas y acreditadas, conforme la presente Ley; y, b) Los institutos superiores técnicos, tecnológicos, pedagógicos, de artes y los conservatorios superiores, tanto públicos como particulares, debidamente evaluados y acreditados, conforme la presente Ley”.

Por su parte, el artículo 62 de la derogada Ley de Educación Superior, vigente a la fecha en la que el docente que motiva su consulta ingresó a laborar en la Escuela Superior Naval, establecía que:

"Art. 62.- Los institutos técnicos superiores de las Fuerzas Armadas tienen categoría universitaria. Los títulos por ellos conferidos capacitan plenamente para el ejercicio de las respectivas profesiones.

Las personas que hubiesen cursado estudios en esos institutos podrán continuarlos en las universidades estatales o escuelas politécnicas, debiendo equipararse las asignaturas ya aprobadas y completar las que les falten, de acuerdo a los programas y planes de estudio de los planteles de Educación Superior".

En el artículo 1 del Decreto Supremo N° 57, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 62, se reconocía a la Escuela Naval del Ecuador como instituto técnico superior de categoría universitaria, considerando entre otros aspectos que, la Escuela Naval del Ecuador era un Instituto de formación profesional, para llenar los cuadros de Oficiales de la Marina de Guerra.

Posteriormente, la Ley de Universidades y Escuelas Politécnicas derogó a la Ley de Educación Superior, publicada en el Registro Oficial N° 136 de 7 de enero de 1971, además de todas las disposiciones legales y reglamentarias que se le oponían, sin que reconociera en su texto "categoría universitaria" a los institutos técnicos superiores de las Fuerzas Armadas.

Con Decreto Ejecutivo No. 1987, se designó a la Escuela Superior Naval con el nombre de "COMANDANTE RAFAEL MORAN VALVERDE".

Mediante Ley 26, se creó la Universidad Naval "Comandante Rafael Morán Valverde", institución de educación superior autofinanciada, con personería jurídica sin fines de lucro, de carácter autónomo en los ámbitos académico, administrativo y financiero.

La Ley de Educación Superior, vigente hasta octubre de 2010, calificada con jerarquía y carácter de Ley Orgánica, dado por Resolución Legislativa No. 22-058, publicada en Registro Oficial 280 de 8 de marzo de 2001, en su Disposición Final derogó la "Ley de Universidades y Escuelas Politécnicas publicada en el Registro Oficial No. 243 de 14 de mayo de 1982 y sus reformas; los artículos de la Ley de Educación referidos a los institutos superiores técnicos y tecnológicos y todas las disposiciones legales que se le opongan".

En cuanto a la pensión auxiliar, con fecha 22 de octubre de 1953, el Congreso de la República del Ecuador expidió el Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial N° 380 de 3 de diciembre de 1953.

El citado Decreto Legislativo en el Art. 1° disponía lo siguiente:

“Art. 1°.- Los profesores universitarios jubilados por la Caja de Pensiones, tendrán derecho a una pensión auxiliar a cargo del Presupuesto de la Universidad respectiva, siempre que hubieren completado treinta años de servicios en Instituciones Educativas y tuvieren por lo menos cincuenta y cinco años de edad.

La pensión auxiliar será la diferencia entre el último sueldo mensual que hubiere percibido el profesor y la jubilación otorgada por la Caja de Pensiones”.

Conforme al Art. 1 del mencionado Decreto Legislativo, la pensión auxiliar no está constituida por aportes individuales, sino únicamente con recursos provenientes del presupuesto de la Universidad respectiva; y, se pagaría siempre que se haya cumplido con el tiempo de servicio y el mínimo de edad previstos en dicho Decreto Legislativo.

La vigente Ley Orgánica de Educación Superior, en la Disposición Transitoria Décima Novena, dispone lo siguiente:

“Décima Novena.- Jubilación Complementaria.- Los fondos de pensión complementaria creados al amparo del Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, continuarán generando este beneficio con recursos del Estado en los términos indicados en el aludido Decreto Legislativo, para los actuales beneficiarios.

Los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la vigencia de esta Ley o los que lo hicieron hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio”.

Si bien es cierto que, el artículo 1 del Decreto Supremo No. 57, publicado en el Registro Oficial No. 16 de 8 de marzo de 1972, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de Educación Superior vigente a partir del 7 de enero de 1971, reconocía a la Escuela Superior Naval como instituto técnico superior de categoría universitaria, se debe considerar también que, a partir del 14 de mayo de 1982, fecha en la que entró en vigencia la Ley de Universidades y Escuelas Politécnicas, los institutos técnicos superiores perdieron tal calidad, sin perjuicio de que posteriormente el centro educativo en cuestión se haya constituido como Universidad el 6 de enero de 2006.

De lo anotado, se concluye que para el pago de la jubilación complementaria, al amparo de la Disposición Transitoria Décima Novena de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, de acuerdo con el Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, se debe contabilizar el tiempo de servicio prestado por un docente de un Instituto Técnico Superior, en el lapso en que la Ley le reconocía "categoría universitaria", conforme la normativa previamente expuesta.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de las normas legales y reglamentarias, sin que sea competencia de la Procuraduría General del Estado pronunciarse sobre el caso particular al que se refiere su consulta.

OF. PGE. N°: 10164, de 11-10-2012

**JUBILACIÓN DE DOCENTES:
PAGOS DE SUBSIDIOS POR MUERTE Y RENUNCIA VOLUNTARIA**

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD TÉCNICA LUIS VARGAS TORRES

CONSULTAS:

1. "La Disposición DEROGATORIAS de la LOSEP permite o no permite que se siga pagando: subsidio de defunción, compensación por muerte y renuncia voluntaria, frente a la existencia del Reglamento de Estabilidad del Servidor Universitario, anterior a esta ley, que determina dicho pago?".

2. "A los docentes que, aparte de su labor académica, también ejercen otra actividad remunerada, fuera de la institución universitaria, es procedente que se jubilen en base del art. 129 de la LOSEP; frente a la existencia del Reglamento de Estabilidad del Servidor Universitario, anterior a esta ley, que determina pagar según el Mandato Constituyente número 2, artículo 8?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 229 y 355.

Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP Arts. 3, 4, 5, 84, 119, 129, 132 lit. c) y Disp. Gen. Décima Octava; y, 108, 277, 278, 285 y 286 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 70 y 147; y, Disp. Trans. Décima Novena de su Reglamento General.

Código Civil Art. 39.

Ley de Seguridad Social Arts. 185 y 188.

Mandato Constituyente N° 2 Art. 8.

Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte Art. 11.

Reglamento de Estabilidad del Servidor Universitario Reformado y Codificado de la Universidad Técnica Luis Vargas Torres Arts. 1, 5 y 29.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El Procurador General de la Universidad Técnica Luis Vargas Torres, en el memorando No. UTE- LVT- PG- 60 de 9 de mayo de 2012, anexo a su oficio expresa lo siguiente:

“El día domingo 25 de septiembre de 1992, el máximo organismo de la Universidad, el Consejo Universitario, en sesión extraordinaria, aprobó el Reglamento de Estabilidad del Servidor Universitario. La aprobación de este Reglamento, a su vez, en el art. 29, revocó y dejó sin efecto los reglamentos de estabilidad del docente universitario, y de estabilidad del empleado y trabajador universitario, dictados en segunda aprobación el 4 de abril de 1984 y 30 de junio de 1986, respectivamente”.

Señala en su informe el Procurador General de la Universidad consultante que:

“Posteriormente, los días jueves 2 y martes 14 de mayo de 2002, el Consejo Universitario, dictó el Reglamento de Estabilidad del Servidor Universitario, reformado y codificado, que vino a sustituir al anterior. Después vinieron algunas reformas al Reglamento de Estabilidad: la primera, el jueves 27 de febrero del 2003; la segunda, el jueves 17 de julio del 2003; la tercera, el miércoles 20 de agosto del 2008; la cuarta, el viernes 14 de noviembre del 2008; y finalmente, la quinta, el martes 24 de agosto de 2010”.

Concluye el informe del Procurador de la mencionada Universidad manifestando respecto del fallecimiento del servidor, lo siguiente:

“En consecuencia considero que se debe seguir pagando la compensación por simple muerte a los deudos habilitados del servidor universitario fallecido, de conformidad con lo que establece nuestro Reglamento de Estabilidad del Servidor Universitario”.

Respecto de la compensación por renuncia voluntaria, concluye el Procurador General de la Universidad expresando que:

“...se debe seguir pagando la compensación por renuncia voluntaria a los servidores universitarios que renuncien a su puesto de trabajo, de conformidad con lo que establece nuestro Reglamento de Estabilidad del Servidor Universitario”.

El Reglamento de Estabilidad del Servidor Universitario Reformado y Codificado de la Universidad Técnica Luis Vargas Torres, en el Art. 1 establece que es servidor universitario el docente y el empleado administrativo sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (actual Ley Orgánica del Servicio Público), el trabajador sujeto al Código del Trabajo, a quienes se les ha otorgado nombramiento como establece el Estatuto Orgánico de la Universidad; los funcionarios con nombramiento, por periodo fijo, por el tiempo que dure su designación, y los contratados nacionales y extranjeros por el periodo que dure su contrato”.

En el Art. 5 del citado Reglamento se estableció lo siguiente:

“COMPENSACIÓN POR TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.-

Si se produjera la terminación de la relación laboral del servidor universitario por causas de fallecimiento, jubilación e incapacidad permanente y total o renuncia voluntaria, recibirá como compensación el equivalente a siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total, por cada año de servicio en la institución o en otras instituciones públicas, hasta un límite de treinta (30) años; cuando el servidor universitario haya laborado en otras instituciones públicas deberá demostrar que no ha recibido liquidación en dichas entidades. Los cálculos para pagar esta compensación se harán con un salario mínimo básico unificado del trabajador privado vigente, del año que corresponda”.

La Constitución de la República, en el Art. 229 prescribe que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. En similares términos consta el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP.

La Disposición General Décima Octava de la LOSEP, dispone que para la aplicación de dicha Ley y su Reglamento se tendrá como tal entre otros conceptos:

“Docente.- Toda servidora o servidor legalmente nombrado o contratado para prestar servicios exclusivamente de docencia en centros educativos, Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas; y, las del Sistema Nacional de Educación Pública”.

“Servidora/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título

trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del sector público sea o no de libre nombramiento y remoción”.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 84 prescribe que los docentes e investigadores de las universidades se rigen por la Ley de Educación Superior en función de lo previsto en el Art. 355 de la Constitución de la República; y que, los servidores que prestan sus servicios en calidad de Técnicos Docentes, estarán regulados por la Ley Orgánica del Servicio Público.

Respecto de la indemnización por accidente de trabajo o enfermedad, el Art. 119 de la LOSEP prevé lo siguiente:

“Art. 119.- Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad.- En caso de accidente de trabajo por enfermedad profesional, ocasionada como consecuencia del desempeño de su función, que causare disminución en sus capacidades para el desempeño de su trabajo, se considerará lo establecido en el artículo 438 del Código del Trabajo (referido a la disminución de capacidad para el trabajo que se valorará de acuerdo al cuadro ahí determinado); y la legislación de seguridad social.

De suscitarse el fallecimiento o incapacidad total permanente, la servidora o servidor o sus herederos en su caso, serán indemnizados de acuerdo con los límites y cálculos establecidos para el caso de la supresión de puestos.

Para lo establecido en el presente artículo se aplicará la presunción del lugar de trabajo, desde el momento en que la servidora o el servidor público salen de su domicilio con dirección a su lugar de trabajo y viceversa”.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 277 prescribe que:

“La indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional que produzca la muerte o incapacidad total o permanente de la o el servidor será por una sola vez de 5 salarios básicos unificados del trabajador privado en general por cada año de servicio en el sector público, contados a partir del quinto año, y hasta un monto máximo de 150 salarios básicos unificados del trabajador privado en total”.

El Art. 278 del indicado Reglamento, dispone que para viabilizar el pago de las indemnizaciones previstas por fallecimiento, incapacidad total o permanente del servidor público, el Ministerio de Relaciones Laborales, normará el procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 de la LOSEP.

Agrega que, para justificar dichos hechos se presentará el parte policial, de ser el caso y la partida de defunción, en caso de fallecimiento, y tratándose de una incapacidad total o permanente, se deberá presentar el carnet emitido por el CONADIS, y las correspondientes certificaciones conferidas por un facultativo del IESS, hospitales públicos o validados por facultativos del IESS.

Del análisis precedente, se establece que la indemnización por fallecimiento de un servidor se encuentra prevista en los Arts. 119 de la Ley Orgánica del Servicio Público, 277 y 278 de su Reglamento General, por los cuales, los herederos del servidor fallecido sujeto a la LOSEP, a consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, tienen derecho a recibir por una sola vez la indemnización equivalente a 5 salarios básicos unificados del trabajador privado en general por cada año de servicio en el sector público, contados a partir del quinto año, y hasta un monto máximo de 150 salarios básicos unificados del trabajador privado en total.

Respecto de la compensación económica por renuncia voluntaria mencionada en su consulta, la Disposición General Décima Segunda de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) prescribe lo siguiente:

“DECIMA SEGUNDA.- Las servidoras y servidores que cesen en funciones por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, a partir del quinto año de servicio prestado en la misma institución percibirán a más de la liquidación de haberes, una compensación económica, de acuerdo a las regulaciones y los montos que para el efecto expida el Ministerio de Relaciones Laborales, previo al cumplimiento de lo dispuesto en el literal c) del artículo 132 de esta Ley. Las servidoras y servidores que se retiren en cumplimiento de lo previsto en la disposición general primera, percibirán una sola compensación que será la correspondiente a la de mayor valor, entre las previstas en esta disposición y la establecida en el artículo 129 de esta ley y que se podrá pagar con bonos del Estado”.

El Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, al que se remite la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP, contempla el beneficio por jubilación de los servidores públicos de las entidades y organismos comprendidos en el Art. 3 de esa Ley.

El Reglamento General a la LOSEP, en el artículo 108 dispone que las Unidades de Administración del Talento Humano (UATH) de cada entidad deberán establecer anualmente los planes de retiro voluntario con indemnización, así como los planes de retiro para que los servidores se acojan al beneficio por jubilación, los que deberán contar con la correspondiente disponibilidad presupuestaria y a los que podrán acogerse los servidores manifestando su voluntad por escrito.

Los Arts. 285 y 286 contenidos en el Título VI “DE LAS COMPENSACIONES E INDEMNIZACIONES” del citado Reglamento contemplan el pago de las compensaciones por renuncia voluntaria, supresión de puestos y por jubilación.

Por otra parte, el Ministerio de Relaciones Laborales, mediante Acuerdo No. MRL-2011-00158, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, expidió “Las Regulaciones y Montos que percibirán los servidores públicos como compensación económica por renuncia voluntaria legalmente aceptada y presentada”.

Las Disposiciones Derogatorias de la Ley Orgánica del Servicio Público disponen lo siguiente:

“En cumplimiento de lo que dispone el Art. 39 del Código Civil, derógase en forma expresa toda disposición legal que se oponga a lo establecido por la presente Ley.

En todas las leyes vigentes, deróguense las disposiciones relacionadas a remuneraciones de las servidoras y servidores que trabajen en el sector público y en el servicio público, los que se sujetarán a esta Ley, su reglamento y la Norma Técnica que para el efecto expida el Ministerio de Relaciones Laborales.

Se derogan las leyes, reglamentos, normas, resoluciones, acuerdos o cualquier tipo de disposición que reconozca bonificaciones, comisiones o estímulos económicos por el cumplimiento de años de servicio, por aniversarios institucionales, por efectos de ejecución de funciones propias de cada institución o por cualquier otro mecanismo, modo o circunstancia”.

Del contenido de las “Derogatorias” de la Ley Orgánica del Servicio Público se desprende que se encuentran derogadas todas las normas, resoluciones, acuerdos o cualquier tipo de disposición que reconozca bonificaciones o estímulos económicos, como es el caso de la indemnización por fallecimiento, renuncia voluntaria, entre otros, previsto en el Art. 5 del Reglamento de Estabilidad del Servidor Universitario de dicho Centro de Educación Superior.

Del análisis que antecede se desprende que, la compensación por renuncia voluntaria se encuentra prevista en la Disposición General Décima Segunda de la Ley Orgánica del Servicio Público, los artículos 108, 285 y 286 del Reglamento General a la LOSEP, así como en el Acuerdo No. MRL- 2011–00158 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, expedido por el Ministerio de Relaciones Laborales que contiene “Las Regulaciones y Montos

que percibirán los servidores públicos como compensación económica por renuncia voluntaria legalmente aceptada y presentada”.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye, que no es procedente el pago de la indemnización o compensación por fallecimiento o renuncia voluntaria del servidor público sujeto a la LOSEP, conforme al Art. 5 del Reglamento de Estabilidad del Servidor Universitario de la Universidad Técnica Luis Vargas Torres antes citado, toda vez que quedó derogado por las Disposiciones Derogatorias de la LOSEP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

2. Con respecto a esta consulta, el Procurador General de la Universidad Técnica Luis Vargas Torres, en el memorando No. UTE-LVT-PG-60 de 9 de mayo de 2012, señala lo siguiente:

“En consecuencia considero que se debe pagar la indemnización a los docentes universitarios, en condiciones de jubilación o para efectos de jubilación, de conformidad con lo que establece nuestro Reglamento de Estabilidad del Servidor Universitario, que en este aspecto tiene su base en el mandato constituyente número dos, y con las limitaciones que registra la Constitución de la República (150 salarios básicos unificados del trabajador privado en general, y de 5 salarios básicos unificados del trabajador privado en general por cada año de servicio, a su vez limitaciones al mandato constituyente número dos) mientras no se establezca lo contrario en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que debe dictar el CES”.

Concluye el informe del Procurador General de dicha Universidad manifestando lo siguiente:

“Finalmente respecto a los docentes que, aparte de laborar en la Universidad, también trabajan en otra institución, considero que tienen derecho a una sola indemnización, pues aunque la constitución permite que puedan laborar de la manera indicada, en determinadas condiciones, no es menos cierto que tal indemnización se refiere a un mismo concepto (jubilación)”.

La Ley Orgánica de Educación Superior, en el Art. 70 incisos primero y segundo, prescribe lo siguiente:

“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 del Trabajo”.

El Art. 147 de la indicada Ley Orgánica, dispone que el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas está conformado por “profesores o profesoras e investigadores o investigadoras”.

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 865, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 526 de de 2 de septiembre de 2011, el señor Presidente de la República expidió el Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior.

La Disposición Transitoria Décima Novena del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone lo siguiente:

“El Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior normará lo relacionado con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley.

Hasta que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, las jubilaciones que se produzcan a partir de la expedición de este reglamento se sujetarán a las disposiciones de la LOSEP.

El Estado no financiará ninguna jubilación complementaria de un trabajador que renuncie luego del 31 de diciembre de 2014”.

La Disposición Transitoria Décima Novena del Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior anteriormente citada, contempla la aplicación de las disposiciones de la jubilación prevista en la Ley Orgánica del Servicio Público, hasta que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

El inciso primero del Art. 129 de la LOSEP prescribe lo siguiente:

“Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”.

Para que proceda el reconocimiento del beneficio por jubilación dispuesto en el Art. 129 de la LOSEP, el servidor deberá cumplir con los requisitos y presupuestos para la jubilación previstos en la Ley de Seguridad Social, que en sus artículos 185 y 188 establecen los requerimientos que deben acreditarse para acceder a la jubilación ordinaria de vejez y por edad avanzada.

Así mismo, el servidor deberá cumplir con los requisitos señalados en el “Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte”, que en el Art. 11 determina las condiciones que deben cumplir los afiliados para tener derecho a la jubilación por vejez, inicialmente expedido mediante Resolución del Consejo Directivo del IESS No. C. D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006.

Respecto del Mandato Constituyente No. 2 referido en su consulta, el cual fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, en el inciso primero del Art. 8 contemplaba el monto de la indemnización por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

El monto de la indemnización establecida en el citado Art. 8 del Mandato Constituyente No. 2, fue sustituido posteriormente por la Ley Orgánica del Servicio Público, que en el Art. 129 señala expresamente el monto del beneficio de la compensación a que tienen derecho los servidores públicos que se acojan a los beneficios de la jubilación. Dicha compensación es aplicable además, a la indemnización por supresión de puestos de los servidores públicos, conforme a lo establecido en la Disposición General Primera de la LOSEP.

De la normativa citada se evidencia que no es procedente aplicar al personal docente de las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas que se acoja a la jubilación, el monto de la indemnización contemplada en el inciso primero del Art. 8 del Mandato Constituyente No. 2, toda vez que dicho beneficio fue sustituido por el previsto en el Art. 129 de la LOSEP.

Por lo expuesto, de conformidad con la Disposición Transitoria Décima Novena del Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior, que prescribe que las jubilaciones que se produzcan a partir de la vigencia de dicho Reglamento, se sujetarán a las disposiciones de la LOSEP hasta que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior; de allí se concluye que es procedente que la Universidad Técnica Luis Vargas Torres otorgue por una sola vez el beneficio de jubilación previsto en el Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público citado, a los docentes que se acojan a la jubilación, sin perjuicio de que ejerzan otra actividad remunerada fuera de la institución, sin que aquello implique que deba percibir simultáneamente doble compensación.

Para que proceda el reconocimiento del beneficio por jubilación, el servidor debe cumplir con los requisitos previstos en los Arts. 185 y 188 de la Ley de Seguridad Social, que establecen los requerimientos para acceder a la jubilación ordinaria de vejez y por edad avanzada; y con el Art. 11 del "Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte", publicado en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006.

OF. PGE. N°: 09185, de 03-08-2012

**JUBILACIÓN PATRONAL:
COMPUTO CON LAS TRANSFERENCIAS SOLIDARIAS**

ENTIDAD CONSULTANTE:
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

CONSULTA:

"¿Si el Decreto Ejecutivo No.172 de 7 de diciembre de 2009, no modifica el Decreto Ejecutivo No. 1493 de 19 de diciembre de 2008, por el cual el Presidente Constitucional de la República decretó que a partir del 1 de enero de 2009, no se egresará a título alguno, recursos del Presupuesto General del Estado destinados a financiar Fondos Privados de Jubilación Complementaria y de Cesantía Privada,

bajo cualquier nombre o denominación, de entidades del Sector Público, sino que únicamente aclara la forma de calcular el monto de las pensiones jubilares, las cuales pasan a llamarse transferencias solidarias, se encuentra vigente la Resolución No. ST-2000-016 de 18 de junio de 2000 por la cual se reconoce el derecho a la Jubilación Patronal de la Superintendencia de Telecomunicaciones, el cual tiene como fundamento el artículo 216 de la Codificación del Código del Trabajo?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 299.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 4, 23 y Disp. Gen. Décima Octava.

Codificación del Código del Trabajo Art. 216.

Ley de Seguridad Social Art. 171.

Res. N° ST-016 de 18-01-2000, Superintendencia de Telecomunicaciones Art. 2.

Res. N° ST-2001-0008 de 26-01-2001, Superintendencia de Telecomunicaciones Art. 1.

D. E. N° 1684 Art. 1.

D. E. N° 172 de 7-11-2009 Arts. 2, 3 y Disp. Trans.

PRONUNCIAMIENTO:

En el memorando No. PRG-2012-00496 de 20 de junio de 2012 anexo a su oficio, el Procurador General de la Superintendencia de Telecomunicaciones, SUPERTEL, manifiesta que:

“Mediante 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 reconociendo mensualmente hasta el 75% del último sueldo básico percibido, más los décimos: tercero, cuarto, quinto y sexto sueldos, a los servidores que acrediten su derecho a la jubilación patronal esto es presentar la respectiva solicitud, adjuntando una certificación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social – IESS, donde conste que ha trabajado 25 años en el sector de las telecomunicaciones, para el caso de servidores del EX IETEL que fueron transferidos por disposición legal a la Superintendencia de Telecomunicaciones y para los demás servidores, el requisito es que hayan trabajado 25 años en el sector público de las telecomunicaciones, siendo indispensable que el servidor haya cesado en sus funciones en la Superintendencia de Telecomunicaciones, y ésta sea su último patrono”.

Añade el Procurador General de la SUPERTEL que, con Resolución No. ST-2010-0165 de 21 de abril de 2010, se expide el Reglamento del Régimen de Remuneraciones e Ingresos Complementarios de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en cuyo Capítulo V, se establece el Beneficio de la Jubilación Patronal, bajo las consideraciones antes referidas.

En el referido memorando, el Procurador General de la Superintendencia de Telecomunicaciones hace referencia a los Decretos Ejecutivos No. 1406 de 24 de octubre de 2008, 1493 de 19 de diciembre de 2008 y 172 de 7 de diciembre de 2009, así como al artículo 216 del Código del Trabajo; y concluye manifestando lo siguiente:

“En consideración que el Decreto Ejecutivo No. 172 de 7 de diciembre de 2009, no modifica el Decreto Ejecutivo No. 1493 de 19 de diciembre de 2008, por el cual el Presidente Constitucional de la República decretó que a partir del 1 de enero de 2009 no se egresará, a título alguno, recursos del Presupuesto General del Estado, destinados a financiar Fondos Privados de Jubilación Complementaria y Cesantía Privada, bajo cualquier nombre o denominación, de entidades del Sector Público, sino que únicamente aclara la forma de calcular el monto de las pensiones jubilares, las cuales pasan a llamarse transferencias solidarias; es criterio de esta Procuraduría General, que la Jubilación Patronal de la Superintendencia de Telecomunicaciones, reconocida mediante Resolución No. ST-016 de 18 de enero de 2000, a la que tienen derecho los ex servidores que presenten la respectiva solicitud, adjuntando una certificación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social – IESS, donde consta que ha trabajado 25 años en el sector de las telecomunicaciones, para el caso de los servidores del EX IETEL que fueron transferidos por disposición legal a la Superintendencia de Telecomunicaciones y los servidores, que hayan trabajado 25 años en el sector público de las telecomunicaciones, siendo requisito indispensable que el servidor haya cesado en sus funciones en la Superintendencia de Telecomunicaciones y ésta sea su último patrono, no corresponde ni a un Fondo Privado de Jubilación Complementaria ni a una Cesantía Privada, sino a la jubilación prevista en el artículo 216 del Código del Trabajo, por lo que es procedente continuar con el reconocimiento de estos derechos a los ex servidores que vienen percibiendo dicho beneficio; así también, estimo procedente que este beneficio debe reconocerse a quienes a futuro se acojan a este derecho”.

A su oficio adjunta copias certificadas de la Resolución No. ST-016 de 18 de enero de 2000 y su reforma contenida en la Resolución No. ST-2001-0008 de 26 de enero de 2001, emitidas por el Superintendente de Telecomunicaciones, que en su artículo 1 establece lo siguiente:

“Reconocer mensualmente hasta el 75% del último sueldo básico percibido más los décimos tercero, cuarto, quinto y sexto sueldos, a los servidores que acrediten su derecho a la jubilación patronal.

La actualización de las pensiones se realizará de conformidad con los incrementos producidos en la remuneración del cargo similar que ostentaba el ex servidor, al momento de su separación.

Para acreditar su derecho a la jubilación patronal el ex servidor deberá presentar la respectiva solicitud, adjuntando una certificación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social – IESS, donde conste que ha trabajado 25 años en el sector de las telecomunicaciones, para el caso de servidores del EX IETEL que fueron transferidos por disposición legal a la Superintendencia de Telecomunicaciones; y, para los demás servidores, se requerirá que hayan trabajado 25 años en el sector público de las telecomunicaciones.

Es requisito indispensable para la jubilación patronal, que el servidor haya cesado en sus funciones en la Superintendencia de Telecomunicaciones, y ésta sea su último patrono”.

El inciso segundo del artículo 2 de la citada Resolución ST-016 antes referida prescribe que: “Las remuneraciones jubilares que tienen derecho a percibir los exservidores serán canceladas a partir del mes de enero del 2000, en forma mensual”.

En virtud de que en su consulta hace referencia expresa al “derecho a la jubilación patronal de la Superintendencia de Telecomunicaciones, el cual tiene como fundamento el artículo 216 del Código del Trabajo”, es necesario diferenciar la jubilación patronal de la jubilación o pensión jubilar que otorga el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y de la jubilación complementaria.

La jubilación patronal es un derecho establecido en el artículo 216 del Código del Trabajo, exclusivamente para los trabajadores regidos por dicho Código y que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o ininterrumpidamente a un mismo empleador, de acuerdo con las reglas que establece el mismo artículo, correspondiéndole al empleador el pago de la misma.

La jubilación o pensión jubilar que prevé la Ley de Seguridad Social en su artículo 171 y siguientes ampara a toda la población asegurable por el IESS contra las contingencias de invalidez, vejez y muerte que protege el Seguro General Obligatorio.

Concordante con las disposiciones de la Ley de Seguridad Social, en el caso de los funcionarios y servidores públicos, el artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, reconoce a favor de los servidores públicos, el derecho a la jubilación de acuerdo con la ley.

En relación con la jubilación complementaria, algunas entidades y organismos del sector público crearon fondos de jubilación complementaria bajo distintas denominaciones, tales como: fondos especiales de jubilación, fondos de cesantía privados, fondos de jubilación complementaria, entre otras, a favor de funcionarios y servidores, cuya finalidad principal es la concesión de una pensión adicional a la que de acuerdo a la Ley de Seguridad Social y su Reglamento otorga el IESS. Dichos fondos se financiaban principalmente con aportes institucionales y subsidiariamente con aportes individuales de sus partícipes.

En consecuencia de lo expuesto, los recursos destinados a financiar fondos privados de jubilación patronal y de cesantía privada prevista en el Decreto Ejecutivo No. 1493 y regulada en su forma de pago conforme al Decreto Ejecutivo No. 172, que usted menciona en su consulta, es distinta a la jubilación patronal regulada por el artículo 216 del Código del Trabajo.

Con esta aclaración, atiendo la consulta formulada por usted, en los siguientes términos:

El artículo 229 de la Constitución de la República dispone que:

“Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”.

Del tenor de la norma constitucional citada se desprende que, si bien el término “servidor público” se aplica en forma genérica para referirse a toda persona que preste servicios en las instituciones del sector público, dentro de la administración pública los servidores están sujetos a diferentes regímenes jurídicos; y, conforme dispone el tercer inciso de la citada disposición constitucional, los obreros del sector público se rigen por el Código del Trabajo.

En este sentido se expresa el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, estableciendo en su Disposición General Décima Octava que, para la aplicación de esta Ley y su Reglamento, se tenga como tal, entre otros conceptos, los siguientes:

“Obrera/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, bajo el Régimen del Código del Trabajo.

Servidora/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del sector público sea o no de libre nombramiento y remoción”.

En relación con los servidores públicos, a través del Decreto Ejecutivo No. 1493 reformado por el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1406, se establece que: “A partir del 1 de enero de 2009 no se egresará, a título alguno, recursos del Presupuesto General del Estado destinados a financiar fondos privados de jubilación patronal y de cesantía privada de entidades del sector público”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1684 se dispone en su artículo 1 que:

“Mientras la ley no disponga lo contrario, aclárese que los Decretos Ejecutivos 1406, 1493, 1647 y 1675 de octubre 24 y diciembre 19 del 2008, marzo 25 y abril 15 del 2009, respectivamente, no son aplicables a todos aquellos fondos de jubilación y cesantía que hubieren sido creados por Ley”.

El Decreto Ejecutivo No. 172, mencionado en su consulta, en uno de sus considerandos prescribe que: “es necesario corregir los privilegios ilegítimos e ilegales que se han generado a través de los fondos complementarios de jubilación creados en instituciones públicas, que se han nutrido de recursos públicos y cuyo manejo ha sido anti técnico, sin sustento en cálculos actuariales y sin ajustarse a los requisitos establecidos para acceder a los beneficios de jubilación de la seguridad social”.

El artículo 1 del mencionado Decreto Ejecutivo No. 172 establece que:

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

El artículo 2 del citado Decreto Ejecutivo No. 172 determina lo siguiente:

“Las transferencias solidarias se calcularán en base a la pensión que venía percibiendo el beneficiario jubilado a diciembre del 2008 y considerando los siguientes criterios: para el caso de las pensiones que no superaban un salario básico unificado, se reconocerá el 100% de la dicha pensión jubilar.

Para aquellas pensiones jubilares superiores a un salario básico unificado e inferiores a una canasta básica familiar, la transferencia solidaria será el valor equivalente a un salario básico unificado más el monto correspondiente al 70% de la diferencia entre el valor de la pensión jubilar y el salario básico unificado.

En los casos que la pensión jubilar supere la canasta básica familiar, la transferencia solidaria se limitará a un salario básico unificado más el 70% de la diferencia entre la canasta básica familiar y el salario básico unificado”.

El artículo 3 del indicado Decreto Ejecutivo No. 172, dispone que las transferencias solidarias serán fijas y no serán susceptibles de revalorización en el tiempo; y serán suspendidas si el beneficiario se hallare o se reincorporare a prestar servicios laborales bajo relación de dependencia, según lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social.

La Disposición Transitoria del mencionado Decreto Ejecutivo No. 172, contempla que para el cálculo de las transferencias, “el salario básico unificado y el valor referente a la canasta básica familiar serán los establecidos a enero del 2009 (USD 218,00 y USD 512,03, respectivamente)”.

La Disposición Final del referido Decreto Ejecutivo No. 172 dispuso su vigencia a partir del 1 de enero del 2009, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

En virtud de lo expuesto se establece que, el Decreto Ejecutivo No. 172 es de obligatorio cumplimiento para las entidades del sector público y consecuentemente

para sus ex servidores jubilados conforme a la Ley de Seguridad Social, que venían percibiendo hasta el 31 de diciembre de 2008, una pensión jubilar de fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía, o bajo cualquier denominación que estos tuvieran o directamente del presupuesto institucional.

En este sentido se manifestó la Procuraduría General del Estado en oficio No. 1199 de 1 de abril de 2011, en atención a una consulta formulada por la Superintendencia de Compañías respecto al pago de pensiones a ex servidores de esa entidad que venían percibiendo rentas vitalicias.

Del análisis jurídico que antecede se establece que, el Decreto Ejecutivo No.1493, publicado en el Registro Oficial No. 501 de 7 de enero del 2009, que dispone que a partir de enero de 2009 no se egrese a título alguno recursos del Presupuesto General del Estado destinados a financiar Fondos Privados de Jubilación Complementaria y de Cesantía Privada, bajo cualquier nombre o denominación, de entidades del Sector Público, exceptúa de su aplicación únicamente a aquellos fondos de jubilación y cesantía que hubieren sido creados por Ley, conforme lo determina el Decreto Ejecutivo No. 1684 publicado en el Registro Oficial No. 582 de 4 de mayo de 2009.

Respecto de los obreros del sector público, el Decreto Ejecutivo No. 1701 reformado por el Decreto Ejecutivo No. 225, que contempla los criterios aplicables a la contratación colectiva de trabajo de los obreros 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 accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos mayoritarios de recursos públicos, en el artículo 1, acápite 1.2. dispone, que de conformidad con lo establecido en el Mandato Constituyente No. 8, quedan suprimidas y prohibidas las cláusulas que contienen privilegios y beneficios desmedidos y exagerados que atentan contra el interés general, entre otras, en el numeral 1.2.4:

“Contribuciones patronales extralegales para fondos de jubilaciones complementarias o especiales y cesantías privadas o adicionales. Se exceptúan las ya establecidas para los actuales jubilados (...).

Los ex servidores públicos o jubilados de las entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre de 2008 venían percibiendo una pensión jubilar, ya sea de los Fondos Privados de Jubilación Complementaria o de Cesantía, bajo cualquier denominación que estos tuvieran, o directamente del presupuesto institucional, pasarán a percibir una transferencia mensual, directa, unilateral y vitalicia con fines de asistencia social y solidaria, en adelante transferencia solidaria, con cargo a su

respectivo presupuesto institucional o Presupuesto General del Estado de ser el caso, en los montos y con las limitaciones establecidas en este decreto.

Las transferencias solidarias se calcularán en base a la pensión que venía percibiendo el beneficiario jubilado a diciembre de 2008 y considerando los siguientes criterios: para el caso de las pensiones que no superaban un salario básico unificado, se reconocerá el 100% de la pensión jubilar.

Para aquellas pensiones jubilares superiores a un salario básico unificado e inferiores a una canasta básica familiar, la transferencia solidaria será el valor equivalente a un salario básico unificado más el monto correspondiente al 70% de la diferencia entre el valor de la pensión jubilar y el salario básico unificado.

En los casos que la pensión jubilar supere la canasta básica familiar, la transferencia solidaria se limitará a un salario básico unificado más el 70% de la diferencia entre la canasta básica familiar y el salario básico unificado”.

Del citado artículo 1 numeral 1.2.4. del Decreto Ejecutivo No. 172 aplicable a los obreros del sector público, se establece que los ex servidores o jubilados de las entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre de 2008 venían percibiendo una pensión jubilar, ya sea de Fondos Privados de Jubilación Complementaria o de Cesantía, bajo cualquier denominación que estos tuvieran, o directamente del presupuesto institucional, pasan a percibir una transferencia mensual denominada transferencia solidaria, calculada conforme lo dispone la citada disposición; lo cual responde a una situación distinta a la jubilación patronal prevista en el artículo 216 del Código del Trabajo.

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.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la inteligencia o aplicación de la ley, sin que sea competencia de la Procuraduría General del Estado el pronunciarse sobre la vigencia de una resolución de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

OF. PGE. N°: 09768, de 14-09-2012

JUBILACIÓN PATRONAL COMPLEMENTARIA: DOCENTES UNIVERSITARIOS

ENTIDAD CONSULTANTE:

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DE CHIMBORAZO

CONSULTAS:

1. "¿La Escuela Superior Politécnica de Chimborazo aún cuando no posea personal docente que actualmente sea beneficiario de la prestación de pensión auxiliar creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953, puede proceder al pago de la jubilación complementaria a favor de aquellos profesores que se acojan a la jubilación, según lo establecido en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior?"

2. "¿La ESPOCH debe proceder al pago de la jubilación complementaria creada mediante Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de Diciembre de 1953, a los profesores que se acogieron a la jubilación antes de la vigencia de la LOES, aún cuando éstos perciban una jubilación patronal complementaria al amparo del Reglamento de Jubilación Patronal Complementaria de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, mismo que se encuentra derogado por disposición del Decreto Ejecutivo 1406, publicado mediante Registro Oficial 462 de fecha 7 de noviembre de 2008?"

3. "¿Para las/os docentes que se acogieren al beneficio de jubilación hasta el 2014 se les deberá pagar la jubilación complementaria establecida en el Decreto Legislativo de 1953 y lo determinado en la Disposición Transitoria Décima Novena del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público (es decir los dos beneficios)?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 355.

Ley Orgánica de Educación Superior Art. 70, Disp. Trans. Décima Novena y Derogatoria Quinta.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3 y 84.

D. L. R. O. N° 380 de 3-12-1953 Arts. 1 y 2 (derogado).

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El segundo inciso del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior dispone que: "Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras de las

universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del sistema de Educación Superior, que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación...”; y, el último inciso de la misma norma prescribe lo siguiente:

“Se prohíbe que recursos provenientes del Estado financien fondos privados de jubilación complementaria, de cesantía privados o cualquier fondo privado sea cual fuere su denominación en las instituciones del Sistema de Educación Superior públicas o particulares que reciben rentas o asignaciones del Estado. Estos fondos podrán continuar aplicándose y generando sus prestaciones para efecto de este tipo de coberturas, siempre y cuando consideren para su financiamiento única y exclusivamente los aportes individuales de sus beneficiarios”.

Por su parte, el quinto inciso del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone que los docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas y el artículo 84 *ibidem*, prevé que los docentes e investigadores de las universidades se rigen por la Ley de Educación Superior, en función de lo previsto en el artículo 355 de la Constitución de la República.

Respecto del pago de la jubilación complementaria a los profesores que se acojan a la jubilación, el Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, disponía lo siguiente:

“Art. 1°- Los profesores universitarios jubilados por la Caja de Pensiones, tendrán derecho a una pensión auxiliar a cargo del Presupuesto de la Universidad respectiva, siempre que hubieren completado treinta años de servicios en Instituciones Educativas y tuvieren por lo menos cincuenta y cinco años de edad.

La pensión auxiliar será la diferencia entre el último sueldo mensual que hubiere percibido el profesor y la jubilación otorgada por la Caja de Pensiones.

Art. 2°- Los profesores universitarios jubilados por el Estado con pensiones inferiores a setecientos sucres, tendrán derecho a que desde enero de mil novecientos cincuenta y cuatro se les pague el doble de su actual pensión”.

Del tenor del artículo 1 del Decreto Legislativo de 3 de diciembre de 1953, la pensión auxiliar creada en beneficio de los profesores de las universidades públicas, no estaba constituida por aportes individuales, sino únicamente con recursos

provenientes del presupuesto de la respectiva Universidad; y, se pagaría siempre que el docente hubiere cumplido con el tiempo de servicio y la edad previstos en dicho Decreto Legislativo.

La Derogatoria Quinta de la Ley Orgánica de Educación Superior, dejó sin efecto los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953; sin embargo, la Disposición Transitoria Décima Novena de la misma Ley, prescribe:

“Los fondos de pensión complementaria creados al amparo del Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, continuarán generando este beneficio con recursos del Estado en los términos indicados en el aludido Decreto Legislativo, para los actuales beneficiarios.

Los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la vigencia de esta Ley o los que lo hicieren hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio.”.

Respecto de la jubilación complementaria en el centro de educación superior a su cargo, esta Procuraduría, mediante oficio No. 06980 de 14 de marzo de 2012, se pronunció en atención a su consulta contenida en oficio No. 0251.R.ESPOCH.2012 de 7 de febrero de 2012, en el siguiente tenor:

“Por lo expuesto, sobre la base de la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, se concluye que corresponde a la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo incluir en su presupuesto los recursos destinados a la jubilación complementaria, exclusivamente respecto del personal docente de ese establecimiento de educación superior, que actualmente es beneficiario de la prestación de pensión auxiliar creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953, así como también a los profesores e investigadores de la Institución que se hubieren acogido a la jubilación antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, o los que lo hicieren hasta el mes de diciembre del 2014.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas legales invocadas, siendo de responsabilidad del consultante la determinación, liquidación y pago de los valores que correspondan en cada caso”.

En armonía con el marco jurídico previamente analizado y el pronunciamiento No. 06980, antes transcrito, con fundamento en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, se concluye que la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo puede proceder al pago de la prestación de pensión auxiliar creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953, a los profesores e investigadores de la Institución que se acojan a la jubilación hasta el mes de diciembre del 2014.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas legales invocadas, siendo de responsabilidad del consultante la determinación, liquidación y pago de los valores que correspondan en cada caso.

2 y 3. En virtud de que su segunda y tercera consultas versan sobre un mismo asunto, serán atendidas de manera conjunta.

De la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, citada al atender su primera consulta, se desprende que la pensión auxiliar establecida en el Decreto Legislativo de 1953, "continuarán generando este beneficio con recursos del Estado en los términos indicados en el aludido Decreto Legislativo, para los actuales beneficiarios".

De otra parte, el segundo inciso del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone que:

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

Añade el último inciso de la misma norma, que:

"Se prohíbe que recursos provenientes del Estado financien fondos privados de jubilación complementaria, de cesantía privados o cualquier fondo privado sea cual fuere su denominación en las instituciones del Sistema de Educación Superior públicas o particulares que reciben rentas o asignaciones del Estado. Estos fondos podrán continuar aplicándose y generando sus prestaciones para efecto de este tipo de coberturas, siempre y cuando consideren para su financiamiento única y exclusivamente los aportes individuales de sus beneficiarios".

Por lo expuesto, sobre la base de la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, se concluye que corresponde a la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo incluir en su presupuesto los recursos destinados a la jubilación complementaria, exclusivamente respecto del personal docente de ese establecimiento de educación superior, que actualmente es beneficiario de la prestación de pensión auxiliar creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953, así como también a los profesores e investigadores de la Institución que se hubieren acogido a la jubilación antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, o los que lo hicieron hasta el mes de diciembre del 2014 y en consecuencia no es procedente el pago de la pensión auxiliar, a quienes actualmente perciben una jubilación patronal complementaria al amparo del Reglamento de Jubilación Patronal Complementaria de la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo financiada con fondos públicos, ya sea del presupuesto institucional o del presupuesto general del Estado, ya que no cabe que un ex docente reciba un doble pago por el mismo concepto, ya sea bajo la denominación de pensión auxiliar o jubilación complementaria.

OF. PGE. N°: 09122, de 01-08-2012

JUBILACIÓN PATRONAL Y DESAHUCIO: PROVISIÓN DE RECURSOS

ENTIDAD CONSULTANTE:

EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA HIDROELÉCTRICA COCA CODO SINCLAIR,
COCASINCLAIR EP

CONSULTA:

“(…) ¿qué norma debe aplicar COCASINCLAIR EP con respecto a la provisión de la jubilación patronal y desahucio de su talento humano, como requisito para la implementación de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF): el artículo 22 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas o el artículo 216 y siguientes de la Codificación del Código del Trabajo?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226 y 229.

Constitución Política del Ecuador Art. 61 (derogada).

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 4, 16, 17, 18, 22, 23, 29 y Segunda Disp. Transitoria.

Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP Arts. 3, 56, 57 y 83 lit. k).
Codificación del Código del Trabajo Arts. 168, 169 num. 9, 184, 185, 216 y 568.
Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno Art. 28 lit. f).

PRONUNCIAMIENTO:

El criterio de la Subgerente Jurídica de la empresa pública consultante, contenido en memorando No. SGJ-2012-312 de 22 de noviembre de 2012, refiere como antecedente que, la Compañía Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair S.A., se constituyó inicialmente como sociedad anónima mediante escritura pública suscrita el 07 de febrero de 2008, ante el Notario Décimo Séptimo del Cantón Quito, inscrita en el Registro Mercantil de Quito el 18 de febrero de 2008.

Agrega que, mediante Decreto Ejecutivo No. 370, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 206 de 3 de junio de 2010, se creó la Empresa Pública Estratégica Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair (COCASINCLAIR EP), con personería jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, con domicilio principal en el Distrito Metropolitano de Quito.

Manifiesta el criterio institucional que, "Hasta el 02 de junio del año 2010, COCASINCLAIR como sociedad anónima, se sujetó a las leyes y normativa que rigen a las sociedades mercantiles de derecho privado de la República del Ecuador. A partir del 03 de junio de 2010, COCASINCLAIR EP, como empresa pública, se sujeta a las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas".

Agrega que, el giro ordinario de COCASINCLAIR EP es la generación de electricidad, comercialización, importación y exportación de energía eléctrica, conforme al objeto contenido en el Decreto Ejecutivo de creación de dicha empresa.

El criterio institucional cita entre otras normas, los artículos 22 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prohíbe el aporte de recursos de la empresa a fondos de cesantía o jubilación distintos a los del IESS; y, 216 del Código del Trabajo, que establece las reglas para la jubilación patronal a cargo de los empleadores.

El criterio institucional cita la Resolución de la Superintendencia de Compañías por la que se ordenó que los estados financieros que presenten las sociedades sujetas a control de ese Organismo, se sujeten a los principios contables establecidos en las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF's), las que se remiten a las Normas Internacionales de Contabilidad que, al igual que el artículo 28 letra f) del

Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, concuerdan al prever que se debe provisionar la jubilación patronal de los empleados y trabajadores.

Sobre dicha base, el criterio institucional concluye que: "(...) COCASINCLAIR EP sí debe realizar la provisión de la jubilación patronal y del desahucio del talento humano sujeto al Código del Trabajo, mientras que no procede realizar tal provisión cuando se trate de los servidores públicos de la Empresa".

Atenta la materia de la consulta, es pertinente considerar como antecedente que, el personal de las sociedades mercantiles de propiedad del Estado, constituidas antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, carácter que tuvo Coca Codo Sinclair S.A., estuvo sujeto al régimen regulado por el Código del Trabajo, en aplicación del artículo 48 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, cuyo primer inciso dispone: "Para todos los efectos, incluyendo el tributario y el laboral, las corporaciones, fundaciones, sociedades y compañías constituidas con el aporte total o parcial de capital o bienes de propiedad de instituciones del Estado, se someterán al régimen legal aplicable a las personas jurídicas de derecho privado".

En tal contexto, le eran aplicables a Coca Codo Sinclair S.A., la Resolución de la Superintendencia de Compañías que dispuso la sujeción de las sociedades sujetas a su control, a las Normas Internacionales de Información Financiera, así como el Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno que cita el criterio institucional.

La transformación de las sociedades mercantiles de propiedad del Estado a empresas públicas, se produjo conforme a la Segunda Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuyo numeral 2.2.1 previó en forma específica, el régimen aplicable para las sociedades anónimas del sector eléctrico.

En consecuencia, una vez constituidas como empresas públicas, según el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dichas empresas tienen el carácter de "(...) entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión (...)" y, están sujetas al régimen de derecho público.

Respecto del régimen jurídico aplicable a los servidores públicos, el artículo 229 de la Constitución de la República, dispone:

“Art. 229.- 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.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”.

El inciso final del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), que establece el ámbito de aplicación de esa Ley, para el caso de las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, prescribe que se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Concordante, la letra k) del artículo 83 de la referida LOSEP, excluye del sistema de la carrera del servicio público al personal de las empresas sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ubicados en su Título IV, “Gestión del Talento Humano de las Empresas Públicas”, prevén que la designación y contratación de personal de las empresas públicas se realizará conforme a los principios y políticas establecidas en dicha Ley, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública.

Conforme al artículo 19 de la citada Ley Orgánica, las modalidades de designación y contratación del talento humano 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”.

De acuerdo con los artículos 29 y 32 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las controversias que se originaren en las relaciones laborales entre las empresas públicas y el personal que labora en ellas, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo; mientras que, en su artículo 33 dispone que, en materia de administración del talento humano, se estará a lo que dispone la Codificación del Código del Trabajo en lo relativo a la contratación individual.

La Corte Constitucional en la parte resolutive de la Sentencia No. 007-11-SCN-CC, 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”.

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 22 de la citada Ley Orgánica de Empresas Públicas, que invoca el criterio institucional de la entidad consultante, tiene el siguiente tenor:

“Art. 22.- PROHIBICION DE APORTES DE FONDOS DE CESANTIA O JUBILACION CON RECURSOS PUBLICOS.- Se prohíbe el aporte de recursos de la empresa pública o sus subsidiarias, filiales, agencias unidades de negocio a fondos de cesantía o jubilación distintos a los que se entreguen al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”.

La norma transcrita prohíbe a las empresas públicas efectuar aporte de recursos públicos, para financiar prestaciones de fondos privados de jubilación complementaria, que brinden prestaciones adicionales a las que otorga el seguro general a través del IESS. Sobre esta materia me pronuncié en oficio No. 14958 de 28 de junio de 2010, en los siguientes términos:

“(…) las empresas metropolitanas, como consecuencia de la aplicación de la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, han quedado sujetas al ámbito de regulación previsto en ese cuerpo normativo, y a los parámetros y lineamientos establecidos en esa ley, cuyo artículo 22 en forma expresa prohíbe el aporte de recursos de la empresa pública o sus subsidiarias, filiales, agencias unidades de negocio a fondos de cesantía o jubilación, distintos a los que se entreguen al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”.

Los fondos privados de jubilación complementaria, se establecieron conforme al artículo 61 de la derogada Constitución Política de 1998, que autorizaba a los empleadores efectuar aportes voluntarios a dichos fondos, destinados a proteger contingencias no cubiertas por el seguro general obligatorio del IESS o mejorar sus prestaciones.

La vigente Constitución de la República, no contiene norma alguna que autorice al Estado y sus instituciones, a efectuar aportes de recursos públicos a fondos privados de jubilación complementaria, por lo que dicho aporte no es jurídicamente procedente, atenta la prohibición expresa contenida en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y por la aplicación del principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República, que dispone:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Por su parte, el artículo 216 del Código del Trabajo, establece la jubilación patronal a cargo de los empleadores, en los siguientes términos:

“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 (...)”.

Conforme se desprende del texto del artículo 216 del Código del Trabajo, la jubilación patronal es un derecho de los trabajadores que presten servicios de forma ininterrumpida por veinte y cinco años o más al mismo empleador. La norma no distingue ni limita su aplicación respecto de los empleadores privados, por lo que, resulta igualmente aplicable a los empleadores públicos, en beneficio, exclusivamente, del personal de empleados y obreros del sector público amparado por el Código del Trabajo, como es el caso del personal de las empresas públicas, según se ha concluido, al tenor de los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Concordantes, los acápite 5.1.06.03 y 6.1.06.03 del Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, incluyen a la jubilación patronal en los gastos de personal y la definen como “Asignación destinada a cubrir la jubilación patronal de servidores y trabajadores de entidades que gozan por ley de ese beneficio adicional a las prestaciones que conceden las entidades de Seguridad Social”.

Por otra parte, de acuerdo con el numeral 9 del artículo 169 del Código del Trabajo, el desahucio es una de las causas para la terminación del contrato individual de trabajo.

Conforme al artículo 184 del citado Código del Trabajo, desahucio “es 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”; y, da lugar al pago en beneficio del trabajador, de la bonificación establecida por el artículo 185 *ibídem*, cuyo primer inciso dispone:

“En los casos de terminación de la relación laboral por desahucio solicitado por el empleador o por el trabajador, el empleador bonificará al trabajador con el veinticinco por ciento del equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio prestados a la misma empresa o empleador”.

Por tanto, 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.

OF. PGE. N°: 11004, 11-12-2012

**JURISDICCIÓN COACTIVA:
DEVOLUCIÓN DEL ANTICIPO NO AMORTIZADO**

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN GUAYAQUIL

CONSULTA:

“¿Corresponde ejercer la jurisdicción coactiva respecto de los créditos económicos actualmente exigibles no pagados por contratistas municipales a la Municipalidad de Guayaquil, a pesar de haberseles solicitado el pago oportunamente, como por ejemplo por la no devolución del anticipo no amortizado; como también respecto de las compañías de seguro oportunamente requeridas que habiendo garantizado contratos públicos no pagan las respectivas pólizas de seguro emitidas en fiel cumplimiento de contratos públicos o en respaldo de los anticipos entregados a los pertinentes contratistas?”

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) Arts. 344, 350, 351 y 352.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Arts. 6, 9 y 98.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 73 y 125 de su Reglamento.

Código de Procedimiento Civil Arts. 941, 942 y 946.

Código Tributario Arts. 157 y 158.

Ley General de Seguros Arts. 42 y 44.

Código Civil Art. 2238.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. DAJ-2012-10432 de 14 de agosto de 2012, cita el artículo 350 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) que confiere potestad coactiva a los gobiernos autónomos descentralizados (GADs) para el cobro de los créditos de cualquier naturaleza que existieran a su favor.

Argumenta el citado informe que, la disposición del artículo 350 del COOTAD no es discrecional sino que tiene carácter imperativo y que, comprende todos los créditos, de cualquier naturaleza, a favor de los GADs. Añade que, "esta norma, incluida en una Ley Orgánica posterior, es capaz de derogar tácitamente la legislación anterior incompatible con ella".

Agrega el Procurador Síndico de la Municipalidad consultante que:

"Ocurre típicamente en el marco de la contratación pública ecuatoriana, cuando se declara terminado unilateralmente un contrato por incumplimiento del contratista, y se requiere a dicho contratista la devolución del anticipo no amortizado, y dicho contratista no devuelve la proporción del anticipo no amortizado, y tampoco lo hace la respectiva compañía de seguros que garantizó dicho anticipo, a pesar de ser requerida oportunamente, que el Municipio o cualquier Gobierno Autónomo Descentralizado queda con una acreencia que debe ejecutar. Puede ocurrir también que la compañía de seguros pague el monto de la póliza pero quede un valor pendiente de pago por el respectivo contratista, pues como se sabe las compañías de seguro responden civilmente hasta el monto de la respectiva póliza emitida. Por otro lado el deber de cobrar las deudas es parte del ejercicio del control interno que establece el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado".

Finalmente, el Procurador Síndico de la Municipalidad de Guayaquil concluye que:

"Sobre la base de los antecedentes expuestos considero que efectivamente corresponde al Municipio de Guayaquil ejercer la jurisdicción coactiva respecto de los créditos económicos actualmente exigibles no pagados por contratistas municipales a la Municipalidad de Guayaquil, a pesar de haberseles solicitado el pago oportunamente, como por ejemplo por la no devolución del anticipo no amortizado; como también respecto de las compañías de seguro oportunamente requeridas que habiendo garantizado contratos públicos no pagan las respectivas pólizas de seguro emitidas en fiel cumplimiento de contratos públicos o en respaldo de los anticipos entregados a los pertinentes contratistas".

El artículo 350 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, sobre cuya aplicación trata su consulta dispone:

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

La norma transcrita confiere potestad coactiva a los gobiernos autónomos descentralizados, que se ejerce por los tesoreros o funcionarios recaudadores de esas entidades y tiene por finalidad “el cobro de los créditos de cualquier naturaleza” que existieran a favor del respectivo gobierno autónomo.

En este sentido, el artículo 344 del COOTAD, determina que el tesorero de los gobiernos autónomos descentralizados será el responsable de los procedimientos de ejecución coactiva.

En concordancia, el artículo 351 del citado Código Orgánico señala que, para el procedimiento de ejecución coactiva se observarán las normas del Código Orgánico Tributario y supletoriamente las del Código de Procedimiento Civil, es decir que, para efectos de determinar el procedimiento aplicable para el ejercicio de la coactiva, se debe atender a la naturaleza del crédito cuyo cobro se persiga.

Sobre la naturaleza administrativa de la coactiva, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado, en oficios Nos. 11654 y 13567 de 12 de enero y 29 de abril de 2010; en este último se examinó que: “...la acción coactiva que el ordenamiento jurídico confiere a diversas instituciones del Estado, y entre ellas a la Superintendencia de Bancos y Seguros, para declarar y cobrar por sí mismas los créditos que se les adeuden, tiene naturaleza administrativa y no jurisdiccional, pues se ejerce por los empleados recaudadores, de conformidad con el artículo 942 del Código de Procedimiento Civil...”.

Con relación al procedimiento aplicable para ejercer la coactiva, en atención a una consulta formulada por esa Municipalidad en oficio No. AG-2011-11048 de 5 de abril de 2011, esta Procuraduría en pronunciamiento contenido en oficio No. 2158 de 7 de junio de 2011 analizó y concluyó que:

“En este contexto, el Código Tributario, en el Art. 157 prevé la acción coactiva para el cobro de créditos tributarios, comprendiéndose en ellos, los intereses, multas y otros recargos, como costas de ejecución; y, cuya competencia de conformidad con el Art. 158 se ejercerá privativamente por los respectivos funcionarios recaudadores de las administraciones tributarias, con sujeción a las disposiciones de la Sección 2ª, Parágrafo 1º del Capítulo V del Título II ibídem; a las reglas generales del Código citado; y, supletoriamente a las normas del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al ejercicio de la acción coactiva en materia no tributaria, el Art. 941 del Código de Procedimiento Civil, dispone que el procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento; en sus artículos 942 y 946 del citado código adjetivo se prevé que el procedimiento o ejercicio de la coactiva se ejerce privativamente por los respectivos empleados recaudadores, fundado en la orden de cobro legalmente transmitida por la autoridad correspondiente.

Conforme a las normas legales citadas, se desprende que la acción coactiva para el cobro de los créditos tributarios y no tributarios, se ejerce privativamente por la Administración Pública, con sujeción a las disposiciones antes referidas del Código Tributario, y del Código de Procedimiento Civil según corresponda”.

El procedimiento de ejecución coactivo se inicia cuando existe un crédito a favor del GAD, que tiene su origen en una obligación (de un tercero respecto del GAD) determinada, líquida y de plazo vencido, cualquiera sea su naturaleza (tributaria o no tributaria). De conformidad con el artículo 352 del COOTAD, la obligación se determina sobre la base de catastros, títulos ejecutivos, cartas de pago, asientos de libros de contabilidad, y en general por cualquier instrumento privado o público que pruebe la existencia de la obligación a favor del gobierno autónomo respectivo.

Toda vez que, en el contexto de la consulta, referida al ejercicio de la potestad coactiva, el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad alude a obligaciones de contratistas, resulta pertinente considerar que, dicha materia esta regulada en forma expresa por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece un sistema de garantías que avalan el cumplimiento de las obligaciones específicas de los contratistas frente a la entidad contratante, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía, conforme dispone el inciso final del artículo 73 de esa Ley Orgánica, según se ha analizado en pronunciamiento contenido en oficio No. 04541 de 28 de octubre de 2011.

En atención al contexto de la consulta planteada, corresponde analizar si, el ejercicio de la potestad coactiva para el cobro de créditos, es aplicable en el ámbito de la contratación pública, cuando se hubiere agotado el procedimiento de ejecución de garantías establecido por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el pronunciamiento al que antes se ha hecho referencia se agregó que, "(...) en la liquidación de todo contrato sujeto al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sea que dicha liquidación provenga de su terminación normal o anticipada, cualquier valor, por cualquier concepto, que la entidad contratante determine que el contratista le adeude, debe ser incluido en la liquidación del contrato y deducido de los valores pendientes de pago; o, en su defecto, la entidad contratante debe disponer que el contratista devuelva el respectivo valor determinado en la liquidación, dentro del término de diez días establecido en el segundo inciso del artículo 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vencido el cual genera intereses y daños y perjuicios que la entidad debe reclamar judicialmente, según la misma norma reglamentaria".

Respecto de las garantías que otorgan los contratistas, en pronunciamiento contenido en oficio No. 16164 de 27 de agosto de 2010, en atención a una consulta formulada por el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOPI), se analizó la aplicación de los artículos 42 y 44 de la Ley General de Seguros, norma ésta última que establece la responsabilidad de la aseguradora en los siguientes términos:

"Art. 44.- El afianzado está obligado a mantener en vigencia la póliza, de acuerdo a las disposiciones legales o contractuales a las que accede, hasta el total cumplimiento de las obligaciones garantizadas.

La responsabilidad de la empresa de seguros no excederá de la suma máxima asegurada indicada en la póliza o sus anexos.

En ningún caso la empresa de seguros podrá obligarse a más de lo que deba el afianzado. De igual manera, el riesgo asegurado deberá constar en forma clara y determinada sin que pueda extenderse la cobertura a otras obligaciones que por ley o contrato tenga el afianzado.

En las fianzas por anticipos, la suma asegurada se reducirá a medida que se los vaya devengando.

Se entiende causado el siniestro en los casos establecidos en la ley o el contrato.

Para el cobro de la fianza, el asegurado deberá proceder de acuerdo con lo que la ley, la obligación principal y la póliza establezcan en lo pertinente a notificación y trámite. Se adjuntarán los documentos que acrediten el incumplimiento en lo que se refiera a la obligación afianzada, así como a la naturaleza y monto del reclamo.

Una vez expedida la resolución administrativa de la Superintendencia de Bancos y Seguros o el fallo judicial que declare el incumplimiento de una compañía, se procederá dentro de los 15 días siguientes a la inscripción de la misma en el Registro de Incumplidos de la Contraloría General del Estado.

De igual forma, la empresa de seguros podrá también solicitar dicha inscripción, en el caso de mora de obligaciones por parte del contratista.

En caso que la ley, reglamentos o contratos lo permitan, podrá la empresa de seguros gozar de los beneficios de excusión u orden”.

Sobre dicha base normativa, el citado pronunciamiento contenido en oficio No. 16164 de 27 de agosto de 2010 concluyó que:

“Con fundamento en el análisis jurídico expuesto y en las normas que se han examinado se concluye que corresponde al INCOP incluir en el registro de contratistas incumplidos a las aseguradoras que se encuentren incursas en las circunstancias descritas en este pronunciamiento, pues las pólizas que las compañías de seguro otorgan como garantías de buen uso del anticipo y fiel cumplimiento del contrato, si bien afianzan obligaciones ajenas, en los términos del artículo 2238 del Código Civil, en concordancia con el artículo 43 de la Ley General de Seguros, constituyen fuente de obligación para la aseguradora respecto de la entidad pública beneficiaria de la póliza, una vez que la entidad contratante ha requerido la ejecución de la garantía, que tiene el carácter de incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, lo que da lugar a que la aseguradora asuma la calidad de ‘contratista o proveedor’ en los términos definidos por los artículos 6 y 98 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, por tanto, le son aplicables las disposiciones de esa Ley que norman el Registro Único de Proveedores (RUP) y del Registro de Incumplidos que regula el artículo 98 de esa ley”.

Los dos últimos incisos del artículo 8 del Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público, expedido por Acuerdo de la Contraloría General del Estado, publicado en el Registro Oficial No. 378 de 17 de octubre de 2006, establecen la

obligación del contratista de renovar las garantías que se rinden en los contratos o en su defecto, la obligación de la entidad de hacerlas efectivas. Dicha norma dispone:

“Al menos con quince días de anticipación a su vencimiento, el contratista deberá renovar las garantías que hubiere presentado, de lo contrario la entidad u organismo la hará efectiva sin otro requisito.

Los funcionarios de la entidad que conserven las garantías, serán los responsables de que estas se mantengan en vigencia o de proceder a efectivizarlas en caso de falta de renovación”.

En armonía con lo analizado en los pronunciamientos que se han citado, se concluye que, de conformidad con el artículo 350 del COOTAD, es procedente el ejercicio de la potestad coactiva de que disponen los gobiernos autónomos descentralizados, para el cobro de obligaciones de cualquier naturaleza a su favor, lo que hace jurídicamente procedente que dicho procedimiento pueda ser aplicado para el cobro de obligaciones que les adeudaren los contratistas. Sin embargo, atento el régimen de garantías que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y la obligación de que las garantías se renueven en forma oportuna o en su defecto se hagan efectivas, según la previsión que en tal sentido establece el artículo 8 del Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público, el ejercicio de la acción coactiva se limitaría al caso en que las obligaciones que la entidad contratante hubiere liquidado, no estuvieren afianzadas o las garantías resultaren insuficientes para su cobro.

Por el contrario, no se podría ejercer la acción coactiva respecto de las Aseguradoras, cuando las pólizas no hubieren sido oportunamente renovadas, pues en tal caso la aseguradora ya no estaría obligada según el artículo 44 de la Ley General de Seguros. En tal evento, independientemente de las responsabilidades de los servidores, las obligaciones se deberán cobrar con los intereses legales y los daños y perjuicios, conforme prevé el artículo 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto del contratista.

En relación con las entidades contratantes que no dispongan de acción coactiva, o el ejercicio de esa potestad no sea aplicable a las materias de contratación pública, como es el caso específico del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, según la previsión que en ese sentido establece la Disposición General Décima Séptima del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, conforme se pronunció este Organismo en oficio No. 04541 de 28 de octubre de 2011, en cuyo caso se

observarán las cláusulas específicas que contengan los contratos para la resolución de controversias.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, los gobiernos autónomos descentralizados, entre ellos las municipalidades, tienen competencia para ejercer la acción coactiva según el artículo 350 del COOTAD; que la acción coactiva tiene por objeto hacer efectivo el pago de deudas de cualquier naturaleza, que existieren a favor de esas entidades, por lo que incluyen aquellas obligaciones provenientes de contratos, que no pudieren ser efectivizadas mediante la ejecución de garantías, en los casos y con las limitaciones que quedan expuestos en el presente pronunciamiento. Atento el carácter no tributario de la obligación, el procedimiento aplicable será el previsto en el artículo 351 del COOTAD y los artículos 941 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

OF. PGE. N°: 09714, de 11-09-2012

LICENCIA CON REMUNERACIÓN: PASANTÍA EN EL EXTERIOR Y RESTITUCIÓN DE VALORES

ENTIDAD CONSULTANTE:
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR

CONSULTAS:

1. "¿En el caso de la concesión a un servidor público de licencia con remuneración para realizar una pasantía en el exterior, se debe considerar como parte del tiempo que dicho servidor obligatoriamente debió prestar sus servicios en la institución concedente de dicha licencia, una vez reincorporado, el tiempo por el cual a su vez prestó sus servicios a otra institución pública, por habersele concedido luego comisión de servicios con remuneración?"

2. "¿De ser positiva la respuesta anterior, se le debería restituir los valores que la Institución pública concedente de la licencia con remuneración le retuvo de su liquidación final de haberes, a fin de cubrir las obligaciones derivadas del incumplimiento del devengamiento del doble del tiempo de la licencia con remuneración concedida, en los términos previstos en los artículos 80 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público – LOSCCA; 50 y 94 inciso tercero de su Reglamento General?"

3. “¿En el caso consultado, es posible atender un reclamo administrativo de restitución de los valores descontados de la liquidación final de haberes realizada en el año 2009, si dicho reclamo fue presentado con posterioridad al término de 90 días luego de la notificación respectiva, que establecía el artículo 99 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público – LOSCCA?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 237 num. 3.

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

Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA Arts. 29 lit. d) 79 y 81 (derogada); y, 50 y 182 de su Reglamento (derogado).

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El informe jurídico de la Institución consultante, contenido en el oficio No. AL-ULC-819-I de 14 de noviembre de 2012, respecto de la citada consulta expresa el siguiente criterio jurídico:

“Al renunciar voluntariamente a su puesto en el Banco Central del Ecuador, la economista María Augusta Salgado, incumplió lo previsto en el inciso tercero del artículo 94 del Reglamento a la LOSCCA, así como, las obligaciones previstas en las cláusulas Cuarta (Reintegro de Labores) y Sexta (Cláusula Penal) de la Declaración Unilateral de Voluntad, suscrita con fecha 1 de agosto de 2007, pues el tiempo que permaneció en comisión de servicios con remuneración en la Embajada del Ecuador en Washington D.C. en modo alguno puede ser considerado como servicio al Banco Central del Ecuador y, por tanto, ser computado para devengar el período de licencia concedida para la pasantía referida.

Tal aserto lo confirma el pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, en oficio PGE-21669 de 22 diciembre de 2005, (extracto publicado en el R.O. No. 216 de 23 de febrero de 2006)”.

En atención a las fechas en que se confirieron las licencias referidas en los antecedentes de su consulta, se establece que regía entonces la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, que en su artículo 29 letra d) (que posteriormente, en virtud de la reforma introducida a dicho artículo por la Ley

publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 528 de 13 de febrero de 2009, paso a ser la letra i) del mismo artículo), preveía la licencia con remuneración, en los siguientes términos:

“Para efectuar estudios regulares de postgrados, reuniones, conferencias, pasantías y visitas de observación en el exterior o en el país, que interese a la Administración Pública, mediante comisión de servicios hasta por dos años, previo dictamen favorable de la unidad de administración de recursos humanos, siempre que el servidor hubiere cumplido un año de servicio en la institución donde trabaja”.

Los artículos 79 y 81 de la misma Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, respecto de la capacitación determinaban que:

“Art. 79.- Efectos de la capacitación.- La capacitación efectuada en favor de un servidor público, que no podrá superar el lapso de un año y que se hallare plenamente justificada, en la que el Estado hubiese realizado gastos, origina la responsabilidad del servidor a mantenerse laborando en la institución, poniendo en práctica y entregando los nuevos conocimientos adquiridos, por un lapso igual al doble del tiempo concedido para su capacitación.

Art. 81.- Incumplimiento de obligaciones.- En caso de que el servidor o funcionario cese en sus funciones y no pueda cumplir con la obligación establecida en el Art. 79 de esta Ley, o haya reprobado en sus estudios, la autoridad nominadora dispondrá la adopción de medidas administrativas o judiciales a que hubiere lugar. El servidor estará obligado a devolver a la entidad respectiva el valor total o la parte proporcional de lo invertido en su capacitación, en un plazo no mayor a sesenta días, teniendo para el efecto jurisdicción coactiva”.

Concordante, el artículo 182 del Reglamento a la LOSCCA, derogado por el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, establecía que: “La entidad que conceda al servidor licencia para capacitación o para estudios regulares de especialización o postgrado, dentro o fuera del país, suscribirá un contrato de devengación con garantías personales o reales, mediante el cual, se obliga el servidor a prestar sus servicios por el doble del tiempo que duren los eventos o estudios”.

De conformidad con lo previsto en los artículos 29 letra d), que posteriormente, en virtud de la reforma introducida a dicho artículo, por la Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 528 de 13 de febrero del 2009, pasó a ser la letra i), 79 y 81 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa,

50 y 182 del Reglamento de la LOSCCA, previamente citados, se establece que la licencia para realizar una pasantía obligaba al servidor a continuar laborando en la institución que confirió la comisión, por un lapso igual al doble del tiempo que se le concedió para tal propósito, sin que exista una excepción a dicha obligación.

De otra parte, en cuanto a la comisión de servicios con remuneración, el artículo 31 de la LOSCCA, preveía lo siguiente:

“Art. 31.- De las comisiones de servicio con remuneración.- Los servidores públicos podrán prestar servicios en otra entidad del Estado, con su aceptación por escrito, hasta por dos años, por una sola vez, mediante la concesión de comisión de servicios con remuneración. El servidor público en goce de esta comisión tendrá derecho a percibir la remuneración mayor, de entre las dos entidades o al pago de la diferencia entre lo que percibe en la entidad de la que depende y lo presupuestado en la que prestará sus servicios.

La institución en la que originalmente hubiere estado laborando lo declarará en comisión de servicio, por todo el tiempo que dure el desempeño de la nueva función para que fuere designado, que en ningún caso superará el establecido en el inciso anterior.

El funcionario o servidor conservará todos sus derechos en la institución a la cual se encontraba originalmente sirviendo y, una vez que concluya su comisión de servicios, tendrá derecho a ser reintegrado a su cargo original o a uno equivalente si el anterior ha sido suprimido por conveniencia institucional.

Se otorgarán comisiones de servicio con remuneración fuera del país cuando el servicio deba prestarse en instituciones públicas del Estado Ecuatoriano”.

En similar sentido al del último inciso del artículo 31 de la LOSCCA, antes citado, el artículo 58 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, determina las comisiones de servicio con remuneración, al exterior, se otorgarán para prestar servicios en instituciones públicas del Estado Ecuatoriano.

Como se observa de las disposiciones de la LOSCCA que han quedado citadas, la comisión de servicios con remuneración procedía por una sola vez, hasta por dos años y en el caso de comisión al exterior, ésta se confería cuando el servicio debía prestarse en instituciones públicas del Estado Ecuatoriano. En dicho contexto, se evidencia que el servidor conserva todos sus derechos en la institución a la cual se

encontraba originalmente sirviendo, de igual manera se entiende que conserva sus obligaciones para con dicha institución.

Por lo expuesto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 letra d) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA (que posteriormente, en virtud de la reforma introducida a dicho artículo por la Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 528 de 13 de febrero de 2009, paso a ser la letra i) del mismo artículo), que prevé la comisión de servicios con remuneración para efectuar pasantías y los artículos 79 y 81 de la misma Ley Orgánica y 50 y 182 del Reglamento de la LOSCCA, vigentes a la fecha en que se confirió la licencia y la comisión que motivan su consulta, que establecen la obligación del servidor público de continuar laborando en la institución que le concedió la comisión por un lapso igual al doble del tiempo conferido para tal propósito, se concluye que en el caso de la concesión a un servidor público de licencia con remuneración para realizar una pasantía en el exterior y posterior comisión de servicios con remuneración a otra institución en el exterior, no procede contabilizar el tiempo de servicios prestado en otra institución pública, como parte del tiempo que dicho servidor obligatoriamente debió devengar en la institución concedente de dicha licencia, una vez reincorporado.

2. Respecto de la segunda consulta, el informe jurídico de la Entidad consultante, contenido en el oficio No. AL-ULC-819-I de 14 de noviembre de 2012, expone el siguiente criterio:

“Al respecto, en concordancia con la opinión sobre la consulta anterior, no procede la devolución de los valores descontados de la liquidación final de haberes realizada por el Banco Central del Ecuador en el año 2009”.

En armonía con lo señalado al atender su primera consulta y con fundamento en lo dispuesto en los artículos 79 y 81 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, previamente citados, se concluye que en el caso de que un servidor no haya cumplido con la responsabilidad de mantenerse laborando en la institución por un lapso del doble del tiempo concedido para su capacitación, se encuentra obligado a devolver a la Entidad respectiva el valor total o proporcional de lo invertido en dicha capacitación, siendo pertinente que se descuente de su liquidación final de haberes el monto correspondiente para cubrir las obligaciones derivadas del incumplimiento.

3. El numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República del Ecuador prevé que, le 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 ley no otorgue 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, reglamentarias o de otro orden jurídico a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público.

En aplicación de dichas disposiciones 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 citada disposición constitucional.

Su tercera consulta no está dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, razón por la cual, en cumplimiento de la normativa jurídica citada, me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

OF. PGE. N°: 10951, 07-12-2012

MULTAS: PORCENTAJES PARA EL COBRO

ENTIDAD CONSULTANTE:

CUERPO DE BOMBEROS DE RIOBAMBA

CONSULTA:

“¿Las multas generadas por incumplimiento del contratista es del uno por mil del total del contrato como manda la cláusula novena del contrato o del uno por mil únicamente de la sexta moto faltante?”

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 71, 81 y 116 de su Reglamento General.

PRONUNCIAMIENTO:

De los antecedentes referidos en la consulta se desprende que, el Cuerpo de Bomberos de Riobamba celebró el 14 de diciembre de 2011 con la compañía Unihogar Cía. Ltda., el contrato No. SIE-CBR-007-2011, para la adquisición de seis motos.

De la copia certificada del contrato al que se refiere la consulta, consta que su objeto, según la cláusula cuarta fue la entrega de seis motocicletas, de acuerdo con las especificaciones técnicas que se detallan en la misma cláusula.

El precio del contrato y forma de pago, según la cláusula quinta, fueron determinados en los siguientes términos:

“El costo total que pagará el Cuerpo de Bomberos de Riobamba, por las Seis Motos, será de CIEN MIL QUINIENTOS OCHENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA (USD 100,580.00), más IVA, con un precio unitario de (USD 16,763.33)., de acuerdo a la Sesión de Negociación, celebrada el 08 de diciembre del 2011.

El valor estipulado en el numeral anterior será pagado por la ENTIDAD CONTRATANTE, de la siguiente manera:

- El 70% como anticipo a la firma del contrato, previa presentación de las garantías de ley.
- El 30% contra entrega de los bienes adquiridos, previo entrega de factura, e informe favorable por parte del Administrador del Contrato y Acta entrega recepción...”.

Sobre el plazo del contrato, su cláusula séptima prevé:

“El plazo para la entrega de los bienes adquiridos será de 60 días contados a partir de la entrega del anticipo”.

La prórroga de plazo está prevista en la cláusula octava para los eventos de fuerza mayor o caso fortuito y por suspensiones ordenadas por la entidad contratante que no se deban a causas imputables al contratista.

La cláusula novena estipula multas, de la siguiente forma:

“Por cada día de retardo en la entrega de las motocicletas en el plazo establecido en la cláusula séptima, el Contratista se obliga a pagar la cantidad del uno por mil del valor total del contrato, de conformidad con el Art. 116 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (...)”.

Según la cláusula décimo tercera del contrato, “La entrega de las seis motocicletas, objeto del presente contrato, se realizará a entera satisfacción de la Entidad Contratante, y para la cancelación será necesaria el Acta de Entrega-Recepción, suscrita por el CONTRATISTA, el ADMINISTRADOR DEL CONTRATO, y demás funcionarios que haya designado la ENTIDAD CONTRATANTE, en los términos del artículo 124 del Reglamento General de la LOSNCP.”

Según se expone en la comunicación de consulta, “(...) 5 motos fueron entregadas el 22 de diciembre del 2011 por la Ing. Mónica Parra en el CBR el 22 de diciembre de 2011 y recibidas por la Eco. Fernanda Cervantes, Guardalmacén del Cuerpo de Bomberos de Riobamba.”, lo que se corrobora con la copia certificada del oficio s/n de 10 de julio de 2012, dirigido por el Tnt. Luis Paca al Jefe del Cuerpo de Bomberos de Riobamba. En el citado oficio se agrega que:

“(...) la fecha que solicita el Contratista se reciba la sexta moto es el 09 de julio de 2012 (...)”.

El informe jurídico invoca entre otras normas los artículos 71 y 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 124 de su Reglamento que, en su orden, regulan la imposición de multas al contratista, la forma en que se debe efectuar la recepción y liquidación del contrato; y, el contenido de las actas de entrega recepción.

Sobre dicha base, concluye:

“Mi criterio jurídico fundamentándome en la normativa legal vigente, el contrato y el informe técnico y económico del Administrador y el Oficio S/N de fecha 17 de julio del 2012 suscrito por los señores Cbo. (B) Gustavo Peñafiel S. y Cbo. (B) José Villa V. Autores del Proyecto, se acepte la sexta moto para dar estricto cumplimiento con el objeto total del contrato (cláusula cuarta), se cobre las multas por incumplimiento generadas hasta el 09 de julio del 2012 fecha que estando en mediación el Contratista solicita se recepte la sexta moto, siendo la multa por incumplimiento del uno por mil del valor total del contrato por cada día de retardo, de acuerdo a la cláusula novena (...)”.

El primer inciso del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, incluye a la cláusula de multas, entre aquellas que tienen carácter obligatorio en los contratos sometidos a esa Ley; y, respecto de las circunstancias en que procede la imposición de multas y su cuantía, el segundo inciso de esa norma establece:

“Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso”.

Del tenor del segundo inciso del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se desprende que la entidad contratante tiene facultad para imponer multas por dos motivos: por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado; y, por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales.

En concordancia, el artículo 116 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que, para la determinación de multas se considerará el valor total del contrato, incluyendo el reajuste de precios que corresponda y sin considerar los impuestos.

Por otra parte, respecto de la recepción en los contratos de adquisición de bienes, los incisos primero y tercero del artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, invocado en el informe jurídico de la entidad consultante, disponen:

“En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva (...).

(...) Sin perjuicio de lo señalado en los incisos anteriores, en las contrataciones en que se pueda receptor las obras, bienes o servicios por etapas o de manera sucesiva, podrán efectuarse recepciones parciales.”

El artículo 124 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, también citado por la Asesora Jurídica de la entidad consultante, prescribe:

“Art. 124.- Contenido de las actas.- Las actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas serán suscritas por el contratista y los integrantes de la Comisión designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato.

Las actas contendrán los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria.

En las recepciones provisionales parciales, se hará constar como antecedente los datos relacionados con la recepción precedente. La última recepción provisional incluirá la información sumaria de todas las anteriores.”

De las normas citadas se desprende que, en los contratos de adquisición de bienes, hay una sola recepción, salvo que se hubiera estipulado expresamente que se puedan efectuar recepciones parciales de bienes o servicios, por etapas o de manera sucesiva, conforme prevé el tercer inciso del artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, que, las actas de entrega recepción deben contener entre otros datos, la liquidación de plazos, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 124 del Reglamento a esa Ley.

En el contrato que motiva la consulta, su cláusula séptima (plazo) y décima tercera (recepción), transcritas en los antecedentes de este pronunciamiento, contemplan un plazo único, de 60 días contados desde el pago del anticipo, para que el contratista efectúe la entrega de todos los bienes objeto de la adquisición.

Sobre la naturaleza y finalidad de las multas, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 16251 de 31 de agosto de 2010, la Procuraduría General del Estado ha analizado que:

“La imposición de sanciones, y entre ellas las de carácter pecuniario como son las multas, así como la terminación unilateral de un contrato, expresa una combinación de potestades regladas y discrecionales que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración, pues por un lado la imposición de sanciones solo procede en los casos previstos en la norma (potestad reglada), atendiendo además al principio de reserva de ley establecido en el numeral 2 del artículo 132 de la vigente Constitución de la República, que dispone que se requiere de ley para tipificar infracciones y

establecer las sanciones correspondientes, así como con sujeción al procedimiento previo que corresponda; pero por otro lado, la entidad contratante queda habilitada por la norma para calificar la oportunidad de la medida, esto es su conveniencia para el interés público específico (potestad discrecional). La aplicación de sanciones en materia contractual en definitiva, debe realizarse dentro de la legalidad y de la razonabilidad.

En el caso de las multas, que son sanciones pecuniarias, su propósito es que el contratista corrija su conducta, para no seguir recibiendo la sanción inmediata al retardo en el cumplimiento de sus obligaciones parciales. Sirve también como una advertencia al Contratante de que los cronogramas y plazos establecidos contractualmente no se concretan en la realidad y que debe preparar alternativas para el evento en que el contratista persista en sus retardos. Por ello, cuando el contratista no corrige su proceder, la entidad contratante debe analizar el grado de incumplimiento del contratista en relación con la etapa específica de ejecución del contrato, a efectos de adoptar las decisiones más convenientes para el interés público e institucional”.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de multas, en pronunciamiento contenido en oficio No. 04358 de 19 de octubre de 2011, se manifestó que:

“El inciso segundo del artículo 28 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que antes fue transcrito, dispone que la entidad contratante puede ajustar los modelos de pliegos “a las necesidades particulares de cada proceso de contratación”. Los modelos de pliegos aprobados por el INCOP, antes ya citados, prevén en la cláusula de multas que: “El porcentaje para el cálculo de las multas lo determinará la Entidad en función del incumplimiento y de la contratación”.

Sobre la base de los principios que para la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y los contratos que de ella deriven, establece su artículo 4, entre otros el principio de trato justo, en pronunciamiento contenido en oficio No. 09269 de 8 de agosto de 2012, analicé y concluí que:

“(…) al haberse cumplido parcialmente la entrega de bienes objeto del contrato, dentro del cronograma previsto en el mismo, se entiende cumplida parcialmente la obligación y extinguida en la parte que corresponde a los bienes entregados y recibidos a satisfacción del contratante, ya que conforme refiere en el oficio que contesto, en los contratos materia de consulta se han previsto entregas parciales;

y, dentro del plazo contractual quedaron sin entregar una parte de los bienes objeto del contrato, de lo que se infiere que al existir una demora en la entrega de parte de los bienes que el contratista debía proveer, la administración tiene la potestad de determinar la sanción, dentro de los parámetros que establecen la Ley y el contrato, en base de los principios de proporcionalidad y equidad que como ha quedado ilustrado por los tratadistas antes referidos, es un principio rector de las actuaciones judiciales y administrativas, que pretende que el acto particular de la autoridad (sentencia o acto administrativo), resulte justa en el caso particular y concreto. En este contexto, sería inequitativo pretender aplicar la misma multa a un contratista que no entregó ninguno de los bienes que de conformidad con el contrato debía proveer y a otro que sí entregó parte de los bienes objeto del contrato, los cuales fueron recibidos a satisfacción por la entidad contratante, pues contraviene la proporcionalidad que constituye un principio básico en materia de sanciones, conforme ha quedado analizado.

“(…) en base del principio de trato justo, establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuya aplicación es obligatoria para los contratos sujetos a dicho cuerpo legal, se concluye que en los contratos de adquisición de bienes, en los que se ha previsto entregas parciales, en el evento de que existan bienes no entregados dentro del plazo señalado en el contrato, las multas deben aplicarse en función de lo dispuesto en el contrato, considerando el monto de los bienes que aún no han sido entregados y recibidos a satisfacción por la contratante, puesto que la obligación se entiende cumplida parcialmente en cuanto a los bienes que han sido entregados y recibidos”.

El pronunciamiento previamente citado, se refiere en forma específica a los contratos de adquisición de bienes en los que se ha pactado entregas parciales, lo que no ocurre en el caso que motiva la consulta

Finalmente, sobre la falta de determinación de plazos parciales en un contrato de adquisición de bienes, en pronunciamiento contenido en oficio No. 03725 de 15 de septiembre de 2011, en atención a una consulta del Instituto Geográfico Militar se concluyó que:

(…) en el caso específico del contrato suscrito entre el IGM y GEOTOOL BOX IBÉRICA S.L., al haberse estipulado únicamente un plazo total para su ejecución, sin que se haya previsto contractualmente un plazo parcial para la instalación de la cámara de la aeronave, la empresa contratista está obligada a cumplir la totalidad del objeto contractual dentro del plazo estipulado (…)”

De las cláusulas contractuales que se citaron en los antecedentes de este pronunciamiento consta que, el Cuerpo de Bomberos de Riobamba y la empresa contratista, acordaron un plazo único (cláusula séptima) para la entrega de la totalidad de los bienes objeto de la adquisición, esto es de las seis motocicletas, conforme a la cláusula segunda; y, con respecto a las multas, previeron su aplicación para el caso de retardo en la entrega de los bienes conforme al plazo acordado.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, atenta la existencia de un solo plazo para la entrega de la totalidad de los bienes objeto de adquisición, según la cláusula séptima, las multas al contratista por retardo en la ejecución de las obligaciones se deben determinar en relación con el monto total del contrato, de conformidad con la cláusula novena de ese instrumento y el segundo inciso del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El presente pronunciamiento se refiere a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, por lo que es de exclusiva responsabilidad de la entidad contratante, la determinación de las multas por retardo en la entrega de los bienes objeto del contrato.

OF. PGE. N°: 09864, de 21-09-2012

**MUNICIPALIDAD:
CRÉDITO CON INSTITUCIÓN DE LA BANCA PRIVADA**

ENTIDAD CONSULTANTE:
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RIOBAMBA

CONSULTA:

“¿Está el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba facultado a realizar un crédito con una institución de la banca privada?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 60 lit. x), 164, 171 lit. e), 191, 211 y 212.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 4, 34, 55, 58, 60, 116, 123, 125, 126, 141 y 144 num. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante refiere como antecedente que esa Entidad “se halla efectuando una reingeniería administrativa aplicada a las directrices del Ministerio de Relaciones Laborales (...)”, que tendría entre otras finalidades “(...) dar solución al problema social que ha heredado la actual administración por las liquidaciones e indemnizaciones de los jubilados que no fueron canceladas a tiempo y peor presupuestadas, lamentablemente en la parte presupuestaria de acuerdo a la certificación emitida por Dirección Financiera, no cuenta con los recursos económicos”.

El citado informe invoca la letra x) del artículo 60 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que confiere al Alcalde atribución para resolver los reclamos administrativos que le correspondan; y, el artículo 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que prescribe que el endeudamiento de las entidades públicas se debe destinar a la ejecución de proyectos de inversión.

El Procurador Síndico argumenta que: “(...) el Proyecto de fortalecimiento de la capacidad de gestión institucional del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba es un proyecto de inversión y que su endeudamiento económicamente cuenta con las fuentes de financiamiento para el pago”.

Sobre dicha base, el informe del Procurador Síndico concluye que:

“(...) es prioritario ejecutar el Proyecto de inversión para fortalecer la capacidad de gestión institucional del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba, por lo que amparados en lo dispuesto en el Art. 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, ES PROCEDENTE ACCEDER A UN CRÉDITO CON LA BANCA PRIVADA, dada cuenta que el proyecto macro que se presentó al Banco del Estado ha sido acogido parcialmente”.

A la consulta se ha acompañado el documento borrador del “Plan de Fortalecimiento de la Capacidad de Gestión Institucional del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Riobamba”.

De acuerdo con el numeral 1.6 del referido borrador, el “Tipo de Proyecto”, corresponde al sector “17.- Administrativo” y consiste en “17.1 Mejoramiento de Procesos Institucionales”.

En las páginas 21 a 23 del borrador constan los listados de empleados y trabajadores de la Municipalidad de Riobamba que se acogieron a la jubilación en los años 2008 a 2011; y, en la página 24 se manifiesta que:

“El GADM de Riobamba a través de este crédito conseguirá que se respeten los derechos de este grupo de interés social estipulados en la ley, tal es el caso de los servidores que se han jubilado, la Alcaldía está consciente que este problema ocasionado en esta Administración anterior debe darse solución urgente por muchos factores que van más allá del tema financiero (...)”.

La letra e) del artículo 171 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), incluye a los recursos provenientes de financiamiento, entre los recursos de los gobiernos autónomos descentralizados.

En materia de finanzas y endeudamiento público de los gobiernos autónomos descentralizados, los artículos 164 y 212 del COOTAD se remiten en forma expresa a la ley que regule las finanzas públicas; dichas normas, en su orden disponen:

“Art. 164.- Criterios.- Las finanzas públicas en todos los niveles de gobierno, se conducirán de forma sostenible, responsable y transparente a fin de alcanzar el buen vivir de la población, procurando la estabilidad económica. Los gobiernos autónomos descentralizados observarán reglas fiscales sobre el manejo de los recursos públicos, de endeudamiento y de la cooperación, de acuerdo con la ley que regule las finanzas públicas e incorporarán procedimientos eficaces que garanticen la rendición de cuentas ante la ciudadanía sobre el uso y manejo de los recursos financieros”.

“Art. 212.- Endeudamiento público y reglas fiscales.- Los actos, contratos y procedimientos del endeudamiento público de los gobiernos autónomos descentralizados se regirán por los preceptos de la Constitución y de las normas establecidas en la ley que regule las finanzas públicas, y se someterán a las reglas fiscales y de endeudamiento público análogas a las del presupuesto general del Estado”.

De conformidad con los dos primeros incisos del artículo 211 del COOTAD, el endeudamiento al que accedan los GADs se debe destinar a inversión. Dicha norma dispone:

“211.- Acceso.- Los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales pueden acceder a

endeudamiento para financiar inversiones de mediano y largo plazo que no puedan ser cubiertas con sus recursos en un período.

Los ingresos provenientes del endeudamiento constituyen ingresos no permanentes y únicamente financiarán egresos no permanentes, es decir programas y proyectos de mediano y largo plazo debidamente priorizados en sus respectivos planes de desarrollo territorial y que contribuyan al Plan Nacional de Desarrollo”.

Por su parte, el artículo 4 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas incluye en su ámbito de aplicación a los gobiernos autónomos descentralizados; y, el tercer inciso del artículo 34 del mismo Código Orgánico, determina la sujeción del endeudamiento público al Plan Nacional de Desarrollo. Dicha norma dispone:

“Se sujetan al Plan Nacional de Desarrollo las acciones, programas y proyectos públicos, el endeudamiento público, la cooperación internacional, la programación, formulación, aprobación y ejecución del Presupuesto General del Estado y los presupuestos de la banca pública, las empresas públicas de nivel nacional y la seguridad social”.

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 123 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas “El endeudamiento público comprende la deuda pública de todas las entidades, instituciones y organismos del sector público provenientes de contratos de mutuo; colocaciones de bonos y otros valores, incluidos las titularizaciones y las cuotas de participación; los convenios de novación y/o consolidación de obligaciones; y, aquellas obligaciones en donde existan sustitución de deudor establecidas por ley. Además constituyen endeudamiento público, las obligaciones no pagadas y registradas de los presupuestos clausurados. Se excluye cualquier título valor menor a 360 días”.

El artículo 125 del citado Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, determina los límites de endeudamiento de los gobiernos autónomos descentralizados. El trámite y los requisitos para las operaciones de crédito están establecidos por el artículo 141 *ibidem*, cuyo primer numeral asigna al ente rector de las finanzas públicas, atribución para verificar los límites de endeudamiento.

Respecto del destino del endeudamiento, el artículo 126 del referido Código Orgánico, dispone:

Art. 126.- Destino del endeudamiento.- Las entidades del sector público que requieran operaciones de endeudamiento público lo harán exclusivamente para financiar:

1. Programas.
2. Proyectos de inversión:
 - 2.1 para infraestructura; y,
 - 2.2 que tengan capacidad financiera de pago.
3. Refinanciamiento de deuda pública externa en condiciones más beneficiosas para el país.

Se prohíbe el endeudamiento para gasto permanente. Con excepción de los que prevé la Constitución de la República, para salud, educación y justicia; previa calificación de la situación excepcional, realizada por la Presidenta o el Presidente de la República”.

El segundo inciso del numeral 2 del artículo 140 del citado Código, excluye de la aprobación del Comité de Deuda y Financiamiento, los contratos de mutuo de deuda pública interna de los gobiernos autónomos descentralizados.

El Reglamento de Operaciones de Deuda Pública Interna y Externa del Gobierno Nacional y demás Entidades y Organismos del Sector Público, contenido en el Libro I del Texto Unificado de Legislación del Ministerio de Finanzas, y el Acuerdo No. 5 de la Contraloría General del Estado, que contiene la Guía para la Auditoría de la Deuda Pública, definen al “contrato de crédito comercial”, de la siguiente manera:

“Contrato de crédito comercial- Es aquel en el que intervienen en su suscripción el Estado o una entidad u organismo del sector público y una entidad financiera pública o privada, para financiar un proyecto de inversión, calificado como prioritario por el organismo competente”.

Toda vez que, de conformidad con el artículo 211 del COOTAD y el artículo 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el endeudamiento al que recurran los GADs se debe destinar a inversión, resulta pertinente considerar que el artículo 55 del referido Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas define el concepto de inversión pública, manifestando lo siguiente:

“Art. 55.- Definición de inversión pública.- Para la aplicación de este código, se entenderá por inversión pública al conjunto de egresos y/o transacciones que se realizan con recursos públicos para mantener o incrementar la riqueza y capacidades sociales y del Estado, con la finalidad de cumplir los objetivos de la planificación”.

De acuerdo con los artículos 58 y 60 numeral 3 del referido Código Orgánico, corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados, formular sus respectivos planes de inversión; y, al Alcalde priorizarlos.

El Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, define a los gastos de inversión y corrientes, en los siguientes términos:

"GASTOS DE INVERSION

Son los gastos destinados al incremento patrimonial del Estado, mediante actividades operacionales de inversión, comprendido en programas sociales o proyectos institucionales de ejecución de obra pública. Están conformados por gastos en personal, bienes y servicios destinados a la inversión, obras públicas y transferencias de inversión.

Su devengamiento produce contablemente modificaciones directas en la composición patrimonial del Estado, aumentando sus inversiones en infraestructura física institucional o en bienes nacionales de uso público y en productos intangibles de desarrollo social; implica además, la concesión de transferencias sin contraprestación destinadas a la inversión".

"5. GASTOS CORRIENTES

Son los gastos destinados por el Estado para adquirir bienes y servicios necesarios para el desarrollo de las actividades operacionales de administración y transferir recursos sin contraprestación. Están conformados por gastos en personal, prestaciones de seguridad social, bienes y servicios de consumo, aporte fiscal, gastos financieros, otros gastos y transferencias corrientes.

El devengamiento de los gastos corrientes produce contablemente modificaciones indirectas en la estructura patrimonial del Estado, debido a la utilización de cuentas operacionales o de resultados que permiten establecer previamente el resultado de la gestión anual".

El subnumeral 5.1.03.13 "Compensación por Cesación de Funciones", del numeral 5.1 "Gastos en Personal" del Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos, prevé:

"5.1 GASTOS EN PERSONAL

(...) 5.1.03.13 Compensación por Cesación de Funciones.

Compensación económica que se reconoce a las servidoras y servidores que a los setenta años de edad, se retiren del servicio público y cesen en su puesto cumpliendo los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación”.

Conforme al primer inciso del artículo 211 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los gobiernos autónomos descentralizados, y entre ellos, las municipalidades, pueden acceder a endeudamiento para financiar inversiones de mediano y largo plazo que no puedan ser cubiertas con sus recursos.

En materia de endeudamiento, los gobiernos autónomos descentralizados se sujetan a la ley que regula las finanzas públicas, según disponen en forma expresa los artículos 164 y 212 del COOTAD y el artículo 4 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

El artículo 125 del citado Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece los límites de endeudamiento al que pueden recurrir los gobiernos autónomos descentralizados, que corresponde verificar al ente rector de las finanzas públicas conforme al artículo 141 de ese Código. Los recursos para pagar tales créditos deben ser debidamente presupuestados, según dispone el artículo 116 *ibidem*.

De acuerdo con la definición de contrato de crédito comercial, contenida tanto en el Reglamento de Operaciones de Deuda Pública Interna y Externa del Gobierno Nacional y demás entidades y Organismos del Sector Público como en la Guía para la Auditoría de la Deuda Pública, antes referidos, las entidades públicas pueden celebrar contratos de mutuo o de crédito comercial, con entidades financieras públicas o privadas.

Los contratos de mutuo o contratos de crédito comercial a los que recurran las entidades públicas, constituyen endeudamiento público conforme el segundo inciso del artículo 123 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y a la definición contenida en el Reglamento de Operaciones de Deuda Pública Interna y Externa del Gobierno Nacional y demás Entidades y Organismos del Sector Público y la Guía para la Auditoría de la Deuda Pública, expedida por Acuerdo No. 5 de la Contraloría General del Estado.

Finalmente, en cuanto se refiere al destino del endeudamiento, el primer inciso del artículo 211 del COOTAD y el artículo 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, concuerdan en que los recursos provenientes del endeudamiento

al que accedan los gobiernos autónomos descentralizados, se deben destinar al financiamiento de programas y proyectos de mediano y largo plazo; y, al desarrollo de los planes de inversión que esos gobiernos autónomos formulen y prioricen de conformidad con los artículos 55, 58 y 60 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en el marco de los Planes Nacional y Local de Desarrollo, según el artículo 34 *ibídem*. En consecuencia, los recursos provenientes de endeudamiento no pueden servir para cubrir gastos corrientes, debiéndose observar al efecto el Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 171 letra e) y 211 del COOTAD, los gobiernos autónomos descentralizados municipales pueden obtener recursos provenientes de financiamiento de entidades públicas o privadas, observando los límites y procedimientos reglados por los artículos 126 y 141 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. El endeudamiento deberá ser destinado exclusivamente al desarrollo de proyectos de inversión según los artículos 211 del COOTAD y 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas sobre endeudamiento público a las que están sujetos los GADs. La conveniencia de obtener recursos provenientes de endeudamiento y su destino, son de responsabilidad de cada entidad pública.

OF. PGE. N°: 10611, de 12-11-2012

NEPOTISMO: CÓNYUGE DE CONCEJAL

ENTIDAD CONSULTANTE:

MUNICIPIO DEL CANTÓN MONTECRISTI

CONSULTA:

“De conformidad a lo que establece el Art. 13 de la Ley de Orgánica de la Procuraduría General del Estado, me permito solicitar a usted de la manera más comedida se absuelva la consulta jurídica respecto al conflicto que ha originado el nombramiento de la señora Ana Betshabe Vera Alcívar, quien ha ganado el concurso de méritos y oposición para el cargo de asistente de archivo del Registro de la Propiedad Municipal del Cantón Montecristi, nombramiento que ha sido impugnado por uno de los señores Concejales de la Corporación Municipal, en

razón de que dicha ciudadana es cónyuge del señor economista Paúl Santana Rodríguez, quien se desempeña como Concejal Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 228, 229 y 265.

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

Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización Arts. 29, 53, 57, 60, 142, 253 y 364.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 6, 7 y 86.

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos Arts. 13 y 19.

PRONUNCIAMIENTO:

El criterio jurídico institucional consta en el documento denominado “Informe Jurídico”, de fecha 4 de mayo de 2012, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, quien refiere como antecedente lo siguiente:

“El señor Alcalde, en su calidad de máxima autoridad del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, en uso de sus facultades contenidas en el Art. 364 del (Código) Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, como máxima autoridad ejecutiva del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, de fecha 16 de abril del 2012, en estricta aplicación a las Normas Constitucionales, Ley Orgánica de Servicio Público; y, a los resultados finales del concurso de mérito y oposición, resuelve nombrar a la señora Ana Betshabe Vera Alcívar, para que ocupe el cargo de Asistente Archivo del Registro Municipal de la Propiedad del Cantón Montecristi. Resolución que se encuentra publicada en la página web de la institución municipal”.

Continúa el Procurador Síndico Municipal y cita los artículos 228 y 229 de la Constitución de la República y los artículos 6, 7 y 86 de la Ley Orgánica del Servicio Público, así como los artículos 57 y 60 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Como ha quedado demostrado en líneas anteriores, se publicó en la página web de la institución municipal; y en el Diario “El Mercurio de la ciudad de Manta”, la convocatoria al concurso de mérito y oposición a la ciudadanía Montecristense

para que participen en calidad de aspirantes al cargo de Asistente Archivo del Registro Municipal de la Propiedad del Cantón Montecristi, participando de manera transparente y democrática, la señora Ana Betschabe Vera Alcívar, quien luego de los méritos y pruebas rendidas, fue seleccionada para el cargo de Asistente de Archivo del Registro Municipal de la Propiedad, y su posterior nombramiento, SIN QUE ESTOS tenga plena participación directa de los señores ediles o miembros del concejo municipal, toda vez que no es de su atribución autorizar al alcalde, para que nombre, designe o contrate a un pariente en el grado de afinidad del cuerpo colegiado, ya que solo tienen atribución a nombrar al secretario o secretaria del concejo previa la terna que usted disponga, en el caso que nos compete, no han sido parte determinante para tal nombramiento; ya que dicho acto se lo realizó en base a los procedimientos de ley establecidos para el caso; por lo que no existe la figura jurídica del Nepotismo, que prohíba a la autoridad nominadora, a nombrar a la cónyuge de un concejal, menos aún que exista responsabilidad civil o penal de ninguna índole que vaya a repercutir en su accionar en la administración pública municipal....”.

El artículo 265 de la Constitución de la República establece que: “El sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre la Función Ejecutiva y las municipalidades”.

Con respecto al ejercicio de la competencia de registro de la propiedad, el artículo 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización dispone que la administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

En concordancia, el primer inciso del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, prevé que: “De conformidad con la Constitución de la República, el Registro de la Propiedad será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por lo tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro. La Dirección Nacional dictará las normas que regularán su funcionamiento a nivel nacional...”.

Según el artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, referido en su consulta, son registros de datos públicos: el Registro Civil, de la Propiedad, Mercantil, Societario, Vehicular, de naves y aeronaves, patentes, de propiedad intelectual y los que en la actualidad o en el futuro determine la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

El tratadista argentino Roberto Dromi refiere que: “Hay desconcentración cuando la ley confiere regular y permanentemente atribuciones a órganos inferiores dentro de la misma organización de una entidad pública. // La Procuración del Tesoro define la desconcentración como la atribución regular y permanente de determinadas competencias, que no implica dotar de personalidad jurídica ni patrimonio propio a un organismo subordinado de la Administración centralizada.”

Sobre la administración de los registros de la propiedad, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en atención a la consulta del Alcalde del Cantón Cañar, mediante oficio No. 08008 de 24 de mayo de 2012, en el siguiente sentido:

“Del análisis que precede se concluye que, la administración del Registro de la Propiedad en el respectivo cantón compete a la Municipalidad, a la que corresponde organizar el Registro como una dependencia desconcentrada de la misma estructura administrativa municipal según los artículos 142 del COOTAD, 13 y 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. En consecuencia, el Registro de la Propiedad es una dependencia desconcentrada de la estructura administrativa de la persona jurídica Municipio, sin perjuicio de la autonomía registral y administrativa que, exclusivamente para el ejercicio de sus funciones registrales, le confiere el citado artículo 13 de dicha Ley.

La representación legal del Municipio y sus dependencias desconcentradas, entre ellas, el Registro de la Propiedad, corresponde al Alcalde conforme a los artículos 59 y 60 letra a) del COOTAD...”

De su consulta, así como del criterio del procurador síndico municipal, se desprende que el Registro de la Propiedad del Cantón Montecristi funciona como una dependencia desconcentrada de la misma estructura administrativa municipal.

La Constitución de la República, en su artículo 253 establece que cada cantón tendrá un concejo cantonal, que estará integrado por el alcalde y los concejales elegidos por votación popular.

El artículo 29 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización prevé que los gobiernos autónomos descentralizados del País se encuentran integrados por tres funciones que son la de participación ciudadana; legislación y fiscalización; y, ejecutiva.

El artículo 53 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización prevé que:

“Art. 53.- Naturaleza jurídica.- Los gobiernos autónomos descentralizados municipales son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera. Estarán integrados por las funciones de participación ciudadana; legislación y fiscalización; y, ejecutiva previstas en este Código, para el ejercicio de las funciones y competencias que le corresponden.

La sede del gobierno autónomo descentralizado municipal será la cabecera cantonal prevista en la ley de creación del cantón.”

Porsu parte el Art. 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé que sus disposiciones son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: “2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales”.

El Art. 6 incisos primero y segundo de la Ley Orgánica del Servicio Público disponen lo siguiente:

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

La prohibición señalada (se refiere a la señalada en el inciso anterior) se extiende a los parientes de los miembros de cuerpos colegiados o directorios de la respectiva institución...”.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 6 dispone: “Artículo 6.- Prohibición de nombrar o contratar en caso de nepotismo.- En los casos previstos en los artículos 6 y 7 de la LOSEP, la autoridad nominadora o su delegado no podrá nombrar, designar, celebrar contratos de servicios ocasionales o contratos bajo cualquier modalidad y/o posesionar, dentro de la misma institución, a las personas determinadas en dichas disposiciones legales, caso contrario, podrá ser sujeto de las sanciones y el establecimiento de las responsabilidades previstas en las mismas.

La inobservancia de la prohibición de nombrar o contratar en caso de nepotismo, dará lugar a la nulidad del nombramiento o contrato y de ser el caso a la devolución de las remuneraciones y/o ingresos complementarios, pagados indebidamente, más sus respectivos intereses legales.

El responsable de la UATH y el servidor encargado de registrar el nombramiento o contrato, serán responsables solidariamente del pago indebido señalado en este artículo, siempre y cuando no haya advertido por escrito a la autoridad nominadora, a su delegado o al Ministerio de Relaciones Laborales, sobre la inobservancia de esta norma”.

Del tenor de los artículos 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 6 de su Reglamento General de Aplicación, se desprende que la prohibición de contratar a familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o personas vinculadas por matrimonio o unión de hecho, sea mediante nombramiento o contrato, está referida a aquellas personas que mantienen dichos vínculos con la autoridad nominadora de quien proviene la designación, o con los miembros de los cuerpos colegiados de la respectiva entidad.

Cabe señalar además que, no obstante el artículo 29 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización prevé que los gobiernos autónomos descentralizados del País se encuentran integrados por tres funciones definidas, aquello no implica que el órgano legislativo del gobierno autónomo descentralizado, sea una persona jurídica independiente del nivel ejecutivo y operativo. Precisamente, el nivel ejecutivo al que se refiere el inciso primero del Art. 6 de la Ley Orgánica de Servicio Público es el previsto en la letra b) del Art. 29 del COOTAD (autoridad nominadora); mientras que, el nivel legislativo al que se refiere el inciso segundo del Art. 6 de la LOSEP (cuerpo colegiado de la institución) es el previsto en la letra a) del Art. 29 y en el Art. 53 del COOTAD.

Del artículo 13 de la Ley de Registro de Datos Públicos y 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se desprende que el Registro de la Propiedad Municipal, funciona como una dependencia desconcentrada de la misma estructura administrativa municipal y en consecuencia el personal del Registro de la Propiedad del Cantón, conforma el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, cuyo cuerpo colegiado es el Concejo Municipal, por lo que no procede la designación de la cónyuge de un concejal del Municipio a su cargo, como servidora del Registro de la Propiedad Municipal del Cantón, ya que se configuraría la prohibición de nepotismo, de conformidad con el inciso segundo del artículo 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público que prohíbe a toda autoridad nominadora designar, nombrar, posesionar o contratar a familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o personas vinculadas por matrimonio o unión de hecho con los miembros de los cuerpos colegiados (en este caso del Concejo Municipal) de la respectiva entidad.

OF. PGE. N°: 08711, de 09-07-2012

NEPOTISMO: MIEMBROS DE CUERPOS COLEGIADOS O DIRECTORIOS

ENTIDAD CONSULTANTE:

CUERPO DE BOMBEROS MUNICIPAL DEL CANTÓN BABAHOYO

CONSULTAS:

1. "Si la prohibición señalada en el inciso segundo de la (LOSEP) respecto del NEPOTISMO, se genera por el parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad que tenga una persona con los miembros de los Cuerpos Colegiados o Directorios de la misma institución; o esta solo se genera por el parentesco determinado anteriormente únicamente con la autoridad nominadora o su delegado, en el caso de delegación de funciones".

2. "Si el Jefe del Cuerpo de Bomberos Municipal de Babahoyo en su calidad de autoridad nominadora puede o no designar, nombrar, posesionar y/o contratar al señor Carlos Freddy Cabezas Moreira ex servidor público de la institución, 'tío en tercer grado de consanguinidad' del señor Luis Fabricio Orrala Cabezas, actual miembro del (Consejo de Administración y Disciplina) de la misma Institución; y, si esta relación de parentesco, se enmarca dentro de la prohibición estipulada en el Art. 6 de la (LOSEP), y específicamente en lo que determina su inciso segundo, respecto del NEPOTISMO".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 229, 230 num. 2 y 237.

Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP Arts. 3, 6 y 7; y, 6 de su Reglamento.

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

PRONUNCIAMIENTO:

1. La Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, en su artículo 229 prescribe que son servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. En similares términos consta el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

El numeral 2 del artículo 230 de la Carta Constitucional, prohíbe en el ejercicio del servicio público: "El nepotismo".

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 3 prevé que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende entre otras: "2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales".

En relación con el nepotismo, la mencionada Ley Orgánica en los incisos primero y segundo del artículo 6, dispone lo siguiente:

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

La prohibición señalada se extiende a los parientes de los miembros de cuerpos colegiados o directorios de la respectiva institución (...)"

Respecto de las responsabilidades y sanciones por nepotismo, el artículo 7 de la LOSEP, prescribe lo siguiente:

"Art. 7.- Responsabilidades y sanciones por Nepotismo.- Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal a que hubiere lugar, carecerán de validez jurídica, no causarán egreso económico alguno y serán considerados nulos, los nombramientos o contratos incursos en los casos señalados en el artículo 6 de esta Ley.

Será sancionada con la destitución de su puesto previo el debido proceso la autoridad nominadora que designe o contrate personal contraviniendo la prohibición de nepotismo establecida en esta Ley, conjuntamente con la persona ilegalmente nombrada o contratada, además, será solidariamente responsable por el pago de las remuneraciones erogadas por la institución.

El responsable de la Unidad de Administración del Talento Humano, así como la servidora o servidor encargado que a sabiendas de la existencia de alguna causal de nepotismo, hubiere permitido el registro del nombramiento o contrato, será responsable solidariamente del pago indebido señalado en este artículo. Se excluye de esta sanción a los servidores que previo al registro y posesión del nombramiento o contrato notificaron por escrito a la autoridad nominadora, sobre la inobservancia de esta norma.

En los Gobiernos Autónomos Descentralizados sus entidades y regímenes especiales, tal advertencia se realizará a la máxima autoridad administrativa y a la Contraloría General del Estado”.

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

Añade el inciso segundo del Art. 6 del citado Reglamento, lo siguiente:

“La inobservancia de la prohibición de nombrar o contratar en caso de nepotismo, dará lugar a la nulidad del nombramiento o contrato y de ser el caso a la devolución de las remuneraciones y/o ingresos complementarios, pagados indebidamente, más sus respectivos intereses legales”.

La Disposición General Tercera de la LOSEP, establece que el nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, las inhabilidades: y, las prohibiciones para desempeñar cargos públicos, constituirán normas de aplicación general para todas las entidades y organismos dispuestos en el artículo 3 de esa Ley, entre los que se incluye a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales.

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

Por lo expuesto, de conformidad con el artículo 230 numeral 2 de la Constitución de la República y la Disposición General Tercera de la LOSEP según los cuales en el ejercicio del servicio público se prohíbe el nepotismo, normas de aplicación de carácter general en todas las entidades y organismos previstos en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público; y, los artículos 6 de la LOSEP y 6 de su Reglamento General que prohíben a toda autoridad nominadora o su delegado designar, nombrar, posesionar y/o contratar en la misma entidad, institución, organismo o persona jurídica, a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho, se concluye que la prohibición señalada en el inciso segundo del artículo 6 de la LOSEP se extiende a los parientes de los miembros de cuerpos colegiados o directorios de la respectiva institución.

2. 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 de vinculantes, 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 la aplicación de dichas 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.

Su consulta no se enmarca dentro de las disposiciones legales invocadas, puesto que no se trata de la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, sino de un asunto específico de carácter interno de esa Entidad, lo cual no es de mi competencia.

Por lo expuesto, en cumplimiento de la normativa jurídica citada, me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

OF. PGE. N°: 09620, de 04-09-2012

PARROQUIAS RURALES: CREACIÓN O MODIFICACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE:

MUNICIPIO DEL CANTÓN BIBLIÁN

CONSULTAS:

1. "Si el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Biblián es competente para tramitar la solicitud de la comunidad de El Cachi de desmembrarse de la parroquia Jerusalén y pertenecer a la parroquia Nazón, de conformidad con lo dispuesto dentro del Art. 25 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que establece: 'Corresponde al respectivo concejo metropolitano o municipal, la creación o modificación de parroquias rurales, mediante ordenanza que contendrá la delimitación territorial y la identificación de la cabecera parroquial. El proyecto contendrá la descripción del territorio que comprende, la parroquia rural, sus límites, la designación de la cabecera parroquial y la demostración de garantía de cumplimiento de sus requisitos. En caso de modificación, el concejo metropolitano o municipal actuará en coordinación con el gobierno autónomo descentralizado parroquial rural, garantizando la participación ciudadana parroquial para este efecto'".

2. "Si es procedente o no que el Concejo Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Biblián, en uso de sus facultades legales establecidas en los Artículos 57, Literal v) que al establecer las facultades del concejo municipal, determina que le corresponde: 'Crear, suprimir y fusionar parroquias urbanas y rurales, cambiar sus nombres, determinar sus linderos en el territorio cantonal. Por motivos de conservación ambiental, del patrimonio tangible e intangible y para garantizar la unidad y la supervivencia de pueblos y nacionalidades indígenas, los concejos cantonales pueden constituir parroquias rurales con un número menor de habitantes del previsto en este Código'; y, Art. 25 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, pueda modificar los límites territoriales de la Parroquia Nazón y de la Comunidad de Cachi'".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 10, 11 num. 1 y 3, 21 y 57 num. 1. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 24, 25, 26, 57 lit. v) y 308.

PRONUNCIAMIENTO:

Entre los antecedentes señalados en su oficio inicial de consulta, se destacan los siguientes:

“En el cantón Biblián, de la provincia del Cañar, existe una comunidad jurídica denominada “El Cachi”; desde el 23 de abril de 1945 formó parte de la parroquia Nazón del cantón Biblián, mediante Acuerdo No. 145 publicado en el Registro Oficial No. 267 de 23 de abril de 1945.

El 14 de junio de 1990, desmembrando de la parroquia Nazón se crea la parroquia Jerusalén, y según el decir de los habitantes de El Cachi, sin consultarles previamente, se incluye dentro de la jurisdicción de Jerusalén a la mentada comunidad de El Cachi, y sin haber notificado por la administración municipal de ese entonces a las Autoridades de la parroquia Nazón.

Ocurre que la población de esta comunidad, nunca se ha desvinculado de la parroquia Nazón, puesto todos los actos públicos y los privados realizan en la mentada parroquia, como el hecho de inscribir los nacimientos, matrimonios y defunciones; realizar todas las transacciones comerciales. Además están unidos por una vía: la carretera Biblián-Nazón-Playa de Fátima-Cachi; y, más aún están empadronados dentro de la parroquia Nazón, en donde sufragan en todas las elecciones...”.

Adicionalmente, en su oficio No. 245-2012-GADMCB de 12 de julio de 2012, refiere el siguiente antecedente:

“Los señores Concejales de la Comisión de Límites del GAD municipal, con oficio No. 018-GADMB-SC, de fecha 12 de abril de 2012, me comunican todos los trámites que han realizado con el objeto de solucionar el problema suscitado, y atender la solicitud planteada por la Comunidad de El Cachi, oficio que tengo a bien adjuntar para su conocimiento, y nos manifiesta que el 09 de abril de 2012 se reúne la comisión de límites de la Municipalidad a la que se integró la Dra. Diana Maldonado, Procuradora Síndica; y continúan al decir que luego del análisis de los documentos presentados por las partes El Cachi y Jerusalén, resuelven: ‘DAR POR CONOCIDO EL INFORME JURÍDICO PRESENTADO POR LA DRA. DIANA MALDONADO EN TORNO A LA PETICIÓN PLANTEADA POR LA COMUNIDAD DE EL CACHI, QUE SOLICITAN LA DESMEMBRACIÓN DE LA PARROQUIA JERUSALÉN’...”.

El informe jurídico de la entidad consultante consta en el oficio No. 53 PS-GADMB de 12 de julio de 2012, suscrito por la Procuradora Síndica Municipal, quien cita

como fundamento jurídico, los artículos 10, 11 numerales 1 y 3, 21 y 57 numeral 1 de la Constitución de la República y artículos 57 letra v) y 25 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Es así que al respecto existen claras y expresas disposiciones legales en las que sustento mi criterio jurídico, normativa de la que se puede colegir que el órgano legislativo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Biblián es competente para tramitar lo solicitado, por así disponer el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización en su CAPÍTULO IV, PARROQUIAS RURALES. Art. 25...”.

Con los antecedentes previamente señalados, procedo a atender sus consultas, de manera conjunta, por estar referidas a un mismo tema, en los siguientes términos:

Entre las atribuciones de los concejos cantonales, el artículo 57 letra v), le asigna la siguiente:

“v) Crear, suprimir y fusionar parroquias urbanas y rurales, cambiar sus nombres y determinar sus linderos en el territorio cantonal. Por motivos de conservación ambiental, del patrimonio tangible e intangible y para garantizar la unidad y la supervivencia de pueblos y nacionalidades indígenas, los concejos cantonales podrán constituir parroquias rurales con un número menor de habitantes del previsto en este Código”.

El artículo 24 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, prescribe que las parroquias rurales constituyen circunscripciones territoriales integradas a un cantón a través de ordenanza expedida por el respectivo concejo municipal o metropolitano; y, en cuanto a su creación, el artículo 25 de mismo COOTAD, citado en su consulta, prevé lo siguiente:

“Art. 25.- Creación.- Corresponde al respectivo concejo metropolitano o municipal la creación o modificación de parroquias rurales, mediante ordenanza que contendrá la delimitación territorial y la identificación de la cabecera parroquial. El proyecto contendrá la descripción del territorio que comprende la parroquia rural, sus límites, la designación de la cabecera parroquial y la demostración de la garantía de cumplimiento de sus requisitos. En caso de modificación, el concejo metropolitano o municipal actuará en coordinación con el gobierno autónomo descentralizado parroquial rural, garantizando la participación ciudadana parroquial para este efecto”.

El artículo 26 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece los requisitos para la creación de parroquias; y, de otra parte, el artículo 308 *ibídem*, se refiere a las comunas, comunidades y recintos como unidades básicas de participación ciudadana, en los siguientes términos:

“Art. 308.- Comunas, comunidades y recintos.- Constituirán una forma de organización territorial ancestral las comunas, comunidades y recintos en donde exista propiedad colectiva sobre la tierra. Estas serán consideradas como unidades básicas para la participación ciudadana al interior de los gobiernos autónomos descentralizados y en el sistema nacional descentralizado de planificación en el nivel de gobierno respectivo. Se reconocen las formas de organización comunitarias en el marco del presente Código y la Ley de Comunas, sin perjuicio de los derechos colectivos de la Constitución, y los instrumentos internacionales en el caso de las nacionalidades y pueblos indígenas, afroecuatorianos y montubios”.

Por lo expuesto, en atención a sus consultas, se concluye que de conformidad con el artículo 25 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es facultad del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón, la creación o modificación de parroquias rurales y la determinación de los límites de las mismas, mediante ordenanza y en consecuencia, es atribución del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado que usted representa, conocer y resolver sobre el pedido de desmembración de una comunidad, en aplicación de las facultades que le confiere la letra v) del artículo 57 del COOTAD.

La decisión de desmembrar la comunidad de El Cachi de la parroquia Jerusalén e integrarla a la parroquia Nazón, es competencia del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Biblián.

OF. PGE. N°: 09187, de 03-08-2012

**PENSIONES DE MONTEPÍO:
INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL
DE LA POLICÍA NACIONAL, ISSPOL**

**ENTIDAD CONSULTANTE:
INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA POLICÍA NACIONAL, ISSPOL**

CONSULTA:

“¿Los pensionistas de montepío que fueron calificados como tales bajo la Ley de Pensiones de Fuerzas Armadas y siguen gozando del derecho a pensiones con la vigencia de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, se sujetan a las causales de exclusión o pérdida de pensión establecidas en la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional que no estaban contempladas en la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 160 y 370.

Ley Orgánica de la Policía Nacional Art. 83.

Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional Arts. 33, 34 y Disp. Trans. Octava.

Código Civil Art. 7.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su requerimiento, mediante oficios Nos. 7515 y 7830 de 25 de abril y 16 de mayo de 2012, le solicité remitir a este Organismo el criterio jurídico debidamente fundamentado del Asesor Jurídico del ISSPOL, el cual fue atendido por usted en oficio No. I-OF-2012-0993-DG-ISSPOL de 17 de mayo de 2012, ingresado el 17 de mayo del presente año, al que adjunta copia certificada del oficio No. I-IN-2012-0086-AJ-ISSPOL de 28 de marzo de 2012 suscrito por el Asesor Jurídico del ISSPOL.

En el oficio No. I-IN-2012-0086-AJ-ISSPOL antes referido, el Asesor Jurídico de esa Institución cita los pronunciamientos emitidos por esta Procuraduría en oficios Nos. 12567 y 13200 de 25 de octubre y 26 de noviembre de 2004; y, 14276 y 18747 de 21 de enero y 11 de agosto de 2005, respectivamente, relacionados con las pensiones de montepío concedidas bajo la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas y la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional.

El Asesor Jurídico menciona los artículos 33 y 34 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional relativos al derecho y pérdida de la pensión de montepío.

Expresa el Asesor Jurídico que: “Con fecha 15 de agosto de 2005, mediante Resolución No.001 el Consejo Superior del ISSPOL, interpretando el pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, en oficio 18747, de fecha 15 (11) de agosto de 2005, determina lo siguiente: ‘Tienen derecho a continuar percibiendo

pensión de Montepío el Grupo de pensionistas de orfandad de la Ex Caja Policial, que adquirieron el beneficio bajo el amparo de la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas'; 'Dispone al Director General del ISSPOL, levante la suspensión y proceda al pago de Montepío a huérfanas del régimen de la Ex Caja Policial y Pensionistas de Estado'."

Agrega al Asesor Jurídico del ISSPOL que: "Con fecha 11 de abril de 2011, mediante Resolución No. 051-CS-SO-06-2011, el Consejo Superior emitió las 'Políticas para la Administración de Pensiones', de las cuales se encuentran en los numerales 1 al 6 las referentes a las concesiones de pensiones de montepío por orfandad conforme a las disposiciones de la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas. Políticas que contradicen la Resolución adoptada por el mismo Consejo Superior en sesión de 15 de agosto de 2005".

Concluye el Asesor Jurídico del ISSPOL manifestando lo siguiente:

"Quien suscribe considera que el pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, ha sido claro al precisar que por un lado los pensionistas de la Ex Caja Policial que adquirieron el derecho bajo la Ley de Pensiones de Fuerzas (Armadas) mantienen su derecho la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, pero su goce y extinción se sujeta a las condiciones establecidas en esta última; todo ello en estricta aplicación de la regla No. 5 del Art. 7 del Código Civil, que si bien habla de las pensiones de alimentos el mismo Procurador General del Estado, por analogía y por tratarse de derechos personales las compara con el montepío.

Por lo anteriormente expuesto considero que el Consejo Superior debe emitir un pronunciamiento que permita dar cumplimiento preciso y exacto respecto de las consultas expuestas por el señor Procurador General del Estado.

El criterio Jurídico de esta Asesoría es que debe aplicarse la norma señalada del Código Civil.

De todas maneras y siendo esta solo una interpretación de quien suscribe que pudiera no haber alcanzado la comprensión cabal del criterio de Procuraduría General del Estado, podría formularse una nueva consulta que ratifique la aplicación de la regla número cinco del Art. 7 del Código Civil, en relación directa con los pensionistas de la Ex Caja Policial, a quienes al hacer la distinción en uno de sus pronunciamientos ha causado confusión al interno del ISSPOL".

De la copia certificada de la Acta de Sesión Extraordinaria No. 06-CS de 15 de

agosto de 2005 anexa a su consulta, se establece que el Consejo Superior del ISSPOL resolvió:

"...b) Acoger el contenido del pronunciamiento del Procurador General del Estado contenido en el oficio No. 0018747 de 11 de agosto de 2005, en el que se establece que, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 83 y 85 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, 'Tienen derecho a continuar percibiendo pensión de Montepío el Grupo de pensionistas de orfandad de la Ex Caja Policial, que adquirieron el beneficio bajo el amparo de la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas'.

c) Autorizar al Director General del ISSPOL, proceda a disponer a las Direcciones y Jefaturas del ISSPOL que intervengan en el proceso de pago de pensiones, levanten la suspensión dispuesta por este Organismo al grupo de pensionistas de Orfandad que adquirieron su derecho bajo al amparo de la Ex Caja Policial.

d) Disponer al Director General del ISSPOL, oficiar al señor Contralor General del Estado sobre el pronunciamiento emitido por el señor Procurador General del Estado, para que sea considerado en el Informe definitivo de Auditoría a los Estados Financieros de los años 2003 y 2004, realizado por la Dirección de Auditoría 1 de ese Organismo de Control".

Conforme a la copia certificada de la Acta de la Sesión Ordinaria de 11 de abril de 2011 adjunta a su oficio, el Consejo Superior del Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional resuelve lo siguiente:

"Art. 1.- ACOGER el Informe Jurídico No. 087-AJ-ISSPOL, emitido por el señor Asesor Jurídico de este Instituto y en base a ello DETERMINAR que se encuentran en plena vigencia las POLÍTICAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE PENSIONES, emitidas por el Consejo Superior del ISSPOL, en sesión del miércoles 14 de enero del 2004, específicamente las que tienen relación con la concesión de pensiones de montepío por orfandad calificadas conforme a las disposiciones de la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas, políticas que en la resolución del 14 de enero del 2004 constan en los numerales 1 al 6.

Art. 2.- DETERMINAR que en el caso de los pensionistas por orfandad (hombres y mujeres), inmersos en las políticas No. 2 y 3, de las aprobadas el 14 de enero del 2004, para mantener su derecho a pensión de montepío, deberán probar su condición de soltería sometándose a la respectiva investigación social para determinar si no existe unión de hecho, estable y monogámica".

El inciso segundo del artículo 160 de la Constitución de la República prescribe que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional estarán sujetos a las leyes específicas que regulen sus derechos y obligaciones.

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 370 de la Constitución, la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas “podrán contar con un régimen especial de seguridad social, de acuerdo con la ley; sus entidades de seguridad social formarán parte de la red pública integral de salud y del sistema de seguridad social”.

La Ley Orgánica de la Policía Nacional, publicada en el Registro Oficial No. 757 de 7 de marzo de 1975 (derogada por la vigente Ley Orgánica de la Policía Nacional, publicada en el Registro Oficial No. 368 de 24 de julio de 1998), en el artículo 83 dispuso que: “Hasta que se expida la Ley de Pensiones de la Policía Nacional, se aplicará la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas”.

La referida Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 356 de 6 de noviembre de 1961 referida en su consulta, en el artículo 50 estableció los casos por los cuales se perdía el derecho a la pensión de montepío, entre ellas en el numeral 2: “El matrimonio de la viuda, de las hijas o de las hermanas, y por llegar a la mayor edad los hijos, o haber contraído matrimonio antes de llegar a ella”.

Posteriormente, la Disposición Transitoria Octava de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 995 de 7 de agosto de 1992 dispuso lo siguiente: “En concordancia con la Ley Orgánica de la Policía Nacional y hasta que esta Institución cuente con su propia Ley de Seguridad Social, la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas continuará en vigencia dentro del ámbito de la Policía Nacional”.

De lo expuesto se desprende que, conforme al artículo 83 de la derogada Ley Orgánica de la Policía Nacional, se dispuso la aplicación de la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas a los pensionistas de la Policía Nacional; vigencia que se mantuvo conforme a la Disposición Transitoria Octava de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, hasta que la institución policial cuente con su propia Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional.

La vigente Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, publicada en el Registro Oficial No. 707 de 1 de junio de 1995, en el TÍTULO OCTAVO “DE LOS PENSIONISTAS DE LA CAJA POLICIAL”, artículo 83, prescribe que: “El Grupo de Pensionistas de

la Caja Policial, que lo constituyen los asegurados cotizantes que alcanzaron el derecho a la pensión de Invalidez, Vejez y Muerte a partir del 9 de marzo de 1959, hasta la expedición de la presente Ley, mantendrán sus derechos y aportarán al ISSPOL, de su propia pensión mensual, los porcentajes establecidos en esta Ley para los Seguros de Enfermedad, Maternidad y de Mortuoria”.

El TÍTULO NOVENO “DE LAS PENSIONES DEL ESTADO” de la citada Ley, en el artículo 84 letra a) establece que son pensionistas del Estado, “Los pensionistas de Retiro, Invalidez y Muerte, cuyas pensiones de carácter contributivo las obtuvieron antes del 9 de marzo de 1959”.

El inciso segundo del artículo 85 de la indicada Ley determina que: “Los pensionistas del Estado mantendrán sus derechos y aportarán al ISSPOL, de su propia pensión mensual, los porcentajes establecidos en la presente Ley para los seguros de Enfermedad, Maternidad y Mortuoria”.

De los citados artículos 83, 84 y 85 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, se desprende que el Grupo de Pensionistas de la Caja Policial que alcanzaron el derecho a la pensión de invalidez, vejez y muerte a partir del 9 de marzo de 1959, mantienen dichos derechos con la vigencia de la citada Ley de Seguridad Social Policial.

Respecto de las pensiones de montepío que motivan su consulta, el artículo 33 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional dispone que tienen derecho a dicha pensión:

“a) El cónyuge sobreviviente o la persona que mantuvo unión libre estable y monogámica, y los hijos del asegurado fallecido menores de dieciocho años.

El cónyuge sobreviviente o persona que mantuvo unión libre estable y monogámica, tendrá derecho al doble de la pensión asignada a un hijo;

b) Los hijos mayores de dieciocho años de edad incapacitados en forma total permanente;

c) Los hijos solteros hasta los veinticinco años de edad, siempre que no mantengan relación laboral y prueben, anualmente, que se hallan estudiando en establecimientos educativos legalmente reconocidos; y,

d) A falta de los derechohabientes mencionados en los literales anteriores, tendrán derecho la madre a falta de ésta, el padre de carezca de medios para subsistir y esté incapacitado para el trabajo. En estos casos, la pensión de montepío será igual al cincuenta por ciento (50%) de la originada por el causante”.

En cuanto a la pérdida de la pensión de montepío, el artículo 34 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional dispone lo siguiente:

“Se pierde la pensión de montepío por las siguientes causas:

- a) Por fallecimiento del beneficiario;
- b) Por matrimonio del pensionista de viudedad o cuando éste haya formado unión libre estable y monogámica;
- c) Cuando los hijos hayan contraído matrimonio o formado unión libre estable y monogámica; y,
- d) Cuando los hijos mayores de dieciocho años y menores de veinticinco años de edad hayan contraído relación laboral o perdido su calidad de estudiante”.

Cabe tener presente que, de conformidad con el artículo 14 de la referida Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, “La Seguridad Social Policial comprenderá los seguros, servicios y asistencia social, que ampara al colectivo policial, con arreglo a la presente Ley”.

De acuerdo con el artículo 19 letra c) de la mencionada Ley, tienen derecho a las prestaciones, servicios y asistencia social contempladas en dicha Ley, “Los derechohabientes y dependientes del policía, calificados como tales, de conformidad con esta Ley”.

Por su parte, el artículo 21 letra f) de la referida Ley establece que, “Derechohabiente es familiar del policía, o persona calificada como tal, de conformidad con esta Ley y con derecho a las prestaciones originadas por fallecimiento del asegurado”.

Por lo expuesto, toda vez que de conformidad con los artículos 14, 19 letra c) y 21 letra f) de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, la Seguridad Social Policial ampara al colectivo policial y por tanto a los derechohabientes y dependientes del policía calificados como tales de conformidad con la citada Ley, se concluye que los pensionistas de montepío calificados bajo la Ley de Pensiones

de las Fuerzas Armadas y que han venido gozando del derecho a dichas pensiones con la vigencia de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, están sujetos a las causales de exclusión o pérdida de la pensión de montepío establecidas en el artículo 34 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional.

En consecuencia, los pensionistas de montepío que adquirieron sus derechos bajo la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas, continuarán gozando de los mismos derechos al amparo de la vigente Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, siempre que cumplan con los requisitos previstos en esta última; y perderán dicho derecho, en tanto les sean aplicables las causales de extinción o pérdida de dicha pensión contempladas en el artículo 34 de la mencionada Ley de Seguridad Social Policial.

OF. PGE. N°: 08707, de 09-07-2012

PROFESOR PRINCIPAL UNIVERSITARIO: REQUISITOS

ENTIDAD CONSULTANTE:

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI

CONSULTA:

“¿Es o no exigible el requisito establecido en el literal a) del artículo 150 de la Ley Orgánica de Educación Superior, referente a poseer título de postgrado correspondiente a doctorado (PhD o su equivalente) en el área afín en que ejercerá la cátedra, para que un docente universitario ASCIENDA: de la categoría de profesor titular agregado a tiempo completo A profesor principal; o, en su defecto, en aplicación de la disposición transitoria décima tercera de la misma LOES, este mismo requisito para ser profesor principal de la Universidad, no es necesario para el caso específico del ascenso, y puede esperar y ser obligatorio, luego de 7 años a partir de la vigencia de la misma Ley (12 de octubre del 2010-hasta el 12 de octubre de 2015)?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 349.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 6 lit. d), 60, 149 y 150 lit. a) y Disp. Trans. Décima Tercera; y, Disp. Trans. Décima Quinta de su Reglamento.

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 43, 47, 48, 50, 149 y 150.

Res. N°017 de la Procuraduría General del Estado Art. 4.

Res. N°121 de la Procuraduría General del Estado Art. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 07860 de 16 de mayo de 2012, esta Procuraduría, amparada en lo dispuesto en el segundo inciso del Art. 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y en el artículo 4 de la Resolución No. 17, solicitó a usted se sirva remitir copias certificadas de la siguiente documentación:

- "Documentación enviada por los docentes: Lic. MSc. Dolores Guadalupe Bonilla y Lic. MSc. Israel Román López Miniguano, mediante la cual solicitan el ascenso de categoría en el escalafón, de Profesores Titulares Agregados a Tiempo Completo a Profesores Principales de la Universidad Técnica de Cotopaxi;

- Informe o Acta de la Comisión de Escalafón del H. Consejo Universitario, respecto de la solicitud de los docentes antes referidos;

- Acta de Sesión Ordinaria de 19 de abril de 2012, en la que el H. Consejo Universitario de la Universidad Técnica de Cotopaxi, resuelve que previo a pronunciarse sobre el ascenso de los docentes, se remita la consulta a la Procuraduría General del Estado;

y,

- Toda la documentación relacionada con su consulta".

En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, y del mencionado artículo 4 de la Resolución No. 17, con oficio No. 08390 de 19 de junio de 2012, este Organismo insistió a usted se sirva remitir las respectivas copias certificadas requeridas en el citado oficio No. 07860 de 16 de mayo de 2012, considerando que el término legal para proporcionar la información había fenecido.

Con fundamento en el artículo 6 de la Resolución No. 17, sustituido por el artículo 1 de la Resolución No. 121 de 28 de julio de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto del mismo año, esta Procuraduría mediante oficio No. 08712 de 9 de julio de 2012, se abstuvo de atender su consulta en razón de no haber recibido respuesta de su parte, a la vez que dispuso el archivo de la misma.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de la referida Resolución No. 121,

mediante oficio No. R-E-397-2012 de 2 de octubre de 2012, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 15 de octubre del presente año, usted solicita la reactivación del trámite de consulta realizada mediante oficio No. R.E-223-2012 de 9 de mayo de 2012, para lo cual adjunta, entre otros, la siguiente documentación:

- Petición de ascenso de categoría de los docentes Lic. M.Sc. Dolores Guadalupe Bonilla y Lic. M.Sc. Isael Román López Miniguano (más documentación de respaldo en 14 fojas); y,
- Resolución No. 24 del H. Consejo Universitario, adoptada en sesión ordinaria de 19 de abril de 2012, en la cual sus miembros resuelven realizar la consulta a la Procuraduría General del Estado (en cuatro fojas).

Al oficio inicial de consulta se adjunta el criterio jurídico del Procurador de la Universidad, contenido en el oficio No. DP-237-2012 de 8 de mayo de 2012, quien respecto del asunto consultado, manifiesta lo siguiente:

“Por lo expuesto en la base legal y en el análisis jurídico, informo que el requisito puntualizado en el literal a) del artículo 150 de la Ley Orgánica de Educación Superior, esto es, tener título de postgrado correspondiente a doctorado (PhD o su equivalente) en el área afín en que ejercerá la cátedra, no es exigible por el momento, y que lo será después de transcurridos 7 años de vigencia de la Ley antes citada; por lo que los docentes que han solicitado su ascenso, tienen derecho al mismo cumpliendo los demás requisitos establecidos en el artículo 150 de la LOES”.

A fin de contar con mayores elementos de juicio, en forma previa a atender su consulta, este Organismo mediante oficio No. 07861 de 16 de mayo de 2012, solicitó el criterio institucional del Consejo de Educación Superior, insistiendo en el pedido formulado mediante oficio No. 08389 de 19 de junio de 2012, en virtud de que el término para proporcionar la información había vencido.

El Presidente Subrogante del Consejo de Educación Superior, con oficio No. CES-1355-2012 de 18 de junio de 2012, manifiesta que, a criterio de ese órgano: “no existe impedimento legal alguno que restrinja la facultad de los docentes que a la fecha ostentan la calidad de profesor titular agregado a tiempo completo para ascender al cargo de profesor titular principal, puesto que el plazo de moratoria establecido por la Ley continúa discurriendo(...)”.

De conformidad con el artículo 349 de la Constitución de la República del Ecuador:

“El Estado garantizará al personal docente, en todos los niveles y modalidades, estabilidad, actualización, formación continua y mejoramiento pedagógico y académico; una remuneración justa, de acuerdo a la profesionalización, desempeño y méritos académicos. La ley regulará la carrera docente y el escalafón; establecerá un sistema nacional de evaluación del desempeño y la política salarial en todos los niveles. Se establecerán políticas de promoción, movilidad y alternancia docente”.

El artículo 6 letra c) de la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone lo siguiente:

“Art. 6.- Derechos de los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras.- Son derechos de los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras de conformidad con la Constitución y esta Ley los siguientes:

c) Acceder a la carrera de profesor e investigador y a cargos directivos, que garantice estabilidad, promoción, movilidad y retiro, basados en el mérito académico, en la calidad de la enseñanza impartida, en la producción investigativa, en el perfeccionamiento permanente, sin admitir discriminación de género ni de ningún otro tipo”.

El inciso segundo del artículo 70, de la citada Ley Orgánica establece 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. En las instituciones de educación superior particulares se observarán las disposiciones del Código de Trabajo”.

De su parte, el artículo 149 de la mencionada Ley Orgánica, prevé que:

“Art. 149.- Tipos de profesores o profesoras y tiempo de dedicación.- Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras serán: titulares, invitados, ocasionales u honorarios.

Los profesores titulares podrán ser principales, agregados o auxiliares. El reglamento del sistema de carrera del profesor e investigador regulará los requisitos y sus respectivos concursos.

El tiempo de dedicación podrá ser exclusiva o tiempo completo, es decir, con cuarenta horas semanales; semiexclusiva o medio tiempo, es decir, con veinte horas semanales; a tiempo parcial, con menos de veinte horas semanales. Ningún profesor o funcionario administrativo con dedicación exclusiva o tiempo completo podrá desempeñar simultáneamente dos o más cargos de tiempo completo en el sistema educativo, en el sector público o en el sector privado. El Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, normará esta clasificación, estableciendo las limitaciones de los profesores.

En el caso de los profesores o profesoras de los institutos superiores y conservatorios superiores públicos se establecerá un capítulo especial en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior”.

De acuerdo con la Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, corresponde al Consejo de Educación Superior expedir el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, a fin de establecer el régimen al que deberán someterse los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras de las universidades y escuelas politécnicas públicas; sin embargo, el mismo no ha sido expedido hasta la fecha.

El artículo 150 de la Ley Orgánica de Educación Superior, manifiesta que:

“Para ser profesor o profesora titular principal de una universidad o escuela politécnica pública o particular del Sistema de Educación Superior se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Tener título de postgrado correspondiente a doctorado (PhD o su equivalente) en el área afín en que ejercerá la cátedra;
- b) Haber realizado o publicado obras de relevancia o artículos indexados en el área afín en que ejercerá la cátedra, individual o colectivamente, en los últimos cinco años;
- c) Ser ganador del correspondiente concurso público de merecimientos y oposición; y,
- d) Tener cuatro años de experiencia docente, y reunir los requisitos adicionales, señalados en los estatutos de cada universidad o escuela politécnica, en ejercicio de su autonomía responsable, los que tendrán plena concordancia con el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

Los profesores titulares agregados o auxiliares deberán contar como mínimo con título de maestría afín al área en que ejercerán la cátedra, los demás requisitos se establecerán en el reglamento respectivo”.

En correspondencia con el artículo señalado, la Disposición Transitoria Décima Tercera, inciso primero de la citada Ley Orgánica, establece que:

“El requisito de doctorado (PhD o su equivalente) exigido para ser profesor titular principal, de una universidad o escuela politécnica, será obligatorio luego de 7 años a partir de la vigencia de esta Ley. De no cumplirse esta condición, los profesores titulares principales perderán automáticamente esta condición”.

La Ley Orgánica de Educación Superior, de acuerdo con su Disposición Final, entró en vigor a partir “del día de su publicación en el Registro Oficial”, es decir el 12 de octubre de 2010, por lo tanto, el requisito de doctorado (PhD o su equivalente) exigido para ser profesor titular principal, sería obligatorio a partir del 12 de octubre de 2017.

El artículo 27 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, reafirma que para ser profesor titular principal de una universidad o escuela politécnica, se requiere tener título de postgrado correspondiente a doctorado (PhD o su equivalente) en el área afín en que se ejercerá la cátedra.

Finalmente, la Disposición Transitoria Décima Quinta, inciso primero del Reglamento General mencionado, determina que:

“Décima Quinta.- Los actuales profesores titulares principales de las universidades y escuelas politécnicas que no hayan obtenido el grado académico de doctor (PhD o su equivalente), luego de transcurrido el plazo de siete años establecido en la Ley, perderán su condición de principales y serán considerados profesores titulares agregados, siempre y cuando tengan el título de maestría afín al área en que ejercerán la cátedra y cumplan los demás requisitos establecidos en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador”.

Por lo anotado, se concluye que para ser profesor titular principal de una universidad o escuela politécnica, se debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 150 de la Ley Orgánica de Educación Superior, salvo el previsto en la letra a), relacionado con el título de postgrado correspondiente a doctorado (PhD o su equivalente) en el área afín en que se ejercerá la cátedra, ya que el mismo será exigible de forma obligatoria e inexcusable a partir del 12 de octubre de 2017, de

conformidad con el inciso primero de la Disposición Transitoria Décima Tercera de la citada Ley Orgánica y el inciso primero de la Disposición Transitoria Décima Quinta de su Reglamento General.

OF. PGE. N°: 10508, de 01-11-2012

PUESTOS: COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE RELACIONES LABORALES PARA SU CREACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE:

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

CONSULTA:

“¿Si bien el inciso primero del artículo 57 de la Ley Orgánica de Servicio Público dispone que el Ministerio de Relaciones Laborales es la instancia que legalmente aprueba la creación de puestos a solicitud de la máxima autoridad de las instituciones del sector público determinadas en el artículo 3 de la LOSEP, para el caso de las Universidades y Escuelas Politécnicas corre la excepción del proceso que deben cumplir las instituciones públicas, de conformidad con el inciso segundo del mismo artículo 57 de la Ley Orgánica de Servicio Público?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 355.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 3, 57, 83, 84 y Disp. Gen. Primera; y, 153 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 70, 169 y Disp. Trans. Vigésima.

PRONUNCIAMIENTO:

Con relación a esta consulta, el Procurador de la Universidad Técnica de Ambato (e), en el informe que consta en el oficio No. UTA-P-1230–2012 de 27 de agosto de 2012, concluye manifestando lo siguiente:

“En virtud de los antecedentes expuestos y tomando en consideración lo establecido en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Educación Superior, la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento General, es criterio de esta Procuraduría que en el marco de la autonomía responsable y la legislación

señalada, el Honorable Consejo Universitario de la Universidad Técnica de Ambato, tiene plena capacidad para crear, clasificar y revalorar los cargos directivos institucionales, pues si el inciso primero del artículo 57 de la Ley Orgánica de Servicio Público, dispone que el Ministerio de Relaciones Laborales es la instancia que legalmente aprueba la creación de puestos a solicitud de la máxima autoridad de las instituciones del sector público determinadas en el artículo 3 de la LOSEP, para el caso de las Universidades y Escuelas Politécnicas, corre la excepción del proceso que deben cumplir las instituciones públicas, de conformidad con el inciso segundo del mismo artículo 57 de la Ley Orgánica de Servicio Público”.

Los incisos primero y segundo del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, determinan lo siguiente:

“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”.

El artículo 169 de la citada Ley Orgánica, establece que es atribución y deber del Consejo de Educación Superior, en el ámbito de esa Ley: “...m) Aprobar al menos los siguientes reglamentos:...4. De Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior”.

La Disposición Transitoria Vigésima de la mencionada Ley Orgánica, dispone que el Consejo de Educación Superior en el plazo de ciento ochenta días a partir de su constitución, “deberá expedir el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que regule el ingreso, promoción, estabilidad, escalafón, evaluación, cesación y jubilación de dicho personal”.

Por su parte, la Disposición General Primera de la LOES prescribe que:

“Para fines de aplicación de la presente Ley todas las instituciones que conforman

el Sistema de Educación Superior adecuarán su estructura orgánica funcional, académica, administrativa, financiera y estatutaria a las disposiciones del nuevo ordenamiento jurídico contemplado en este cuerpo legal, a efectos que guarden plena concordancia y armonía con el alcance y contenido de esta Ley”.

El acápite denominado “Régimen de Transición” de la Ley Orgánica de Educación Superior, establece en su Disposición General Cuarta lo siguiente:

“Hasta que se aprueben los reglamentos previstos en la presente ley, seguirá en vigencia la normativa que regula el sistema de educación superior, en todo aquello que no se oponga a la Constitución y esta Ley”.

El inciso quinto del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, dispone que: “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”.

De conformidad con el artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, están excluidos del sistema de carrera del servicio público: “...l) Las y los docentes e investigadores de las instituciones educativas públicas del Sistema de Educación Superior”.

El artículo 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece que los docentes e investigadores de las universidades se regirán por la Ley Orgánica de Educación Superior, en función a lo consagrado en el artículo 355 de la Constitución de la República; y, que en el caso de los servidores que prestan sus servicios en calidad de Técnicos Docentes, estarán regulados por la LOSEP.

El citado artículo 355 de la Constitución de la República, prescribe que el Estado reconocerá a las universidades y escuelas politécnicas autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, acorde con los objetivos del régimen de desarrollo y los principios establecidos en la Constitución.

En el caso materia de consulta, el Art. 57 de la Ley Orgánica del Servicio Público prescribe lo siguiente:

“De la creación de puestos.- El Ministerio de Relaciones Laborales aprobará la creación de puestos a solicitud de la máxima autoridad de las instituciones del sector público determinadas en el artículo 3 de esta ley, a la cual se deberá adjuntar

el informe de las unidades de administración del talento humano, previo el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas en los casos en que se afecte la masa salarial o no se cuente con los recursos necesarios.

Se exceptúan del proceso establecido en el inciso anterior los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, las universidades y escuelas politécnicas públicas y las entidades sometidas al ámbito de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

En concordancia, el Art. 153 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone lo siguiente:

“De la creación de puestos.- El Ministerio de Relaciones Laborales, conforme a lo señalado en el artículo 57 de la LOSEP, regulará y aprobará la creación de los puestos que sean necesarios para la consecución de las metas y objetivos de cada unidad, área o procesos, de conformidad con la planificación estratégica institucional, el plan operativo anual de talento humano y la administración de procesos, en función de lo dispuesto en este Reglamento General y de las necesidades de los procesos internos de cada institución, planes estratégicos y operacionales y sus disponibilidades presupuestarias; y, el dictamen previo favorable del Ministerio de Finanzas, de ser el caso.

Se exceptúan de los informes de creación de puestos, establecido en el inciso anterior los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, las universidades y escuelas politécnicas públicas y las entidades sometidas al ámbito de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

Por lo expuesto, de conformidad con el artículo 355 de la Constitución de la República, el artículo 70, Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, inciso quinto del artículo 3 y artículo 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, cuyos textos quedaron citados, se concluye que las universidades y escuelas politécnicas públicas se incluyen en la excepción prevista en el inciso segundo del artículo 57 de la LOSEP e inciso segundo del artículo 153 de su Reglamento General antes mencionados, y por lo tanto no necesitan de la aprobación del Ministerio de Relaciones Laborales para la creación de puestos sujetos a la Ley Orgánica de Educación Superior, Ley Orgánica del Servicio Público o Código del Trabajo respectivamente, cuya atribución corresponde a la máxima autoridad de cada universidad y escuela politécnica.

Se deberá tener en cuenta que dicha excepción estará sujeta al Reglamento de

Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que deberá dictar el Consejo de Educación Superior, en el que se fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación.

La designación o contratación de personas y el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para dicho efecto, son de responsabilidad de la autoridad nominadora.

OF. PGE. N°: 09754, de 13-09-2012

RECTIFICACIÓN DE NOMBRES: PLAZO

ENTIDAD CONSULTANTE:

MINISTERIO DE INCLUSIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL

CONSULTA:

“¿Si es procedente aplicar la disposición contenida en el artículo 170 numeral 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva para rectificar los errores que se generaron en los nombres de los adjudicatarios del Acuerdo 6179 de 13 de agosto de 1960?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 11 num. 5, 69 num. 2, 85 num. 2 y 361. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva Arts. 17, 98, 170 num. 2, 171 y 172. A.M. N° 6179.

PRONUNCIAMIENTO:

En su oficio de consulta se señalan los siguientes antecedentes:

“1.1. Mediante Acuerdo Ministerial No. 6179 protocolizado en la Notaría Cuarta del Cantón Quito, el 13 de agosto de 1960, e inscrita en el Registro de la Propiedad el 25 de agosto de 1960, en ejercicio de las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo No. 181, promulgado el 15 de agosto de 1938, que facultaba a las comunas, caseríos, parroquias o cantones, solicitar al Ministerio de Previsión Social

la expropiación y adjudicación de las tierras de propiedad particular, situadas en el perímetro de la población respectiva, cuando las necesiten para su ensanchamiento o para fines agrícolas u otra clase de explotación, considerando que los trabajadores de Chillo – Jijón, han solicitado la expropiación y parcelamiento de una parte de la Hacienda “Chillo – Jijón”, perteneciente a las parroquias de Amaguaña y San Pedro de Taboada, terrenos que se les conocía con los nombres de Santa Rosa y Fajardo, de propiedad del señor José Manuel Jijón – Camaño y Flores y su esposa, quienes se allanaron a la petición de los trabajadores, en tal virtud del Ministerio de Previsión Social adjudicó a los trabajadores de “Chillo Jijón”, los predios agrícolas “Santa Rosa” y “Fajardo”, adjudicando entre otros los lotes de terreno a los señores JOSÉ ANDRÉS PAUCAR NIACASA y REINALDO SUNTASIG SINAILIN. En este Acuerdo el Ministerio de Previsión Social, se reservó la facultad de realizar rectificaciones exclusivamente para los casos que hubiere evidente errores de hecho, esta acción prescribiría en un año a partir de la fecha de expedición del mismo.

1.2 Al Ministerio de Inclusión Económica y Social ingresaron los trámites Nos. 1114-CAF_SG-MIES-2011 EXT de 12 de julio de 2011 y 8027 CAF_SG-MIES-2011 EXT del 07 de diciembre del 2011, respectivamente, mediante los cuales los herederos del señor que en vida respondiera a los nombres de José Andrés Paucar Ñacasha por una parte y por otra el señor Reinaldo Suntasig Sinailin han solicitado la rectificación de sus nombres que en la escritura de adjudicación contienen errores”.

Adjunto a su oficio de consulta se ha remitido el informe jurídico de la Cartera de Estado a su cargo, contenido en el memorando No. MIES-CGJ-2012-0456-M de 24 de mayo de 2012, suscrito por el Coordinador General Jurídico, quien ratifica los antecedentes contenidos en su consulta y cita el artículo 1 del Decreto Supremo No. 181, publicado en el Registro Oficial de 13 de agosto de 1938 que facultaba al Ministerio de Previsión Social (actual Ministerio de Inclusión Económica y Social) para adjudicar tierras particulares a comunas, caseríos o parroquias. Adicionalmente, hace referencia al Decreto de la Junta de Gobierno Provisional, publicado en el Registro Oficial No. 3 de 13 de julio de 1925 que señalaba las competencias del Ministerio de Previsión Social y Trabajo.

Continúa el Coordinador General Jurídico del Ministerio y señala las distintas normas que han cambiado la denominación del Ministerio de Previsión Social, hasta el Decreto Ejecutivo No. 580 de 23 de agosto de 2007, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 158 de 29 de agosto de 2007 el cual dispuso que el Portafolio que usted dirige, se denomine como Ministerio de Inclusión Económica y Social y le asigna sus actuales atribuciones.

Con relación al tema materia de consulta, en el informe jurídico de la entidad consultante cita el artículo 11 numeral 5, 69 numeral 2 y 85 numeral 2 de la Constitución de la República, que en su orden se refieren a los principios de aplicación de los derechos consagrados en la Constitución, el reconocimiento del patrimonio familiar inembargable, y la prevalencia del interés general sobre el particular y la conciliación de derechos en conflicto.

Adicionalmente el Coordinador General Jurídico cita los artículos 17, 98, 170 y 171 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Al tratarse de hechos que afectarían lo relativo a los derechos de herencia y propiedad consagrados en los artículos 69 numeral 2 y 361 respectivamente de la Constitución de la República y al existir para este caso una contradicción normativa en el contenido de los artículos 98 y 170 numeral 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, la Coordinación a mi cargo considera pertinente observar lo que determina el artículo 11 numeral 5 de la Constitución que proclama sobre los principios de aplicación de los derechos al indicar que: (...) “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”.

Tomando en consideración que bajo esta norma constitucional se consigna el principio de favorabilidad, lo pertinente es aplicar lo prescrito en el artículo 170 numeral 2 del ERJAFE, toda vez que ésta corrige la situación que pone en afectación o riesgo los derechos señalados”.

Respecto del artículo 361 de la Constitución de la República que señala como fundamento el criterio jurídico antes transcrito, cabe precisar que el mismo se halla referido a la rectoría que sobre el sistema de salud ejerce el Estado, por lo que dicha norma no es aplicable al tema de consulta.

En su consulta expresa que existe una contradicción normativa entre los artículos 98 y 170, numeral 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

El artículo 98 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, forma parte del Libro I, Título I, “Disposiciones Generales” y determina lo siguiente:

"Art. 98.- RECTIFICACIONES.- Los errores de hecho o matemáticos manifiestos pueden ser rectificadas por la misma autoridad de la que emanó el acto en cualquier momento hasta tres años después de la vigencia de éste".

Por su parte el artículo 170 del mismo Estatuto, integra el Libro II, titulado "Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva", prevé:

"Art. 170.- Revocación de actos y rectificación de errores.

1. La Administración Pública Central podrá revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

2. La Administración Pública Central podrá, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos".

Del tenor de las dos disposiciones previamente citadas, se establece que no obstante en ambas normas se prevé la atribución de la autoridad administrativa para en cualquier momento rectificar errores de hecho o matemáticos, el artículo 98 prevé como plazo máximo para tal rectificación, el de tres años.

El tratadista argentino, Carlos Santiago Nino, sobre los defectos lógicos de los sistemas jurídicos expresa lo siguiente:

"Hay una contracción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles. En la formulación de Alchourrón y Bulygin, un sistema normativo es inconsistente cuando correlaciona un caso con dos o más soluciones y lo hace de tal modo, que la conjunción de esas soluciones constituye una contradicción normativa..."

Hemos dicho que uno de los requisitos de la contradicción normativa es que ambas normas se refieran a las mismas circunstancias fácticas. Esto puede ocurrir bien porque la descripción del caso que hace una norma es equivalente a la descripción que hace otra, bien porque una de las descripciones implica lógicamente a la otra, o bien porque, a pesar de ser ambas descripciones independientes, hay casos que, contingentemente caen en ambas descripciones..."

La inconsistencia total – total, que se da cuando los ámbitos de referencia de ambas normas se superponen totalmente: tales descripciones se podrían diagramar como dos círculos absolutamente superpuestos...

La inconsistencia total-parcial se configura cuando el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de otra, pero esta última comprende, además, casos adicionales...

Por último, la inconsistencia parcial – parcial se da cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente...

Los juristas y los jueces utilizan, como dice Alf Ross, varias reglas para resolver los problemas de contradicción normativa.

Ellas están constituidas, sobre todo, por los principios llamados *lex superior*, *lex especiales* y *lex posterior*.

El principio *lex superior* indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior (por ejemplo, una norma constitucional tiene prioridad sobre una ley)...

Lex posterior estipula que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad. Este principio también tiene una aplicación muy general – tanto que sin él no sería posible la derogación de las normas de un sistema-...

El principio *lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de preferencia sea más general...

Muchos jueces y juristas pretenden que estos principios se aplican mecánicamente, como si las inconsistencias que ellos ayudan a solucionar nunca hubieran existido. Sin embargo, no puede otorgarse a estas reglas el carácter de leyes lógicas, puesto que su aplicación, como vimos, está sujeta a evaluaciones pragmáticas, que dan lugar a excepciones irregulares. Además, si bien hay cierta prelación entre estos principios – por ejemplo *lex superior* tiende a predominar sobre los restantes-, no hay reglas de segundo nivel para resolver mecánicamente los conflictos entre ellos (sobre todo entre *lex posterior* y *lex specialis*)”.

Como ha quedado evidenciado de los textos de los artículos 98 y numeral 2 del artículo 170 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función

Ejecutiva, efectivamente existe una contradicción normativa, por lo que a fin de superar la misma, corresponde tener en cuenta los principios antes citados. Por tratarse de un mismo cuerpo legal, no caben aplicar los principios de Lex superior, ni Lex especiales, sino únicamente el de Lex posterior.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva fue inicialmente expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1634, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 411 de 31 de marzo de 1994 y desde entonces fue objeto de múltiples reformas hasta que mediante Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002, se publicó el vigente Estatuto, del cual es parte el artículo 98 antes citado.

Con posterioridad, mediante Decreto Ejecutivo No. 3389, se expidieron las Normas de Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva, para lo cual sustituyó los artículos 100 al 140 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y añadió entre otras disposiciones el artículo 172, que motiva su consulta.

En consecuencia, en virtud de que el artículo 172 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva es una norma posterior a la del artículo 98 del mismo cuerpo normativo, a fin de solucionar la antinomia que surge de la contradicción entre ambas disposiciones, en base del principio jurídico de lex posterior, debe aplicarse la norma posteriormente expedida, esto es el inciso segundo del artículo 172, antes referido.

Adicionalmente, dentro del análisis jurídico que motiva su consulta, se debe tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el Ministerio de Inclusión Económica y Social está sujeto a dicho cuerpo normativo, que determina que los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad; y, no obstante la personalidad jurídica única de la Administración Pública Central, las entidades de la Administración Institucional de la Función Ejecutiva gozan de personalidad jurídica propia para el ejercicio de sus competencias.

El error que se pretende corregir es el relativo a los nombres de dos adjudicatarios de terrenos entregados mediante acuerdo ministerial en el año 1960 por parte del entonces Ministerio de Previsión Social. Con respecto al error de hecho y el error accidental, el tratadista Guillermo Cabanellas, se expresa en los siguientes términos:

“Error de Hecho.- El que versa sobre una situación real; el proveniente de un conocimiento imperfecto sobre las personas o las cosas; y acerca de si se ha producido, o no, un acontecimiento...”

“Error accidental o no esencial.- El que versa sobre calidades secundarias de las cosas, sobre circunstancias accidentales o accesorias de las mismas. En principio la validez del acto o negocio jurídico subsiste...// Con respecto a las personas, el concerniente tan sólo a su nombre o a alguna cualidad no fundamental, para el vínculo jurídico...”.

En consecuencia el error que motiva la consulta es de aquellos que no vicia de nulidad absoluta el acto administrativo, puesto que se trata de un error de hecho y accidental o no esencial.

El tratadista Roberto Dromi, se refiere así a la modificación de los actos administrativos:

“1. Modificación. Los actos administrativos con vicios leves y muy leves son susceptibles de modificación. Aquellos con vicios graves o muy graves son insanables...// En los casos de actos administrativos con vicios muy leves procede la modificación por aclaratoria. La aclaratoria o la aclaración del acto se produce ante su oscuridad o imprecisión, y en caso de errores materiales u omisiones no sustanciales del mismo...//Ejemplos de errores materiales u omisiones son los errores en la escritura, en la expresión o errores numéricos o en la transcripción, o cuando se ha omitido al transcribir el acto algún aspecto no esencial de éste. El mismo órgano que emitió el acto es el encargado de su modificación”.

De otra parte, el asunto que se consulta se halla relacionado con la propiedad y la herencia, que son derechos garantizados por la Constitución de la República.

Así, el numeral 26 del artículo 66 de la Constitución de la República consagra entre las garantías personales la del derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental y añade que el derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas.

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 69 de la Constitución de la República garantiza el derecho a heredar.

De conformidad con el artículo 3, numeral 1 de la Carta Constitucional, es deber primordial del Estado garantizar a sus ciudadanos el efectivo goce de los derechos y garantías constitucionales; y, de conformidad con el numeral 5, del artículo 11 de la Constitución de la República, en materia de derechos y garantías constitucionales, los servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

Con fundamento en el artículo 3, numeral 1 de la Constitución de la República que señala como deber primordial del Estado el garantizar el goce de los derechos y garantías constitucionales; y, el numeral 5 del artículo 11 del texto constitucional, que determina que a los servidores públicos les corresponde aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan la efectiva vigencia de los derechos y garantías constitucionales, se concluye que para rectificar errores de hecho y no esenciales en un Acuerdo Ministerial, es procedente aplicar la disposición contenida en el artículo 170 numeral 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y no el artículo 98 del mismo cuerpo normativo que prevé un plazo de tres años para su rectificación.

Se aclara que cada autoridad es responsable por los términos de los actos administrativos que ella expida.

Sin perjuicio de lo dicho, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, como parte de la Función Ejecutiva, de considerarlo necesario, bien podría solicitar al Señor Presidente de la República que, vía Decreto Ejecutivo, reforme expresamente el ERJAFE, para solucionar la contradicción a la que se refiere su consulta.

OF. PGE. N°: 08747, de 11-01-2012

REGISTRO DE LA PROPIEDAD: ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

ENTIDAD CONSULTANTE:

EP PETROECUADOR

CONSULTA:

“Con fundamento en los antecedentes expuestos, me permito consultar a Ud. ¿cómo han de entenderse las normas que han sido transcritas en el numeral 1 de esta comunicación? De acuerdo a su contenido, ¿es correcto el modelo de organización de los registros de la propiedad dispuesto por la DINARDAP o cómo deberían o podrán ser organizados dichos registros?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 227, 260 y 265.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 142 y 342.

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos Arts. 13, 19, 29, 31, 33, 35, Disp. Trans. Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Sexta, Décima y Décima Segunda.

Código Tributario Art. 135.

Ley Orgánica de Empresas Públicas Arts. 10 y 11 num. 13.

Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado Art. 34.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe jurídico de la entidad consultante constante en documento sin fecha, denominado "Criterio Jurídico sobre los Registros de la Propiedad anexo a la consulta de la DINARDAP", suscrito por el Asesor Jurídico Coordinador de Normativa y Protección de la Información de la DINARDAP, se refiere a los artículos 265 de la Constitución de la República; 13, 19, 29, 31, 33 y 35 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, así como a las Disposiciones Transitorias Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Sexta, Décima y Décima Segunda de la misma Ley, y concluye con el siguiente criterio jurídico:

"...los Registros de la Propiedad deben organizarse tomando en cuenta las siguientes propiedades:

- i Los Registros de la Propiedad son autónomos y distintos de las municipales (SIC).
- ii Los Registradores de la Propiedad no son funcionarios municipales, sino funcionarios públicos de período fijo.
- iii Quienes prestan sus servicios en los Registros de la Propiedad son empleados de la entidad pública Registro de la Propiedad, no de las municipales (SIC).
- iv Los aranceles que se perciben por los servicios registrales son precios.
- v Esos aranceles deben ser cobrados directamente por los Registros de la Propiedad y deben ingresar a sus propias arcas.
- vi Debe haber transferencia de remanentes de los Registros de la Propiedad a los municipios (siempre que se hayan producido tales remanentes).

vii Los distintos gastos o pagos de los Registros de la Propiedad, por los bienes o servicios que requieran, incluidos los salarios, los deben realizar los propios Registros de la Propiedad.

viii Los servicios que prestan los Registros de la Propiedad son servicios de la entidad pública "Registro de la Propiedad".

ix En general, y desde cualquier punto de vista, hay nuevas entidades públicas denominadas Registros de la Propiedad, que son otras y distintas de las municipalidades.

x Los Registros de la Propiedad son los competentes para efectuar sus gastos.

xi Requieren de un Registro Único de Contribuyentes, RUC.

xii Son sujetos pasivos del Impuesto al Valor Agregado, IVA, y consecuentemente deben cumplir con sus respectivas obligaciones tributarias.

xiii Los Registros de la Propiedad también necesitan un número patronal.

xiv Los Registros de la Propiedad serán los empleadores de los empleados del Registro.

xv Los Registros de la Propiedad deben tener sus propias cuentas en el Banco Central del Ecuador.

xvi Sus titulares, los Registradores de la Propiedad, son ordenadores de gasto.

xvii Sus titulares, los Registradores de la Propiedad, deben prestar caución, y registrarla en la Contraloría General del Estado.

xviii Y, sus titulares, los Registradores de la Propiedad, son los representantes legales de la entidad Registro de la Propiedad".

El artículo 260 que integra el Capítulo Cuarto "Régimen de Competencias", que a su vez forma parte del Título V de la Constitución de la República del Ecuador "Organización Territorial del Estado", dispone lo siguiente:

"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".

Dentro del mismo “Régimen de Competencias”, el artículo 265 de la Constitución de la República, prevé:

“Art. 265.- El sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre el Función Ejecutivo y las municipalidades”.

Respecto al ejercicio de la competencia de registro de la propiedad, el artículo 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, señala:

“Art. 142.- Ejercicio de la competencia de registro de la propiedad.- La administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

El sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central, y su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro. Los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales”.

El artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, respecto de la existencia de varios registros de datos públicos, manifiesta lo siguiente:

“Art. 13.- De los registros de datos públicos.- Son registros de datos públicos: el Registro Civil, de la Propiedad, Mercantil, Societario, Vehicular, de naves y aeronaves, patentes, de propiedad intelectual y los que en la actualidad o en el futuro determine la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en el marco de lo dispuesto por la Constitución de la República y las leyes vigentes.

Los Registros son dependencias públicas, desconcentrados, con autonomía registral y administrativa en los términos de la presente ley, y sujetos al control, auditoría y vigilancia de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos en lo relativo al cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de bases de datos y de información pública, conforme se determine en el Reglamento que expida la Dirección Nacional”.

Concordante con lo previsto en el artículo 265 de la Constitución de la República y 142 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, previamente citados, el inciso primero del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, dispone que: “De conformidad con la Constitución

de la República, el Registro de la Propiedad será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por lo tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro. La Dirección Nacional dictará las normas que regularán su funcionamiento a nivel nacional...”.

La Disposición Transitoria Tercera de la misma Ley, estableció que en el plazo de 365 días contados desde su promulgación, las Municipalidades y la Dirección Nacional del Registro de Datos Públicos, deberán ejecutar los concursos de merecimientos y oposición para el nombramiento de los nuevos registradores de la propiedad, organizar la infraestructura física y tecnológica de las oficinas en las que funcionará el nuevo Registro de la Propiedad y su respectivo traspaso.

El plazo establecido en la citada Disposición Transitoria para que se efectúe el traspaso de los Registros de la Propiedad a las dependencias públicas, fue ampliado hasta el 29 de junio de 2011, mediante Resolución del Director Nacional de Registro de Datos Públicos No. 10, publicada en el Registro Oficial No. 414 de 28 de marzo de 2011.

Sobre idéntica base normativa, en oficio No. 08008 de 24 de mayo de 2012, la Procuraduría General del Estado, respecto de los registros de la propiedad, ha expresado lo siguiente:

“De las normas hasta aquí citadas se desprende que, el Registro de la Propiedad constituye un sistema de alcance nacional que, para tales efectos, está administrado en forma concurrente entre el Ejecutivo (a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos) y las Municipalidades según el segundo inciso del artículo 142 del COOTAD y el primer inciso del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos; y que, de conformidad con el segundo inciso del artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, los registros son dependencias públicas desconcentradas.

Por tanto, los Registros de la Propiedad integran el sistema nacional de registro que se administra en forma concurrente entre el Ejecutivo y los GADs municipales, sujetándose en el ámbito cantonal a la administración de la respectiva Municipalidad. Dichos Registros de la Propiedad funcionarán como una dependencia desconcentrada de la estructura administrativa municipal, por así disponerlo expresamente el segundo inciso del artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

A la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos corresponde dictar las normas que regularán el funcionamiento de los Registros de la Propiedad a nivel nacional, en los términos del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos; y, ejercer el control, auditoría y vigilancia del cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de bases de datos y de información pública, de conformidad con el inciso segundo del artículo 13 de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.

Mientras que, en ejercicio de la competencia de administración del registro de la propiedad del cantón, corresponde al respectivo Municipio establecer la estructura administrativa del registro y su coordinación con el catastro, según el artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos; designar al Registrador previo concurso de merecimientos, según la Disposición Transitoria Tercera de la misma Ley; y, determinar las tarifas de los aranceles por los servicios que preste el Registro de la Propiedad en el respectivo cantón, según los artículos 33 inciso segundo de la citada Ley y 142 inciso segundo del COOTAD”.

El inciso segundo del artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, dispone en forma expresa que los Registros son dependencias públicas desconcentradas, y que la competencia para determinar la estructura administrativa de los Registros de la Propiedad corresponde a la Municipalidad del respectivo cantón según los artículos 19 *ibidem* y 142 del COOTAD, por lo que, se concluye que el Registro de la Propiedad debe operar como una dependencia desconcentrada del Municipio.

La desconcentración es uno de los principios que rige la administración pública según el artículo 227 de la Constitución de la República.

El artículo 34 del Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, define a la desconcentración administrativa como “el proceso mediante el cual las instancias superiores de un ente u organismo público transfieren el ejercicio de una o más de sus facultades a otras instancias que forman parte del mismo ente u organismo...”.

En el pronunciamiento No. 08008 de 24 de mayo de 2012, concluí en el siguiente tenor:

“De las normas y la doctrina citada se desprende que la desconcentración es un mecanismo por el que el ordenamiento jurídico asigna competencia a un

determinado órgano inferior que integra la estructura administrativa de un ente o sujeto de derecho público. Dicho órgano desconcentrado, asume la competencia en forma directa, es decir que sus atribuciones se derivan de la ley y por tanto es responsable de su ejercicio. La desconcentración implica gestión directa de la actividad o servicio, por parte de la entidad a la que ha sido asignada la competencia por el ordenamiento jurídico.

En el ámbito de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, el artículo 276 del COOTAD, define a la 'Gestión institucional directa' como 'la que realiza cada gobierno autónomo descentralizado a través de su propia institución, mediante la unidad o dependencia prevista en la estructura orgánica que el órgano de gobierno cree para tal propósito'."

Del análisis que precede se concluye que, la administración del Registro de la Propiedad en el respectivo cantón compete a la Municipalidad, a la que corresponde organizar el Registro como una dependencia desconcentrada de la misma estructura administrativa municipal según los artículos 142 del COOTAD, 13 y 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. En consecuencia, el Registro de la Propiedad es una dependencia desconcentrada de la estructura administrativa de la persona jurídica Municipio, sin perjuicio de la autonomía registral y administrativa que, exclusivamente para el ejercicio de sus funciones registrales, le confiere el citado artículo 13 de dicha Ley.

La representación legal del Municipio y sus dependencias desconcentradas, entre ellas, el Registro de la Propiedad, corresponde al Alcalde conforme a los artículos 59 y 60 letra a) del COOTAD.

Por otra parte, es pertinente considerar que, el artículo 275 del COOTAD, establece las diversas "modalidades de gestión" a las que pueden recurrir los gobiernos autónomos descentralizados para prestar los servicios y ejecutar las obras que son de su competencia (...).

Considerando que de conformidad con el primer inciso del artículo 142 del COOTAD, la administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales; y, que, el primer inciso del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, les asigna a las Municipalidades atribución para determinar la estructuración administrativa del registro, se concluye que, para prestar el servicio de Registro de la Propiedad, las Municipalidades podrían optar por la creación de una empresa pública, si aquello resulta más conveniente para la prestación del servicio, en tanto aquello constituye

un modelo de gestión directa de ese servicio, en los términos del artículo 277 del COOTAD.

En tal evento, tanto la representación legal de la empresa pública como la calidad de autoridad nominadora del personal, corresponderá al Gerente General, de conformidad con los artículos 10 y 11 numeral 13 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (...).

Por lo expuesto, en virtud de que los Registros de la Propiedad son dependencias desconcentradas de la respectiva Municipalidad de conformidad con el segundo inciso del artículo 13 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, y por tanto la representación legal del Municipio y sus dependencias corresponde al Alcalde según la letra a) del artículo 60 del COOTAD, se concluye que hasta que el Ministerio de Relaciones Laborales expida el acuerdo o resolución que regule el tratamiento del personal de los Registros de la Propiedad, compete al Alcalde suscribir los contratos del personal del Registro de la Propiedad que continúe en funciones luego del traspaso de las Registradurías a la administración municipal, salvo que el Registro de la Propiedad hubiere sido creado por la respectiva municipalidad como una empresa pública, evento en el que corresponderá a su Gerente General la calidad de autoridad nominadora del personal, de conformidad con el numeral 13 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

En lo que respecta a los aranceles que se generen por los servicios que presta el Registro de la Propiedad, el segundo inciso del artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, prescribe que: “En el caso del registro de la propiedad de inmuebles será el municipio de cada cantón el que con base en el respectivo estudio técnico financiero, establecerá anualmente la tabla de aranceles por los servicios de registro y certificación que preste”.

Sobre la naturaleza de los aranceles que generan los servicios de registro que presta el Registro de la Propiedad, en pronunciamiento contenido en oficio No. 05788 de 6 de enero de 2012, concluí que:

“...el Registro de la Propiedad presta servicios de registro de los títulos y actos sujetos a registro de conformidad con la Ley, entre ellos, las prendas e hipotecas, según la letra c) del artículo 25 de la Ley de Registro; y, el usuario del servicio de registro, está sujeto al pago del arancel, de conformidad con el artículo 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. En consecuencia, dicho arancel o tarifa, por ser la retribución del servicio público de registro, constituye una tasa”.

Adicionalmente en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 08008 de 24 de mayo de 2012, señalé lo siguiente:

“Atenta la naturaleza tributaria del arancel por los servicios de registro que presta el Registro de la Propiedad, corresponde a la municipalidad fijar su valor, según los artículos 142 del COOTAD y 33 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, lo que deberá efectuarse mediante Ordenanza, según los artículos 186 y 566 del citado COOTAD.

El destino de los aranceles del Registro de la Propiedad, está determinado en forma expresa por el artículo 35 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que dispone:

‘Art. 35.- Destino de los aranceles que cobran los Registros de la Propiedad Inmueble, Mercantil, y las demás entidades que conforman el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos.- Los Registros de la Propiedad Inmuebles y Mercantil se financiarán con el cobro de los aranceles por los servicios de registro, y el remanente pasará a formar parte de los presupuestos de los respectivos municipios, y de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en su orden. Los aranceles que cobren las demás entidades públicas y privadas por la administración de sus bases de datos públicos, se mantendrán como parte de sus respectivos presupuestos...’.

Nótese que la norma establece que los aranceles financiarán el funcionamiento de los Registros; y, en cuanto a los excedentes distingue dos casos: los excedentes de los aranceles provenientes de los servicios que preste el Registro de la Propiedad, “pasará a formar parte de los presupuestos de los respectivos municipios”; mientras que, los excedentes de los aranceles que perciban los Registros Mercantiles, se destinan a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

Toda vez que los aranceles son tasas destinadas por el artículo 35 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos al funcionamiento del Registro de la Propiedad, dichos aranceles deberán ser recaudados en la forma que prevé el artículo 342 del COOTAD, esto es por la unidad financiera de la Municipalidad, pudiéndose recurrir conforme dicha norma, a mecanismos de delegación para la recaudación.

De haber excedentes de los aranceles del Registro de la Propiedad, se aplicará la disposición del artículo 35 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que establece que ‘el remanente pasará a formar parte de los presupuestos de los respectivos Municipios’.

Sobre idéntica base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 07450 de 19 de abril de 2012, concluí que: "la recaudación de los aranceles del Registro de la Propiedad corresponde a la unidad financiera de la Municipalidad, de conformidad con el artículo 342 del COOTAD, siendo jurídicamente procedente que dicha competencia se delegue a fin de que sea el propio Registro de la Propiedad, como dependencia desconcentrada del Municipio, quien efectúe la recaudación de los aranceles por los servicios que presta, conforme prevé el citado artículo 342 del COOTAD'.

En el mismo pronunciamiento agregué que: 'De haber remanente proveniente del cobro de los aranceles, pasará a formar parte del presupuesto del Municipio, según la expresa disposición del citado artículo 35 de la citada Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos'."

Respecto a la inscripción en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) y ser sujeto pasivo del IVA mencionados en su consulta, no me pronuncio por ser asuntos de competencia de la autoridad tributaria, conforme prevén los artículos 135 del Código Tributario; y, 7 numeral 4 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas.

En cuanto a si el Registrador de la Propiedad es ordenador de gastos y si los Registros de la Propiedad deben tener sus propias cuentas en el Banco Central, de conformidad con el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, me abstengo de pronunciarme por no tratarse de una consulta sobre la inteligencia o aplicación de normas jurídicas.

De otra parte, con relación a si los Registradores de la Propiedad deben rendir caución y registrarla en la Contraloría General del Estado, cabe citar los artículos 2 y 35 del Reglamento de Cauciones que en su orden prevén:

"Art. 2.- Quienes deben prestar caución.- Para responder por el fiel cumplimiento de los deberes, tienen obligación de prestar caución a favor de las respectivas instituciones del Estado, los servidores públicos que desempeñen funciones de recepción, inversión, control, administración y custodia de recursos públicos. Tales recursos comprenden todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, según lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Se exceptúa de esta obligación a los ministros de Estado, subsecretarios, funcionarios y dignatarios de elección popular, funcionarios cuyo nombramiento corresponde a la Función Legislativa, los custodios o encargados de fondos de caja chica cuyo monto fijo no sea mayor a cincuenta dólares, los bibliotecarios y otros servidores que trabajen en bibliotecas.

La exoneración de rendir caución no exime de las responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal que pudieran establecerse contra los servidores públicos”.

Art. 35.- Dudas.- El Contralor General resolverá las dudas que se presenten sobre la aplicación de este reglamento”.

De las normas de los artículos 2 y 35 del Reglamento de Cauciones previamente citados, se desprende que tienen obligación de prestar caución a favor de las respectivas instituciones del Estado, los servidores públicos que desempeñen funciones de recepción, inversión, control, administración y custodia de recursos públicos y que corresponde a la Contraloría General del Estado resolver las dudas que se presenten sobre la aplicación del antedicho reglamento, en su calidad de organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales.

Por las consideraciones expuestas, el organismo encargado de pronunciarse sobre la procedencia de que los Registradores de la Propiedad rindan caución, es la Contraloría General del Estado, razón por la cual este Organismo se abstiene de pronunciarse sobre el particular

Este pronunciamiento se limita al análisis de la inteligencia o aplicación de la ley, sin que sea de competencia de la Procuraduría General del Estado, determinar el modelo de organización de los Registros de la Propiedad.

OF. PGE. N°: 09486, de 27-08-2012

REINGRESO AL SECTOR PÚBLICO: REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE LA MANÁ

CONSULTA:

“¿Es procedente el reingreso al sector público como Registrador de la Propiedad de quien haya recibido compensación por venta de renuncia, retiro voluntario y otras figuras similares, sin necesidad de devolver el monto recibido por tal concepto?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 264 num. 9 y 265.

Ley Orgánica de Servicio Público Arts. 3 num. 2, 17 lit. b) subliterales b) 1 y b) 4.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 60 lit. i) y 142.

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos Art. 19.

Reglamento del Concurso de Merecimientos y Oposición para la Selección y Designación de Registradores de la Propiedad Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se adjunta el criterio jurídico No. 015-AJ-2012 sin fecha, suscrito por el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón La Maná, quien respecto del asunto consultado expresa lo siguiente:

“De forma general, los servidores públicos que hayan recibido alguna indemnización por retiro voluntario, renuncia voluntaria u otros afines, para su reingreso al servicio público, deberán necesariamente devolver el monto recibido; sin embargo, se puede interpretar que quienes reingresen a puestos establecido (sic) específicamente en el Art. 17, literal b), subliterales b)1 y b)4 de la LOSP (sic), por estar ubicados dentro del nivel jerárquico superior y tener estos el carácter de provisionales, podrían reingresar sin necesidad de devolver el monto recibido por concepto de indemnización. En el caso de los Registradores de la Propiedad, conforme se establece en el inciso cuarto del Art. 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, al ser funcionarios nombrados para período fijo, se ubicarían dentro del nivel jerárquico superior como Directores Departamentales, en tal virtud considero que siempre y cuando sean para ocupar puestos provisionales, se puede dar el reingreso al servicio público sin necesidad de devolver el monto recibido por concepto de indemnización”.

El artículo 264 numeral 9 de la Constitución de la República, determina que:

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

(...) 9. Formar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales".

Adicionalmente, el artículo 265 de la citada Norma Suprema, prevé que: "El sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades".

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, en la letra i) del artículo 60 dispone lo siguiente:

Art. 60.- Atribuciones del alcalde o alcaldesa.- Le corresponde al alcalde o alcaldesa:

(...) i) Resolver administrativamente todos los asuntos correspondientes a su cargo; expedir previo conocimiento del concejo, la estructura orgánico - funcional del gobierno autónomo descentralizado municipal; nombrar y remover a los funcionarios de dirección, procurador síndico y demás servidores públicos de libre nombramiento y remoción del gobierno autónomo descentralizado municipal".

El artículo 142 del referido Código Orgánico, establece que la administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, agregando además que: "el sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central, y su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro. Los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales".

El artículo 19, inciso primero de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, dispone que:

"De conformidad con la Constitución de la República, el Registro de la Propiedad será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por lo tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro. La Dirección Nacional dictará las normas que regularán su funcionamiento a nivel nacional".

Por su parte, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, sus disposiciones son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: "2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales".

Respecto a la materia consultada, el mismo cuerpo legal en el artículo 14, manifiesta que:

"Art. 14.- Condiciones para el reingreso al sector público.- Quien hubiere sido indemnizado por efecto de la supresión de puesto podrá reingresar al sector público solamente si devuelve el monto de la indemnización recibida, menos el valor resultante de la última remuneración que percibió multiplicado por el número de meses que no prestó servicios en el sector público, contados desde la fecha en que se produjo su separación.

Así mismo, podrá reingresar a la administración pública quien hubiere recibido compensación económica por retiro voluntario, venta de renuncia y otras figuras similares, si devolviera el valor de la indemnización percibida; en caso de haberla recibido antes de la dolarización, para su devolución, ésta se calculará al tipo de cambio vigente a la fecha de su pago.

En caso de haber percibido indemnización por compra de renuncia con indemnización, para reingresar al sector público, a cualquier puesto, deberá devolver en forma previa la totalidad de la indemnización percibida.

Además, podrán reingresar al servicio público quienes hubieren sido indemnizados o compensados, sin necesidad de devolver el monto de la indemnización recibida, únicamente a cargos de nombramiento provisional y a cargos o funciones de libre nombramiento y remoción establecidos en esta ley. El mismo beneficio tendrán quienes reingresen para ejercer la docencia universitaria, formación de las o los servidores públicos o la investigación científica. Este período no será considerado como parte de la devengación de la indemnización recibida.

Las ex servidoras o los ex servidores que habiendo renunciado voluntariamente no recibieron indemnización alguna podrán reingresar al sector público.

En lo relacionado a los descuentos, suspensiones y límites de pago de pensiones, se estará a lo dispuesto en las leyes de seguridad social respectivas".

La Ley Orgánica en referencia, en su artículo 17 enuncia las clases de nombramientos, señalando que para el ejercicio de la función pública éstos pueden ser:

"a) Permanentes: Aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previstos en esta Ley;

b) Provisionales, aquellos que se expiden para ocupar:

b.1) El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto;

b.2) El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia;

b.3) Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión;

b.4) Quienes ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y,

b.5) De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior;

c) De libre nombramiento y remoción; y,

d) De período fijo".

En concordancia con el artículo 17 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el artículo 17 de su Reglamento General, establece que los nombramientos extendidos para el ejercicio de un puesto en la función pública pueden ser:

- a) Permanentes: El que se otorga a la o el ganador del concurso de méritos y oposición, una vez que haya aprobado el período de prueba;
- b) Provisionales: Aquellos otorgados para ocupar temporalmente los puestos determinados en el literal b) del artículo 17 de la LOSEP; no generarán derecho de estabilidad a la o el servidor;
- c) De libre nombramiento y remoción: Los expedidos a favor de personas que van a ocupar puestos de dirección política, estratégica o administrativa en las instituciones del Estado; y,
- d) De período fijo: Aquellos cuyos titulares son nombrados para ejercer un puesto en el servicio público por un período determinado por mandato legal”.

Por lo tanto, la Ley prevé claramente cuatro tipos distintos de nombramientos, a saber: los permanentes, los provisionales, los de libre nombramiento y remoción; y, los de período fijo.

En este sentido, el citado artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, en su inciso tercero, determina que:

“Las Registradoras o Registradores de la propiedad deberán ser de nacionalidad ecuatoriana, abogadas o abogados y acreditar ejercicio profesional por un período mínimo de 3 años y los demás requisitos que la ley prevé para el ejercicio del servicio público y Ley del Registro. El concurso de méritos y oposición será organizado y ejecutado por la municipalidad respectiva con la intervención de una veeduría ciudadana. Una vez concluido el proceso, la Alcaldesa o Alcalde procederá al nombramiento del postulante que mayor puntuación hubiere obtenido, por un período fijo de 4 años, quien podrá ser reelegida o reelegido por una sola vez”.

De otro lado, el artículo 1 del Reglamento del Concurso de Merecimientos y Oposición para la Selección y Designación de Registradores de la Propiedad, expedido por el Director Nacional de Registro de Datos Públicos, establece lo siguiente:

“Art. 1.- Objeto.- El presente reglamento norma, conforme a las disposiciones legales, el procedimiento para la selección y designación por concurso público de méritos y oposición con postulación, veeduría e impugnación ciudadana, de los registradores de la propiedad a nivel nacional, todos ellos profesionales en derecho, quienes durarán en sus funciones cuatro años y podrán ser reelegidos por una sola vez”.

De lo manifestado, el nombramiento de Registrador de la Propiedad es de "Período fijo", de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 inciso tercero de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, es decir, no constituye un cargo de nombramiento provisional o función de libre nombramiento y remoción.

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 3 numeral 2; 14 y 17 letra d) de la Ley Orgánica del Servicio Público, al amparo de lo establecido en el inciso tercero del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, una persona que hubiere recibido compensación económica por retiro voluntario, venta de renuncia u otras figuras similares, puede reingresar a la administración pública como Registrador de la Propiedad, siempre que devolviera el valor percibido por aquél concepto.

OF. PGE. N°: 10660, de 14-11-2012

SERVICIOS OCASIONALES: PAGO DE INCENTIVOS A DOCENTES DE INSTITUCIONES FISCOMISIONALES

ENTIDAD CONSULTANTE:
MINISTERIO DE EDUCACIÓN

CONSULTA:

"¿Es legal y procedente que el Ministerio de Educación, pague los incentivos determinados en el Acuerdo Ministerial 320-10 de 9 de abril de 2010 a los docentes en relación de dependencia bajo la modalidad de servicios ocasionales, y a los docentes y directivos con partidas fiscales que laboran en instituciones fiscomisionales, que habiendo rendido sus evaluaciones antes de la expedición de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, alcanzaron los puntajes de excelente y muy bueno, si dichos docentes laboran en instituciones fiscomisionales?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 345.
Ley Orgánica de Educación Arts. 32 y 61 de su Reglamento General.
Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional Art. 3 (derogada).
Ley Orgánica de Educación Intercultural Art. 93 y Dispos. Derogatorias Primera, Segunda y Décima Primera.
Código del Trabajo Arts. 112 y 125.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe de la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la Cartera de Estado a su cargo, contenido en memorando No. 443-CGAJ-2012 de 8 de noviembre de 2012, cita el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado expedido con oficio No. 08696 de 6 de julio de 2012, en el que se analizaron los estímulos creados por Acuerdos del Ministerio de Educación Nos. 051 y 320 de 11 de febrero de 2009 y 9 de abril de 2010, en beneficio de los docentes, vinculados a la evaluación de desempeño, en el que se concluyó que dichos Acuerdos dejaron de regir a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que creó la remuneración variable por eficiencia.

El referido informe cita entre otras normas, los artículos 32 de la derogada Ley Orgánica de Educación y 61 de su Reglamento General, que clasificaban a los establecimientos educativos en oficiales, particulares y otros; y, el artículo 3 de la derogada Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, que incluía en su ámbito de aplicación a los docentes de los establecimientos particulares, con nombramiento del Ministerio de Educación y Cultura.

El criterio institucional invoca también el artículo 93 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, en actual vigencia, que dispone que la carrera educativa incluye a los docentes que tengan nombramiento y a los que laboren bajo cualquier forma y modalidad en los establecimientos públicos y fiscomisionales, previendo para el caso de los docentes del sector privado, que estarán amparados por el Código del Trabajo; y, con respecto a los estímulos que se establecen en beneficio de los docentes, cita los artículos 112 y 125 *ibidem*.

Argumenta el informe que, “De acuerdo a los artículos 32 de la Ley Orgánica de Educación y 26, inciso 6º, y 61, literal a), de su Reglamento, vigentes en el año 2010, los establecimientos educativos fiscomisionales no formaban parte del ‘sistema educativo fiscal’; razón por la cual el Acuerdo Ministerial 320-10 de 9 de abril de 2010 no era aplicable a los docentes de los mismos, aún cuando hayan tenido “nombramiento fiscal”.

El informe jurídico concluye que:

“(…) a partir del 31 de marzo de 2011, fecha de la publicación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural en el Registro Oficial, el régimen jurídico que regula los estímulos a los docentes se encuentra previsto en sus artículos 93, 112 y 125”.

De los antecedentes referidos por el criterio institucional y del tenor de la consulta, se desprende que ésta tiene por objeto determinar si los docentes que prestan servicios en establecimientos educativos fiscomisionales, con contrato de servicios ocasionales o nombramiento del Ministerio de Educación, tienen derecho a percibir los estímulos económicos por los resultados de su evaluación, que fueron establecidos por los Acuerdos Nos. 51 y 320 de 11 de febrero de 2009 y 9 de abril de 2010 del Ministerio de Educación, antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Los estímulos establecidos por los Acuerdos Nos. 51 y 320 de 11 de febrero de 2009 y 9 de abril de 2010, consistían en el pago de USD 1200 y USD 900, cada año, por un lapso de cuatro años, a favor de los docentes del sistema educativo público que hubieren obtenido la evaluación de excelente y muy bueno, respectivamente.

En tal contexto, resulta pertinente considerar que las Disposiciones Derogatorias Primera, Segunda y Décima Primera de la Ley Orgánica de Educación Intercultural derogaron, en su orden, la Ley Orgánica de Educación, la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional; y, "Las demás disposiciones de similar o inferior jerarquía que se opongan a la presente Ley".

El pronunciamiento de este Organismo, contenido en el oficio No. 08696 de 6 de julio de 2012, al que se refiere el criterio institucional de la Entidad consultante, analizó las normas que regían el sistema de evaluación docente y los estímulos económicos vinculados con dicha evaluación, establecidos antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural. En el referido pronunciamiento analicé que:

"(...)los estímulos económicos en beneficio de los docentes, vinculados a los resultados de la evaluación de su desempeño, fueron creados mediante Acuerdos del Ministerio de Educación Nos. 025-09, 051-09 y 320-10, de 26 de enero y 11 de febrero de 2009, y 9 de abril de 2010, respectivamente, expedidos al amparo de lo dispuesto por el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 20 del Reglamento a la derogada Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, mediante Decreto Ejecutivo No. 708 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 211 de 14 de noviembre de 2007, que confería al Ministerio de Educación competencia para definir y establecer las políticas y procedimientos de la evaluación docente".

El referido pronunciamiento agregó que:

"(...) de conformidad con los artículos 67 y 68 de la vigente Ley Orgánica de Educación Intercultural, la evaluación del desempeño de los docentes, es competencia del Instituto Nacional de Evaluación Educativa; y, que la letra a) del artículo 116 de la citada Ley Orgánica, ha establecido la remuneración variable por eficiencia, en beneficio del personal docente que hubiere obtenido altas calificaciones en las pruebas aplicadas por el Instituto Nacional de Evaluación Educativa".

Sobre dicha base, el pronunciamiento concluyó:

"En consecuencia, atenta la derogatoria de la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional y de las demás disposiciones de similar o inferior jerarquía que se opongan a esa Ley, dispuesta por las Derogatorias Segunda y Décima Primera de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, se concluye que, a partir de la promulgación de dicha Ley Orgánica, dejaron de regir los Acuerdos del Ministerio de Educación Nos. 025-09, 051-09 y 320-10, de 26 de enero y 11 de febrero de 2009, y 9 de abril de 2010, que crearon estímulos económicos en beneficio de los docentes, vinculados a los resultados de la evaluación de su desempeño, toda vez que, la letra a) del artículo 116 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural ha establecido la remuneración variable por eficiencia, en beneficio del personal docente que hubiere obtenido altas calificaciones en las pruebas aplicadas por el Instituto Nacional de Evaluación Educativa".

A lo dicho en el pronunciamiento precedentemente citado, cabe agregar que, de acuerdo con los artículos 345 de la Constitución de la República y 53 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, la educación es un servicio público que se prestará a través de instituciones públicas, fiscomisionales y particulares. Son públicas, conforme al artículo 54 de esa Ley, las instituciones educativas fiscales o municipales, de fuerzas armadas o policiales.

Conforme al artículo 55 de la misma Ley, las entidades educacionales fiscomisionales son de derecho privado y sin fines de lucro, aún cuando el Estado participe en su financiamiento. La citada norma dispone:

"Art. 55.- Instituciones educativas fiscomisionales.- Son instituciones educativas fiscomisionales aquellas cuyos promotores son congregaciones, órdenes o cualquiera otra denominación confesional o laica. Son de carácter religioso o laica, de derecho privado y sin fines de lucro, garantizando una educación gratuita y de calidad.

Estas instituciones educativas contarán con financiamiento total o parcial del Estado, con la condición de que se cumpla el principio de gratuidad, igualdad de oportunidades para el acceso y permanencia, rendición de cuentas de sus resultados educativos y manejo de los recursos y el respeto a la libertad de credo de las familias.

Por el Interés Superior del Niño, la Autoridad Educativa Nacional regulará el pago de los servicios educativos en la parte estrictamente necesaria para su financiamiento integral, solamente cuando la contribución del fisco sea insuficiente para el correcto funcionamiento del centro educativo”.

Por otra parte, el artículo 229 de la Constitución de la República, define como servidores públicos a todas las personas “que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”. La misma norma prevé que corresponde a la ley definir el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público.

El artículo 349 de la Carta Constitucional, garantiza a los docentes una remuneración justa, de acuerdo a la profesionalización, desempeño y méritos académicos y prevé que “(...) La ley regulará la carrera docente y el escalafón; establecerá un sistema nacional de evaluación del desempeño y la política salarial en todos los niveles. Se establecerán políticas de promoción, movilidad y alternancia docente”.

En tal contexto, la Disposición General Décima Octava de la Ley Orgánica del Servicio Público, define el concepto de “Docente”, como todo servidor “legalmente nombrado o contratado para prestar servicios exclusivamente de docencia en centros educativos, Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas; y, las del Sistema Nacional de Educación Pública”.

El quinto inciso del numeral 4 del artículo 3 de la LOSEP, que establece el ámbito de aplicación de esa Ley, prevé para el caso de los servidores docentes, que “se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas”.

Por su parte, la letra f) del artículo 10 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, establece en beneficio de los “docentes del sector público”, el derecho de “f) Recibir una remuneración acorde con su experiencia, solvencia académica y evaluación de desempeño, de acuerdo con las leyes y reglamentos vigentes (...)”.

Concordante con ello, el artículo 93 de la citada Ley Orgánica, prevé que forman parte de la carrera educativa, los docentes que tengan nombramientos y los que laboren bajo cualquier forma y modalidad en los establecimientos públicos y fiscomisionales; mientras que, respecto de los docentes del sector privado, prescribe que están amparados por el Código del Trabajo.

En relación a los docentes contratados, la Disposición General Décima de la citada Ley Orgánica de Educación Intercultural, prescribe:

“DECIMA.- A las y los maestros que se encuentran prestando sus servicios bajo la modalidad de contrato por más de cuatro años, se les otorgará el nombramiento respectivo de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Servicio Público, previo concurso de oposición y méritos”.

En consecuencia, la carrera educativa o carrera docente pública a la que se refiere el artículo 93 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, se integra por servidores públicos, esto es por personas que tienen nombramiento de docentes en los establecimientos públicos o fiscomisionales, incluidos aquellos docentes que hubieren prestado servicios en dichos establecimientos, bajo la modalidad de contrato por más de cuatro años al tiempo de promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, a quienes se les podrá otorgar nombramiento previo concurso de oposición y méritos conforme a la Disposición General Décima de esa Ley.

El artículo 112 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, en el contexto del desarrollo profesional de los educadores, establece estímulos para la formación continua del docente, y entre ello incluye la bonificación económica para los mejores puntuados en el proceso de evaluación realizado por el Instituto de Evaluación.

Los artículos 111 y 115 de la citada Ley Orgánica de Educación Intercultural, establecen el escalafón del magisterio nacional, como un sistema de categorización de los docentes pertenecientes a la “carrera docente pública”, para cuyo efecto se consideran entre otros elementos, los resultados de la evaluación implementada por el Instituto Nacional de Evaluación, lo que determina la remuneración y ascensos de categoría de los docentes. El artículo 116 de la misma Ley, establece la remuneración variable vinculada al resultado de la evaluación.

La concesión de estímulos a los servidores docentes, está prevista por el artículo 125 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, para los profesionales de la carrera educativa pública que cumplan con al menos una de las condiciones establecidas

en dicha norma, ninguna de las cuales está relacionada con el resultado de la evaluación, conforme se desprende de su texto que tiene el siguiente tenor:

"Art. 125.- Concesión de los estímulos.- Se concederán estímulos a las y los profesionales de la carrera educativa pública que cumplan con al menos una de las siguientes condiciones:

- a. Publicar el resultado de sus experiencias exitosas e innovadoras en el ámbito de su función, previa calificación de la Autoridad Educativa Nacional;
- b. Publicar una investigación en el ámbito de su función;
- c. A la jubilación de manera voluntaria, y el estímulo para la jubilación, en concordancia y cumplimiento con lo establecido en la Constitución de la República, la Ley y su respectivo reglamento;
- d. Acreditación del tiempo de servicio, para docentes que han laborado en el sector privado, fiscal, fiscomisional, y en otras instituciones educativas acreditadas por la Autoridad Educativa Nacional, para efectos del escalafón docente, siempre y cuando cumplan con los otros requisitos establecidos en la presente ley, de acuerdo a una tabla de equiparación que se regule para el efecto. Y para efecto de la jubilación se aplicará lo que establecen las leyes correspondientes;
- e. Comisión de servicios con sueldo para el perfeccionamiento profesional, en áreas educativas, fuera del país;
- f. A un reconocimiento a las y los docentes que al 13 de abril de cada año, hayan cumplido 25 años de servicio;
- g. A las y los docentes e instituciones educativas que hagan aportes importantes a la comunidad, al desarrollo social, o a la educación; y,
- h. El procedimiento de calificación y determinación de los estímulos estarán definidos en el reglamento correspondiente".

Resulta pertinente considerar en forma adicional que, respecto de los servidores públicos en general, el tercer inciso de las Derogatorias establecidas por la LOSEP derogó las leyes, reglamentos, normas, resoluciones, acuerdos o cualquier tipo de disposición que reconozca bonificaciones, comisiones o estímulos económicos por el cumplimiento de años de servicio, por aniversarios institucionales, por efectos de

ejecución de funciones propias de cada institución o por cualquier otro mecanismo, modo o circunstancia.

Del análisis previamente efectuado se desprende que, de acuerdo con el artículo 93 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, los docentes que prestan servicios en establecimientos educativos públicos y fiscomisionales, con nombramiento del Ministerio de Educación, integran la carrera docente pública.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, no es jurídicamente procedente que el Ministerio de Educación pague a los docentes públicos que prestan servicios en establecimientos fiscomisionales los estímulos económicos relacionados con la evaluación docente, establecidos en el Acuerdo No. 320 de 9 de abril de 2010, que dejó de regir a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, conforme concluyó mi pronunciamiento contenido en oficio No. 08696 de 6 de julio de 2012, toda vez que, la letra a) del artículo 116 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural ha establecido la remuneración variable por eficiencia, en beneficio del personal docente público que hubiere obtenido altas calificaciones en las pruebas aplicadas por el Instituto Nacional de Evaluación Educativa.

OF. PGE. N°: 10970, 10-12-2012

SUBCONTRATOS: ASOCIACIÓN CON EMPRESAS PRIVADA ECUATORIANA Y EXTRANJERA O DE ECONOMÍA MIXTA

ENTIDAD CONSULTANTE:
CUERPO DE INGENIEROS DEL EJÉRCITO

CONSULTAS:

1. "De conformidad con la disposición constitucional constante en el Art. 283, puede el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, asociarse o consorciarse con empresas privadas ecuatorianas o extranjeras domiciliadas en el país, o subcontratar con las mismas la ejecución de obras de interés público como la construcción de las Instituciones de educación superior referidas en la disposición transitoria Décima Quinta de la Ley Orgánica de Educación Superior. Se requiere un proceso de selección para escoger a la empresa a asociarse o consorciarse, o cual es el procedimiento a seguir?".

2. "Para estos mismos proyectos, puede el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, optar por constituir con una empresa privada ecuatoriana o extranjera domiciliada en el país, una Compañía de Economía Mixta, al amparo de lo previsto en el Art. 308 y siguientes de la Ley de Compañías?".

3. "La asociación o consorcio, o la empresa de economía mixta, en la cual el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, posea por lo menos el 50% de los aportes o del capital suscrito, respectivamente, puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 103, numeral 1 y siguientes del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?".

4. "Puede el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, poseyendo por lo menos el 50% de los aportes o del capital sucrito en cualquiera de las figuras asociativas mencionadas en los numerales precedentes, ser contratado por otra entidad del Estado bajo Régimen Especial de conformidad a lo establecido en el Art. 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?".

5. "Cuál es el procedimiento para que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército pueda subcontratar a empresas privadas extranjeras para la ejecución de obras públicas?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 283 y 315.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 1, 2 num. 8 y 9, 6, 7, 21 y 79 ; y, 103 num. 1 y 104 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Educación Superior Disp. Trans. Décima Quinta; y, 27 de su Reglamento.

Ley de Compañías Arts. 6, 308, 309, 310 y 312.

D. E. N° 134 Arts. 1 y 2.

D. E. N° 1664 Art. 1.

D. S. N° 2551 Arts. 1 y 3.

Res. INCOP-052-2011 Art. 12.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Respecto de su primera consulta, el informe jurídico contenido en el documento de fecha 3 de octubre de 2012, expresa el siguiente criterio:

"Es procedente la conformación de un consorcio con proveedores habilitados en el Registro Único de Proveedores, de acuerdo al Art. 12 de la Resolución

INCOP-052-2011, sin que exista una disposición que impida hacer un proceso de selección para escoger al integrante del consorcio”.

El artículo 283 de la Constitución de la República, que menciona en su consulta, forma parte del Capítulo Cuarto “Soberanía Económica”, Sección Primera “Sistema Económico y Política Económica”; y, prevé lo siguiente:

“Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios”.

Según consta del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 134, se creó el Cuerpo de Ingenieros del Ejército como un departamento de la Fuerza Terrestre.

A través del artículo 1 del Decreto Supremo No. 2551, que contiene las Normas de Contratación del Cuerpo de Ingenieros del Ejército se facultó al Comandante del Cuerpo de Ingenieros del Ejército para que, a nombre y en representación del Gobierno Nacional, celebre contratos relacionados con la ejecución de obras de infraestructura, de vialidad, sanitarias, vivienda y otras similares que tiendan al cumplimiento del Plan Integral de Transformación y Desarrollo del País, cuya cuantía no exceda de la base establecida para el concurso de ofertas, con personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras; e igualmente todos los contratos que se relacionen con el cumplimiento de las obligaciones asumidas y funciones específicas del Cuerpo de Ingenieros del Ejército.

Posteriormente, se reformó el indicado Decreto Ejecutivo No. 134, con Decreto Ejecutivo No. 1664 y sus artículos 1 y 2 disponen lo siguiente:

“Art. 1.- Créase el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de la Comandancia General de la Fuerza Terrestre, como entidad de derecho público y con personalidad jurídica.

Art. 2.- Dicho Cuerpo de Ingenieros tendrá a su cargo la Dirección, Planificación, Ejecución y Supervisión de los trabajos, en coordinación con los Ministerios

o Entidades interesadas y responsables de la financiación o fiscalización de los mismos”.

De la normativa antes citada, se infiere que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de la Comandancia General de la Fuerza Terrestre, es una persona jurídica a la que le compete la dirección, planificación, ejecución y supervisión de trabajos, en coordinación con los ministerios y entidades públicas y que se encuentra facultado para suscribir contratos para la ejecución de obras de infraestructura, vialidad, sanitarias, de vivienda y otras similares.

Cabe señalar que según el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, la personalidad es la “aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones”.

De otra parte, el consorcio o asociación es una institución que se origina en el derecho societario o empresarial y que no está definido en nuestra legislación. En tal virtud, el mismo autor lo preceptúa como la “Forma de asociación entre dos o más empresas que actúan unidas, bajo una misma dirección y reglas, comunes, aunque conservando su personalidad e independencia jurídicas”.

De la cita anterior, se establece que los consorcios o asociaciones carecen de personería jurídica, pero pueden intervenir en actos y contratos.

Del análisis jurídico precedente, con fundamento en los Decretos Ejecutivos Nos. 134 y 1664, antes citados, así como en el Decreto Supremo No. 2551, se concluye que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, al tener personalidad jurídica, tiene competencia legal para asociarse o participar en consorcios con empresas privadas ecuatorianas o extranjeras domiciliadas en el país.

En cuanto al proceso de selección para escoger a la empresa a asociarse o consorciarse, al que se refiere la segunda parte de su primera consulta, cabe señalar que la legislación vigente no ha previsto un proceso para aquello, por lo que, corresponde al propio Cuerpo de Ingenieros, establecer el procedimiento de selección del socio.

El artículo 3 del Decreto Supremo No. 2551, prevé que los contratos que por su cuantía estuvieren sujetos a trámites de licitación o concurso de ofertas, deberán sujetarse sin ningún otro trámite previo, al estudio y resolución del Comité Especial de Contrataciones.

En consonancia con lo analizado en líneas anteriores, el contrato de asociación o consorcio no está regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en consecuencia no se ajusta al proceso de concurso de ofertas (actualmente concurso público) o licitación, y por lo tanto, no compete al Comité de Contrataciones del Cuerpo de Ingenieros del Ejército autorizar la suscripción del mismo.

En atención a su primera consulta, le corresponde a la Entidad consultante, bajo su responsabilidad, determinar los requisitos y procedimientos para la selección de socios privados. De igual manera, le compete precautelar la legalidad y transparencia del proceso, así como las condiciones de su participación en el consorcio o asociación que pretende celebrar, precautelando el interés público.

La conveniencia de constituir una asociación o consorcio y, en general, de escoger una forma asociativa, así como la determinación de los requisitos y procedimientos para escoger un socio privado y las condiciones de participación de la Entidad a su cargo, son de responsabilidad de los personeros de la misma.

2. Como quedó señalado al atender su primera consulta, del Decreto Supremo No. 2551 y del Decreto Ejecutivo No. 1664, que confirió personalidad jurídica al Cuerpo de Ingenieros del Ejército, se infiere la plena competencia legal de dicha Entidad para contratar y en consecuencia para intervenir en la constitución de una compañía, que conforme la definición del artículo 1 de la Ley de Compañías, es un contrato por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

Su consulta pretende determinar la procedencia jurídica para que la Entidad a su cargo constituya conjuntamente con una compañía privada, sea ecuatoriana o extranjera, una compañía de economía mixta; por lo que, en primer término, respecto de la participación de una sociedad extranjera, cabe señalar que el inciso final del artículo 6 de la Ley de Compañías, prevé:

“Las compañías extranjeras, cuyos capitales sociales estuvieren representados únicamente por acciones o participaciones nominativas, que tuvieren acciones o participaciones en compañías ecuatorianas, pero que no ejercieren ninguna otra actividad empresarial en el país ni habitual ni ocasionalmente, no serán consideradas con establecimientos permanentes en el país ni estarán obligadas a establecerse en el Ecuador con arreglo a lo dispuesto en la Sección XIII de la presente Ley, ni a inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes ni a presentar

declaraciones de impuesto a la renta, pero deberán tener en la República el apoderado o representante referido en el inciso primero de este artículo, el que por ningún motivo será personalmente responsable de las obligaciones de la compañía extranjera antes mencionada. El poder del representante antedicho no deberá ni inscribirse ni publicarse por la prensa, pero si deberá ser conocido por la compañía ecuatoriana en que la sociedad extranjera fuere socia o accionista”.

De lo expuesto se desprende que, las empresas extranjeras pueden invertir su capital en calidad de accionistas de compañías ecuatorianas, sin que para el efecto se encuentren obligadas a domiciliarse con establecimiento permanente en el Ecuador.

La compañía de economía mixta, que según señala en la consulta, es la especie societaria de la compañía que se pretende constituir, se halla regulada por los artículos 308 y siguientes de la Ley de Compañías, el cual prevé:

“ Art. 308.- El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía”.

El artículo 309 de la Ley de Compañías preceptúa que la facultad a la que se refiere el artículo anterior corresponde a las empresas dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos. En dicho contexto, se establece que el objeto social de las compañías de economía mixta, constituidas por las entidades determinadas en el artículo 308 de la Ley de Compañías, se halla circunscrito a las actividades determinadas en el artículo 309 *ibídem*.

Por su parte, el artículo 310 de la indica Ley, prescribe que las entidades enumeradas en el artículo 308 antes referido, podrán participar en el capital de esta compañía suscribiendo su aporte en dinero o entregando equipos, instrumentos agrícolas o industriales, bienes muebles e inmuebles, efectos públicos y negociables, así como también mediante la concesión de prestación de un servicio público por un período determinado.

Téngase en cuenta que el inciso segundo del artículo 312 de la mencionada Ley de Compañías, determina que: “Cuando la aportación del sector público exceda del cincuenta por ciento del capital de la compañía, uno de los directores de este sector será presidente del directorio”.

De las disposiciones de la Ley de Compañías, previamente citadas, se colige que el Estado, las Municipalidades, los Consejos Provinciales y las entidades u organismos del sector público pueden participar en empresas de economía mixta, las cuales pueden dedicarse al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos. Al efecto, dichos entes públicos pueden participar en el capital de esta compañía suscribiendo su aporte en dinero o entregando equipos, instrumentos agrícolas o industriales, bienes muebles e inmuebles, efectos públicos y negociables, así como también mediante la concesión de prestación de un servicio público por un período determinado y cuando la aportación pública sea superior al 50% del capital social, el presidente del directorio será uno de los directores que representa al sector público.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que de conformidad con el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1664, publicado en el Registro Oficial No. 307 de 18 de mayo de 2004, que reformó el Decreto Ejecutivo No. 134, publicado en el Registro Oficial No. 30 de 14 de octubre de 1968, por el cual se otorgó personalidad jurídica al Cuerpo de Ingenieros del Ejército, dicha entidad, puede optar por constituir, con una empresa privada ecuatoriana o extranjera, una compañía de economía mixta, al amparo de lo previsto en el artículo 308 y siguientes de la Ley de Compañías.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, sin que sea competencia de esta Procuraduría pronunciarse sobre la conveniencia de constituir una compañía de economía mixta, así como los requisitos y procedimientos para escoger un socio privado que son de responsabilidad de la Entidad a su cargo.

3. En aplicación del artículo 315 de la Constitución de la República, el Estado debe tener siempre participación accionaria mayoritaria en las empresas de economía mixta que constituya para la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos. En las demás actividades que pueden ser objeto de una compañía de economía mixta y que se encuentra determinadas en el artículo 309 de la Ley de Compañías, citado en la consulta anterior, la Ley no ha previsto la obligación de que el Estado participe mayoritariamente, siendo responsabilidad de la entidad pública, determinar la conveniencia de una participación minoritaria.

Por otra parte, el artículo 103 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ubicado en la Sección XII "Empresas Mercantiles del Estado y Subsidiarios" del indicado Cuerpo Legal, dispone:

“Art. 103.- Procedencia.- Se sujetarán a las disposiciones contenidas en el artículo siguiente, las contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios, que celebren:

1. Las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público, de conformidad con el párrafo final del artículo 1 y el numeral 8 del artículo 2 de la Ley; y,
2. Las subsidiarias definidas como tales en el numeral 11 del artículo 6 de la Ley y conforme lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 2 de la Ley”.

En el contexto previamente establecido, el artículo 104 del Reglamento en mención, establece:

“Art. 104.- Giro específico del negocio.- Las contrataciones a cargo de las empresas referidas en el artículo anterior, relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General.

Para el efecto, la máxima autoridad de las empresas o sus delegados, remitirán al INCOP la solicitud para que este determine las contrataciones que correspondan al giro específico y al giro común del respectivo negocio, cumpliendo con los requisitos previstos por el Director Ejecutivo de la mencionada institución. La definición de contrataciones sometidas a régimen especial por giro específico del negocio se publicará en una ventana especial del Portal www.compraspublicas.gob.ec

Esta disposición no podrá ser utilizada como mecanismo de elusión de los procedimientos de contratación previstos en el Título III de la Ley. Si a juicio del INCOP se presumiera que alguna de las empresas hubiese incurrido en la práctica antes señalada, notificará a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley”.

Del artículo 103 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, antes citado, se establece que se sujetarán a las disposiciones contenidas en el artículo 104, las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público y las subsidiarias definidas como tales en el numeral 11 del artículo 6 de la Ley.

El artículo 104 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, también citado, dispone que las contrataciones a cargo de las empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público y las subsidiarias, relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en ese Reglamento General, sin que dicha disposición pueda ser utilizada como mecanismo de elusión de los procedimientos de contratación previstos en el Título III de la Ley.

Del análisis de los artículos 103 y 104 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, antes referidos, se establece que dichas normas no se hallan referidas a las asociaciones o consorcios en las que participen entidades públicas, por lo que, en aplicación del principio de legalidad consagrado en el Art. 226 de la Constitución de la República, la asociación o consorcio que pretende constituir el organismo que usted representa, no puede acogerse al régimen especial dispuesto en el artículo 103 y siguientes del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema de Nacional de Contratación Pública.

En lo que respecta a la empresa de economía mixta, en la cual el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, posea por lo menos el 50% de los aportes o del capital suscrito, respectivamente, puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 103 numeral 1 y siguientes del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dentro de las contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional; y, los contratos de orden societario, no estarán sujetos a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, por disposición del artículo 104 del indicado Reglamento.

4. El numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a que se refiere su consulta, dispone lo siguiente:

“Art. 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

(...) 8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí.

También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.

El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.

La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública”.

Como se observa de la disposición transcrita, la misma ha previsto que los procedimientos precontractuales que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y, las empresas entre sí, se someterán al régimen especial dispuesto en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que, en aplicación del numeral 8 del artículo 2 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, en caso de que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército posea por lo menos el 50% de los aportes o del capital suscrito en una empresa, ésta puede ser contratada por otra entidad del Estado bajo Régimen Especial.

5. Como ha quedado señalado al atender su primera consulta, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército de la Comandancia General de la Fuerza Terrestre, es una persona jurídica de derecho público, encargada de la dirección, planificación, ejecución y supervisión de trabajos, en coordinación con los ministerios y entidades públicas y se encuentra facultado para suscribir contratos para la ejecución de obras de infraestructura, vialidad, sanitarias, de vivienda y otras similares.

En el contexto anterior, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército celebra contratos dentro del ámbito de su competencia, con distintas entidades públicas. Es decir que, de conformidad con el numeral 6 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Entidad que usted representa, en tales casos tiene la calidad de contratista, que es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios.

Su consulta se halla referida al caso en que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, requiera subcontratar bienes o servicios para cumplir con los contratos antes señalados. Al respecto, en cuanto a la subcontratación por parte de los contratistas, el artículo 79 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone:

“Art. 79.- Subcontratación.- El contratista podrá subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad.

Tratándose de subcontratación de consultoría, ésta sólo podrá realizarse para las actividades que expresamente se establezcan en los pliegos y que conste en la oferta adjudicada.

Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado.

Por la subcontratación, el contratista no pierde su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la Entidad Contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal.

Las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley en calidad de contratistas, observarán los procedimientos de selección previstos en esta Ley”.

Del artículo 79 de la Ley Orgánica del Servicio Público, antes transcrito, se desprende que dicha norma permite la subcontratación hasta en un 30% del monto del contrato reajustado, para la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo riesgo y responsabilidad del contratista.

Adicionalmente, el contratista no pierde su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la Entidad Contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal y para tales subcontrataciones, sin que la norma distinga si se trata de subcontratistas nacionales y extranjeros, salvo la obligación adicional que establece en el artículo 120 del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública de que los subcontratistas extranjeros se comprometan a brindar capacitación y transferencia de tecnología a los subcontratistas nacionales.

Como se observa del inciso final del artículo 79 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, éste dispone expresamente que las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del artículo 2 de esa Ley en calidad de contratistas, esto es las que celebren el Estado, entidades del sector público, empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias, observarán los procedimientos de selección previstos en dicha Ley Orgánica.

Concordante con la norma legal antes citada, el artículo 120 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé:

“Art. 120.- Subcontratación.- Conforme al Artículo 79 de la Ley, el contratista podrá subcontratar con terceros, registrados y habilitados en el RUP, parte de sus prestaciones, siempre y cuando la entidad contratante apruebe por escrito previamente la subcontratación. La aprobación será efectuada por la máxima autoridad, su delegado o por el funcionario que cuente con facultades suficientes para ello. En el caso de contratistas extranjeros, éstos se comprometerán a brindar capacitación y transferencia de tecnología a los subcontratistas nacionales.

Las subcontrataciones se efectuarán de preferencia con las pequeñas y micro empresas”.

En consonancia con lo anterior, en el evento de que el Cuerpo de Ingenieros del Ejército subcontrate la ejecución parcial de los contratos a su cargo, esta Entidad adquiere la calidad de contratante, con respecto de los contratistas que pretende subcontratar; y, al tratarse de una entidad pública, se halla sujeta a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dispone:

“Art. 1.- Objeto y Ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de

contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:

(...) 5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad”.

En concordancia, el artículo 7 de la misma Ley Orgánica, define al Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), como el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas, orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Dicho Sistema está sujeto al control dispuesto en el artículo 14 *ibídem*, que incluye la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo.

De conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es obligatorio para las entidades contratantes aplicar las herramientas del Sistema, esto es, el portal de compras públicas; los modelos precontractuales y contractuales oficializados por el Instituto Nacional de Contratación Pública; el cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del INCOP, así como los planes y presupuestos institucionales; la contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en la Ley. El uso obligatorio del Sistema Oficial de Contratación Pública consta también previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica en referencia; y, de los modelos de documentos precontractuales, en el artículo 27 *ibídem*.

Adicionalmente, en materia de adquisición de bienes y de prestación de servicios, el procedimiento precontractual se determina en función de la naturaleza de los bienes y servicios, normalizados o no, así como de la cuantía de la contratación, a efectos de determinar la aplicación de los procedimientos de compras por catálogo, subasta inversa, cotización o licitación, según el caso, regulados por los artículos 43, 47, 48 y 50 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respectivamente.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, toda vez que según el numeral 5 del artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército se encuentra sujeto a dicha Ley Orgánica, y por disposición expresa del inciso final del artículo 79 de la misma Ley Orgánica, se concluye que los procedimientos para que la entidad pública a su cargo pueda subcontratar a empresas privadas extranjeras para la ejecución de obras públicas, serán los establecidos en la Ley Orgánica del Sistema de Contratación

Pública, en función de la naturaleza de los bienes o servicios, así como de la cuantía de la contratación.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, por lo que, es responsabilidad del Organismo que usted representa, determinar la conveniencia de subcontratar las obras a su cargo, así como el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables a cada caso.

OF. PGE. N°: 10495, de 01-11-2012

SUPRESIÓN DE PUESTOS: CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES

ENTIDAD CONSULTANTE:

DIRECCIÓN NACIONAL DE SERVICIOS EDUCATIVOS-DINSE

CONSULTA:

“Por cuanto no existe concordancia entre la Disposición General Primera de la LOSEP y el Art. 287 del Reglamento General a la LOSEP reformado mediante Decreto 813; CONSULTO: ¿Cuál de las normas legales citadas, debe aplicarse para el cálculo de las indemnizaciones por supresión de puestos del personal de la DINSE en Liquidación?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 264 num. 7 y 326 num. 3.
Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP Arts. 3, 23 e), 47, 58, 60, 129, 143, 150 y Disp. Gen. Primera; y, 285, 287 y 288 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 10589 de 9 de noviembre de 2012, este Organismo solicitó a usted la remisión del criterio del Asesor Jurídico de esa Entidad, lo que ha sido atendido con oficio No. DINSE-DINSE-2012-0374-OF de 13 de noviembre de 2012, recibido el 13 de noviembre del presente año.

En la comunicación inicial de consulta se expone que, la Disposición Transitoria Vigésimo Séptima del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, ordenó la extinción de la Dirección Nacional de Servicios Educativos

(DINSE) y la designación de un liquidador a quien corresponde la representación legal y judicial de esa Entidad y se le autoriza a ejecutar todos los actos y contratos necesarios para su liquidación.

El informe del Director de Asesoría Jurídica de la DINSE, contenido en oficio No. 088-DAJ-DINSE-2012 de 12 de noviembre de 2012, remitido a pedido nuestro, argumenta que no existe concordancia entre la Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público y el artículo 287 del Reglamento General a esa ley, reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 813 de 7 de julio de 2011, respecto del cálculo de la indemnización por supresión de puestos.

El informe cita el criterio del Ministerio de Relaciones Laborales sobre el tema materia de consulta, contenido en oficio No. MRL-AGTH-2012-EDT-8491 de 6 de noviembre de 2012, cuya copia certificada se ha remitido a esta Entidad, en el que se concluye que la Disposición General Primera de la LOSEP y el artículo 287 de su Reglamento no se oponen sino que son complementarios.

El criterio institucional de la DINSE invoca el numeral 3 del artículo 326 de la Constitución de la República, que dispone: "En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras".

Sobre dicha base, el informe jurídico de la entidad consultante concluye:

"Por lo expuesto, Asesoría Jurídica de la DINSE, considera que para el cálculo de las indemnizaciones por supresión de puestos del personal de DINSE en Liquidación, se debe aplicar lo dispuesto en el Art. 287 del Reglamento General a la LOSEP reformado, esto es, el cálculo para la liquidación por supresión de puestos debe efectuarse a partir del primer año de servicio en el sector público, aplicando la fórmula prevista en el Art. 129 de la LOSEP, que es de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado, por cada año de servicio, hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados; por ser esto lo más favorable a los trabajadores, recalcando además que es esta la posición jurídica institucional, y teniendo en cuenta que el Ministerio de Relaciones Laborales, al parecer tiene un criterio análogo".

El criterio del Ministerio de Relaciones Laborales, contenido en oficio No. MRL-AGTH-2012-EDT-8491 de 6 de noviembre de 2012, dirigido al Liquidador de la DINSE, cuya copia certificada ha remitido a este Despacho la Entidad consultante, tiene el siguiente tenor:

“(..) la Disposición General Primera de la LOSEP remite al artículo 129 de la misma norma para establecer la fórmula de cálculo del monto a recibir por concepto de indemnización por supresión de puestos; mientras que, en el Reglamento General de la LOSEP, en el artículo 287 se determina el tiempo que se contabiliza para este monto; normas jurídicas que no tienen discordancia sino más bien complementariedad y que son de cumplimiento obligatorio a partir de su promulgación en el Registro Oficial (...)”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 487 de 9 de junio del 2003, se constituyó la Dirección Nacional de Servicios Educativos, DINSE, como Unidad Ejecutora del Ministerio de Educación y Cultura, cuya liquidación se ha ordenado por la Disposición Transitoria Vigésimo Séptima del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

La Disposición Transitoria Primera del Estatuto Orgánico por Procesos del Ministerio de Educación, prescribe:

“DISPOSICION PRIMERA- La Dirección Nacional de Servicios Educativos (DINSE) hasta finales del 2012, debe traspasar todas sus funciones (activas, pasivas y personales) a las dependencias correspondientes del Ministerio de Educación y se concluirán todos los compromisos contractuales vigentes, de conformidad a lo establecido en el Art. 264 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador. Hasta tanto, la Dirección Nacional de Servicios Educativos (DINSE) continuará laborando como lo ha venido haciendo hasta la presente fecha, bajo la supervisión de la Subsecretaría de Administración Escolar”.

El personal de servidores públicos de la DINSE está sujeto al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), conforme al numeral 1 de su artículo 3, con excepción de quienes tuvieren la calidad de obreros, que están amparados por el Código del Trabajo según el tercer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República y el segundo inciso del artículo 4 de la citada LOSEP.

De acuerdo con el artículo 23 de la LOSEP, es derecho de los servidores públicos, entre otros: “e) Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, por el monto fijado en esta Ley”. La supresión del puesto da lugar a la cesación definitiva del servidor, según la letra c) del artículo 47 de la LOSEP.

La supresión de puestos, conforme al artículo 60 de la LOSEP procede por razones técnicas, funcionales y económicas; y, se realiza con la intervención de los

Ministerios de Relaciones Laborales, de Finanzas y la institución o entidad objeto de la supresión de puestos, para las entidades del Gobierno Central, como es el caso de la DINSE; mientras que, los dictámenes de esos Ministerios no son aplicables para los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, universidades y escuelas politécnicas públicas; y, las sometidas al ámbito de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. En ambos casos, la entidad debe contar con recursos disponibles en su presupuesto para el pago de la indemnización.

El procedimiento para la supresión de puestos del personal sujeto a la LOSEP, está reglado a partir del artículo 150 del Reglamento General a la LOSEP.

Conforme a los artículos 58 inciso tercero de la LOSEP y 143 inciso octavo de su Reglamento General, la indemnización por supresión de puestos no beneficia al personal que labora bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales; y, tampoco a los dignatarios de elección popular, funcionarios de libre nombramiento y remoción, o de período fijo, pues se trata de un beneficio limitado a los servidores públicos de carrera que son quienes tienen derecho a la estabilidad, conforme a los artículos 23 letra a), 81 y 82 de la LOSEP.

Respecto de la indemnización por supresión de puestos, la Disposición General Primera de la LOSEP, en su primer inciso prescribe:

“El monto de la indemnización, por supresión de partidas del personal de las instituciones, entidades y organismos determinados en el artículo 3 de esta ley, será igual al indicado en el artículo 129 de esta ley”.

Por su parte, el primer inciso del artículo 129 de la LOSEP, ubicado en el Capítulo 2 del Título IX de esa Ley, referido a las remuneraciones, dispone:

“Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”.

El artículo 129 de la LOSEP, previamente transcrito, establece el beneficio por jubilación, aplicable al servidor público de carrera que renuncie para acogerse a

jubilación, conforme ha concluido este Organismo en pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 01122 y 04238 de 29 de marzo y 13 de octubre de 2011, en los que respecto al monto del beneficio se manifestó que:

“(…) de conformidad con los artículos 81 de la LOSEP y 288 de su Reglamento General que han sido citados, se concluye que el monto de la compensación económica por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación será equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, conforme a lo dispuesto en el artículo 129 de la LOSEP antes referido”.

El citado artículo 129 de la LOSEP también es aplicable para determinar el monto de la indemnización por supresión de puestos, conforme prescribe la Disposición General Primera de la LOSEP, transcrita en los antecedentes.

Sin embargo, los años de servicio que se cuentan para el cálculo aplicable a la indemnización por supresión de puestos, están determinados en forma específica por el artículo 287 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, sustituido por Decreto Ejecutivo No. 813, que dispone:

“Art. 287.- De la indemnización por supresión de puestos.- El monto para la indemnización por supresión de puestos establecida en la Disposición General Primera de la LOSEP, se calculará desde el primer año de servicio en el sector público, para lo cual la UATH estructurará, elaborará y presentará la planificación del talento humano, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la LOSEP y la verificación de la disponibilidad presupuestaria para el pago de la compensación”.

En tal contexto, queda claro que respecto de la indemnización por supresión de puestos, la remisión que efectúa la Disposición General Primera de la LOSEP al artículo 129 de la misma Ley, está referida exclusivamente al monto de la indemnización; mientras que, los años de servicio que se cuentan para el cálculo de esa indemnización se determinan en forma específica por el artículo 287 del Reglamento General a la LOSEP que prevé al efecto se considere desde el primer año de servicio en el sector público.

En concordancia, el segundo inciso del artículo 285 del citado Reglamento General a la LOSEP, en relación a las compensaciones económicas e indemnizaciones que prevé esa Ley, dispone que: “Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte

proporcional a que hubiere lugar. En caso de que la servidora o servidor hubiesen recibido indemnización por supresión de puestos o venta de renuncias y hubiere devuelto el valor de la misma, se tomarán en cuenta todos los años de servicios en el sector público, más si no hubiere procedido a hacerlo y ésta o éste reingresó legalmente a laborar en el sector público, sólo se tomarán en cuenta los años de servicios laborados a partir de la fecha de su reingreso”.

La disposición de este segundo inciso del Art. 285 del Reglamento General de la LOSEP, que impuso el reingreso u obliga a devolver la indemnización recibida por supresión de puestos, explica porqué en el caso de supresión de partidas se toma en cuenta los años de servicio en el sector público y no solo los años de servicio en la respectiva institución.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, para el cálculo de la indemnización por supresión de puesto, se deberán tomar en cuenta los años laborados por el respectivo servidor en el sector público, a partir del primer año de acuerdo con el artículo 287 del Reglamento de la LOSEP, debiendo reconocerse la parte proporcional a que hubiere lugar, conforme al artículo 285 de ese Reglamento. El monto total de la indemnización por supresión de puestos es de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, de conformidad con el artículo 129 de la LOSEP al que se remite al efecto la Disposición General Primera de esa Ley.

OF. PGE. N°: 11127, 19-12-2012

**TERMINACIÓN UNILATERAL DE CONTRATO DE CONSULTORÍA:
IMPROCEDENCIA DE PROCESO DE ARBITRAJE**

ENTIDAD CONSULTANTE:

INSTITUTO NACIONAL AUTÓNOMO DE INVESTIGACIONES AGROPECUARIAS, INIAP

CONSULTA:

“(…) ¿Si la resolución de terminación unilateral de un contrato sujeto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es susceptible de ser ventilada en un proceso de arbitraje con el objeto de que un tercero – arbitro, determine su legitimidad, legalidad y procedencia fáctica y jurídica?

De ser negativa su respuesta, consulto: ¿Cuál sería el mecanismo jurídico y ante qué autoridad podría proponer una acción el contratista declarado incumplido de considerarse afectado con la resolución de terminación unilateral de su contrato?

De ser positiva su respuesta, consulto: ¿La institución que represento puede someterse a un proceso de Arbitraje ante el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 190.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 6 num. 5.

PRONUNCIAMIENTO:

Como antecedentes, en su oficio de consulta, señala los siguientes:

“2.1.- Posterior al procedimiento de contratación de consultoría directa No. (CDC-INIAP-AC-005-2011), con fecha 14 de julio de 2011, se suscribió el contrato No. AJ/021-011 entre el INIAP – CONTRATANTE y el consultor Arq. Eduardo Pauta Calle – CONTRATISTA, con el objeto de que se realice el Levantamiento Topográfico y Planimétrico de la Hacienda el Pugro de propiedad del INIAP, el cual deberá incluir soporte técnico georeferenciado y actualizado, descripción de colindantes y deslindes y catastro actualizado.

2.2.- Considerando los constantes incumplimientos del consultor Arq. Eduardo Pauta Calle y frente a la negativa de éste en acatar los requerimientos emitidos por el Fiscalizador y Administrador del Contrato, dando cumplimiento con las disposiciones y procedimientos contemplados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, mediante Resolución No. CD-CP-AC-AJ-DG-010-28/02/2012, de fecha 28 de febrero de 2012, se resolvió terminar unilateralmente el contrato de consultoría directa No. AJ/021-011 celebrado entre la institución que represento y el Arq. Eduardo Pauta, a quién consecuentemente se lo ha declarado Contratista Incumplido.

2.3. Mediante oficio No. OFI-CODURBAM-1.320, de fecha 04 de julio de 2012, el contratista declarado incumplido, Arq. Pauta, informe que va iniciar el proceso de Arbitraje previsto en la cláusula vigésima del contrato, esto es, ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, para lo cual según su apreciación no se requiere la autorización de la Procuraduría General del Estado”.

El informe jurídico institucional consta en el oficio No. INIAP-AJ-271 de 18 de julio de 2012, suscrito por la Directora de Asesoría Jurídica, quien emite el siguiente criterio jurídico:

“La decisión de terminación unilateral del contrato, como opero en el presente caso, es una potestad unilateral de la administración pública, según la doctrina en Derecho Administrativo, esta facultad se ve reflejada en las cláusulas exorbitantes referentes a la imposición de multas; garantías; y, la terminación anticipada y unilateral del contrato, esta última facultad privativa fue aplicada en la relación contractual que nos vinculaba con el ex consultor y que se produjo por el incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por el contratista incumplido.

La Ley de Arbitraje y Mediación, establece la limitación del Estado y sus entidades para someterse al arbitraje exclusivamente sobre ‘las controversias susceptibles de transacción’. Esta delimitación excluiría del arbitraje las diferencias que puedan surgir de una decisión unilateral del Estado, como en el presente caso. Roberto Dromi, especialista argentino en Derecho Administrativo, afirma como principio general que: ‘...en los contratos administrativos cabe el arbitraje como excepción y con carácter restrictivo, en los casos en que las cuestiones a dilucidar no afecten ni al orden público, ni al orden constitucional, ni agraven a la autoridad del Estado o a su soberanía (...) los árbitros iuris no pueden tomar decisiones que impliquen ejercicio de prerrogativas de la Administración Pública o de funciones esenciales del Estado...’

Es por las consideraciones expuestas, que en mi criterio el acto administrativo de terminación unilateral del Estado no es materia arbitral, y se presume legítimo y ejecutable desde su expedición (...).”

Entre la documentación que en copia certificada se ha remitido adjunta a su consulta, consta el Contrato de Consultoría Directa No. AJ/021-011 (CDC-INIAP-AC-005-2011), suscrito entre el Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias, INIAP y el Arq. Eduardo Pauta Calle, en calidad de representante de CODURBAM, el 14 de julio de 2011, por un valor de cuarenta y dos mil ochocientos dieciséis dólares de los Estados Unidos de América, más IVA, según consta de la Cláusula Octava del mismo.

En la Cláusula Cuarta del Contrato en mención, se estipulaba como objeto del mismo “(...) prestar el servicio de consultoría para el Levantamiento Topográfico y Planimétrico de la Hacienda el Pugro, el cual deberá incluir soporte técnico georeferenciado y actualizado, descripción de colindantes y deslindes y catastro actualizado (...).”

En cuanto al plazo, la Cláusula Sexta del Contrato No. AJ/021-011 (CDC-INIAP-AC-005-2011), estipula lo siguiente:

“El tiempo de duración de proyecto se estima en 90 días calendario, debiendo el CONSULTOR, sujetarse a la entrega de los documentos en los siguientes plazos:

1. El primer Informe Técnico – Jurídico para la fiscalía, deberá ser entregado no más de 30 días, a partir de la entrega del Anticipo.
2. Los productos antes señalados a los 90 días de indicado oficialmente la consultoría, previo a la presentación del Acta – entrega definitiva del informe final de la Consultoría”.

A la consulta se acompañó copia certificada de la “Resolución de Terminación Unilateral de Contrato CD-CP-AC-AJ-DG-010/28/02/2012”, por la cual el Instituto a su cargo, resolvió:

“Declarar terminado en forma unilateral y anticipada el contrato de consultoría directa No. AJ/021-011, suscrito entre el INIAP y el consultor Arq. Eduardo Pauta, con el objeto de realizar el Levantamiento Topográfico y Planimétrico de la Hacienda el Pugro, el cual deberá incluir soporte técnico georeferenciado y actualizado, descripción de colindantes y deslindes y catastro actualizado, ubicada en la Parroquia Chillogallo al sur de la ciudad de Quito, por cuanto el Contratista no ha remediado el incumplimiento que ocasionó el inicio del proceso de terminación unilateral, por lo que se lo declara CONTRATISTA INCUMPLIDO”.

La Cláusula Vigésima del Contrato de Consultoría Directa No. AJ/021-011 (CDC-INIAP-AC-005-2011), suscrito entre el Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias, INIAP y el Arq. Eduardo Pauta Calle, en calidad de representante de CODURBAM, relativa a divergencias y controversias, establecía: “20.1. Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Quito.

Para que proceda el arbitraje en derecho, debe existir previamente el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado, conforme el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador.

Convenio Arbitral: Las partes acuerdan someter las controversias relativas a este contrato, su ejecución, liquidación e interpretación a arbitraje y mediación y se conviene en lo siguiente: (...).”

Del análisis de la cláusula transcrita, se verifica la ambigüedad de la misma pues, por un lado se establece la posibilidad de las partes para someterse a un procedimiento arbitral, sin que exista una manifestación expresa para aquello. Mientras que por otro, en la misma cláusula aparece un convenio arbitral en el que las partes someten sus controversias a arbitraje.

Esta contradicción trae como consecuencia dudas sobre la existencia de un convenio arbitral válido o la existencia de un compromiso futuro de someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral, lo cual hace que la cláusula pueda ser considerada como patológica.

Sin perjuicio de lo dicho, esta Procuraduría debe adicionalmente referirse a lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución de la República en lo relativo a los métodos alternativos de solución de conflictos:

“Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

En el Derecho ecuatoriano, las instituciones y empresas reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pueden utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.

Esta posibilidad procede, en base a la norma constitucional transcrita, siempre que se cuente con la autorización previa de la Procuraduría General del Estado.

El artículo 190 de la Constitución estableció a la contratación pública, como un caso adicional a los establecidos en la Ley de Arbitraje y Mediación, en el que se requiere de la autorización del Procurador General del Estado, para someter a arbitraje una controversia.

La Corte Constitucional, mediante sentencia interpretativa No. 001-09-SIC-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 549 de 16 de marzo de 2009 determinó cual es el alcance de dicho artículo, lo hizo en los siguientes términos:

“El artículo 190 (...) Se limita a la Contratación Pública, entendida esta como la relación contractual del Estado con las entidades del sector público y privado, relacionadas, por ejemplo con licitaciones, concurso público de ofertas, etc.”

Vale mencionar, que el artículo 6, número 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define a la contratación pública como: “todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra”.

Por lo tanto, de conformidad con lo expuesto, para que proceda el arbitraje en contratación pública, es necesario que previo a la suscripción del convenio arbitral, se cuente con la autorización de la Procuraduría General del Estado.

De los archivos de esta Procuraduría, se desprende que no consta que el Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias haya solicitado a este Organismo la autorización para someter a arbitraje controversias que surjan del Contrato suscrito entre el Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias, INIAP y el Arq. Eduardo Pauta como representante de CODURBAM, el 14 de julio de 2011.

En tal virtud, al ser éste un requisito esencial para la validez del convenio arbitral en materia de contratación pública, su omisión vicia de nulidad la cláusula arbitral; y, en consecuencia, al no haberse solicitado dicha autorización en el contrato que motiva su consulta, la misma se torna improcedente, lo que hace innecesario cualquier análisis adicional al respecto.

OF. PGE. N°: 09712, de 11-09-2012

TRANSPORTE Y ALIMENTACIÓN: NORMAS QUE REGULAN EL PAGO

ENTIDAD CONSULTANTE:
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

CONSULTA:

Sobre las normas que regulan los servicios de transporte y de alimentación para los servidores públicos, respectivamente.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 66 y 229.

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

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 4 y 96; y, 237 de su Reglamento.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Art. 115.

Res. del Ministerio de Relaciones Laborales N° MRL-2011-00098 Art. 3.

PRONUNCIAMIENTO:

Con oficio No. 10315 de 23 de octubre de 2012, este Organismo atendió su segunda consulta, remitiéndole los pronunciamientos de esta Entidad, emitidos sobre el beneficio de alimentación; y, en relación a su primera consulta sobre el beneficio de transporte, se le solicitó reformular la consulta con relación a la inteligencia o aplicación de una norma y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado, conforme dispone el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Dicho requerimiento se insistió con oficio No. 10724 de 19 de noviembre de 2012.

Mediante oficio No. R-1086-2012 de 13 de noviembre de 2012, ingresado el 20 de noviembre de 2012, se ha remitido el criterio del Procurador encargado de la Universidad Central del Ecuador.

Con tales antecedentes, atiendo su consulta que se ha formulado con el siguiente tenor:

“¿Puede la Universidad Central del Ecuador cancelar en dinero el servicio de transporte, dado que los lugares de residencia habitual de sus trabajadores, así como los turnos de trabajo son diversos en la Institución, cuyos horarios académicos están distribuidos desde las 07h00 hasta las 22h00 de los días laborables y los de guardiana las 24 horas de todos los días?”

El criterio del Procurador encargado de la Universidad Central del Ecuador, contenido en oficio No. 1750-P de 9 de noviembre de 2012, cita entre otras normas, los artículos 66 de la Constitución de la República que establece el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; 237 del Reglamento

General a la Ley Orgánica del Servicio Público que determina en beneficio de los servidores públicos, el servicio de transporte; y, 3 del Acuerdo Ministerial No. MRL-2011-00098 que prevé los techos de negociación para los contratos colectivos y al regular el servicio de transporte, admite su pago de cumplirse los presupuestos establecidos en dicha norma.

El artículo 229 de la Constitución de la República, dispone:

“Art. 229.- 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.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia”.

Concordante, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), prevé en su segundo inciso que, los trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.

Respecto de los servidores sujetos a la LOSEP, su Disposición General Décima Cuarta, prescribe:

“DÉCIMA CUARTA.- Prohíbese expresamente el restablecimiento, mantenimiento o creación de rubros o conceptos que impliquen beneficios de carácter económico o material no contemplados en esta ley, en lo relacionado a gastos de personal, de cualquier naturaleza, o bajo cualquier denominación, a excepción de los gastos por transporte, alimentación, guardería y uniformes, los que serán regulados por la norma que el Ministerio de Relaciones Laborales emita para el efecto”.

De acuerdo con el artículo 96 de la citada Ley, a la remuneración mensual unificada no se sumarán, aquellos ingresos complementarios que correspondan a los

siguientes conceptos: a) décimo tercer sueldo; b) décimo cuarto sueldo; c) viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias y extraordinarias; d) fondo de reserva; e) subrogaciones o encargos; f) honorarios por capacitación; g) remuneración variable por eficiencia; h) gastos de residencia; e, i) bonificación geográfica.

A partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público, los ingresos complementarios son únicamente los que constan en su artículo 96; mientras que, el transporte es un beneficio que las entidades del sector público pueden prestar a sus servidores, de conformidad con la Disposición General Décima Cuarta de esa Ley, conforme a las normas que emita al efecto el Ministerio de Relaciones Laborales.

El Art. 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone que las jornadas de trabajo en el sector público podrán tener las siguientes modalidades:

"a) Jornada Ordinaria: Es aquella que se cumple por ocho horas diarias efectivas y continuas, de lunes a viernes y durante los cinco días de cada semana, con cuarenta horas semanales, con períodos de descanso desde treinta minutos hasta dos horas diarias para el almuerzo, que no estarán incluidos en la jornada de trabajo; y,

b) Jornada Especial: Es aquella que por la misión que cumple la institución o sus servidores, no puede sujetarse a la jornada única y requiere de jornadas, horarios o turnos especiales; debiendo ser fijada para cada caso, observando el principio de continuidad, equidad y optimización del servicio, acorde a la norma que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales.

Las servidoras y servidores que ejecuten trabajos peligrosos, realicen sus actividades en ambientes insalubres o en horarios nocturnos, tendrán derecho a jornadas especiales de menor duración, sin que su remuneración sea menor a la generalidad de servidoras o servidores.

Las instituciones que en forma justificada requieran que sus servidoras o sus servidores laboren en diferentes horarios a los establecidos en la jornada ordinaria, deben obtener la aprobación del Ministerio de Relaciones Laborales. En el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, esta facultad será competencia de la máxima autoridad".

En el Título IV, Capítulo VIII del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, referente al tema de "Salud Ocupacional", el artículo 237 ha regulado lo relacionado con el beneficio de transporte, en los siguientes términos:

"Art. 237.- Del transporte.- Las instituciones en virtud de la disponibilidad presupuestaria, podrán implementar servicios de transporte para facilitar la movilización de las y los servidores públicos a las horas de entrada y salida de las jornadas de trabajo.

El beneficio de transporte será proporcionado institucionalmente o a través de la contratación de empresas especializadas, que cumplan con todas las regulaciones para brindar estos servicios, determinadas por las autoridades competentes.

Los horarios, las rutas y las paradas del servicio serán fijados en los respectivos contratos que para el efecto suscriban las máximas autoridades institucionales o sus delegados, de acuerdo al análisis e informe que realice la UATH, considerando la ubicación de los domicilios de las y los servidores públicos y de sus lugares de trabajo.

Con el propósito de optimizar recursos públicos, dos o más instituciones del Estado que se encuentren cercanas podrán suscribir convenios interinstitucionales que les permita contratar conjuntamente el servicio de transporte para sus servidoras y servidores.

El servicio de transporte no podrá ser cancelado en dinero, salvo los casos en que las instituciones si cuenten con el servicio de transporte y que por motivos operativos se vean imposibilitados de ampliar la ruta hacia algún o algunos servidores, en cuyo caso se les podrá reconocer en dinero, conforme el monto de transporte establecido para las servidoras y servidores que si pueden hacer uso del servicio, dentro del convenio con la empresa de transporte.

Si en razón del ejercicio de sus funciones una servidora o servidor debiere movilizarse a diversos lugares, dentro de una misma ciudad, tendrán derecho a que se cancele en forma previa el valor correspondiente a las movilizaciones a efectuarse, debiendo justificar el valor de las mismas con la correspondiente hoja de ruta y documentos que acrediten el cumplimiento de las actividades asignadas, con cargo al fondo de reposición".

Del artículo transcrito se desprende que, el servicio de transporte para los servidores públicos se proporciona de manera directa por parte de la institución o a través de empresas calificadas, en base a los parámetros que fija el artículo 237 del Reglamento General a la LOSEP, norma que prohíbe que el servicio de transporte se pague en dinero, con excepción del caso en que la institución preste el servicio de transporte pero por motivos operativos, no se puedan ampliar las rutas del servicio a fin de atender a todos los servidores.

Respecto de los obreros del sector público, amparados por el Código del Trabajo, el artículo 3 de la Resolución del Ministerio de Relaciones Laborales No. MRL-2011-00098, que establece los techos de negociación para los contratos individuales y colectivos de trabajo, dispone:

“Art. 3.- De conformidad con lo establecido en el Decreto Ejecutivo No. 225 de 18 de enero del 2010, se deberán considerar los rubros relacionados con subsidio familiar, subsidio por antigüedad, servicio de transporte, subsidio de comisariato, servicio de alimentación, y los beneficios relacionados con la muerte o incapacidad del trabajador, y por disposición del Código del Trabajo, la provisión de vestido o ropa de trabajo, conforme a las siguientes fórmulas de cálculo y techos:

(...) c) SERVICIO DE TRANSPORTE: En los sitios en los cuales la institución no pueda proveer del servicio de transporte, se podrá pagar el valor de hasta USD 0,50 por cada día laborado, por este concepto”.

Resulta pertinente considerar que, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1701, la calificación de obreros del sector público sujetos al Código del Trabajo, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales. El subnumeral 1.1.1.4 de mismo artículo, dispone:

“1.1.1.4.- Por la naturaleza de las actividades que realizan, son trabajadores sujetos al Código del Trabajo: conserjes, auxiliares de enfermería, auxiliares de servicios, telefonistas, choferes, operadores de maquinaria y equipo pesado e industrial, ayudantes de las categorías indicadas en este numeral, guardias, personal de limpieza, mensajeros, técnicos en relación a las actividades descritas en este párrafo, recaudadores de recursos económicos del sistema de transporte y otros de similar naturaleza”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, los servidores públicos amparados por la LOSEP, que laboren en jornada ordinaria o especial, se podrán beneficiar del servicio de transporte que otorgue esa Entidad, de conformidad con la Disposición General Décima Cuarta de la LOSEP y el artículo 237 de su Reglamento General. En consecuencia, no procede el pago a los servidores del valor correspondiente a transporte sino solo por excepción cuando por razones operativas, el servicio que preste o contrate la entidad, no pueda ser ampliado a todos los servidores.

Respecto de los obreros del sector público amparados por el Código del Trabajo, de acuerdo con la letra c) del artículo 3 de la Resolución del Ministerio de Relaciones

Laborales No. MRL-2011-00098, se podrá pagar el valor del transporte hasta por USD 0,50 por cada día laborado, cuando la entidad no pueda proveer el servicio.

En los dos casos, la prestación del servicio de transporte o su pago por excepción, están sujetos a que exista la respectiva asignación presupuestaria, de conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

OF. PGE. N°: 11171, 21-12-2012

TRIBUTOS: COBRO A QUIENES SE BENEFICIEN DE LA EXPLOTACIÓN DE MATERIALES PÉTREOS

ENTIDAD CONSULTANTE:
MUNICIPIO DE SALITRE

CONSULTA:

“¿EL CLASIFICADOR PRESUPUESTARIO DE INGRESOS Y GASTOS DEL SECTOR PÚBLICO, donde se encuentra la partida 14 y está el registro de materiales pétreos, hace que la ARENA DEL CANTÓN SALITRE, no pueda considerarse UN RECURSO NATURAL RENOVABLE DENTRO DEL CANTÓN, por lo tanto no aplica la normativa legal contenida en el art. 569 del COOTAD en el inciso segundo o disposición de la Constitución de la República del Ecuador, art. 57 numeral 6?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 57 num. 6, 264 nums. 1 y 12, 301 y 408.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 6 lit. a), 55 lit. e), 57 lit. c), 141, 186, 562, 569 inc. segundo, 575 y 577.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 77, 98, 101 y 161.

Ordenanza General Normativa para la Determinación, Gestión, Recaudación e Información de las Contribuciones Especiales de Mejoras Art. 37 y Disp. Final Segunda.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su requerimiento, este Organismo mediante oficio No. 08353 de 15 de junio de 2012, le solicitó remitir copias certificadas de la

documentación relacionada con su consulta, lo cual fue atendido en oficio No. GMADS-FL-203-2012 de 25 de junio de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 9 de julio de 2012.

En su oficio inicial de consulta, se refiere como antecedente al oficio No. 2012-0025-CATG-000863 de 23 de febrero de 2012, suscrito por la Gerente de la Sucursal Regional Guayaquil del Banco del Estado y dirigido a usted en calidad de Alcalde del Cantón Salitre, el mismo que en copia certificada ha sido remitido a pedido de esta Procuraduría y en el que se señala lo siguiente:

“El 27 de diciembre del 2010, la Municipalidad de Salitre, el Banco del Estado y el Banco Central, suscribieron un Contrato de Línea de Crédito y Fideicomiso, destinado a ‘Financiar la ejecución de dos proyectos de inversión en obras de mitigación y prevención de riesgos’ (...). Para acceder al crédito, la Entidad se comprometió a recaudar por Contribución Especial de Mejoras (CEM) un monto de al menos USD \$ 12.370,15 durante el año 2011 (...).

Mediante oficios GADMS-DF-IVB-279-2011 de 28 de noviembre del 2011 y GMACS-FL-399-2011 de 14 de diciembre de 2011, la Municipalidad informa que debido a un error en sus sistemas no se presentó resultados en lo anteriormente certificado por CEM, además presenta la Cédula Presupuestaria de Ingresos con corte al 31 de octubre del 2011, con un monto emitido y recaudado de US \$ 11,689.12, según informó la Entidad, este ingreso corresponde a la venta de arena (...).

Con estos antecedentes, una vez revisada la información proporcionada por la Municipalidad y analizada por las áreas de Asistencia Técnica y Jurídico, el Banco del Estado considera, que de acuerdo a lo que señala el Art. 569 del COOTAD ‘el objeto de la Contribución Especial de Mejoras es el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles por la construcción de cualquier obra pública’, además que dentro del Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del sector público, existe la partida 14 Venta de Bienes y Servicios para el registro de venta de materiales pétreos, los ingresos percibidos por la venta de arena no pueden ser considerados como Contribución Especial de Mejoras”.

El informe jurídico de la entidad consultante consta en el oficio No. GMADS-PS-09-2012 de 2 de marzo de 2012, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, quien cita el numeral 6 del artículo 57 de la Constitución de la República, el artículo 569 del COOTAD y la Disposición Final Segunda de la “Ordenanza General Normativa para la Determinación, Gestión, Recaudación e Información de las Contribuciones Especiales de Mejoras, por Obras Ejecutadas en el Cantón Salitre”

de fecha 1 de junio de 2011 y en base a dichas normas, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“LA ORDENANZA GENERAL NORMATIVA PARA LA DETERMINACIÓN, GESTIÓN, RECAUDACIÓN E INFORMACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES ESPECIALES DE MEJORAS, NO CONTRARÍA LA CONSTITUCIÓN NI LA (Sic) COOTAD, por lo tanto es LEY DE LA REPÚBLICA y aplicable en todos los casos que podamos exonerar de pagos de tributos especiales al pueblo dueño del recurso renovable”.

El Ministerio de Finanzas, mediante Acuerdo Ministerial No. 204 de 30 de julio de 2010, expidió el vigente Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, mismo que será analizado posteriormente.

En el texto de su consulta se parte de la premisa de que según el Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público la arena no puede considerarse un recurso natural renovable. Al respecto, el artículo 408, Sección Cuarta “Recursos Naturales” de la Constitución de la República del Ecuador, preceptúa lo siguiente:

“Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad”.

Del texto constitucional citado, se evidencia que la arena es un recurso natural no renovable y que la regulación, autorización y control de su explotación corresponde a los gobiernos municipales de conformidad con el numeral 12 del artículo 264 de la Constitución de la República.

En concordancia, el inciso segundo del artículo 142 de la Ley de Minería, señala que cada Gobierno Municipal, asumirá las competencias para regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras, de acuerdo al Reglamento Especial que establecerá los requisitos, limitaciones y procedimientos para el efecto. El ejercicio de la competencia deberá ceñirse a los principios, derechos y obligaciones contempladas en las ordenanzas municipales que se emitan al respecto, mismas que no establecerán condiciones y obligaciones distintas a las determinadas en la ley y sus reglamentos.

El artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales; y, en su letra I), menciona: "Regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras".

En cuanto al ejercicio de la competencia de explotación de materiales áridos y pétreos por parte de los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 141 del COOTAD, dispone lo siguiente:

"Art. 141.- Ejercicio de la competencia de explotación de materiales de construcción.- De conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley, corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras de su circunscripción. Para el ejercicio de esta competencia dichos gobiernos deberán observar las limitaciones y procedimientos a seguir de conformidad con las leyes correspondientes.

De igual manera, en lo relativo a la explotación de estos materiales en los lechos de ríos, lagos y playas de mar, los gobiernos responsables deberán observar las regulaciones y especificaciones técnicas contempladas en la ley. Establecerán y recaudarán la regalía que corresponda.

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales deberán autorizar el acceso sin costo al aprovechamiento de los materiales pétreos necesarios para la obra pública de las instituciones del sector público y de los gobiernos autónomos descentralizados, de acuerdo a los planes de ordenamiento territorial, estudios ambientales y de explotación de los recursos aprobados según ley.

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales en ejercicio de su capacidad normativa, deberán expedir ordenanzas en las que se contemplará de manera obligatoria la consulta previa y vigilancia ciudadana; remediación de los impactos ambientales, sociales y en la infraestructura vial, provocados por la actividad de explotación de áridos y pétreos; e implementarán mecanismos para su cumplimiento en coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales, las organizaciones comunitarias y la ciudadanía”.

Del artículo 141 del COOTAD, se desprende que los gobiernos autónomos descentralizados municipales tienen competencia para regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras de su circunscripción, correspondiéndoles establecer y recaudar tributos por dicha explotación.

En lo que respecta a los ingresos que recibe el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Salitre, por concepto de venta de materiales pétreos, cabe mencionar que si bien el artículo 77 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone que: “No se consideran parte del Presupuesto General del Estado, los ingresos y egresos pertenecientes a la Seguridad Social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados”; el artículo 101 *ibídem*, prescribe que: “En la formulación de las proformas presupuestarias del sector público, incluidas las de las empresas públicas, gobiernos autónomos descentralizados, banca pública y seguridad social, se observarán obligatoriamente las normas técnicas, directrices, clasificadores y catálogos emitidos por el ente rector del SINFIP”.

A su vez, el artículo 161 del mismo Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece el Sistema Único de Cuentas, conformado por la Cuenta Única del Tesoro Nacional; las subcuentas de los gobiernos autónomos descentralizados; las cuentas de la Seguridad Social; las cuentas de las empresas públicas; y, las cuentas de la banca pública; a su vez, dispone que su operatividad constará en el reglamento.

En cuanto al Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, cabe señalar que éste es un instrumento expedido por el Ministerio de Finanzas, rector del Sistema Nacional de Finanzas Públicas, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el numeral 6 del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, de aplicación obligatoria para estandarizar los ingresos y egresos del sector público y que debe utilizarse en la elaboración de las proformas y ejecución presupuestaria de los organismos y entidades del sector público, por mandato de los artículos 98 y 101 del mismo Código Orgánico.

Su consulta hace referencia a la partida 1.4 del Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, la cual versa sobre la "Venta de Bienes y Servicios", previendo que: "Comprenden los ingresos por ventas de bienes y servicios realizados por entidades públicas cuyo giro comercial o industrial es de carácter principal o habitual", mismo que estará conformado por: "1.4.01 Ventas de Derivados de Petróleo"; "1.4.02 Ventas de Productos y Materiales"; "1.4.03 Ventas no Industriales"; "1.4.04 Ventas de Desechos y Residuos"; y, "1.4.09 Débitos por Impuesto al Valor Agregado".

Del tenor de la partida 1.4 del Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, se observa que los "materiales pétreos" a los que se refiere en su consulta, podrían incluirse dentro del numeral 1.4.02 determinado "Ventas de Productos y Materiales".

Del análisis jurídico precedente, se concluye que el Clasificador Presupuestario del Sector Público es de uso obligatorio para el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Salitre, para la elaboración de su proforma presupuestaria y la ejecución de la misma, conforme disponen los artículos 98 y 101 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; y por lo tanto, los ingresos que por la venta de materiales pétreos obtenga el Municipio a su cargo, deberán ser presupuestados conforme al mencionado Clasificador.

No obstante la mención que en su consulta hace respecto del Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público y la inclusión del material pétreo en la partida 1.4, no se aprecia que ello tenga incidencia alguna para el análisis de la aplicación de las normas a las que se refiere la consulta.

Por otra parte, dadas las normas legales a las que se refiere su consulta, es necesario analizar la facultad de los gobiernos autónomos descentralizados municipales de crear y exonerar contribuciones especiales de mejoras, así como el objeto de tales contribuciones, con relación a la "Ordenanza General Normativa para la Determinación, Gestión, Recaudación e Información de las Contribuciones Especiales de Mejoras, por Obras Ejecutadas en el Cantón Salitre" de 1 de junio de 2011, que de conformidad con el artículo 1 de dicha Ordenanza, se aplica a "(...) las propiedades inmuebles de las áreas urbanas del cantón Salitre, por la construcción de las siguientes obras públicas:

Apertura, pavimentación, ensanche y construcción de vías de toda clase;
Repavimentación urbana;
Aceras y cercas;

Obras de alcantarillado;
Construcción y ampliación de obras y sistemas de agua potable;
Desecación de pantanos y relleno de quebradas;
Plazas, parques y jardines;
Todas las obras declaradas de servicio público, mediante resolución por el Concejo Municipal de Salitre, que presten beneficio real o presuntivo a los propietarios de inmuebles ubicados en las áreas urbanas del cantón Salitre; e (SIC),
Construcciones de muros en los ríos Vínces y Salitre”.

Al respecto, el artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, establece que los gobiernos autónomos descentralizados municipales tienen competencias exclusivas para: “(...) e) Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras”; y, conforme determina el artículo 57 del mencionado Código, corresponde al concejo municipal: “(...) b) regular mediante ordenanza, la aplicación de tributos previstos en la ley a su favor; c) Crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute”.

El inciso primero del artículo 186 del COOTAD, prevé que los gobiernos municipales pueden crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras, generales o específicas, por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad, así como por el uso de bienes o espacios públicos, en razón de las obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción.

El artículo 569 del mencionado COOTAD, prescribe que el objeto de la contribución especial de mejoras es el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública; y agrega: “Los concejos municipales o distritales podrán disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras en consideración de la situación social y económica de los contribuyentes”.

De conformidad con el artículo 575 del COOTAD, son sujetos pasivos de la contribución especial “los propietarios de los inmuebles beneficiados por la ejecución de la obra pública. Las municipalidades y distritos metropolitanos podrán absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones que por razones de orden público, económico o social se establezcan mediante ordenanza, cuya iniciativa privativa le corresponde al alcalde de conformidad con este Código”.

De los artículos 264 numeral 12 y 301 de la Constitución de la República, 55 letra e), 57 letra c), 186, 569 y 575 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se concluye que los concejos municipales están facultados para crear, modificar, exonerar o extinguir tasas por los servicios que presten y contribuciones especiales por la obras que ejecute; y, pueden disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras, en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes o por razones de orden público, exenciones o exoneraciones que serán de cargo de las municipalidades.

En este sentido me pronuncié en oficios Nos. 02318; 02319 de 15 de junio de 2011; y, 03604 de 8 de septiembre de 2011, respecto de consultas formuladas por las Municipalidades de El Tambo, La Troncal y Azogues, sobre la procedencia de disminuir o exonerar el pago de la referida contribución.

La "Ordenanza General Normativa para la Determinación, Gestión, Recaudación e Información de las Contribuciones Especiales de Mejoras, por Obras Ejecutadas en el Cantón Salitre" de 1 de junio de 2011, en su artículo 37, ubicado en el Título VI "De las exoneraciones, rebajas especiales y régimen de subsidios", prevé rebajas de la contribución especial de mejoras, a favor de personas de la tercera edad, discapacitados, jefas hogar que sean viudas, divorciadas o madres solteras y jubilados que no perciban otros ingresos; y, el artículo 38 *ibídem*, determina la exoneración total a favor de las propiedades declaradas por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal como monumento histórico.

A su vez, de conformidad con los artículos 569 y 575 del COOTAD, previamente analizados, el objeto de la contribución especial de mejoras es recaudar del contribuyente los valores por el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública, el cual se podrá disminuir o exonerar de su pago considerando la situación social y económica de los contribuyentes o por razones de orden público.

De otra parte, con relación a la explotación de materiales áridos y pétreos, el artículo 562 del COOTAD, correspondiente a la Sección Décimo Segunda, titulada "Otros impuestos municipales y metropolitanos" del COOTAD, prevé:

"Art. 562.- Otros tributos.- Las municipalidades y distritos metropolitanos cobrarán los tributos municipales o metropolitanos por la explotación de materiales áridos y pétreos de su circunscripción territorial, así como otros que estuvieren establecidos en leyes especiales".

La Disposición Final Segunda de la "Ordenanza General Normativa para la Determinación, Gestión, Recaudación e Información de las Contribuciones Especiales de Mejoras, por Obras Ejecutadas en el Cantón Salitre", a la cual se refiere su consulta, manifiesta lo siguiente:

"En caso de que la explotación de arena de los ríos Vinces y Salitre, cubra con suficiencia los costos de las obras, en especial de alcantarillado y de muros de contención, en un período máximo de diez años, debidamente sustentados con estudios y auditorías técnicas, se podrán disminuir o exonerar el cobro directo a los inmuebles tal y como se ha descrito en estas ordenanzas de acuerdo a lo que establece el artículo 569 del COOTAD, a efecto de no gravar de impuestos a la población, por ser sustentables las obras, debido a una riqueza natural del cantón y de la que la Administración Municipal deberá acceder con la creación de empresas públicas municipales de explotación de arena, en apego al reconocimiento de derechos constitucionales, de las comunidades a participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallaren en sus tierras (Art. 57 numeral 6 CRE) y por cuanto el sistema económico es social y solidario, y que no afecte a los derechos y al buen vivir".

El artículo 569 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización ha previsto que los gobiernos autónomos descentralizados recauden tributos por las obras que determina dicho cuerpo legal en el artículo 577, de quienes sean beneficiarios reales o presuntos de tales obras; mientras que, el artículo 562 del Código Orgánico en mención, establece que las municipalidades cobrarán los tributos a quienes se beneficien de la explotación de materiales áridos y pétreos de su circunscripción territorial, de lo que se infiere que las contribuciones especiales de mejoras y los valores que se cobran a quienes explotan materiales áridos y pétreos en el cantón, constituyen tributos de diferente índole, cuyos hechos generadores y sujetos pasivos son distintos.

De la Disposición Final Segunda de la "Ordenanza General Normativa para la Determinación, Gestión, Recaudación e Información de las Contribuciones Especiales de Mejoras, por Obras Ejecutadas en el Cantón Salitre" se desprende que, la exoneración a la que se refiere la misma, no se ajusta al artículo 569 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que señala como fundamento legal, puesto que el indicado artículo, permite el establecimiento de exoneraciones en consideración a "la situación social y económica de los contribuyentes"; mientras que, la Disposición Final Segunda de la Ordenanza, permite la exoneración cuando los costos de la obra se cubran con la explotación de arena proveniente de los ríos Vinces y Salitre.

Así mismo, el numeral 6 del artículo 57 de la Constitución de la República, que también se señala como fundamento de la exoneración de la Disposición Final Segunda de la Ordenanza que se analiza, dispone lo siguiente:

“Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

(...) 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras”.

Del tenor del numeral 6 del artículo 57 de la Constitución de la República y de su contexto, se establece que se halla referido a derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y no de los propietarios de inmuebles beneficiarios de obras públicas, que son los sujetos pasivos de las contribuciones especiales de mejoras.

Del análisis jurídico precedente, se establece que según el artículo 562 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, las municipalidades se encuentran facultadas para cobrar tributos a quienes se beneficien de la explotación de materiales pétreos dentro de su circunscripción territorial.

De otra parte, de conformidad con el artículo 569 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la contribución especial de mejoras, es el valor que deben pagar los sujetos pasivos por el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública; por lo tanto, en atención a su consulta se concluye que de acuerdo con el inciso segundo de la misma norma, la exoneración de la contribución especial de mejoras que debe ser establecida mediante Ordenanza, es procedente únicamente por razones de orden público, económico o social de los contribuyentes y no por el origen de los materiales utilizados en cada obra.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales. La Procuraduría General del Estado no se pronuncia sobre la legalidad de la “Ordenanza General Normativa para la Determinación, Gestión, Recaudación e Información de las Contribuciones Especiales de Mejoras, por Obras Ejecutadas en el Cantón Salitre”, puesto que de conformidad con la letra b) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización,

corresponde al Concejo Municipal ejercer la facultad legislativa cantonal a través de ordenanzas, que constituyen una manifestación de su autonomía política, según prevé el inciso segundo del artículo 5 ibídem, por lo que, queda prohibido a las Funciones del Estado y otras autoridades extrañas al gobierno autónomo descentralizado, interferir en la autonomía política de los gobiernos autónomos descentralizados, derogar, reformar o suspender la ejecución de estatutos de autonomía, normas regionales, ordenanzas provinciales, distritales y municipales, por disposición de la letra a) del artículo 6 del mismo Código Orgánico.

OF. PGE. N°: 09737, de 12-09-2012

UNIVERSIDAD: APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE CARRERA ACADÉMICA Y ESCALAFÓN DEL DOCENTE

ENTIDAD CONSULTANTE:

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

CONSULTA:

“¿Conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior es pertinente que la Universidad Técnica de Ambato siga aplicando el Reglamento de Carrera Académica y Escalafón del Docente en todo lo que no se oponga a la Ley Orgánica de Educación Superior, hasta que el Consejo de Educación Superior publique el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior acorde a lo dispuesto en la ley?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 355.

Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP Art. 84.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 70, 169 y Disp. Trans. Vigésima Cuarta.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio de consulta usted señala lo siguiente:

“En uso de su autonomía, y en base a las atribuciones que le otorgaron las diversas estamentos legales en materia de Educación Superior, la Universidad Técnica de Ambato, ha legislado creando el Reglamento de Carrera Académica y Escalafón del Docente de la Universidad Técnica de Ambato, el que hasta la fecha se ha venido

aplicando para el correcto desempeño y desenvolvimiento de nuestros docentes en todo aquello que no se encuentre en contraposición a la Ley Orgánica de Educación Superior”.

Con relación a esta consulta, el Procurador (E) de la Universidad Técnica de Ambato, en el informe jurídico que consta en el oficio No. UTA-P-996-2012 de 25 de junio de 2012, concluye manifestando lo siguiente:

“En virtud de los antecedentes y el análisis expuesto, tomando en consideración lo establecido en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Educación Superior y el Reglamento de Carrera Académica y Escalafón del Docente de la Universidad Técnica de Ambato, es criterio de esta Procuraduría, que en el marco de la autonomía consagrada como garantía constitucional, el Honorable Consejo Universitario de la Universidad Técnica de Ambato tiene plena capacidad para aplicar su Reglamento de Carrera Académica y Escalafón del Docente de la Universidad Técnica de Ambato, expedido en el año de 1997 y que ha venido siendo utilizado a partir de entonces, hasta el año 2009 que tiene su última reforma, por lo que éste último tiene plena vigencia hasta que se aprueben los Reglamentos previstos en la nueva Ley Orgánica de Educación Superior, eso sí, en todo aquello que no se oponga a la Constitución y la Ley”.

La Procuraduría General del Estado mediante el oficio No. 09186 de 3 de agosto de 2012, requirió al Presidente del Consejo de Educación Superior el criterio institucional respecto del tema consultado por usted, lo que fue atendido con el oficio No. CES- 1999-2012 de 13 de agosto de 2012, ingresado a este Organismo el 24 de agosto del presente año.

El Presidente del Consejo de Educación Superior en el oficio citado, expresa lo siguiente:

“A la presente fecha, el CES se encuentra trabajando en forma permanente en el proceso de elaboración del Reglamento de Carrera y Escalafón del profesor e investigador del Sistema de Educación Superior, a efectos de cumplir con la obligación a su cargo de manera oportuna”.

Concluye el Presidente del Consejo de Educación Superior, manifestando lo siguiente:

“En virtud de las consideraciones efectuadas, el CES estima que la Universidad Técnica de Ambato, hasta el momento en que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del profesor e investigador del Sistema de Educación Superior, puede

continuar aplicando su Reglamento de Carrera Académica y Escalafón del Docente en vigencia, en cuanto el mismo no se oponga a la Constitución, la Ley Orgánica de Educación Superior, su Reglamento General, y demás normas vigentes que rigen el Sistema de Educación Superior, debiendo tenerse presente que, a efectos de garantizar los derechos de los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas del país, en tanto se expide el señalado reglamento, deberán observarse además las normas contenidas en las disposiciones transitorias décima novena y vigésima sexta del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior”.

De conformidad con el Art. 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, los docentes e investigadores de las universidades se rigen por la Ley Orgánica de Educación Superior, en función de lo consagrado en el Art. 355 de la Constitución de la República.

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

El inciso segundo del Art. 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, relacionado con el régimen laboral de los servidores del Sistema de Educación Superior, determina lo siguiente:

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

El Art. 169 de la indicada Ley Orgánica establece que es atribución y deber del Consejo de Educación Superior, en el ámbito de esa Ley: “(...) m) Aprobar al menos los siguientes reglamentos: (...) 4.- De Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior”.

La Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, prescribe lo siguiente:

“El Consejo de Educación Superior en el plazo de ciento ochenta días a partir de su constitución deberá expedir el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que regule el ingreso, promoción, estabilidad, escalafón, evaluación, cesación y jubilación de dicho personal”.

De los artículos 70, 169 y Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, se establece que los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que deberá expedir el Consejo de Educación Superior.

Por otra parte, la Disposición Cuarta del Régimen de Transición establecido en la Ley Orgánica de Educación Superior, dispone lo siguiente:

“Hasta que se aprueben los reglamentos previstos en la presente ley, seguirá en vigencia la normativa que regula el sistema de educación superior, en todo aquello que no se oponga a la Constitución y esta Ley”.

Téngase en cuenta que la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Educación Superior, determina que para fines de aplicación de dicha Ley todas las instituciones que conforman el Sistema de Educación Superior adecuarán su estructura orgánica funcional, académica, administrativa, financiera y estatutaria a las disposiciones del nuevo ordenamiento jurídico contemplado en este cuerpo legal, a efectos que guarden plena concordancia y armonía con el alcance y contenido de esa Ley.

Por lo expuesto, de conformidad con lo previsto en el Art. 169, la Disposición Transitoria Vigésima y Disposición Cuarta del Régimen de Transición de la Ley Orgánica de Educación Superior, cuyos textos quedaron citados, se concluye que es procedente que las universidades y escuelas politécnicas pueden continuar aplicando sus Reglamentos en vigencia, hasta que el Consejo de Educación Superior expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, en cuanto no se opongan a la Constitución, la Ley Orgánica de Educación Superior, su Reglamento General y demás normas vigentes que rigen el Sistema de Educación Superior.

OF. PGE. N°: 09713, de 11-09-2012

UNIVERSIDADES: PROCESOS ELECTORALES

ENTIDAD CONSULTANTE:

CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR

CONSULTAS:

1. "¿Las universidades y escuelas politécnicas pueden desarrollar procesos electorales para elegir a sus máximas y primeras autoridades hasta que el Consejo de Educación Superior apruebe las reformas a sus estatutos, considerando que el plazo de 180 días establecido en la disposición transitoria décima séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) se encuentra fenecido?"

2. "En el sentido de la consulta realizada en el punto 1, ¿El Consejo de Educación Superior puede suspender los procesos electorales que a la presente fecha hubiesen sido convocados y/o se encuentren en curso dentro de las universidades y escuelas politécnicas para la elección de sus máximas y primeras autoridades, con la finalidad de que sean realizados en forma posterior cuando se encuentren aprobadas las reformas a sus estatutos y éstos estén adecuados a la LOES?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 353.

Ley Orgánica de Educación Superior Arts. 166, 169 lit. k) y Disp. Trans. Décimo Séptima.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Mediante oficios Nos. 00148 de 22 de diciembre de 2010 y 00489 de 14 de enero de 2011, en atención a consultas formuladas por la Universidad Nacional de Chimborazo y la Universidad Estatal de Milagro, me pronuncié sobre la aplicación de la Disposición Transitoria Décimo Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, sin que sea necesario emitir nuevo pronunciamiento al respecto.

2. En memorando No. CES-SG-005-2012 de 4 de abril de 2012, suscrito por el Secretario General del Consejo de Educación Superior, que se ha remitido anexo a la consulta, se expone que:

"Los 180 días a los que se hace referencia en la disposición transitoria décimo séptima de la LOES feneció el 10 de abril de 2011, fecha en la cual se encontraba constituido, únicamente, el Consejo de Educación Superior Provisional el cual, según

la disposición primera del Régimen de Transición de la LOES, solo tenía facultades de certificación de documentos y por tanto no contaba con la atribución de aprobar dichas reformas.

Posteriormente, el 5 de septiembre de 2011, se instaló el Consejo de Educación Superior definitivo y con fecha 30 de noviembre de 2011 expidió el Reglamento para la Aprobación de los Estatutos y sus Reformas, en el cual se estableció en la disposición transitoria segunda lo siguiente: 'se dispone la devolución de los proyectos de reformas a los estatutos presentados por las universidades y escuelas politécnicas, para dar cumplimiento a la disposición transitoria décima séptima de la LOES para que vuelvan a presentarse en el plazo de 30 días a partir de la fecha de notificación de la devolución, con las modificaciones correspondientes, de conformidad con las disposiciones establecidas en este reglamento'."

Se agrega que:

"De los antecedentes y la base legal que se ha considerado, se desprende que las universidades y escuelas politécnicas, a partir de la fecha en la que fenecieron los 180 días establecidos en la disposición transitoria décimo séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior y hasta que el Consejo de Educación Superior culmine el proceso de aprobación de las reformas a los estatutos de las universidades y escuelas politécnicas iniciado con la finalidad de adaptar sus disposiciones a lo establecido en la Ley Orgánica de Educación Superior y su Reglamento General, se encuentran impedidas de realizar procesos eleccionarios; consecuentemente, todos aquellos que se encuentren actualmente en curso deberían suspenderse en forma inmediata por encontrarse apartados del mandato legal analizado y por haberse iniciado sin facultad para dicho efecto".

Si bien en el citado informe del Secretario General del Consejo de Educación Superior se sostiene que los procesos eleccionarios "actualmente en curso deberían suspenderse", no se menciona la base legal en virtud de la cual el Consejo de Educación Superior tendría la facultad para adoptar esa decisión.

Respecto al sistema de educación superior, el artículo 353 de la Constitución de la República, dispone:

"Art. 353.- El sistema de educación superior se regirá por:

1. Un organismo público de planificación, regulación y coordinación interna del sistema y de la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva.

2. Un organismo público técnico de acreditación y aseguramiento de la calidad de instituciones, carreras y programas, que no podrá conformarse por representantes de las instituciones objeto de regulación”.

De conformidad con el artículo 166 de la Ley Orgánica de Educación Superior, el organismo que tiene por objetivo la planificación, regulación y coordinación interna del Sistema de Educación Superior es el Consejo de Educación Superior; mientras que, según el artículo 171 ibídem, la evaluación del sistema compete al Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior.

La aprobación de los estatutos de las instituciones de educación superior y sus reformas, es atribución del Consejo de Educación Superior, según la letra k) del artículo 169 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El análisis del tema materia de la consulta que se atiende exige considerar que, la Disposición Primera del Régimen de Transición de la citada Ley Orgánica de Educación Superior, previó la integración provisional del Consejo de Educación Superior, cuyos miembros “desempeñarán exclusivamente labores de certificación de documentos”. En consecuencia, solo a partir de la integración del Consejo de Educación definitivo, dicho Organismo tiene competencia para aprobación los estatutos de las universidades y escuelas politécnicas, de conformidad con la antes citada letra k) del artículo 169 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

La obligación de las instituciones de educación superior de adecuarse a la nueva Ley Orgánica de Educación Superior, consta establecida por la Disposición General Primera de esa Ley, que prescribe:

“Primera.- Para fines de aplicación de la presente Ley todas las instituciones que conforman el Sistema de Educación Superior adecuarán su estructura orgánica funcional, académica, administrativa, financiera y estatutaria a las disposiciones del nuevo ordenamiento jurídico contemplado en este cuerpo legal, a efectos que guarden plena concordancia y armonía con el alcance y contenido de esta Ley”.

En concordancia, la Disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, señala:

“Décima Séptima.- Las Universidades y Escuelas Politécnicas en un plazo de 180 días reformarán sus estatutos para adecuarlos a la presente Ley, reforma que deberá ser revisada y aprobada por el Consejo de Educación Superior.

En este plazo, cualquier proceso eleccionario se registrará por la presente Ley.”.

Conforme al tenor de la norma transcrita, el plazo de 180 días fue establecido para que las Universidades y Escuelas Politécnicas adecuen sus estatutos a esa Ley. El segundo inciso de la misma norma, no prohíbe que se realicen procesos eleccionarios de las autoridades de los establecimientos de educación superior en ese plazo, por el contrario dispone que “En este plazo, cualquier proceso eleccionario se registrará por la presente ley”.

De las normas citadas se desprende que, de conformidad con la Disposición Primera del Régimen de Transición de la Ley Orgánica de Educación Superior, el Consejo de Educación Provisional, tenía asignadas “exclusivamente labores de certificación de documentos”, por lo que, las reformas de estatutos que las Universidades y Escuelas Politécnicas debieron presentar dentro del plazo de 180 días establecido por la Disposición Transitoria Décimo Séptima de esa Ley, deben ser revisadas y aprobadas por el Consejo de Educación definitivo, atribución que le corresponde según a la letra k) del artículo 169 de la Ley en referencia.

La Disposición Transitoria Décimo Octava del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 526 de 2 de septiembre de 2011, prescribe lo siguiente:

“Décima Octava.- Todos los procesos eleccionarios que se hayan realizado en las universidades y escuelas politécnicas a partir de la vigencia de la Ley, podrán ser revisados por el CES una vez constituido plenamente. Para el efecto será necesaria la presentación de una denuncia debidamente fundamentada ante la SENESCYT, la que elaborará un informe el cual será presentado ante el CES.

En caso de detectarse incumplimientos o irregularidades en los procesos electorales, el CES iniciará las acciones legales por incumplimiento de la Ley”.

Del tenor de la norma reglamentaria transcrita se desprende que, está referida en forma expresa a los procesos eleccionarios realizados por las Universidades y Escuelas Politécnicas a partir de la vigencia de la nueva Ley Orgánica de Educación Superior, procesos eleccionarios respecto de los cuales dicha norma confiere al Consejo de Educación Superior definitivo, atribución para revisarlos, a fin de determinar su sujeción a la nueva Ley que rige a partir de su promulgación.

Del análisis que precede se concluye que, de conformidad con el segundo inciso de la Disposición Transitoria Décimo Séptima de la Ley Orgánica de Educación

Superior, los procesos que hubieren convocado las Universidades y Escuelas Politécnicas para la elección de sus máximas autoridades, se rigen por esa nueva ley; en consecuencia, el Consejo de Educación Superior que usted preside tiene competencia para revisar dichos procesos eleccionarios, en los términos que prescribe la Disposición Transitoria Décima Octava del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, pero no para suspenderlos.

Lo dicho, sin perjuicio de la facultad de sancionar a las máximas autoridades de las instituciones del Sistema de Educación Superior, previsto en la letra p) del artículo 169 de la Ley Orgánica de Educación Superior y demás atribuciones previstas en dicha norma legal.

OF. PGE. N°: 09464, de 24-08-2012

VIÁTICOS Y SUBSISTENCIAS: PRESIDENTA DE PATRONATO MUNICIPAL

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN GONZALO PIZARRO

CONSULTA:

“Procede o no el pago por concepto de viáticos y subsistencias a la señora María Ninfa Ramírez, quien se desempeña en calidad de Presidenta del Patronato de Amparo Municipal del Cantón Gonzalo Pizarro; siendo que habitualmente tiene que trasladarse a diferentes sectores del País con el objeto de realizar diversas gestiones inherentes al cumplimiento de su misión”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 229.

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

Ley Orgánica de Régimen Municipal (derogada) Art. 10.

Ley Orgánica del Servicio Público Arts. 3, 4, 6 y 7.

Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA Art. 7. (derogada)

Código Civil Art. 22.

Ordenanza de Creación del Patronato Municipal de Amparo Municipal del Cantón Gonzalo Pizarro Arts. 1, 6 y 13.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa copia del informe No. 141-PS- GADMCGP- 2012 de 16 de abril de 2012 del Procurador Síndico Municipal, quien expresa lo siguiente:

“El Patronato Municipal de Amparo Social es una persona creada mediante acto normativo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Gonzalo Pizarro para la prestación de servicios públicos, y lo ha estado realizando en materia de salud, hasta que el Organismo Rector en Salud, asuma las competencias dentro del cantón y asuma sus servicios de salud que en la actualidad presta el Municipio del Cantón Gonzalo Pizarro”.

Concluye el informe del Procurador Síndico Municipal, manifestando:

“En la Ordenanza de creación del Patronato que se la realizó bajo el amparo de la Ley Orgánica de Régimen Municipal se establece que los miembros del Patronato sí pueden acceder a viáticos y subsistencias, sin embargo existen criterios de que no procede el pago de viáticos a la Presidenta del Patronato Municipal y los demás miembros del directorio, ni para quienes conforman tal entidad como parte del voluntariado, que si bien no son consultas ni criterios vinculantes si son una base para poder actuar dentro de la administración municipal, por lo que es criterio legal de que no procede el pago de los viáticos solicitados”.

En el Catastro de Instituciones, Entidades, Empresas y Organismos del Estado, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 19 de 10 de noviembre de 2009, consta como una entidad del sector público, el Patronato Municipal de Amparo Social del Cantón Gonzalo Pizarro, adscrito al Municipio del mismo nombre, cuya Ordenanza Sustitutiva de Creación fue aprobada por dicho Gobierno Municipal, en sesiones ordinarias de 9 y 22 de septiembre de 2010 y sancionada por usted el 29 de septiembre de 2010.

La mencionada Ordenanza, en el Art. 1 creó el Patronato Municipal de Amparo Social del Cantón Gonzalo Pizarro, como una entidad adscrita al Gobierno Municipal, con personería jurídica propia, autonomía administrativa y patrimonial; y en el Art. 6 prevé que el Directorio del Patronato Municipal de Amparo Social citado, lo preside el o la cónyuge del Alcalde, Alcaldesa o su delegado.

Conforme al Art. 13 de la Ordenanza citada, la Presidenta del Patronato Municipal de Amparo Social del Cantón Gonzalo Pizarro, tiene entre otras funciones las siguientes:

- a) Representar judicial, extrajudicial y social al Patronato Municipal;
- c) Presentar el plan operativo anual y presupuesto referencial al Alcalde o Alcaldesa, hasta el 10 de septiembre de cada año, conforme la Ley Orgánica de Régimen Municipal (derogada por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No.303 de 19 de octubre de 2010);
- f) Elaborar cada año o cuando fuere requerida para aquello el informe de labores, el mismo que será presentado al seno del Concejo Municipal;
- m) Intervenir en el trámite de los actos propios del Patronato Municipal”.

Según se desprende de la copia de la credencial conferida por la Junta Provincial Electoral de Sucumbíos, usted ejerce las funciones de Alcalde del Cantón Gonzalo Pizarro, a partir del 1° de agosto de 2009 hasta el 14 de mayo de 2014.

Como usted manifiesta en el oficio de consulta, el Patronato Municipal de Amparo Social de ese Cantón lo preside su madre, señora María Ninfa Ramírez.

De la copia de la Resolución anexa, se desprende que la señora Ninfa Ramírez Huanca fue nombrada por usted en su calidad de Alcalde de la Municipalidad de Gonzalo Pizarro, Presidenta del Patronato Municipal de Amparo Social del Cantón Gonzalo Pizarro, a partir del 1° de agosto de 2009 hasta el mes de julio de 2014.

De la copia de la certificación suscrita por usted de fecha 18 de abril de 2011, se establece que la señora Ninfa Ramírez Huanca, “ejerce las funciones de Presidenta del Patronato Municipal de Amparo Social del Cantón Gonzalo Pizarro, a partir del mes de Agosto del año 2009 y continúa hasta la presente fecha...”.

El inciso primero del Art. 229 de la Constitución de la República, prescribe que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o título trabajen, presten servicios o ejerza un cargo, función o dignidad dentro del sector público. En similares términos consta el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

El nepotismo como impedimento o prohibición para ejercer un cargo público,

se encuentra previsto en el Art. 230 de la Constitución de la República, en los siguientes términos: “En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley...2. El Nepotismo”.

A la fecha en que fue designada su madre, señora Ninfa Ramírez Huanca, para que ejerza las funciones de Presidenta del Patronato Municipal de Amparo Social del Cantón Gonzalo Pizarro, regía la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público- LOSCCA-, que en el Art. 7 disponía que el nepotismo era el acto ilegal ejecutado por un dignatario, autoridad o funcionario, en la designación, nombramiento o contratación en un puesto o cargo público, hecho dentro de la misma función del Estado, institución, entidad u organismo que representa o ejerce su servicio a la colectividad, a favor de su cónyuge, o de sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

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

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

En relación con los Patronatos, la Disposición General Octava del COOTAD prescribe que los gobiernos provinciales, metropolitanos y municipales “conservarán los patronatos como instituciones de derecho público, regidas e integradas por las políticas sociales de cada gobierno”; de lo cual se infiere que, el personal de dichos patronatos tienen la calidad de servidores públicos, y por tanto, sujetos a las normas que rigen la Ley que regula el servicio público.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 3 prevé que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende entre otras: “2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales”.

En relación con el nepotismo, la mencionada Ley Orgánica en los incisos primero y segundo del Art. 6 disponen lo siguiente:

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

La prohibición señalada se extiende a los parientes de los miembros de cuerpos colegiados o directorios de la respectiva institución...".

Respecto de las responsabilidades y sanciones por nepotismo, el Art. 7 de la LOSEP, prescribe lo siguiente:

"Art. 7.- Responsabilidades y sanciones por Nepotismo.- Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal a que hubiere lugar, carecerán de validez jurídica, no causarán egreso económico alguno y serán considerados nulos, los nombramientos o contratos incursos en los casos señalados en el artículo 6 de esta Ley.

Será sancionada con la destitución de su puesto previo el debido proceso la autoridad nominadora que designe o contrate personal contraviniendo la prohibición de nepotismo establecida en esta Ley, conjuntamente con la persona ilegalmente nombrada o contratada, además, será solidariamente responsable por el pago de las remuneraciones erogadas por la institución.

El responsable de la Unidad de Administración del Talento Humano, así como la servidora o servidor encargado que a sabiendas de la existencia de alguna causal de nepotismo, hubiere permitido el registro del nombramiento o contrato, será responsable solidariamente del pago indebido señalado en este artículo. Se excluye de esta sanción a los servidores que previo al registro y posesión del nombramiento o contrato notificaron por escrito a la autoridad nominadora, sobre la inobservancia de esta norma.

En los Gobiernos Autónomos Descentralizados sus entidades y regímenes especiales, tal advertencia se realizará a la máxima autoridad administrativa y a la Contraloría General del Estado".

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 6 dispone que en los casos previstos en los artículos 6 y 7 de la LOSEP (disposiciones referidas a la designación, nombramiento, posesión o contratos incursos en nepotismo y a las responsabilidades y sanciones que hubiere lugar), la autoridad nominadora o su

delegado no podrán nombrar, designar, celebrar contratos de servicios ocasionales o contratos bajo cualquier modalidad y/o posesionar dentro de la misma institución a las personas determinadas en dichas disposiciones legales; caso contrario, podrá ser sujeto de las sanciones y las responsabilidades ahí previstas.

Añade el inciso segundo del Art. 6 del Reglamento citado lo siguiente:

“La inobservancia de la prohibición de nombrar o contratar en caso de nepotismo, dará lugar a la nulidad del nombramiento o contrato y de ser el caso a la devolución de las remuneraciones y/o ingresos complementarios pagados indebidamente, más sus respectivos intereses legales”.

Del texto de los artículos 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 6 de su Reglamento General, se desprende que la prohibición de designar, nombrar o contratar a familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, sea mediante nombramiento o contrato, está referida a aquellas personas que mantienen dichos vínculos con la autoridad nominadora de quien proviene la designación o con los miembros de los cuerpos colegiados de la respectiva entidad.

La Disposición General Tercera de la LOSEP, establece que el nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, las inhabilidades y las prohibiciones para desempeñar cargos públicos constituirán normas de aplicación general para todas las entidades y organismos dispuestos en el Art. 3 de esa Ley, entre los que se incluye a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales.

Respecto del parentesco por consanguinidad, el Art. 22 del Código Civil, dispone lo siguiente:

“Art. 22.- Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo; y dos primos hermanos, en cuarto grado de consanguinidad entre sí.

Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta; y cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea colateral o transversal”.

Con respecto al parentesco por consanguinidad, el Dr. Juan Larrea Holguín, en su libro “Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador”, expresa lo siguiente:

“La consanguinidad es el parentesco existente entre dos personas que tienen uno o más ascendientes comunes, es decir que descienden de un tronco común. Cuando una persona desciende de otra, hay entre ellas consanguinidad en línea recta o directa, tal es el caso de padres e hijos, abuelos y nietos, etc. En cambio, si dos personas tienen un tronco común, pero la una no desciende de la otra, la consanguinidad se llama en línea colateral o transversal; tal es el caso entre hermanos, tío y sobrino, primos hermanos, etc. El grado de parentesco depende del número de generaciones: entre padre e hijo hay un grado; entre hermanos hay dos grados, lo mismo que entre abuelo y nieto; tres grados entre tío y sobrino; cuarto grado entre primos hermanos, etc”.

Por lo expuesto, de conformidad con los Arts. 230 numeral 2 de la Constitución de la República, 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 6 de su Reglamento General, relacionados con la prohibición de nepotismo cuyos textos quedaron citados, se concluye que existe nepotismo en la designación de la señora Ninfa Ramírez Huanca, madre del Alcalde, por estar comprendidos dentro del primer grado de consanguinidad en línea recta no siendo procedente por tanto, el pago de viáticos y subsistencias a quien no puede desempeñar funciones públicas como es el caso que motiva su consulta.

Téngase en cuenta que la determinación de las responsabilidades que pudieran existir en la contratación o nombramiento de personas que se encuentren en los casos de nepotismo previstos en la ley, son de competencia de la Auditoría Interna de la entidad consultante y de la Contraloría General del Estado.

OF. PGE. N°: 08782, de 13-07-2012

VICEALCALDE: PRINCIPALIZACIÓN DE SU SUPLENTE

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE PEDRO MONCAYO

CONSULTA:

“En caso de ausencia temporal de la Vicealcaldesa del Gobierno Municipal del Cantón Pedro Moncayo su suplente al momento de principalizarse está sujeta a los mismos derechos y obligaciones; es decir, asuma la función de Concejal y Vicealcalde”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 253.

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

Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia Arts. 34, 99, 165 y 167.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 57 lit. o), 61, 62 lit. a) y 317.

Res. N° 017, R. O. N° 102 de 11-06-2007 Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 08978 de 25 de julio de 2012, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y artículo 4 de la Resolución No. 017, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, se le requirió el criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal, habiendo recibido respuesta en oficio No. 0355-A-PM de 27 de julio del 2012, ingresado a esta Procuraduría el 30 de julio de 2012, al que adjunta el oficio No. 0347-S.M-GMPM-12 de 26 de julio del 2012, suscrito por la Procuradora Síndica (E).

En su oficio de consulta, señala entre otros antecedentes, que en la Sesión Inaugural del Concejo Municipal del cantón Pedro Moncayo de fecha 31 de julio del 2009, el Concejo Municipal resolvió designar como Vicepresidente del Concejo Municipal al señor concejal Alfonso Tituaña y como "Presidenta Ocasional" a la señora concejala Licenciada Verónica Gallardo.

Además, cita la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, y menciona que el Concejo Municipal resolvió designar como Vicealcaldesa del Gobierno Municipal de Pedro Moncayo a la señora concejala Ing. Verónica Sánchez; y, señala que: "en dicha resolución se elige a la Vicealcaldesa, sin embargo no se deja sin efecto la designación de la Presidenta Ocasional del Concejo Cantonal de Pedro Moncayo, por cuanto entra en vigencia el COOTAD, normativa en la que no consta la designación de un Presidente Ocasional".

Añade su oficio de consulta y cita los artículos 61 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 34 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia,

e indica que: "por lo que se puede concluir que tanto la Ley Electoral, Código de la Democracia y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización no establece como se debe actuar en caso de ausencia temporal o definitiva de los señores/as Concejales y Vicealcalde y Vicealcaldesa".

A fin de contar con mayores elementos para atender su requerimiento, esta Procuraduría mediante oficio No. 08977 de 25 de julio de 2012, requirió el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, AME, habiendo recibido respuesta en oficio No. 626-DE-462-DAJVC-2012 de 30 de julio de 2012, suscrito por el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, encargado, ingresado en este Organismo el 3 de agosto del año en curso.

La Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, AME, hace referencia a los artículos 253 de la Constitución de la República, 57 letra o) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia; y, el innumerado posterior al artículo 167 del mismo cuerpo legal y concluye con el siguiente criterio:

"Por los razonamientos esgrimidos en caso de ausencia temporal del Concejal o Concejala en funciones de Vicealcalde o Vicealcaldesa, el suplente o la suplente al ser convocado o convocada por la Secretaría del Concejo para asumir las funciones de Concejal o Concejala en reemplazo del Concejal o Concejala en funciones de Vicealcalde o Vicealcaldesa, lo hará únicamente en la calidad de Concejal o Concejala y no Vicealcalde o Vicealcaldesa".

En el informe jurídico de la entidad consultante, contenido en el oficio No. 0347-S.M-GMPM-12 de 26 de julio del 2012, la Procuradora Síndica (E), señala los mismos antecedentes que constan en el oficio de consulta y cita los artículos 61 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 34 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia y 253 de la Constitución de la República y concluye con el siguiente criterio jurídico:

"Con los antecedentes expuestos al existir un vacío legal y al no contar con una normativa que señale el procedimiento que se debe seguir en caso de ausencia temporal o definitiva de un Concejal/a que actualmente se encuentra designada como Vicealcaldesa tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, por lo que al realizar un análisis jurídico a lo que dispone el artículo 34 de la Ley Orgánica

Electoral, Código de la Democracia, es criterio jurídico del Gobierno Municipal del Cantón Pedro Moncayo, que el suplente de la Concejala que actualmente se encuentra designada Vicealcaldesa asuma las funciones con los mismos derechos y obligaciones; es decir que al principalizarse el suplente vendría a actuar dentro del Concejo Municipal como Concejal y Vicecalde”.

A fin de analizar el tema de su consulta, debo en primer término señalar que el artículo 34 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, que se cita en su pregunta, no corresponde al tema de la misma, puesto que se refiere a los concejeros que integran el Consejo Nacional Electoral y no al Concejo Municipal.

El artículo 253 de la Constitución de la República, preceptúa que cada cantón tendrá un concejo cantonal, que estará integrado por el alcalde y los concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá un vicecalde y concordante con la norma constitucional, el artículo 57 letra o) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, prevé que es competencia del Concejo Municipal, elegir de entre sus miembros al vicecalde.

El artículo 61 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, prescribe:

“Art. 61.- Vicecalde o vicealcaldesa.- El vicecalde o vicealcaldesa es la segunda autoridad del gobierno autónomo descentralizado municipal elegido por el concejo municipal de entre sus miembros. Su designación no implica la pérdida de la calidad de concejal o concejala. Reemplazará al alcalde o alcaldesa en caso de ausencia y en los casos expresamente previstos en la Ley”.

Por su parte, la letra a) del artículo 62 del mencionado Código, establece las atribuciones del vicecalde, entre las que consta la de subrogar al alcalde, en caso de ausencia temporal mayor a tres días y durante el tiempo que dure la misma y en caso de ausencia definitiva, hasta terminar el período.

Concordante con la norma anterior, el inciso segundo del artículo 317 del Código Orgánico en mención, prevé que los consejos regionales, concejos metropolitanos y municipales procederán a elegir de entre sus miembros a la segunda autoridad del ejecutivo del correspondiente gobierno.

De los artículos 57 letra o), 61, e inciso segundo del artículo 317 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se desprende que el vicecalde es la segunda autoridad municipal y que dicha dignidad la elige

el concejo municipal “de entre sus miembros”, o dicho de otra manera entre los concejales que integran el cuerpo colegiado municipal.

El Art. 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, establece que “las autoridades electorales proclamarán electas o electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos; y como suplentes de cada candidata o candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales”. Es decir, desde que se proclama electo al concejal principal, se determina quien lo reemplaza en la función, por su calidad de concejal suplente.

Con relación a la ausencia del Vicealcalde y la principalización del Concejal Suplente de aquel, esta Procuraduría se ha pronunciado en oficio No. 04052 de 4 de octubre de 2011, con motivo de la consulta formulada por el Alcalde de San Cristóbal, en el siguiente tenor:

“Con respecto a la ausencia del Alcalde y del Vicepresidente del Concejo Cantonal, el artículo 80 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, preveía que: ‘A falta del alcalde y del vicepresidente ejercerá el cargo el concejal designado para el efecto por el concejo. Si la falta del vicepresidente fuere por más de noventa días, el concejo procederá a designar al nuevo dignatario por el tiempo que faltare para completar el período’. Sin embargo, el vigente COOTAD no contempla la subrogación del cargo de Vicealcalde, ni el reemplazo del Alcalde por parte de un concejal. No obstante, los artículos 99 y 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, prevén la elección de suplentes de cada candidato principal de las dignidades de elección pluripersonal (como los concejales), por lo que se colige que corresponde principalizar al suplente de un concejal titular que se halle ausente o impedido de ejercer el cargo, bien sea por los casos de licencia con remuneración o sin remuneración, referidos al atender su primera consulta o por vacaciones del concejal titular.

Por lo expuesto, con fundamento en los artículos 99 y 165 la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, se concluye que, en el caso de que el concejal designado como Vicealcalde se encuentre ejerciendo las funciones de Alcalde, de conformidad con las normas analizadas al atender la primera parte de la tercera consulta, es procedente que el concejal suplente del Vicealcalde que está actuando como Alcalde sea principalizado para actuar como concejal, con el consiguiente derecho a percibir la remuneración mensual unificada correspondiente por el período de su desempeño como Principal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Servicio

Público, LOSEP, que prevé que cuando una persona designada entrare al servicio después del primer día hábil de dicho mes, el pago de los servicios prestados será proporcional al tiempo efectivamente trabajado, en forma de honorarios en relación con el tiempo de labor, aplicando el gasto a la partida correspondiente”.

Con fundamento en los artículos 57 letra o), 61, e inciso segundo del artículo 317 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se desprende que el vicealcalde es elegido por el concejo municipal “de entre sus miembros”; y, por lo tanto, el requisito legal para ser vicealcalde es que tenga la calidad de concejal. A su vez, conforme esta Procuraduría ya ha señalado en el pronunciamiento previamente citado, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no contempla la subrogación del cargo de vicealcalde, no obstante lo cual, según manifiesta el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, los concejales “electos” como principales, cuentan con su correspondiente concejal “suplente”; por lo que, en el caso de ausencia temporal de un concejal que actualmente se encuentra designado como vicealcalde, corresponde a su concejal suplente una vez principalizado asumir la dignidad de concejal, sin que ello conlleve el ejercicio del cargo de vicealcalde.

OF. PGE. N°: 09405, de 21-08-2012

VICEALCALDESA: DESIGNACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN ZAMORA

CONSULTA:

“¿La Vicealcaldesa Sra. Paulina del Carmen Tapia Muñoz, pierde esta designación al no aprobar el Concejo Municipal, el acta de la sesión en la que fue designada?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 253.

Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia Disp. Transitoria Séptima.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD Arts. 57 lit. d), 60 lits. c) y u), 61, 62, 317, 321, 323, 357, 365 y 366.

Ordenanza que Regula la Organización, Funcionamiento y Operación del Concejo Municipal de Zamora Arts. 78 y 79.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio en el que se reformula la consulta usted manifiesta que, el Concejo Municipal de Zamora designó a la Vicealcaldesa en sesión extraordinaria de 29 de julio de 2011; según refiere el citado oficio, para efectuar tal designación, se produjo empate en la votación de los miembros del Concejo, por lo que operó el voto dirimente del Alcalde.

Se agrega que:

“(..) Dicha resolución una vez adoptada fue inmediatamente notificada, conforme lo dispone el Art. 79 de la Ordenanza que Regula la Organización, Funcionamiento y Operación del Concejo Municipal de Zamora, que determina el procedimiento para la promulgación de acuerdos y resoluciones del Legislativo, y lo que prescribe los Arts. 365 y 366 del COOTAD que tipifican que los actos administrativos deben ser notificados para que surtan los efectos legales, y que los mismos son inmediatamente ejecutables”.

Según menciona al reformular la consulta, los Concejales de ese gobierno autónomo descentralizado municipal, no reconocen a la Vicealcaldesa “aduciendo no haber aprobado el acta que corresponde a esa sesión”.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 182-AJGMZ de 2 de mayo de 2012, cita entre otras normas, el artículo 79 de la Ordenanza que Regula la Organización, Funcionamiento y Operación del Concejo Municipal de Zamora, aprobada en sesiones de 29 de noviembre y 10 de diciembre de 2010 y sancionada el 14 de diciembre de 2010, y manifiesta que dicha norma no prevé que sea necesaria la aprobación del acta para notificar los acuerdos y resoluciones adoptados por el órgano legislativo.

A la comunicación de consulta se ha acompañado copia certificada del oficio No. 1793-SG2011-SG-616-DAJVC-2011 de 2 de septiembre de 2011, en el que respecto de las actas de los Concejos Municipales, el Secretario General de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), manifiesta:

“(..) es inobjetable que este documento es producto de sus integrantes y para que éste se torne en eficaz requiere de la aprobación de dicho Concejo; entiéndase que esto no altera el contenido de los actos del acta”.

En el mismo oficio, el Secretario General de la AME, agrega:

“Distinto a lo dicho en el acápite precedente, para que los actos contenidos en los actos, que pueden ser: acuerdos, resoluciones, entre otros, se tornen en eficaces, no requieren de su aprobación por parte del Concejo Municipal, por no considerarse una solemnidad, ya que no existe legislación que de forma expresa lo disponga así, y al no constituirse en una solemnidad, dichos acuerdos, resoluciones son válidos, sin perjuicio de su impugnación”.

A la consulta se ha acompañado además, copia certificada del oficio s/n de 29 de julio de 2011, suscrito por el Alcalde del Cantón Zamora y la Secretaria General del Concejo Cantonal, por el que se notifica a la Concejala Paulina Tapia Muñoz, la Resolución Legislativa No. 55-CMZ-2011 adoptada por el Concejo Municipal el 29 de julio de 2011, que según consta en la transcripción efectuada en dicho oficio, tiene el siguiente tenor:

“RESUELVE: Por mayoría, y con los votos de las concejales Ing. Liliana Acaro Martínez, Sra. Paulina Tapia Muñoz, concejal Dr. Víctor Calva Placencia, y Alcalde Ing. Smilcar Rodríguez Erazo, designar Vicealcaldesa del Gobierno Municipal de Zamora, a la Sra. Concejala Paulina del Carmen Tapia Muñoz, para el periodo 1 de agosto de 2011 al 14 de mayo de 2012, conforme lo dispone la disposición transitoria séptima de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia (...)”.

El análisis de la consulta exige considerar como antecedente el artículo 253 de la Constitución de la República, el cual prescribe que cada cantón tendrá un concejo cantonal, que estará integrado por el alcalde y los concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá un vicealcalde.

El artículo 61 del COOTAD, establece que el Vicealcalde es la segunda autoridad del gobierno autónomo descentralizado municipal, que es elegido de entre los miembros del Concejo Municipal; y, según lo dispuesto en la letra a) del artículo 62 del mencionado Código Orgánico, el Vicealcalde subroga al alcalde en caso de ausencia temporal y asume ese cargo, en caso de ausencia definitiva.

El procedimiento que deben observar los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados (GADs), para la expedición de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, está reglado por el Capítulo II “Procedimiento Parlamentario” del Título VIII “Disposiciones Comunes y Especiales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados”, del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD).

Sobre la designación del Vicealcalde como segunda autoridad del ejecutivo del correspondiente gobierno autónomo descentralizado, los dos primeros incisos del artículo 317 del COOTAD, ubicado en el Capítulo II del Título VIII antes mencionados, disponen:

“Art. 317.- Sesión inaugural.- Los integrantes de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, una vez acreditada su calidad de tales por el Consejo Nacional Electoral, se instalarán en sesión inaugural convocada por el ejecutivo electo del correspondiente gobierno autónomo en la sede respectiva, de acuerdo con la ley que regula los procesos electorales. De existir quórum, declarará constituido al órgano legislativo.

Los consejos regionales, concejos metropolitanos y municipales procederán a elegir de entre sus miembros a la segunda autoridad del ejecutivo del correspondiente gobierno, de acuerdo con el principio de paridad entre mujeres y hombres en donde fuere posible; y, de fuera de su seno, al secretario del consejo o concejo de una terna presentada por el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo. Los consejos provinciales elegirán de la misma forma al secretario”.

Del tenor de la norma transcrita se desprende que, de conformidad con el segundo inciso del artículo 317 del COOTAD, la segunda autoridad del ejecutivo del correspondiente GAD, debe ser designada de entre los miembros del respectivo Concejo Municipal.

Respecto al voto dirimente del Alcalde como ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado municipal, que le asignan los artículos 56, 60 letra c) y segundo inciso del artículo 321 del COOTAD, en reiterados pronunciamientos he concluido que: “de producirse empate en las votaciones del concejo municipal, la decisión se deberá adoptar en el sentido en que el alcalde consigne o exprese su voto”.

La letra d) del artículo 57 del COOTAD, confiere al Concejo Municipal atribución para expedir acuerdos o resoluciones, en el ámbito de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, para regular temas institucionales específicos o reconocer derechos particulares. Según el artículo 323 del citado Código, los acuerdos y resoluciones se aprueban por el Concejo mediante mayoría simple, en un solo debate.

La letra u) del artículo 60 del COOTAD prevé que corresponde al Alcalde “Suscribir las actas de las sesiones del concejo y de la comisión de mesa”; y, según el artículo 357 *ibídem*, el Secretario del órgano legislativo del respectivo gobierno autónomo

descentralizado, es “responsable de dar fe de las decisiones y resoluciones que adopten los órganos de legislación de cada nivel de gobierno. De preferencia será abogada o abogado de profesión.”

Conforme a las disposiciones precedentemente citadas de los artículos 60 letra u) y 357 del COOTAD, se concluye que corresponde al Alcalde suscribir las actas de las sesiones del Concejo y al Secretario dar fe de las decisiones y resoluciones que se adopten por dicho órgano.

El artículo 78 de la Ordenanza que Regula la Organización, Funcionamiento y Operación del Concejo Municipal de Zamora define a los Acuerdos y Resoluciones que expide el Concejo, en los siguientes términos:

“Art. 78.- Acuerdos y Resoluciones.- Son las decisiones finales que adopte el Concejo Municipal, mediante las cuales expresan la voluntad unilateral en los procesos sometidos a su consideración sobre temas que tengan carácter especial o específico; pueden tener carácter general cuando afectan a todos, concreto cuando afecta a una pluralidad de sujetos específicos; individuales cuando afecta los derechos subjetivos de una sola persona”.

El artículo 79 de la mencionada Ordenanza, citado por el Procurador Síndico en su informe, dispone:

“Art. 79.- Aprobación de Acuerdos y Resoluciones.- El Concejo Municipal aprobará en un solo debate y por mayoría simple, los acuerdos y resoluciones motivadas que tendrán vigencia a partir de la notificación a los administrados. No será necesaria la aprobación del acta de la sesión del Concejo en la que fueron aprobados para que el Secretario o Secretaria las notifique”.

Por su naturaleza, la designación de la segunda autoridad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado municipal, constituye un acto de carácter específico, que corresponde ser aprobado por el Concejo mediante resolución de conformidad con los artículos 57 letra d) y 323 del COOTAD y 78 de la Ordenanza que Regula la Organización, Funcionamiento y Operación del Concejo Municipal de Zamora. La respectiva acta del Concejo debe ser suscrita por el Alcalde, de conformidad con la letra u) del artículo 60 del COOTAD.

Al Secretario del Concejo Cantonal corresponde dar fe de las Resoluciones adoptadas por ese organismo, según dispone el artículo 357 del COOTAD. Una vez adoptadas por el Concejo, las Resoluciones deben ser notificadas a los interesados,

según dispone el inciso primero del citado artículo 323 del COOTAD, momento desde el cual surten efectos jurídicos.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la designación del Vicealcalde que consta de la Resolución de un Concejo Cantonal adoptada en la forma prescrita en los artículos 57 letra d) y 323 del COOTAD, surte efectos desde que es notificada al Concejal designado, sin que esté supeditada a la aprobación del acta que contiene dicha designación, en virtud de que no existe norma que disponga aquello.

OF. PGE. N°: 09651, de 05-09-2012

**VOCALES DE GOBIERNOS PARROQUIALES:
VACACIONES, JORNADA DE TRABAJO, FONDOS DE RESERVA,
LIQUIDACIONES, VOCALES SUPLENTES, LICENCIA Y PAGO DE HORAS
SUPLEMENTARIAS Y EXTRAORDINARIAS**

ENTIDAD CONSULTANTE:

GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PARROQUIAL DE TARQUI

CONSULTAS:

1. "En cuanto a la jornada de prestación del servicio de los vocales del legislativo parroquial";
7. "Los y las vocales del Gobierno Parroquial tienen derecho a vacaciones";
8. "Las vocales y los vocales del GAD Parroquial tienen derecho a fondos de reserva";
9. "Al finalizar el período para el cual fueron electos las y los vocales; o, en el caso que cesen definitivamente en sus funciones tienen derecho a que se le realice la respectiva liquidación".
2. "Cuáles son las situaciones temporales en la que los señores vocales suplentes pueden actuar y que persona debe calificar";
3. "Remuneración en el caso de que los vocales suplentes actúen en el Gobierno Parroquial y forma de pago";

4. "Se puede afectar la remuneración de los vocales titulares para el pago de los vocales suplentes que hayan actuado en reemplazo del titular, o se debe pagar de otra partida, sin perjudicar la remuneración del principal así éste no haya actuado";

5. "En caso de ser legal el pago a los vocales suplentes, se debe cancelar los partes (sic) al IESS por lo días actuados";

6. "Las vocales y los vocales, en caso de maternidad y paternidad tienen derecho a licencia remunerada".

10. "Si el chofer con contrato de trabajo bajo el Código del Trabajo, acude con el Presidente del Gobierno Parroquial a reuniones –eventos fuera del horario diario, los días de descanso obligatorio, tiene derecho a que se le pague las horas suplementarias y extraordinarias, como sería la forma de cuantificar las mismas por cuanto el chofer se queda esperando hasta la terminación de las reuniones-eventos y qué documentos justificativos se debería presentar para el pago".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Art. 211.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Art. 4.

Código del Trabajo Arts. 47 y 61.

PRONUNCIAMIENTOS:

1, 7, 8 y 9. Mediante oficios Nos. 01465 de 20 de abril de 2011, 01905 de 20 de mayo de 2011 y 02257 de 13 de junio de 2011, esta Procuraduría se ha pronunciado respecto de los temas materia de sus consultas, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

2, 3, 4, 5 y 6. Con relación a la materia de sus consultas, esta Procuraduría se pronunció en oficios Nos. 03086 de 1 de agosto de 2011 y 03845 de 22 de septiembre de 2011, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

10. El informe de la Asesora Legal de la entidad consultante, contenido en oficio s/n de 12 de junio de 2012, manifiesta que:

"Si el chofer presta su servicio por más de las ocho horas se le debería pagar por las horas suplementarias y si labora los días domingos también se le debería pagar las

horas extraordinarias, en el caso de reuniones pero en el caso de eventos sociales no se le debería pagar. Los justificativos serían los documentos de invitación de las comunidades con el respectivo orden del día”.

El análisis de su consulta exige considerar como antecedente que, la jornada máxima de trabajo, según el artículo 47 del Código del Trabajo, es de ocho horas diarias; y, que, según el artículo 61 *ibídem*, para el cómputo de las ocho horas “se considerará como tiempo de trabajo efectivo aquel en que el trabajador se halle a disposición de sus superiores o del empleador, cumpliendo órdenes suyas”.

Sin embargo, los choferes están sujetos a jornadas especiales de mayor duración, conforme se analizará más adelante.

El artículo 317 del Código del Trabajo, ubicado en el Capítulo VI “Trabajo en empresas de transporte”, prevé que están sujetos a ese capítulo los choferes que presten servicios al Estado.

Respecto de los trabajos suplementarios que pueden realizar los choferes en forma adicional a su jornada especial de labor, el artículo 326 del Código del Trabajo prevé que: “De haber trabajos suplementarios, el trabajador tendrá derecho a percibir los aumentos que, en cada caso, prescribe este Código”.

Los trabajos que se ejecuten fuera de la jornada diaria se remuneran en la forma prescrita por el artículo 55 del Código del Trabajo que dispone:

“Art. 55.- Remuneración por horas suplementarias y extraordinarias.- Por convenio escrito entre las partes, la jornada de trabajo podrá exceder del límite fijado en los artículos 47 y 49 de este Código, siempre que se proceda con autorización del inspector de trabajo y se observen las siguientes prescripciones:

1. Las horas suplementarias no podrán exceder de cuatro en un día, ni de doce en la semana;
2. Si tuvieran lugar durante el día o hasta las 24H00, el empleador pagará la remuneración correspondiente a cada una de las horas suplementarias con más un cincuenta por ciento de recargo. Si dichas horas estuvieren comprendidas entre las 24H00 y las 06H00, el trabajador tendrá derecho a un ciento por ciento de recargo. Para calcularlo se tomará como base la remuneración que corresponda a la hora de trabajo diurno;

3. En el trabajo a destajo se tomarán en cuenta para el recargo de la remuneración las unidades de obra ejecutadas durante las horas excedentes de las ocho obligatorias; en tal caso, se aumentará la remuneración correspondiente a cada unidad en un cincuenta por ciento o en un ciento por ciento, respectivamente, de acuerdo con la regla anterior. Para calcular este recargo, se tomará como base el valor de la unidad de la obra realizada durante el trabajo diurno; y,

4. El trabajo que se ejecutare el sábado o el domingo deberá ser pagado con el ciento por ciento de recargo”.

La jornada suplementaria “Es la que se ejecuta inmediatamente a continuación de la ordinaria para concluir una obra o trabajo que no puede suspenderse”; mientras que, la jornada extraordinaria es aquella que permite evitar un daño o peligro, evento en que “el empleador puede exigir a sus trabajadores que laboren el tiempo indispensable para atender el daño o peligro; o, en sábados, domingos o días de descanso forzoso u obligatorio, siempre que no se hubiera fijado otro período igual para el descanso semanal, y que no se tratara de trabajadores contratados bajo el régimen de contratación parcial”.

Los choferes que laboran en las instituciones del sector público, tienen jornadas especiales de trabajo de conformidad con el artículo 325 del Código del Trabajo que dispone:

“Art. 325.- Jornadas especiales de trabajo.- Atendida la naturaleza del trabajo de transporte, su duración podrá exceder de las ocho horas diarias, siempre que se establezcan turnos en la forma que acostumbraren hacerlos las empresas o propietarios de vehículos, de acuerdo con las necesidades del servicio, incluyéndose como jornadas de trabajo los sábados, domingos y días de descanso obligatorio. La empresa o el propietario de vehículos hará la distribución de los turnos de modo que sumadas las horas de servicio de cada trabajador resulte las ocho horas diarias, como jornada ordinaria”.

Del tenor de la norma transcrita se desprende que, los choferes que laboran en las instituciones del sector público, tienen jornadas especiales de trabajo que pueden exceder las ocho horas diarias; y, que, se ejecutan por turnos conforme a las necesidades del servicio, incluyéndose como jornadas de trabajo los sábados, domingos y días de descanso obligatorio.

Según el artículo 326 del Código del Trabajo, los choferes tendrán derecho a percibir los aumentos que establece el artículo 55 del Código del Trabajo, por concepto de

horas suplementarias laboradas en forma adicional a los turnos que les corresponda cumplir conforme a su jornada especial; y, el artículo 327 *ibidem*, prevé que: "No se considerarán horas extraordinarias las que el trabajador ocupe, fuera de sus turnos, a causa de errores en la ruta, o en casos de accidente de que fuera culpable".

Es decir que, se considerarán horas suplementarias laboradas por los choferes, aquellas que excedan su jornada especial y se ejecuten inmediatamente después de ella; y, serán horas extraordinarias, aquellas en las que el chofer deba laborar, fuera de sus turnos, es decir en sus días de descanso. El pago por concepto de horas suplementarias de los choferes que laboran en el sector público, no puede exceder de cuatro horas al día y doce horas a la semana, conforme al numeral 1 del artículo 55 del Código del Trabajo y se deberá efectuar con los recargos que establecen los numerales 2 y 4 del artículo 55 del Código del Trabajo.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 326 del Código del Trabajo, los choferes que laboran en las instituciones del sector público tienen derecho a percibir los aumentos que correspondan por concepto de horas suplementarias y/o extraordinarias laboradas en forma adicional a su jornada especial de trabajo, que se deben remunerar considerando que si se han realizado durante el día o hasta las 24h00, se debe pagar el equivalente al valor de la hora de trabajo diurno más un recargo del 50%, de conformidad con el numeral 2 del artículo 55 del Código del Trabajo; y, si el trabajo se ha cumplido en días de descanso obligatorio en los que no correspondía al chofer cumplir su jornada especial, se debe cancelar el valor de la hora de trabajo diurno más un recargo del 100%, según prescribe el numeral 4 del artículo 55 del Código del Trabajo. El total de horas suplementarias y/o extraordinarias que se laboren y paguen con recargo, no podrá exceder de cuatro horas al día y doce a la semana, conforme prescribe el numeral 1 del citado artículo 55 del Código del Trabajo.

Es de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, la cuantificación de las horas suplementarias y/o extraordinarias que labore el chofer del Presidente de esa Junta Parroquial, adicionales a su jornada especial, así como la determinación de los eventos a los que deba concurrir, considerando que los vehículos de propiedad del sector público se destinan exclusivamente para el cumplimiento de labores oficiales, de conformidad con el "Reglamento de utilización, mantenimiento, movilización, control y determinación de responsabilidades, de los vehículos del sector público y de las entidades de derecho privado que disponen de recursos públicos en los términos previstos por el artículo 211 de la Constitución Política y por el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado", que dispone: "Los vehículos pertenecientes al sector público, y a las entidades de derecho privado que

disponen de recursos públicos, se destinarán exclusivamente para el cumplimiento de las labores estrictamente oficiales y para la atención de emergencias nacionales o locales, y se observarán de modo estricto, las normas legales y reglamentarias vigentes, así como las que constan en el Decreto No. 44 y las de este reglamento”.

OF. PGE. N°: 09827, de 19-09-2012

