





# **BOLETÍN JURÍDICO EDICIÓN ESPECIAL**

GOBIERNOS AUTÓNOMOS  
DESCENTRALIZADOS MUNICIPALES



PERÍODO  
NOVIEMBRE 2010 A JUNIO 2015

**TOMO I**

Dr. Diego García Carrión  
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Rafael Parreño Navas  
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



**Boletín Jurídico Especial**  
**Noviembre 2010 a Junio 2015**  
**TOMO I**

**DIRECCIÓN NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA**

**ELABORACIÓN, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN**

Subdirección de Asesoría Jurídica

**REVISIÓN**

Unidad de Comunicación Social

**FUENTE**

Dirección Nacional de Consultoría

Procuraduría General del Estado

Av. Amazonas N° 39-123 y Arízaga, Edif. Amazonas Plaza

Teléfono: 02 294 1300

Quito – Ecuador

Portal web: [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec)

**TIRAJE**

300 ejemplares

**IMPRESION:** Imprenta y Encuadernadora ARTOS

**Teléfono:** 2649 396

**Email:** [imprenta\\_artos@yahoo.es](mailto:imprenta_artos@yahoo.es)

## PRESENTACIÓN

La Procuraduría General del Estado dentro de su misión institucional, absuelve consultas a las instituciones u organismos del Estado, emitiendo pronunciamientos con carácter vinculante que garantizan la seguridad jurídica de las instituciones públicas.

La presente publicación puesta en conocimiento de la ciudadanía es una Edición Especial de pronunciamientos y consultas a los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales del país, absueltas a partir de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Esta compilación se la entrega en dos tomos, que recogen preguntas y respuestas del día a día en la gestión de las autoridades y servidores municipales del país, sirviendo su aplicación como una herramienta eficaz de ayuda legal y de procedimiento a la problemática existente dentro de sus instituciones.

La Edición Especial estará disponible en el portal web: [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec) de la Procuraduría General del Estado, como un producto de nuestro trabajo jurídico y constante siempre en beneficio del Estado Ecuatoriano.

**Dr. Diego García Carrión**  
**PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO**



## INDICE

PRESENTACIÓN.....	3	
<b>A</b>		
<b>ADQUISICIÓN DE TERRENO EN ÁREA URBANA Y RURAL:</b>		
Compra-venta directa sin declaratoria de utilidad pública.....	13	
<b>ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA:</b>		
Inmuebles que se encuentren en posesión material de buena fe.....	20	
<b>ALIMENTACIÓN:</b>		
Empleados Municipales, Transporte.....	25	
<b>ALIMENTACIÓN:</b>		
Subdivisión de contratos.....	32	
<b>ALUMBRADO PÚBLICO:</b>		
Iluminación de bienes y espacios públicos de los Gobiernos Autónomos Municipales	39	
<b>AMBIENTAL:</b>		
Fichas y planes de manejo ambiental -competencia para su presentación, aplicación de la normativa actual-.....	50	
<b>APROBACIÓN PARA LA INTERVENCIÓN DE INMUEBLES NO INVENTARIADOS DENTRO DE LA DELIMITACIÓN DE CENTRO HISTÓRICO.....</b>		58
<b>ÁREAS VERDES:</b>		
Contribución del porcentaje por subdivisión de lotes.....	68	
<b>ÁREAS VERDES:</b>		
Contribución en fraccionamientos en sector rural -compensación mediante pago...	72	
<b>ÁREAS VERDES:</b>		
Porcentaje de contribución para fraccionamientos de suelo.....	77	
<b>ÁREAS VERDES Y RURALES:</b>		
Pago del 15% al 25% entre porcentaje en avalúo catastral.....	81	

**ASAMBLEA DEL SISTEMA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA:**

Máxima instancia de decisión..... 93

**B**

**BIENES INMUEBLES:**

Cobro de valores por excedentes de terrenos ..... 101

**BIENES INMUEBLES:**

División por sucesión hereditaria, disolución de la sociedad conyugal, particiones judiciales y extrajudiciales de acuerdo al Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial ..... 108

**BIENES INMUEBLES:**

Exoneración o compensación de porcentajes de terrenos a favor del Municipio... 115

**BIENES INMUEBLES:**

Fraccionamiento de predios rurales y urbanos -competencia para autorización-... 125

**BIENES MUNICIPALES Y PARTICULARES:**

Enajenación de excedentes de terreno..... 127

**BOMBEROS:**

Competencia para conformar el Consejo de Administración y Disciplina..... 132

**BOMBEROS:**

Costos y tarifas, sanciones, jornada laboral y pago de horas extraordinarias y suplementarias..... 138

**BOMBEROS:**

Exoneración de matriculación vehicular..... 148

**BOMBEROS:**

Transformación de la Empresa Municipal Cuerpo de Bomberos..... 152

**C**

**CANCELACIÓN DE DERECHOS Y TARIFAS:**

Sociedad General de Autores y Compositores (SAYCE) y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador (FENARPE), previo a la organización de espectáculos públicos ..... 156

<b>CAUCIÓN:</b>	
Obligación de los servidores municipales.....	168
<b>COMODATO O DONACIÓN:</b>	
Cambio de figura jurídica .....	170
<b>COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA:</b>	
Selección de socios para participar en concurso público –Aplicación de sanciones sobre competencia desleal-.....	174
<b>CONCEJAL SUPLENTE:</b>	
Principalización, sesiones prórroga de funciones y reconsideraciones -licencia de Alcalde y Vicealcalde- .....	180
<b>CONCEJALES:</b>	
Dietas, viáticos y horario de trabajo.....	190
<b>CONCEJALES:</b>	
Licencia, jornada de trabajo y subrogación.....	201
<b>CONCEJALES:</b>	
Liquidación de haberes, vacaciones no gozadas.....	208
<b>CONCEJALES:</b>	
Nepotismo por afinidad con secretaria del Municipio.....	215
<b>CONCEJALES:</b>	
Reconocimiento de beca completa estudiantil.....	221
<b>CONCEJALES:</b>	
Reemplazo, remuneraciones, pago de aportes al IESS y licencias.....	224
<b>CONCEJALES:</b>	
Régimen de remuneraciones y más beneficios adicionales.....	232
<b>CONCEJALES:</b>	
Registro de jornada de trabajo.....	238
<b>CONCEJALES:</b>	
Subrogación.....	242

<b>CONCEJO CANTONAL:</b>	
Atribuciones para expedir Reglamento.....	245
<b>CONCEJO CANTONAL MUNICIPAL:</b>	
Competencias para expedir Reglamentos.....	248
<b>CONCEJOS CANTONALES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA:</b>	
Competentes para autorizar y registrar funcionamiento de entidades de atención pública o privada .....	253
<b>CONCESIONES:</b>	
Manejo de desechos sólidos.....	261
<b>CONSEJO CANTONAL DE SALUD:</b>	
Naturaleza administrativa y presupuestaria -pago de dietas-.....	266
<b>CONSEJO NACIONAL DE COMPETENCIAS:</b>	
Ejercicio de los gobiernos provinciales y convenio de Cooperación.....	274
<b>CONTRATACIÓN DE ÍNFIMA CUANTÍA:</b>	
Ejecución individual del contrato.....	280
<b>CONTRATACIÓN DE PROFESORES:</b>	
Instituciones Municipales.....	288
<b>CONTRATO COMPLEMENTARIO:</b>	
Plazo para ejecución de rubros nuevos.....	296
<b>CONTRATOS:</b>	
Liquidación y extensión de dos o más contratos en forma independiente pago por compensación.....	302
<b>CONTRATOS:</b>	
Terminación del Convenio por Mutuo Acuerdo.....	312
<b>CONTRATOS COMPLEMENTARIOS DE CONSULTORÍA:</b>	
Imprudencia de suscripción.....	317
<b>CONTRATOS DE SERVICIOS PROFESIONALES:</b>	
Inhabilidad para contratar.....	325

<b>CONTRATOS INDEFINIDOS CON TRABAJADORES.....</b>	<b>333</b>
<b>CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS:</b>	
Baja de títulos de crédito -subvención de pago a Monumentos Históricos- .....	338
<b>CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS:</b>	
Cobro de porcentajes y ampliación de plazo .....	347
<b>CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS:</b>	
Emisión y recaudación de títulos de crédito.....	354
<b>CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS:</b>	
Exención por aporte de la comunidad.....	361
<b>CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS:</b>	
Subsidios, exoneración a discapacitados y adultos mayores.....	366
<b>CONTRIBUCIONES A FAVOR DE LAS COMUNIDADES:</b>	
Improcedencia.....	375
<b>CONVENIO DE COFINANCIAMIENTO:</b>	
Ampliación de plazo.....	378
<b>CONVENIO DE MANCOMUNAMIENTO CON-NOR:</b>	
Régimen Administrativo y laboral.....	385
<b>CONVENIO DE PAGO:</b>	
Contrato de arrendamiento .....	396
<b>CONVENIO DE PAGO:</b>	
Prestaciones de bienes y servicios.....	405
<b>CONVENIO DE PAGO:</b>	
Servicios de vigilancia privada .....	413
<b>CONVENIOS PARA MEJORAMIENTO DE VÍA RURAL:</b>	
Presupuesto de años anteriores .....	422
<b>CUANTÍA EN CONTRATOS:</b>	
Procedimiento de menor cuantía para la contratación de obras.....	430

## D

### **DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA:**

Competencia..... 435

### **DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA:**

Lote de terreno que carece de título de propiedad ..... 440

### **DELEGACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE:**

Construcción de terminal terrestre sin declaratoria de excepcionalidad..... 449

### **DIETAS:**

Dignatarios de elección popular que conforman directorios de Federación Deportiva 460

### **DIETAS:**

Miembros del Concejo Cantonal de la Niñez de otra Jurisdicción..... 465

### **DONACIÓN:**

Traspaso y comodato en instituciones del Sector Público..... 471

### **DONACIÓN DE COMBUSTIBLES Y LUBRICANTES PARA LA MOVILIZACIÓN DE LA COMUNIDAD ESTUDIANTIL..... 480**

### **DONACIÓN DE INMUEBLES:**

Asociación de Comerciantes Minoristas..... 486

### **DONACIONES:**

Recursos Públicos para difusión cultural y actividades deportivas..... 492

### **DONACIONES PARA EVENTOS SOCIALES POR ANIVERSARIO INSTITUCIONAL:**

Prohibición..... 496

## E

### **EMERGENCIA:**

Responsabilidad de la máxima autoridad municipal para la contratación ..... 501

### **EMPRESA PÚBLICA:**

Compra de acciones en compañía escindida..... 505

<b>EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL:</b> Aplicación de tercerización de servicios complementarios.....	509
<b>EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL:</b> Crédito con entidades públicas y privadas.....	518
<b>EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL:</b> Obtención de crédito autorización del Concejo Municipal.....	522
<b>EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL MANCOMUNADA DE ASEO INTEGRAL DE LA CUENCA DEL JUBONES:</b> Subrogación al Presidente del Directorio.....	527
<b>EMPRESAS PÚBLICAS:</b> Competencias de directorios, escala remunerativa, contratos de servicios ocasionales, comisión de servicios .....	530
<b>EMPRESAS PÚBLICAS:</b> Naturaleza jurídica, exención de tributos, proceso coactivo e irretroactividad de la Ley.....	537
<b>EMPRESAS PÚBLICAS:</b> Régimen laboral y administrativo de sus servidores.....	549
<b>ENERGÍA ELÉCTRICA:</b> Compensación por privación de derecho del 2% al Municipio de Guayaquil.....	554
<b>ESTATUTO ORGÁNICO FUNCIONAL DE POSICIÓN DE PROCESOS Y MANUAL DE FUNCIONES DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN CHAMBO:</b> Aprobación y conocimiento.....	560
<b>EXPROPIACIÓN:</b> Ocupación de predios declarados en Utilidad Pública.....	566
<b>EXPROPIACIÓN:</b> Transferencia de dominio de bienes inmuebles -Derechos Notariales- .....	574
<b>EXTINCIÓN DE LOS PATRONATOS:</b> Transferencia de patrimonio y traslado de personal al respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado .....	581



# A

## 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 núm. 15.

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

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:

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,

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](http://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**

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

**ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL  
DEL CANTÓN NOBOL**

#### **CONSULTA:**

“Si a fin de legitimar la posesión que mantiene el GAD Municipal del Cantón Nobol, del predio donde ha edificado su sede *administrativa* y funciona por más de cinco años (21 años 10 meses específicamente), es procedente o no aplicar la disposición contenida en el

art. 27 de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, por cuanto en el citado artículo por mandato de esta ley dicen que pasarán a ser de propiedad de los poseesionarios, y cuál es su procedimiento y trámite a seguir, toda vez que no existe otra disposición que especifique su trámite, vía o reglas procedimentales”.

### **BASES LEGALES:**

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

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

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

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

### **PRONUNCIAMIENTO:**

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

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

‘Los bienes inmuebles que estén en posesión material de buena fe, no interrumpida, de las instituciones del Estado por más de cinco años, y que carecieren de títulos de propiedad legalmente inscritos a nombre de dichas instituciones, pasarán, por mandato de esta Ley, a ser de propiedad de las poseionarias. Los registradores de la propiedad de los cantones en los que dichos inmuebles se hallaren ubicados inscribirán las transferencias de dominio, previo auto que, al efecto, expedirán los jueces competentes, a petición de parte’ ”.

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

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

Que los bienes de que trata esta disposición, estén en posesión material de buena fe;

Que la posesión sea no interrumpida;

Que estén en poder o posesión de la entidad pública por más de cinco años;

Que carecieren de título inscrito a nombre de la entidad pública;

Que dicha posesión sea transferida por vía judicial por los jueces competentes”.

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

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

El artículo 27 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana sobre cuya aplicación trata la consulta, se refiere a inmuebles que estén en posesión material de instituciones de Estado, sin título de dominio registrado a su nombre, respecto de los cuales esa norma dispone que “(…) pasarán, por mandato de esta Ley, a ser de propiedad de las posesionarias”, para cuyo efecto prevé que los Registradores inscriban el dominio a nombre de las instituciones públicas posesionarias, previo auto que deben expedir los jueces competentes a petición de la respectiva entidad.

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

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

El Juez aceptará a trámite la demanda siempre que se adjuntare a la misma el certificado del registrador de la propiedad que acredite que tal bien raíz se halla registrado como de propiedad del demandado, salvo el caso del inciso siguiente, y se presente prueba que acredite el cumplimiento de los presupuestos fácticos determinados en aquella disposición, esto es, que la entidad demandante se encuentre en posesión material del inmueble que

pretende adquirir en propiedad por más de cinco años, en forma no interrumpida y de buena fe; y, dispondrá la citación al demandado concediéndole el término de quince días para su contestación;

En caso de no contestarse la demanda y de considerar que se han probado sus fundamentos, el Juez dictará auto aceptando la reclamación, y ordenando su protocolización e inscripción; y,

De no haberse probado los fundamentos de la demanda, la rechazará.

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

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

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

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

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

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

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

Concordante, el artículo 705 *Ibidem*, dispone:

“Art. 705.- Siempre que por una sentencia ejecutoriada se reconociere como adquirido por prescripción el dominio o cualquier otro de los derechos mencionados en los artículos 702 y

siguientes, servirá de título esta sentencia, y se inscribirá en el respectivo registro o registros”.

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

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

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

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

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

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

Al efecto, la entidad deberá presentar su demanda ante el Juez civil del lugar en que esté ubicado el inmueble, acompañada del certificado del registrador de la propiedad que acredite que el bien raíz se halla registrado como de propiedad del demandado y prueba

que acredite el cumplimiento de los presupuestos establecidos por el artículo 27 de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana; una vez sustanciada la causa y probados sus fundamentos, compete al órgano judicial aceptar o no la reclamación mediante la emisión del auto correspondiente; y, en caso de que la resolución del órgano judicial sea favorable a la entidad pública demandante ordenar la protocolización de dicha providencia y su inscripción en el Registro correspondiente.

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

**OF. PGE. N°:** 18454 de 15-08-2014

### **ALIMENTACIÓN: EMPLEADOS MUNICIPALES, TRANSPORTE**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN PUJILÍ

#### **CONSULTAS:**

“¿Es obligación del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Pujilí contratar los servicios de transporte y alimentación, para los empleados municipales sujetos a la LOSEP?”; y,

“¿Puede el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Pujilí cancelar en efectivo los valores correspondientes a transporte y alimentación a los empleados municipales en virtud de no poder contratar esos servicios en el cantón?”.

#### **BASES LEGALES:**

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

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 96, Disp. Gen. Décima Cuarta; y, 237 y 238 de su Reglamento Gral.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 77, 115 y 178.

Norma que Regula el Servicio de Alimentación para las y los Servidores Públicos, Arts. 4, 5, 6, 7, Disposiciones Generales: Primera y Cuarta.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

De conformidad con lo prescrito por el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 11564 de 17 de enero de 2013, esta Entidad solicitó a usted la remisión del criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Procurador Síndico Municipal.

Con oficio No. 11874 de 5 de febrero de 2013, insistí en el requerimiento anteriormente mencionado, mismo que ha sido atendido por la Municipalidad de Pujilí con oficio No. 0055-GADMCP-A-2013 de 19 de febrero de 2013, recibido el 26 de febrero del presente año.

El oficio inicial de consulta refiere como antecedente que: “El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Pujilí, en aplicación a lo dispuesto en la Disposición General Décima Cuarta de la Ley Orgánica de Servicio Público en concordancia con los artículos 237 y 238 de su Reglamento General, podrá contratar los servicios de transporte y alimentación para sus empleados, sin embargo, en el cantón Pujilí no se cuenta actualmente con estos servicios, razón por la cual se ha procedido a cancelar los valores presupuestados a los empleados municipales en virtud de un informe emitido por el responsable de Talento y Recursos Humanos”.

Por su parte, el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad de Pujilí, contenido en oficio No. GADMP-AJ-525-2012 de 13 de noviembre de 2012, manifiesta que: “(...) mediante resolución del Legislativo Municipal de fecha 6 de julio de 2011, se ha resuelto por unanimidad cancelar valores económicos por conceptos de gastos de alimentación y transporte a favor de los servidores públicos del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Pujilí (...)”.

El referido informe argumenta: “Es menester recalcar que en las disposiciones como en el análisis realizado siempre se habla del servicio de transporte y alimentación, pues de manera clara se puede observar que únicamente se refiere la norma a la prestación del servicio, más no se refiere al pago en dinero”.

En relación al servicio de transporte, en pronunciamiento contenido en oficio No. 11171 de 21 de diciembre de 2012, cuya copia acompaño, este Organismo concluyó 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.

(...) 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”.

Toda vez que esta Procuraduría ya se ha pronunciado respecto de la aplicación de las normas que regulan el servicio de transporte en beneficio de los servidores de la LOSEP, no es necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

En referencia al servicio de alimentación, el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad de Pujilí, cita la Disposición General Décima Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público y el artículo 238 de su Reglamento General; y, sobre su base concluye:

“Respecto al servicio de alimentación, la disposición del artículo 238 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público determina que se podrá implementar el servicio de alimentación, mediante la contratación de empresas especializadas en la materia, siempre que se cumplan con ciertos requisitos determinados por el Ministerio de Relaciones Laborales.

Los montos para la prestación del servicio deberá ser fijados por el Ministerio de Relaciones Laborales, de la misma manera se determina en la disposición citada que, cuando la entidad no disponga de espacio físico para brindar el servicio, se podrá contratar los servicios de particulares de la localidad.

Sin embargo, cabe señalar que no es obligación del GAD Municipal del cantón Pujilí dotar del servicio de alimentación, pues la disposición claramente determina que las entidades podrán implementar el servicio de alimentación, siempre dependiendo de la disponibilidad presupuestaria”.

La Disposición General Décima Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público, 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 Orgánica, 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.

En el Título IV, Capítulo VIII del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, referente al tema de “Salud Ocupacional”, el artículo 238 ha regulado ampliamente lo relacionado con el servicio de alimentación en los siguientes términos:

“Art. 238.- De la alimentación.- Las instituciones públicas sobre la base de las disponibilidades presupuestarias, podrán implementar en beneficio de las y los servidores, el servicio de alimentación, que será proporcionado a través de la contratación de empresas especializadas en la materia, que cumplan con todas las regulaciones sanitarias, de calidad y que se encuentren registradas en el Ministerio de Relaciones Laborales como

prestadoras de actividades complementarias de alimentación, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Mandato Constituyente No. 8.

La contratación comprenderá una comida diaria, a la mitad de la jornada de trabajo, dentro de las instalaciones de la entidad, en un local específico, y exclusivamente adecuado para el efecto, que reúna todas las condiciones de aseo, comodidad y orden necesarias; o, en un establecimiento contiguo a la institución que igualmente cumpla con las condiciones antes descritas.

El servicio a brindarse se basará en los requerimientos nutricionales establecidos por un especialista en la materia, e incluirá dietas especiales para los grupos de servidoras o servidores que requieran de las mismas. Los menús incluirán todos los grupos de alimentos tendientes a proporcionar una dieta sana y balanceada, debiendo contemplar la necesaria variación de la misma durante diversos períodos, y será elaborada con productos de primera calidad.

La máxima autoridad de la institución establecerá controles sanitarios periódicos, respecto de los servicios brindados, incluyendo de ser el caso exámenes de laboratorio del personal que brinda los servicios y de los alimentos, particular que constará de los respectivos contratos.

El monto máximo de pago será el establecido de conformidad con los techos que para el efecto establezca el Ministerio de Relaciones Laborales para la administración pública central e institucional, previo el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas.

En virtud de la naturaleza y condiciones de los servicios a desarrollarse, el Ministerio de Relaciones Laborales, previo estudio podrá autorizar que el beneficio de alimentación incluya más de una comida diaria.

Para el servicio de alimentación, las instituciones que por encontrarse sus instalaciones físicas ubicadas en zonas cercanas entre ellas, podrán obtener el servicio de alimentación para las o los servidores, mediante contratos conjuntos y que respondan a intereses mutuos.

Cuando no se disponga de instalaciones físicas propias para proporcionar el servicio de alimentación, la institución puede contratar con proveedores de alimentos preparados, sean estos, fondas, restaurantes, u otros similares, cuyo funcionamiento se encuentre autorizado legalmente, para lo cual se asegurará que las o los servidores tengan el tiempo suficiente para su salida y retorno en el tiempo asignado y que no forma parte de la jornada ordinaria de trabajo institucional.

En ciudades y sitios que no se disponga de empresas especializadas en la materia o de locales que proporcionen alimentos preparados, las instituciones podrán gestionar la obtención del servicio a través de personas particulares de la localidad, lo cual se justificará a través de obtención de bienes y servicios directos, para lo cual la UATH o quien hiciere sus veces, deberá llevar los controles respectivos.

En los casos en que las o los servidores pertenecientes a una institución, que por la misión que cumple la misma o sus servidores, deban prestar sus servicios en otra institución de las determinadas en el artículo 3 de la LOSEP, y reciban este beneficio en su institución de origen, de manera directa o en dinero, la institución donde se encuentren temporalmente prestando sus servicios comunicará a la institución de origen para que el monto correspondiente a la alimentación no sea considerado respecto de la o el servidor que se encuentra en la otra institución, siempre y cuando en dichas instituciones se otorgue el servicio de alimentación.

El Ministerio de Relaciones Laborales, emitirá la norma técnica correspondiente”.

Sobre la base normativa citada, en pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 00345 y 02743 de 9 de febrero y 11 de julio de 2011, concluí que:

“(…) la alimentación no es un ingreso permanente y regular del servidor, y por tanto no es parte de la remuneración mensual unificada, determinada en el artículo 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público, pero tampoco constituye una remuneración compensatoria. 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 la alimentación 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”.

En el pronunciamiento contenido en oficio No. 02743 de 11 de julio de 2011, antes citado, agregué que:

“(…) los servidores del Municipio de Mejía, que laboren en jornada ordinaria o especial, podrán beneficiarse del servicio de alimentación que otorgue esa Entidad, de conformidad con la Disposición General Décima Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público y el Art. 238 de su Reglamento General, en la forma que lo regule el Ministerio de Relaciones Laborales. El Municipio de Mejía, no puede acreditar el valor correspondiente a la alimentación en las cuentas de sus servidores, en razón de que ni en la LOSEP, ni en su Reglamento de aplicación, se prevé la acreditación en las cuentas de los servidores públicos el valor en dinero por costo de alimentación.

Lo manifestado está sujeto a que exista la respectiva asignación presupuestaria al efecto, de conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”.

Con posterioridad a los referidos pronunciamientos, mediante Acuerdo Ministerial No. 225, el Ministerio de Relaciones Laborales expidió la Norma que Regula el Servicio de Alimentación para las y los Servidores Públicos, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 859 de 28 de diciembre de 2012, cuyo artículo 4 reitera que el servicio de alimentación es una prestación que consiste en “(...) poner a disposición de las y los servidores públicos el servicio de alimentación, una vez al día, a la mitad de la jornada (...)”.

La citada Norma Técnica, en su artículo 5 determina los mecanismos que las instituciones del Estado podrán utilizar para implementar el servicio de alimentación en beneficio de los servidores públicos.

El artículo 6 de la mencionada Norma Técnica, establece que las instituciones podrán pagar por alimentación al proveedor del servicio hasta USD 4,00 sin incluir el I.V.A., por cada servidora o servidor público y por cada día laborado; y, la Disposición General Segunda *ibidem*, prohíbe que el servicio de alimentación se pague en dinero.

Como excepción a la prohibición de pago del servicio de alimentación, el artículo 7 de la citada Norma Técnica, prescribe:

“Art. 7.- Caso especial.- Cuando las y los servidores públicos de aquellas instituciones públicas que presten el servicio de alimentación, y desempeñen sus funciones en un lugar ajeno a la planta central, en el que la institución no pueda brindar el servicio de alimentación bajo ninguno de los mecanismos para la provisión del servicio previstos en el artículo 5 de esta norma, previo informe técnico de la UATH institucional y aprobación del Ministerio de Relaciones Laborales, recibirán el valor correspondiente a lo que su institución en planta central paga por este servicio, por persona y por día laborado, siempre y cuando no reciba viáticos y/o subsistencias”.

Por su parte, la Disposición General Primera de la Norma Técnica, prevé que para implementar el servicio de alimentación en beneficio de sus servidores, las instituciones del Estado “(...) deberán formular el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente; y, se sujetarán a lo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, el procedimiento de contratación para ferias inclusivas y demás resoluciones y disposiciones emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP”.

Finalmente, la Disposición General Cuarta de la referida Norma Técnica, prescribe:

“CUARTA.- En el caso de las instituciones del Estado que no forman parte del Presupuesto General del Estado para su implementación deberán sujetarse a lo dispuesto en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; y, de ser procedente podrán ajustarse a lo establecido en este Acuerdo”.

De acuerdo con la parte final del artículo 77 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, “(...) 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”. Es decir que, los ingresos y egresos de los municipios, que son gobiernos autónomos descentralizados, no integran el presupuesto General del Estado.

El artículo 115 del citado Código Orgánico, dispone que: “Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.

Adicionalmente, el artículo 178 del mismo Código Orgánico, prescribe que ninguna entidad u organismo público podrá contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria. La citada norma establece que los funcionarios que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán responsables personal y pecuniariamente y destituidos del puesto.

Según el tenor de la Disposición General Cuarta de la Norma Técnica que Regula el Servicio de Alimentación para los Servidores Públicos, expedida por el Ministerio de Relaciones Laborales, anteriormente transcrita, su aplicación es facultativa para los gobiernos autónomos descentralizados, por ser entidades cuyos ingresos y egresos no forman parte del Presupuesto General del Estado, según lo prevé el artículo 77 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

En atención a los términos de su consulta sobre alimentación se concluye que los GAD's, para implementar el servicio de alimentación, se sujetarán a lo dispuesto en los artículos 115 y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, es decir que deben contar con la respectiva asignación presupuestaria para la provisión del servicio de alimentación a sus servidores.

De conformidad con el artículo 238 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, la alimentación consiste en un servicio que las entidades públicas pueden implementar en beneficio de su personal, sobre la base de las disponibilidades presupuestarias, mediante la contratación de empresas especializadas en la materia, en las instalaciones propias de la institución, con proveedores de alimentos preparados

autorizados legalmente o personas particulares de la localidad, por lo que, no procede pago a los servidores por este concepto.

Para el caso de entidades que presten ese servicio a su personal y tengan servidores que desempeñen funciones en un lugar ajeno a la planta central, a quienes no se pueda proveer del servicio por ninguna de las modalidades establecidas en la Norma Técnica que Regula el Servicio de Alimentación, el artículo 7 del Acuerdo 225 que contiene dicha norma, prevé que en tales circunstancias se puede pagar al servidor el valor correspondiente al que su institución paga en planta central por este servicio, por persona y por día laborado, siempre y cuando no reciba viáticos y/o subsistencias. Lo dicho, considerando que según la Disposición General Cuarta de la citada Norma Técnica, su aplicación es facultativa para los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

**OF. PGE. N°:** 12660, de 04-04-2013

## **ALIMENTACIÓN: SUBDIVISIÓN DE CONTRATOS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE QUIJOS

### **CONSULTA:**

“¿Es legal y procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Quijos, implemente y contrate el servicio de alimentación para las y los servidores municipales con más de un proveedores de la localidad, se incurre o no en la subdivisión del Contrato, esto por cuanto la Institución no cuenta con espacio suficiente y adecuado para brindar este servicio directamente, como tampoco existen empresas o proveedores con espacio físico y capacidad, para brindar este servicio a todos los servidores?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 13 y 66.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 25 y 96; y, 236 y 238 de su Reglamento General.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1 núm. 4 y 6 núm. 13, Disposición General Segunda; y, 60 y 67 de su Reglamento General.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 77, 115 y 178.

Mandato Constituyente No. 8, Art. 3.

Norma que Regula el Servicio de Alimentación para los Servidores Públicos, Arts. 4, 5, 7, 12, Disposiciones Generales: Primera y Cuarta.

Procedimiento para Contratación de Ferias Inclusivas del INCOP, Art. 1.

Procedimiento de Ferias Inclusivas, Arts. 2, 3 y 13.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Como anexo al oficio de consulta, se ha remitido el informe No. 01-PS-GADMQ-2013 de 4 de marzo de 2013, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, quien señala como fundamentos jurídicos los artículos 13 y 66 de la Constitución de la República, relacionados con el derecho a la alimentación y nutrición, el artículo 25 de la Ley Orgánica de Servicio Público que trata sobre las jornadas de trabajo y la Disposición General Décima Cuarta ibídem que prohíbe la creación de nuevos rubros que impliquen beneficios económicos para los servidores públicos, no contemplados en dicha Ley, excepto los gastos de transporte, alimentación, guardería y uniformes.

Añade el Procurador Síndico que el inciso segundo del artículo 236 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, prevé que los beneficios de transporte, alimentación, uniformes y guarderías deberán ser regulados por el Ministerio de Relaciones Laborales y la obligación de que las entidades cuenten con la respectiva disponibilidad presupuestaria para su prestación. Además, el informe jurídico hace referencia al artículo 238 del Reglamento antes citado, que regula el servicio de alimentación, así como el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que prohíbe a las entidades y organismos públicos, la adquisición de compromisos, contratos y obligaciones, sin contar previamente con la correspondiente certificación presupuestaria.

Finalmente, en el informe jurídico en mención, se hace referencia a la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que prohíbe la subdivisión de contratos y el artículo 3 del Mandato Constituyente No. 8, que permite la contratación con personas naturales o jurídicas que presten servicios complementarios, entre ellos, el de alimentación, quienes deben estar autorizados para tales fines por el Ministerio de Relaciones Laborales.

Con fundamento en las normas jurídicas previamente señaladas, el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Quijos, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En consecuencia en cumplimiento estricto y oportuno al mandato supremo constitucional y a las leyes invocadas concluyo manifestando, que se debe implementar y contratar el servicio de alimentación para los servidores municipales con proveedores de la localidad como casos especiales de bienes y servicios de ínfima cuantía. Tomando en cuenta que la institución no tiene el espacio físico adecuado para brindar este servicio; Así como los proveedores de la localidad tampoco están en condiciones de prestar este servicio a todos los servidores municipales por lo que se requiere de varios proveedores en razón de que se tiene 30 minutos para el almuerzo”.

Respecto del servicio de alimentación a favor de los servidores públicos, la Procuraduría General del Estado, en los pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 00345 y 02743 de 9 de febrero y 11 de julio de 2011, ha concluido en el siguiente tenor:

“(…) la alimentación no es un ingreso permanente y regular del servidor, y por tanto no es parte de la remuneración mensual unificada, determinada en el artículo 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público, pero tampoco constituye una remuneración compensatoria. 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 la alimentación 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”.

La Norma que Regula el Servicio de Alimentación para los Servidores Públicos, expedida por el Ministerio de Relaciones Laborales mediante Acuerdo Ministerial No. 225, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 859 de 28 de diciembre de 2012, señala en su artículo 4 que el servicio de alimentación es una prestación que se pone a disposición de los servidores públicos, una vez al día, a la mitad de la jornada, y en el tiempo que se destina para esta actividad, la que no formará parte de la jornada legal de trabajo.

El artículo 5 de la Norma Técnica que se analiza, establece los mecanismos que las instituciones del Estado podrán utilizar para implementar el servicio de alimentación en beneficio de los servidores públicos, que son la celebración de contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas por el Ministerio de Relaciones Laborales como prestadoras de actividades complementarias de alimentación, quienes proveerán el servicio en espacios físicos exclusivamente adecuados para el efecto dentro de las instalaciones de la institución o en establecimientos contiguos; la contratación de comedores externos sean estos restaurantes, fondas u otros similares legalmente autorizados; y/o, a través de personas particulares de aquellas localidades en que no se disponga de servicios especializados de alimentación, ni comedores externos.

El artículo 12 de la Norma que Regula el Servicio de Alimentación para los Servidores Públicos, dispone:

“Art. 12.- De la contratación con ferias inclusivas del INCOP.- Las instituciones del Estado para proveer del servicio de alimentación a las y los servidores públicos, aplicarán con prioridad el procedimiento de contratación para Ferias Inclusivas, que consideran como proveedores a las personas naturales o jurídicas, individualmente consideradas, asociadas legalmente o con compromiso de asociación o consorcio, y que reúnan las condiciones establecidas en la Ley”.

La Disposición General Primera de la Norma que Regula el Servicio de Alimentación para los Servidores Públicos, prevé que para implementar el servicio de alimentación en beneficio de sus servidores, las instituciones del Estado deberán formular el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente; y, se sujetarán a lo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, el procedimiento de contratación para ferias inclusivas y demás resoluciones y disposiciones emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP.

Nótese que ni el Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, ni la Norma Técnica que Regula el Servicio de Alimentación para los Servidores Públicos, señalan la posibilidad de que se contrate simultáneamente con varios proveedores el servicio de alimentación.

Adicionalmente, la Disposición General Cuarta de la referida Norma Técnica, prevé que en el caso de las instituciones del Estado que no forman parte del Presupuesto General del Estado para su implementación deberán sujetarse a lo dispuesto en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; y, de ser procedente podrán ajustarse a lo establecido en dicha Norma.

Respecto del servicio de alimentación, en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 12660 de 4 de abril de 2013, concluí en el siguiente tenor:

“Según el tenor de la Disposición General Cuarta de la Norma Técnica que Regula el Servicio de Alimentación para los Servidores Públicos, expedida por el Ministerio de Relaciones Laborales, anteriormente transcrita, su aplicación es facultativa para los gobiernos autónomos descentralizados, por ser entidades cuyos ingresos y egresos no forman parte del Presupuesto General del Estado, según lo prevé el artículo 77 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

En atención a los términos de su consulta sobre alimentación se concluye que los GAD's, para implementar el servicio de alimentación, se sujetarán a lo dispuesto en los artículos 115 y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, es decir que deben contar con la respectiva asignación presupuestaria para la provisión del servicio de alimentación a sus servidores.

De conformidad con el artículo 238 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, la alimentación consiste en un servicio que las entidades públicas pueden implementar en beneficio de su personal, sobre la base de las disponibilidades presupuestarias, mediante la contratación de empresas especializadas en la materia, en las instalaciones propias de la institución, con proveedores de alimentos preparados autorizados legalmente o personas particulares de la localidad, por lo que, no procede pago a los servidores por este concepto.

Para el caso de entidades que presten ese servicio a su personal y tengan servidores que desempeñen funciones en un lugar ajeno a la planta central, a quienes no se pueda proveer del servicio por ninguna de las modalidades establecidas en la Norma Técnica que Regula el Servicio de Alimentación, el artículo 7 del Acuerdo 225 que contiene dicha norma, prevé que en tales circunstancias se puede pagar al servidor el valor correspondiente al que su institución paga en planta central por este servicio, por persona y por día laborado, siempre y cuando no reciba viáticos y/o subsistencias. Lo dicho, considerando que según la Disposición General Cuarta de la citada Norma Técnica, su aplicación es facultativa para los Gobiernos Autónomos Descentralizados”.

En el contexto anterior, en atención al ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispuesto en el numeral 4 del artículo 1, que abarca las contrataciones para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que efectúen entre otras entidades, las del régimen autónomo descentralizado, el gobierno autónomo descentralizado consultante debe sujetarse a lo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás normas de la materia emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP.

El inciso segundo de la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prohíbe que se subdivida en cuantías menores el objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto.

El criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal sugiere que la contratación se realice por ínfima cuantía. Al respecto, el artículo 60 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Sección III, bajo el título “Contrataciones de ínfima Cuantía”, preceptúa:

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

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

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

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

La norma antes citada, claramente determina que la entidad contratante seleccionará “un proveedor”, más no varios proveedores para un mismo objeto.

De otra parte, toda vez que según refiere en su consulta, no existen proveedores con capacidad para brindar el servicio a todos los servidores del gobierno municipal, se torna pertinente considerar el numeral 13 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que define a las ferias inclusivas en los siguientes términos:

“13. Feria Inclusiva: Evento realizado al que acuden las Entidades Contratantes a presentar sus demandas de bienes y servicios, que generan oportunidades a través de la participación incluyente, de artesanos, micro y pequeños productores en procedimientos ágiles y transparentes, para adquisición de bienes y servicios, de conformidad con el Reglamento”.

El artículo 67 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone:

“Art. 67.- Ferias inclusivas.- Las ferias inclusivas previstas en el artículo 6 numeral 13 de la Ley son procedimientos que desarrollarán las entidades contratantes, sin consideración de montos de contratación, para fomentar la participación de artesanos, micro y pequeños productores prestadores de servicios.

Las invitaciones para las ferias inclusivas a más de publicarse en el portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec) se publicarán por un medio impreso, radial o televisivo del lugar donde se realizará la feria.

Las ferias inclusivas observarán el procedimiento de contratación que para el efecto dicte el INCOP”.

El artículo 1 del Procedimiento para Contratación de Ferias Inclusivas del INCOP, expedido mediante Resolución No. 47, en cuanto a su ámbito de aplicación, señala:

“Art. 1.- AMBITO DE APLICACION: La Feria Inclusiva es un procedimiento que podrá ser utilizado por toda entidad contratante, para efectos de adquirir bienes y servicios de producción nacional normalizados o no normalizados, incluidos aquellos servicios que

tengan por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación o mejora de una construcción o infraestructura ya existente.

Los bienes y servicios a contratarse a través de una o más ferias inclusivas deberán constar identificados en el Plan Anual de Contrataciones de cada año. Asimismo, las entidades contratantes notificarán el requerimiento de asistencia técnica al INCOP, respecto de la realización de una o más ferias inclusivas, en un término no menor a quince días (15) anteriores a su realización, detallando el lugar de realización, el monto total a contratar desglosado por objeto u objetos de contratación y el tipo de asistencia técnica requerida.

Para efectos de identificar a un bien o un servicio de origen nacional, se atenderá a las definiciones establecidas por el Ministerio de Industrias y Productividad, que serán publicadas por el INCOP en el Portal [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec).

El Instituto Nacional de Contratación Pública podrá utilizar el procedimiento de Feria Inclusiva para seleccionar bienes y servicios de origen nacional, a fin de que estén disponibles en el Catálogo Electrónico”.

El artículo 2 del Procedimiento de Ferias Inclusivas, dictado por el INCOP, prevé que para tales fines se considerarán proveedores a las personas naturales o jurídicas, individualmente consideradas, asociadas legalmente o con compromiso de asociación o consorcio, que estén habilitados en el Registro Único de Proveedores, RUP y que reúnan una de las condiciones que determina el mismo artículo; y, el artículo 3 ibídem, señala que para efectos de realizar una Feria Inclusiva, la entidad contratante determinará en los pliegos respectivos, el ámbito territorial de la convocatoria, según los criterios de la norma en referencia.

En cuanto a la adjudicación, el artículo 13 de la Resolución No. 47 que norma el Procedimiento para Contratación de Ferias Inclusivas del INCOP, determina lo siguiente:

“Art. 13.- ADJUDICACION: En el día y hora establecidos en el cronograma del proceso, la entidad contratante resolverá sobre la adjudicación total o parcial del proceso, o declarará desierto el mismo si existiere causa prevista por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La adjudicación parcial podrá decidirse en función de la capacidad del o los proveedores para fabricar y entregar los bienes o prestar el servicio en los plazos establecidos, o en función de consideraciones de inclusión que propicien que la mayor cantidad de oferentes que estén en igualdad de condiciones, accedan al objeto contractual.

La resolución de la entidad contratante se publicará en el Portal

www.compraspublicas.gob.ec, y en el Portal institucional de la entidad o entidades contratantes.

Si en la feria no es posible dar a conocer los resultados del procedimiento, los mismos deberán ser publicados de manera obligatoria en el término de 48 horas de concluida la feria, utilizando el procedimiento previsto en el inciso anterior”.

Como se observa del tenor del artículo antes citado, en el caso de Ferias Inclusivas, sí está prevista la posibilidad de adjudicaciones parciales a favor de varios oferentes, sin que aquello constituya subdivisión del contrato.

Del análisis jurídico precedente, de conformidad con la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que prohíbe la subdivisión de los contratos regulados por dicho cuerpo legal, el inciso primero del artículo 60 del Reglamento General y el inciso segundo del artículo 238 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público que se refiere de manera individual a “la contratación”, en atención a su consulta se concluye que, no es procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado contrate con más de un proveedor de la localidad el servicio de alimentación de sus servidores, salvo el caso de que el procedimiento precontractual se rija por el sistema de Ferias Inclusivas, regulado mediante Resolución No. 47 del INCOP, que contiene el Procedimiento para Contratación de Ferias Inclusivas del INCOP, en concordancia con el numeral 13 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 67 de su Reglamento.

**OF. PGE. N°: 12888, de 19-04-2013**

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

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN LOJA

### **CONSULTAS:**

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

“¿Es procedente que el Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, atribuya responsabilidades a los municipios, cuando de la aplicación del artículo 13 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico no se otorga esta facultad a esta entidad encargada de

elaborar planes para el desarrollo de la energía eléctrica, en concordancia con el artículo 132, numeral 4 de la Constitución?”.

### **BASES LEGALES:**

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

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

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

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

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

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

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, con oficio No. 00660 de 17 de octubre de 2014, ingresado el 20 de octubre del presente año, la Municipalidad de Loja, en atención a nuestros requerimientos, ha reformulado su primera consulta y ha remitido el criterio del Procurador Síndico.

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

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

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

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

Respecto de la segunda consulta, el criterio del Procurador Síndico, contenido en oficio No. 1452-PSM-2014 de 22 de septiembre de 2014, cita los artículos 132 de la Constitución de la República, que prevé que se requiere ley para asignar competencias y responsabilidades a los gobiernos autónomos descentralizados y 13 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, que establece las funciones del CONELEC, entre ellas regular el sector eléctrico (letra a) y dictar regulaciones que determinen la Ley y los reglamentos (letra e); y, concluye:

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

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

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

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

“Por tanto, ¿cómo se deben considerar a las ordenanzas que desarrollan las competencias exclusivas, dentro del orden jerárquico de las normas previsto en el Art. 425 de la Constitución de la República? aplicando la disposición arriba referida deberían estar a continuación de las leyes ordinarias, de ahí que, la legislación infraconstitucional de carácter inferior a las leyes ordinarias, no se vuelven vinculativos ni obligatorios para los Gobiernos Municipales en el tema de las competencias exclusivas, además de que irrumpen en la autonomía municipal prevista en el Art. 5 del COOTAD en armonía con el Art. 6 del referido cuerpo de leyes”.

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

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

‘La Regulación No. CONELEC 008/11, ahora sustituida por la No. CONELEC 005/14, establece las características técnicas y económicas, que deben observar las empresas eléctricas de distribución para la prestación del servicio de alumbrado público general. El numeral 4.3. (Regulación 005/14), tiene como objeto aclarar a las distribuidoras que el alumbrado ornamental e intervenido, por sus características, no puede ser prestado bajo condiciones estandarizadas en cuanto al costo de los activos y a los niveles de iluminación, tal como lo exige la regulación del CONELEC para el alumbrado público general. Esto debido a la iluminación de parques, plazas y vías especiales como bulevares, malecones, entre otros, generalmente obedece a criterios estéticos, ornamentales y arquitectónicos, más que a criterios técnicos para iluminación eficiente proporcionada con activos estandarizados. Consecuentemente, el alumbrado público ornamental y el intervenido, al no poder ser prestado por las empresas eléctricas de distribución, bajo criterios técnicos y económicos normalizados y regulados por el CONELEC, su responsabilidad recae en quien

administra y controla estos espacios públicos. En este contexto, la regulación no hace una determinación de competencia sino que señala las funciones y facultades de las empresas distribuidoras, especificándose el límite hasta donde éstas deben realizar la prestación y de esta forma evitar problemas con otras instituciones en el suministro de este servicio. Finalmente, me permito recordar que la Administración del CONELEC, mantuvo reuniones de trabajo el 08 de noviembre de 2013 y el 27 de agosto de 2014, con el Presidente de la Asociación de Municipalidades del Ecuador, AME, quien mostró su predisposición para trabajar en coordinación con el Sector Eléctrico, en el marco del nuevo esquema para la prestación del servicio de alumbrado público’ ”.

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

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

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

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

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

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

y/o requieren de una infraestructura constructiva distinta de los estándares establecidos para el alumbrado público general”. En el acápite 4.3 asignaba a los municipios el carácter de responsables del alumbrado ornamental e intervenido. Como se analizará más adelante, la vigente Regulación del CONELEC sobre alumbrado público (No. 5, publicada en el Registro Oficial No. 356 de 17 de octubre de 2014) contiene similares previsiones a las que han quedado citadas.

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

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

#### Constitución de la República.

“Art. 260.- El ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno”.

#### Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

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

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

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

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

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

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

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

### “3. DEFINICIONES

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

#### 3.1 Alumbrado Público

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

### 3.2 Alumbrado Público General - APG

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

### 3.3 Alumbrado Público Intervenido

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

### 3.4 Alumbrado Público Ornamental

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

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

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

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

## 4. INVOLUCRADOS EN EL ALUMBRADO PÚBLICO

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con las letras b) y c) del artículo 417 del mismo Código, son bienes de uso público las plazas, parques y demás espacios destinados a la recreación u ornato público y promoción turística, así como los elementos y superficies accesorios de las vías de comunicación o espacios públicos a que se refiere el literal b), entre otros.

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

Constitución de la República:

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

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

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización:

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

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

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

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

“Art. 114.- Competencias exclusivas.- Son aquellas cuya titularidad corresponde a un solo nivel de gobierno de acuerdo con la Constitución y la ley, y cuya gestión puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno”.

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

Por tanto, considerando que de acuerdo con los artículos 264 numeral 8 de la Constitución de la República y 55 letras g) y h) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es competencia exclusiva de las municipalidades construir y mantener los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo o que constituyan patrimonio arquitectónico del cantón, en atención a los términos de sus consultas se concluye que, corresponde a los municipios efectuar el diseño, provisión de

materiales, construcción, operación, mantenimiento y reposición de los sistemas de alumbrado público ornamental e intervenido, destinados a la iluminación de bienes y espacios públicos que integran el patrimonio de los gobiernos autónomos municipales, debiendo aplicar al efecto la Resolución del CONELEC No. 5, publicada en el Registro Oficial No. 356 de 17 de octubre de 2014, que contiene la vigente Regulación sobre la prestación del servicio de alumbrado público general.

**OF. PGE. N°:** 19523 de 12-11-2014

### **AMBIENTAL: FICHAS Y PLANES DE MANEJO AMBIENTAL -COMPETENCIA PARA SU PRESENTACIÓN, APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ACTUAL-**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN AMBATO

#### **CONSULTA:**

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

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador Art. 264.

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

Ley de Gestión Ambiental, Art. 22.

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

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

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

En el oficio de consulta usted manifiesta lo siguiente:

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

ficha ambiental y el plan de manejo ambiental deben contar con el respaldo de un consultor ambiental acreditado por el Ministerio de Ambiente".

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

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

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

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

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

La Procuraduría General del Estado con el oficio No. 05500 de 16 de diciembre de 2011 requirió a la señora Ministra del Ambiente el criterio institucional respecto del caso planteado, lo cual fue contestado con el oficio No. MAE- D - 20120002 de 3 de enero de 2012, ingresado el 4 de enero del presente año.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso de proyectos de carácter estratégico la emisión de la licencia ambiental será responsabilidad de la autoridad nacional ambiental. Cuando un municipio ejecute por

administración directa obras que requieran de licencia ambiental, no podrá ejercer como entidad ambiental de control sobre esa obra; el gobierno autónomo descentralizado provincial correspondiente será entonces, la entidad ambiental de control y además realizará auditorías sobre las licencias otorgadas a las obras por contrato por los gobiernos municipales.

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

De la norma del Art. 136 del COOTAD que antecede se desprende que corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales dirigir y organizar la gestión ambiental en el ámbito de su territorio, en concordancia con las políticas emitidas por la autoridad ambiental nacional; que para otorgar licencias ambientales se deberán acreditar obligatoriamente como autoridad ambiental de aplicación responsable en su jurisdicción y que para otorgar licencias ambientales, los gobiernos autónomos descentralizados municipales podrán calificarse como autoridades ambientales, y en los municipios que no se hayan calificado, le corresponde esta facultad al gobierno provincial. El Art. 136 del COOTAD prevé que en el caso de proyectos de carácter estratégico la emisión de la licencia ambiental será responsabilidad de la autoridad nacional ambiental y en el caso que un municipio ejecute por administración directa obras que requieran de licencia ambiental, no podrá ejercer como entidad ambiental de control sobre esa obra, correspondiendo al gobierno autónomo descentralizado provincial ser la entidad ambiental de control, y realizar auditorías sobre las licencias otorgadas a las obras por contrato por los gobiernos municipales.

Concluye el Art. 136 del COOTAD que las obras o proyectos que deberán obtener licencia ambiental son las que causen graves impactos al ambiente, riesgo ambiental o que atenten contra la salud y el bienestar de los seres humanos. Su consulta se halla referida a las obras que ejecuta por cuenta propia el Municipio a su cargo y pretende determinar si son exigibles como requisito para la revisión y aprobación de fichas ambientales y sus planes de manejo ambiental de obras municipales categorizadas como clase "A", presentados por la Dirección de Gestión Ambiental del Municipio de Ambato, que éstos sean realizados por consultores acreditados por el Ministerio del Ambiente, en aplicación del Art. 22 de la Ley de Gestión Ambiental.

La Ley de Gestión Ambiental, en el Art. 8 prescribe que la autoridad ambiental nacional será ejercida por el Ministerio del ramo que actuará como instancia rectora, coordinadora y reguladora del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión Ambiental, sin perjuicio de las atribuciones que dentro del ámbito de sus competencias y conforme las leyes que las regulan, ejerzan otras instituciones del Estado. Agrega que el Ministerio del ramo, contará

con los organismos técnico-administrativos de apoyo, asesoría y ejecución, necesario para la aplicación de las políticas ambientales, dictadas por el Presidente de la República.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, el Art. 22 del indicado Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio de Ambiente, Parte I, que trata sobre el inicio y determinación de la necesidad de un proceso de evaluación de impactos ambientales, prevé lo siguiente: "Art. 22.- Inicio y determinación de la necesidad de un proceso de evaluación de impactos ambientales.- Antes de iniciar su realización o ejecución, todas las actividades o proyectos propuestos de carácter nacional, regional o local, o sus modificaciones, que conforme al artículo 15 lo ameriten, deberán someterse al proceso de evaluación de impacto ambiental, de acuerdo a las demás normas pertinentes y a la Disposición Final Tercera de este Título así como los respectivos sub-sistemas de evaluación de impactos ambientales sectoriales y seccionales acreditados ante el SUMA. Para iniciar la determinación de la necesidad (o no) de una evaluación de impactos ambientales (tamizado), el promotor presentará a la autoridad ambiental de aplicación responsable (AAAr).

La ficha ambiental de su actividad o proyecto propuesto, en la cual justifica que dicha actividad o proyecto no es sujeto de evaluación de impactos ambientales de conformidad con el artículo 15 de este Título y la Disposición Final Quinta; o, el borrador de los términos de referencia propuestos para la realización del correspondiente estudio de impacto ambiental luego de haber determinado la necesidad de una evaluación de impactos ambientales de conformidad con el artículo 15 de este Título.

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

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

Por su parte, la Disposición Final Tercera del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio de Ambiente, Parte I la Ley de Gestión Ambiental, a la que nos remite el artículo 22 *ibidem*, contiene el Glosario de Definiciones y respecto a estudios de impacto ambiental y la evaluación de impacto ambiental señala lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

El Acuerdo Ministerial No. 178 publicado en el Registro Oficial No. 323 de 18 de noviembre de 2010, se encuentra referido a la Calificación y Registro de los Consultores Ambientales a Nivel Nacional y en su artículo primero establece su objeto, en los siguientes términos:

"1.- Objeto.- El presente instructivo tiene por objeto establecer el procedimiento para el registro y calificación de consultores ambientales autorizados para realizar estudios de

impacto ambiental y planes de manejo ambiental, auditorías ambientales y demás instrumentos ambientales que se presenten al Ministerio de Ambiente o ante la Autoridad Ambiental de Aplicación responsable acreditada al SUMA, para su revisión y pronunciamiento".

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

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

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

El Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, Libro VI, en el Art. 15 determina la necesidad de una evaluación de impactos ambientales, y en la letra b) establece criterios y métodos de calificación que incluye fichas ambientales y/o estudios preliminares de impacto ambiental y según el Art. 22 del mismo Texto Unificado, para iniciar la determinación de la necesidad (o no) de una evaluación de impactos ambientales, el promotor presentará a la autoridad ambiental la ficha ambiental de su actividad o proyecto propuesto, para lo cual, por disposición del artículo 1 del Acuerdo Ministerial No. 178, publicado en el Registro Oficial No. 323 de 18 de noviembre de 2010, todos los estudios de impacto ambiental, planes de manejo ambiental y demás instrumentos ambientales que se presenten al Ministerio de Ambiente o ante la Autoridad Ambiental de Aplicación responsable deben ser efectuados por consultores registrados en el Ministerio de Ambiente. Adicionalmente, del tenor del artículo 20 del mismo Decreto se establece que todos los consultores ambientales que deseen participar en concursos y otras modalidades de contratación por parte de las instituciones públicas deben cumplir con los requisitos referidos en el Acuerdo Ministerial No. 178.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que serán exigibles como requisito para la revisión y aprobación de fichas ambientales y planes de manejo ambiental de obras municipales, presentados por la Dirección de Gestión Ambiental del GAD Municipalidad de

Ambato, que éstos sean realizados por consultores acreditados por el Ministerio de Ambiente, en aplicación del artículo 22 de la Ley de Gestión Ambiental, en el caso de las auditorías ambientales para la evaluación del cumplimiento de los planes de manejo ambiental, y de los artículos 15 y 22 del Título VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente y artículos 1 y 20 del Acuerdo Ministerial No. 178, publicado en el Registro Oficial No. 323 de 18 de noviembre de 2010, en el caso de estudios de impacto ambiental y planes de manejo ambiental, auditorías ambientales y demás instrumentos ambientales que deban presentarse al Ministerio de Ambiente o ante la Autoridad Ambiental de Aplicación responsable.

**OF. PGE. N°:** 06684, de 29-02-2012

### **APROBACIÓN PARA LA INTERVENCIÓN DE INMUEBLES NO INVENTARIADOS DENTRO DE LA DELIMITACIÓN DE CENTRO HISTÓRICO**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RIOBAMBA

#### **CONSULTA:**

“¿En amparo a lo dispuesto en el artículo 13 y 39 de la Ley de Patrimonio Cultural, en las intervenciones de inmuebles no inventariados pero que se encuentran dentro de la delimitación de Centro Histórico se requiere aprobación del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 3 núm. 7, 226, 260, 264 núm. 8, 276 núm. 7, 279 y 377.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 4 lit. e), 55, 144 y 154.

Ley de Patrimonio Cultural, Arts. 4, 7 lit. j), 13, 14, 15; y, 39 de su Reglamento General.

Ordenanza No. 001-2006 para el Control y Administración del Centro Histórico y el Patrimonio Cultural Edificado en la Ciudad de Riobamba, Arts. 12 y 15.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

“En amparo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Patrimonio Cultural en los inmuebles inventariados previo la autorización municipal se requiere la aprobación del Instituta (sic) de Patrimonio Cultural, no así para los inmuebles No inventariados pero que se hallan dentro de la delimitación de Centro Histórico que únicamente se necesita el informe técnico emitido por la Dirección de Gestión de Patrimonio y de la Comisión de Centro Histórico esto en amparo a lo que determina el artículo 12 de la Ordenanza No.

001-2006 para el Control y Administración del Centro Histórico y el Patrimonio Cultural Edificado en la Ciudad de Riobamba, aprobada el 19 de enero de 2006”.

A fin de contar con mayores elementos para atender su consulta, mediante oficios Nos. 00168 y 00169 de 4 de febrero de 2015, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio institucional del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural y del Ministerio de Cultura y Patrimonio, respectivamente; se insistió en dichos requerimientos con oficios Nos. 00188 y 00189 de 24 de febrero de 2015.

El informe de la Procuradora Síndica de la Municipalidad consultante, contenido en memorando No. GADMR-AJ-2015-0285-M de 22 de enero de 2015, cita el artículo 144 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como el artículo 12 de la Ordenanza No. 001-2006 para el Control y Administración del Centro Histórico y el Patrimonio Cultural Edificado de la ciudad de Riobamba, aprobada el 19 de enero de 2006; y, sobre dicha base manifiesta:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ordenanza No. 001-2006 para el Control y Administración del Centro Histórico y el Patrimonio Cultural Edificado de la Ciudad de Riobamba, aprobada el 19 de enero de 2006, contempla que para las intervenciones en los inmuebles no inventariados pero que se encuentran dentro de la delimitación de Centro Histórico no se requiere aprobación del Instituto de Patrimonio Cultural; ya que para cuyo efecto bastará el informe técnico emitido por la Dirección de Gestión Patrimonial dirigido a la Comisión de Centro Histórico previo a la Resolución que adoptare el Concejo Municipal; no así para los inmuebles que se encuentran catalogados como Bienes Patrimoniales que obligatoriamente se necesita la aprobación del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural en sujeción a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Patrimonio Cultural”.

Por su parte, la Directora Ejecutiva del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, mediante oficio No. 0180-DE-2015-INPC de 20 de febrero de 2015, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 25 de febrero del presente año, atiende el requerimiento de este Organismo manifestando que lo realiza “En atención al oficio No. 169 de 04 de Febrero de 2015, enviado el señor Ministro de Cultura y Patrimonio, y dando contestación a la sumilla inserta en el referido documento (...)”. Con fundamento en los artículos 3 numeral 7 de la Constitución de la República, 144 y 154 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 4, 13, 14 y 15 de la Ley de Patrimonio Cultural, además del artículo 39 del Reglamento General a la ley citada en último término, expresa el siguiente criterio institucional:

“De la normativa indicada en el presente oficio, se precisa la obligación de precautelar los bienes pertenecientes al patrimonio Cultural; y en cuanto al caso concreto de la consulta elevada a la Procuraduría General del Estado no se restringe únicamente a los bienes

inventariados sino al Centro Histórico en su integralidad. Es importante definir que dentro del expediente técnico de la declaratoria, y tal como consta en el acuerdo ministerial, se definió un área de primer orden e influencia a fin de resguardar el área protegida.

Con estos antecedentes, le corresponde al Instituto Nacional de Patrimonio Cultural en atención a sus funciones, intervenir obligatoriamente en los bienes inmuebles inventariados y no inventariados que se encuentren dentro del área protegida: el Centro Histórico y su área de influencia.

En cuanto a la Ordenanza No. 001-2006 conforme el Art. 15 de la Ley de Patrimonio Cultural, la misma deberá obtener el visto bueno del INPC”.

El numeral 7 del artículo 3 de la Constitución de la República, entre los deberes primordiales del Estado prevé el de “Proteger el patrimonio natural y cultural del país” y en concordancia con aquello, el numeral 1 del artículo 380 *Ibidem* entre las responsabilidades que se le asignan al Estado en esta área, consta la siguiente:

“1. Velar, mediante políticas permanentes, por la identificación, protección, defensa, conservación, restauración, difusión y acrecentamiento del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza histórica, artística, lingüística y arqueológica, de la memoria colectiva y del conjunto de valores y manifestaciones que configuran la identidad plurinacional, pluricultural y multiétnica del Ecuador”.

El numeral 8 del artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador, entre las competencias exclusivas que asigna a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, prevé la de “Preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines”; y, el inciso final de la misma norma dispone que tales gobiernos “En el ámbito de sus competencias y territorio, y en uso de sus facultades, expedirán ordenanzas cantonales”.

Adicionalmente, el numeral 7 del artículo 276 de la citada Constitución establece entre los objetivos del régimen de desarrollo el siguiente: “Proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio; recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural”.

Por su parte, con relación al sistema nacional de cultura, la Constitución de la República del Ecuador establece lo siguiente:

“Art. 377.- El sistema nacional de cultura tiene como finalidad fortalecer la identidad nacional; proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales; y salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural. Se garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales”.

En lo que atañe al patrimonio cultural del país, el artículo 379 de la referida Constitución dispone que:

“Art. 379.- Son parte del patrimonio cultural tangible e intangible relevante para la memoria e identidad de las personas y colectivos, y objeto de salvaguarda del Estado, entre otros:

1. Las lenguas, formas de expresión, tradición oral y diversas manifestaciones y creaciones culturales, incluyendo las de carácter ritual, festivo y productivo.
2. Las edificaciones, espacios y conjuntos urbanos, monumentos, sitios naturales, caminos, jardines y paisajes que constituyan referentes de identidad para los pueblos o que tengan valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico o paleontológico.
3. Los documentos, objetos, colecciones, archivos, bibliotecas y museos que tengan valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico o paleontológico.
4. Las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas.

Los bienes culturales patrimoniales del Estado serán inalienables, inembargables e imprescriptibles. El Estado tendrá derecho de prelación en la adquisición de los bienes del patrimonio cultural y garantizará su protección. Cualquier daño será sancionado de acuerdo con la ley”.

Del tenor de las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador, hasta aquí citadas, se evidencia que la misma establece la protección y respeto del patrimonio cultural del Ecuador y en tal contexto prevé que le corresponde al Estado velar, mediante políticas permanentes, por la identificación, protección, defensa, conservación, restauración, difusión, acrecentamiento y salvaguarda del patrimonio cultural, aspecto que también es contemplado como uno de los objetivos del régimen de desarrollo.

Además, el número 8 del artículo 264 de la Constitución ha incluido entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la de preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico y cultural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines.

El artículo 260 de la Constitución vigente, determina que el ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno, mientras que el artículo 226 de la misma norma suprema impone a las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

De otra parte, la letra e) del artículo 4 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, entre los fines de los gobiernos autónomos descentralizados prevé "(...) la recuperación, preservación y desarrollo de la memoria social y el patrimonio cultural".

En armonía con lo expuesto y con el número 8 del artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador, previamente citado, la letra h) del artículo 55 del Código Orgánico en mención, determina entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la de preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines.

En cuanto a la competencia de preservar, mantener y difundir el patrimonio cultural, el artículo 144 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que ha citado en su informe la Procuradora Síndica de la entidad consultante, dispone:

"Art. 144.- Ejercicio de la competencia de preservar, mantener y difundir el patrimonio cultural.- Corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, formular, aprobar, ejecutar y evaluar los planes, programas y proyectos destinados a la preservación, mantenimiento y difusión del patrimonio arquitectónico, cultural y natural, de su circunscripción y construir los espacios públicos para estos fines.

Para el efecto, el patrimonio en referencia será considerado con todas sus expresiones tangibles e intangibles. La preservación abarcará el conjunto de acciones que permitan su conservación, defensa y protección; el mantenimiento garantizará su sostenimiento integral en el tiempo; y la difusión procurará la propagación permanente en la sociedad de los valores que representa.

Cuando el patrimonio a intervenir rebase la circunscripción territorial cantonal, el ejercicio de la competencia será realizada de manera concurrente, y de ser necesario en mancomunidad o consorcio con los gobiernos autónomos descentralizados regionales o provinciales.

Además los gobiernos municipales y distritales podrán delegar a los gobiernos parroquiales rurales y a las comunidades, la preservación, mantenimiento y difusión de recursos patrimoniales existentes en las parroquias rurales y urbanas.

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales podrán, mediante convenios, gestionar concurrentemente con otros niveles de gobierno las competencias de preservación, mantenimiento y difusión del patrimonio cultural material e inmaterial.

Será responsabilidad del gobierno central, emitir las políticas nacionales, salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural y natural, por lo cual le corresponde declarar y supervisar el patrimonio nacional y los bienes materiales e inmateriales, que correspondan a las categorías de: lenguas, formas de expresión, tradición oral y diversas manifestaciones y creaciones culturales; las edificaciones, espacios y conjuntos urbanos, monumentos, sitios naturales, caminos, jardines y paisajes que constituyan referentes de identidad para los pueblos o que tengan valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico o paleontológico; los documentos, objetos, colecciones, archivos, bibliotecas y museos; las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas: entre otras; los cuales serán gestionados de manera concurrente y desconcentrada.

Los gobiernos autónomos descentralizados provinciales podrán hacer uso social y productivo de los recursos culturales de su territorio, a efectos de cumplir su competencia de turismo en el marco del fomento productivo. Los bienes declarados como patrimonios naturales y culturales de la humanidad se sujetarán a los instrumentos internacionales.

Cuando los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos o municipales declaren patrimonio histórico a edificaciones que requieran ser expropiadas, deberán pagar a los propietarios el valor comercial de dicho bien, conforme lo establecido en este Código, y harán constar en el presupuesto del ejercicio económico del año siguiente, los valores necesarios y suficientes para cumplir con la restauración del bien declarado patrimonio histórico de la ciudad. De no observarse estas disposiciones la resolución quedará sin efecto y él o los propietarios podrán hacer de ese bien, lo que más les convenga, sin afectar su condición patrimonial”.

Como se observa, el artículo 144 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé que corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, formular, aprobar, ejecutar y evaluar los planes, programas y proyectos destinados a la preservación, mantenimiento y difusión del patrimonio arquitectónico y cultural de su cantón y que es responsabilidad del gobierno central, emitir las políticas nacionales, salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural, por lo cual le corresponde declarar y supervisar el patrimonio nacional, competencia que le corresponde al Instituto de Patrimonio Cultural y que concuerda con la potestad que le confiere la letra j) del artículo 7 de la Ley de Patrimonio Cultural, transcrita en líneas anteriores.

De su parte, el artículo 4 de la Ley de Patrimonio Cultural establece entre las atribuciones del Instituto de Patrimonio Cultural, las siguientes:

“Art. 4.- El Instituto de Patrimonio Cultural, tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Investigar, conservar, preservar, restaurar, exhibir y promocionar el Patrimonio Cultural en el Ecuador; así como regular de acuerdo a la Ley todas las actividades de esta naturaleza que se realicen en el país;
- b) Elaborar el inventario de todos los bienes que constituyen este patrimonio ya sean propiedad pública o privada;
- c) Efectuar investigaciones antropológicas y regular de acuerdo a la Ley estas actividades en el País;
- d) Velar por el correcto cumplimiento de la presente Ley; y,
- e) Las demás que le asigne la presente Ley y Reglamento”.

Respecto de los bienes que integran el patrimonio cultural del país, el artículo 7 de la Ley de Patrimonio Cultural, dispone lo siguiente:

“Art. 7.- Declárense bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural del Estado los comprendidos en las siguientes categorías:

- a) Los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles, tales como: objetos de cerámica, metal, piedra o cualquier otro material pertenecientes a la época prehispánica y colonial; ruinas de fortificaciones, edificaciones, cementerios y yacimientos arqueológicos en general; así como restos humanos, de la flora y de la fauna, relacionados con las mismas épocas;
- b) Los templos, conventos, capillas y otros edificios que hubieren sido construidos durante la Colonia; las pinturas, esculturas, tallas, objetos de orfebrería, cerámica, etc., pertenecientes a la misma época;
- c) Los manuscritos antiguos e incunables, ediciones raras de libros, mapas y otros documentos importantes;
- d) Los objetos y documentos que pertenecieron o se relacionan con los precursores y próceres de la Independencia Nacional o de los personajes de singular relevancia en la Historia Ecuatoriana;
- e) Las monedas, billetes, señas, medallas y todos los demás objetos realizados dentro o fuera del País y en cualquier época de su Historia, que sean de interés numismático nacional;
- f) Los sellos, estampillas y todos los demás objetos de interés filatélico nacional, hayan sido producidos en el País o fuera de él y en cualquier época;
- g) Los objetos etnográficos que tengan valor científico, histórico o artístico, pertenecientes al Patrimonio Etnográfico;
- h) Los objetos o bienes culturales producidos por artistas contemporáneos laureados, serán considerados bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural del Estado a partir del momento de su defunción, y en vida, los que han sido objeto de premiación nacional; así como los que tengan treinta años o más de haber sido ejecutados;

- i) Las obras de la naturaleza, cuyas características o valores hayan sido resaltados por la intervención del hombre o que tengan interés científico para el estudio de la flora, la fauna y la paleontología; y,
- j) En general, todo objeto y producción que no conste en los literales anteriores y que sean producto del Patrimonio Cultural del Estado tanto del pasado como del presente y que por su mérito artístico, científico o histórico hayan sido declarados por el Instituto, bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural, sea que se encuentren en el poder del Estado, de las instituciones religiosas o pertenezcan a sociedades o personas particulares.

Cuando se trate de bienes inmuebles se considerará que pertenece al Patrimonio Cultural del Estado el bien mismo, su entorno ambiental y paisajístico necesario para proporcionarle una visibilidad adecuada; debiendo conservar las condiciones de ambientación e integridad en que fueron construidos. Corresponde al Instituto de Patrimonio Cultural delimitar esta área de influencia”.

Del artículo antes citado, se desprende que la Ley de la materia declara como parte del patrimonio cultural del Estado, a varios bienes de distintos tipos y categorías. Entre los inmuebles constan los monumentos arqueológicos pertenecientes a la época prehispánica y colonial, ruinas de fortificaciones, edificaciones, cementerios y yacimientos arqueológicos en general, templos, conventos, capillas y otros edificios que hubieren sido construidos durante la Colonia.

De manera adicional a los bienes inmuebles indicados en el párrafo precedente, que el artículo 7 de la Ley de Patrimonio Cultural determina que conforman el Patrimonio Cultural, la letra j) del mismo artículo establece que integra el Patrimonio Cultural Nacional, todo objeto y producción que no conste en los literales anteriores del indicado artículo y que sea producto de Patrimonio Cultural del Estado, tanto del pasado como del presente y que por su mérito artístico, científico o histórico hayan sido declarados por el Instituto de Patrimonio Cultural como bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural, sea que se encuentren en el poder del Estado, de las instituciones religiosas o pertenezcan a sociedades o personas particulares y que al tratarse de bienes inmuebles se considerarán pertenecientes al Patrimonio Cultural del Estado el inmueble en sí mismo, así como su entorno ambiental y paisajístico.

En dicho contexto, el inciso final del citado artículo 7 de la Ley de Patrimonio Cultural asigna al Instituto de Patrimonio Cultural, atribución para delimitar el “área de influencia” de los inmuebles que tuvieren el carácter de bienes patrimoniales, necesaria para proporcionarle una visibilidad adecuada, debiendo conservar las condiciones de ambientación e integridad en que fueron construidos.

En lo que respecta a los bienes patrimoniales, los artículos 13, 14 y 15 de la Ley de Patrimonio Cultural, en su orden, prevén lo siguiente:

“Art. 13.- No puede realizarse reparaciones, restauraciones ni modificaciones de los bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural sin previa autorización del Instituto.

Las infracciones de lo dispuesto en este artículo acarrearán sanciones pecuniarias y prisión de hasta un año. Si como resultado de estas intervenciones se hubieran desvirtuado las características de un bien cultural el propietario estará obligado a restituirlo a sus condiciones anteriores, debiendo el Instituto, imponer también una multa anual hasta que esta restitución se cumpla. Las multas se harán extensivas a los contratistas o administradores de obras, autores materiales de la infracción, pudiendo llegar inclusive hasta la incautación.

Art. 14.- Las municipalidades y los demás organismos del sector público no pueden ordenar ni autorizar demoliciones, restauraciones o reparaciones de los bienes inmuebles que pertenezcan al Patrimonio Cultural del Estado sin previo permiso del Instituto, siendo responsable de la infracción el funcionario que dio la orden o extendió la autorización, quien será penado con la multa que señale la Ley.

Art. 15.- Las municipalidades de aquellas ciudades que posean Centros Históricos, conjuntos urbanos o edificios aislados cuyas características arquitectónicas sean dignas de ser preservadas deberán dictar ordenanzas o reglamentos que los protejan y que previamente hayan obtenido el visto bueno por el Instituto de Patrimonio Cultural.

Si los planes reguladores aprobados por dichas municipalidades atenten contra estas características, el Instituto exigirá su reforma y recabará el cumplimiento de este artículo”.  
(El resaltado me corresponde)

En lo principal, de los artículos 13, 14 y 15 de la Ley de Patrimonio Cultural, se establece que no cabe la realización de reparaciones, restauraciones ni modificaciones de los bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural sin autorización previa del Instituto de Patrimonio Cultural. Tampoco las municipalidades y demás organismos del sector público pueden ordenar ni autorizar demoliciones, restauraciones o reparaciones de los bienes inmuebles que pertenezcan al Patrimonio Cultural del Estado sin previo permiso de dicho Instituto; y, los municipios de aquellas ciudades que posean Centros Históricos, conjuntos urbanos o edificios aislados cuyas características arquitectónicas sean dignas de ser preservadas, deberán dictar ordenanzas o reglamentos que los protejan, previo visto bueno por el Instituto de Patrimonio Cultural.

Adicionalmente, en virtud de que su consulta se relaciona con la intervención o ejecución de obras en inmuebles ubicados en el Centro Histórico del cantón, cabe citar el artículo 39 del Reglamento General a la Ley de Patrimonio Cultural, que prescribe:

“Art. 39.- Si la ejecución de una obra de cualquier índole puede causar daño o afectar a un bien perteneciente al Patrimonio Cultural de la Nación, a su área de influencia o a los

Centros Históricos de las ciudades que lo posean, el Director Nacional de Patrimonio Cultural solicitará a los Municipios o entidades públicas o privadas, la suspensión de la obra y, si fuere necesario, su derrocamiento. En caso de que la obra haya destruido elementos de un bien perteneciente al Patrimonio Cultural de la Nación o que formen parte de un entorno ambiental, éstos deberán ser restituidos”.

El Ministerio de Cultura y Patrimonio, mediante Acuerdo Ministerial No. 035, declaró como bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural del Estado a varios inmuebles de la ciudad de Riobamba y estableció un área central o de primer orden y un área de influencia, dentro de los límites que se establecen en el artículo primero de dicho Acuerdo, que en su artículo segundo dispone lo siguiente:

“Artículo segundo.- Las áreas declaradas por este instrumento, descritas en el artículo anterior, deberán estar protegidas por la respectiva ordenanza municipal del cantón Riobamba, a partir de la expedición del presente acuerdo ministerial, con el asesoramiento y previo visto bueno del Instituto de Patrimonio Cultural”.

Del análisis jurídico efectuado se desprende que, de acuerdo con el artículo 144 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde a las municipalidades formular y aprobar planes, programas y proyectos destinados a la preservación, mantenimiento y difusión del patrimonio arquitectónico y cultural de su circunscripción y construir los espacios públicos para estos fines, mientras que al gobierno central compete declarar y supervisar el patrimonio, las edificaciones, espacios y conjuntos urbanos, monumentos y sitios que tengan valor histórico, artístico o arqueológico, competencia que ejerce a través del Instituto de Patrimonio Cultural.

Según los artículos 7 inciso final y 15 de la Ley de Patrimonio Cultural, corresponde al Instituto de Patrimonio Cultural, delimitar el “área de influencia” que configura el entorno ambiental y paisajístico de los inmuebles que pertenecen al patrimonio cultural del Estado; y, recabar de las municipalidades, la preservación de las características arquitectónicas de los centros históricos, conjuntos urbanos y edificios patrimoniales.

En tal contexto, los artículos 13 y 14 de la Ley de Patrimonio Cultural y 39 de su Reglamento, prohíben realizar reparaciones, restauraciones o modificaciones de bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural o ubicados en su área de influencia, sin previa autorización del Instituto de Patrimonio Cultural.

En atención a los términos de la consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 13 y 14 de la Ley de Patrimonio Cultural y 39 de su Reglamento, las intervenciones en inmuebles, inventariados o no como patrimonio cultural, que consistan en obras a ser ejecutadas en zonas de Centros Históricos calificadas por el Instituto de Patrimonio Cultural como área de influencia de bienes del Patrimonio Cultural del Estado, requieren aprobación previa de ese Instituto. En consecuencia, según prescribe el artículo 14 de la Ley de

Patrimonio Cultural, las municipalidades podrán otorgar sus permisos una vez que la intervención se hubiere autorizado por el Instituto de Patrimonio Cultural.

Tanto el Instituto de Patrimonio Cultural como el Gobierno Autónomo Descentralizado consultante, deberán coordinar acciones, en cumplimiento de las previsiones de los artículos 226 y 260 de la Constitución de la República que en su orden establecen el principio de coordinación de acciones y el ejercicio concurrente de la gestión y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas siendo responsabilidad exclusiva de la Entidad consultante, la aplicación de las mismas a casos particulares.

**OF. PGE. N°:** 00466 de 16-03-2015

## **ÁREAS VERDES: CONTRIBUCIÓN DEL PORCENTAJE POR SUBDIVISIÓN DE LOTES**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN LOJA

### **CONSULTA:**

"¿Cuándo se solicita una nueva subdivisión de un lote, resultante de una subdivisión anterior, la cual realizó las aportaciones globales de áreas verdes y comunales, es obligatorio volver a solicitar nuevos aportes de áreas verdes y comunales?"

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador Arts. 226 y 264 núm. 2.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 54 lit. c), 55 lit. b), 57 lit. x), 424 y 470.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Dentro de la documentación que se adjunta al oficio que contesto, consta el oficio No. 498-JRCU-2010 de 26 de agosto del 2011, suscrito por el Jefe de Regulación y Control Urbano, en el cual, con respecto al motivo de la consulta, manifiesta, que: "La pregunta surge cuando se fracciona un predio de una subdivisión anterior en la que ya han entregado el porcentaje de áreas verdes y comunales como por Ejm. El Sr. Lizardo Jaramillo subdividió su propiedad de 194.050 m2 en seis lotes y deja un total de 40.051,10 m2 de área verde y comunal, individualiza escrituras de cada uno de los lotes de la subdivisión aprobada mediante capitulaciones matrimoniales y presenta nuevamente la subdivisión de cada uno de los seis lotes, la división de estos lotes es un nuevo fraccionamiento, entonces la consulta es, ¿Debe volver a dejar el porcentaje de acuerdo al Art. 424 del COOTAD?."

Al oficio de consulta se anexa copia el oficio No. 0818-AJM-2011 de 9 de septiembre del 2011, que contiene el criterio jurídico de la Procuradora Síndica del Municipio de Loja, encargada, quien, con fundamento en los artículos, 226 de la Constitución de la República, 424, 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, concluye manifestando en su informe que: "Debe respetarse las cantidades o porcentajes que dice la ley a entregarse a la Municipal y que de manera explícita dice el artículo en referencia "En toda urbanización y fraccionamiento del suelo.", no establece de ninguna forma que en nuevas urbanizaciones y fraccionamientos del suelo no se entregarán los porcentajes que por ley deben darse a la Municipalidad; al referirse a "toda urbanización y fraccionamiento", claramente establece la norma que en los nuevos trámites que por subdivisiones u otros que ingresen y que son de su competencia, deben entregarse los porcentajes del área útil del terreno urbanizado o fraccionado por expreso mandato legal".

En el Art. 264 de la Constitución de la República, se señalan las competencias exclusivas de los gobiernos municipales sin perjuicio de otras que determine la ley; entre estas consta en el numeral 1. 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 concordancia con la disposición constitucional citada, la letra c) del Art. 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece como atribución del gobierno autónomo descentralizado municipal: 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".

Entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, el artículo 55 del indicado Código Orgánico prevé:

b) Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón".

La facultad regulatoria sobre uso y ocupación del suelo, le corresponde al Concejo Municipal, al tenor del artículo 57 letra x) del COOTAD, que atribuye la competencia para: "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".

En armonía con la letra c) del artículo 54 del COOTAD, el artículo 424 del COOTAD, que motiva la presente consulta, prescribe: "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".

Agrega el artículo en mención 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".

De las últimas normas citadas se determina que la competencia de las Municipalidades en materia de regulación del uso 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 57 letra x) del COOTAD.

De dicha facultad regulatoria del uso del suelo por parte de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, nace la contribución establecida en el Art. 424 del COOTAD, de entregar el mínimo 10% y máximo 20% del área útil de terreno fraccionado. La indicada norma no se refiere a si dicha contribución debe efectuarse cada vez que se realice una subdivisión del mismo terreno.

Para efectos de inteligenciar la disposición legal antes citada, es necesario señalar que el presupuesto del artículo 424 del COOTAD, que origina la obligación de entregar un área de terreno a la municipalidad, es que un terreno sea objeto de urbanización o fraccionamiento con fines urbanísticos, lo que genera la obligación del propietario de 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. Es decir que por expresa disposición de la ley, el terreno sufre un menoscabo en el área útil del bien, afectando la propiedad particular, para atender a un interés superior como es el comunitario.

Dentro del contexto que queda anotado, de producirse un nuevo fraccionamiento o urbanización sobre terrenos que ya fueron objeto de la referida contribución por parte del mismo titular del dominio, existe una identidad del objeto que pretende afectarse con una nueva contribución y del sujeto obligado, por lo que es improcedente que la municipalidad imponga nuevamente esta obligación, puesto que ya fue cumplida.

Para ilustrar de mejor manera este aspecto, el libro Segundo del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, Título I, Capítulo III, Sección IV, en el Art. 43, relativo a los

"Casos de habilitación de suelo en los que la contribución de áreas verdes y áreas para equipamiento comunal no son exigibles", establece lo siguiente:

"No se exigirán las contribuciones de zonas verdes y áreas para equipamiento comunal en los siguientes casos:

a) Cuando los predios a habilitarse sean producto de divisiones anteriores en las cuales se haya contribuido con el diez por ciento (10%) para zonas verdes o áreas comunales, y cuyo titular de dominio sea el mismo propietario;"

Cómo se aprecia del artículo en mención, el Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, no exige el pago de la contribución en áreas verdes y comunales cuando ya se haya realizado dicha contribución como producto de divisiones anteriores y se trata del mismo titular del bien.

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".

Cómo 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 este tipo de fraccionamientos deba efectuarse exclusivamente en zonas urbanas, puesto que aun 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.

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

Por lo tanto, en contestación a los términos de la consulta planteada, de conformidad con el Art. 424 del COOTAD, cuando se solicita una nueva subdivisión de un lote de terreno que anteriormente fue subdividido y por el cual se realizó aportaciones globales de áreas verdes y comunales, cuando el titular del bien es el mismo, no cabe que el Municipio de

Loja vuelva a solicitar nuevos aportes por tal concepto, por no estar establecida expresamente dicha atribución en el citado Art. 424 del COOTAD.

En todo caso, el Concejo Municipal de Loja, en aplicación del numeral 2 del Art. 264 de la Constitución de la República, y la letra b) del Art. 55, del COOTAD, que en igual tenor, disponen como atribución exclusiva de los gobiernos autónomos municipales, el ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo del cantón, podría analizar la procedencia de redistribuir la contribución del porcentaje de áreas verdes y comunales realizado en la primera subdivisión, de manera que dichas áreas verdes y comunales guarden la debida proporcionalidad con la segunda subdivisión.

Para el efecto, el Municipio de Loja deberá reglamentar a través de la ordenanza respectiva, lo relativo a contribuciones en áreas verdes y comunales en terrenos urbanizados o fraccionados.

**OF. PGE. N°:** 04294, de 17-10-2011

## **ÁREAS VERDES: CONTRIBUCIÓN EN FRACCIONAMIENTOS EN SECTOR RURAL - COMPENSACIÓN MEDIANTE PAGO-**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN GUALAQUIZA

### **CONSULTAS:**

1. ¿Es procedente que el Gobierno Municipal de Gualaquiza, exija la entrega de terrenos para sí, como aporte para áreas verdes y comunales, en los fraccionamientos que se realicen en el sector rural donde no existen asentamientos humanos de manera masiva y el lote mínimo es de 5.000 m<sup>2</sup>?
2. ¿Es procedente que el Gobierno Municipal de Gualaquiza, exija la entrega de terrenos para sí, como aporte para áreas verdes y comunales, cuando en el sector rural se realicen fraccionamientos para viviendas o asentamientos humanos masivos?
3. ¿Es procedente que el Gobierno Municipal de Gualaquiza, exija la entrega del aporte de terrenos para áreas verdes y comunales o exija la compensación mediante el respectivo pago cuando el lote a fraccionarse es un lote pequeño, como por ejemplo cuando una pareja se divorcia y divide un lote que tiene 400 m<sup>2</sup>, en consideración de que el lote mínimo en Gualaquiza es de 200 m<sup>2</sup>?

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 264 núm. 2.

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

Código de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 44 lit. b) y Disposición Transitoria Cuarta.

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

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

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 54 letra c), 55 letras a) y b) y 57 letra x) del COOTAD y el artículo 44 letra b) y Disposición Transitoria Cuarta del Código de Planificación y Finanzas Públicas, la contribución o entrega mínima del diez por ciento y

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

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

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

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

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

3. Con respecto a esta tercera consulta, el Procurador Síndico del Municipio de Gualaquiza, en su informe jurídico contenido en el oficio No. GADMG 0152011 de 14 de diciembre de 2011, manifiesta:

"De acuerdo al inciso final del Art. 424 del COOTAD, no se puede exonerar el aporte de terreno para áreas verdes y comunales, por más pequeño que sea el lote a fraccionarse, por ejemplo: el lote mínimo en Gualaquiza es de 200 m<sup>2</sup>, y si Pedro divide un lote de 440 m<sup>2</sup>, se entiende que el aporte comunal debe ser de 44 m<sup>2</sup> aplicando el 10%, que es inferior al lote mínimo, por lo tanto Pedro debe compensar pagando en dinero en efectivo de acuerdo al avalúo catastral únicamente del terreno y no de la construcción en caso de existir esta última".

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

Según el Art. 9 de la "Ordenanza que Sanciona los Procedimientos de Aprobación de Fraccionamientos de Suelos y Reestructuración de Lotes Urbanos y Agrícolas en el Cantón Gualaquiza", para la determinación del lote mínimo a regir para los fraccionamientos y urbanizaciones en el área urbana así como para las parcelaciones agrícolas se atenderá a las normativas constantes en el Anexo 1 de dicha ordenanza, el cual dispone que el lote mínimo en el Cantón Gualaquiza es de 200 m<sup>2</sup>.

En su consulta no se señala si en el caso del lote de 400m<sup>2</sup> que va a ser objeto de división (por el divorcio y la consecuente disolución y liquidación de la sociedad conyugal de los actuales dueños), ya se ha efectuado previamente una contribución por áreas verdes y comunales, conforme prevé el artículo 424 del COOTAD y lo establecía anteriormente el numeral 34 del artículo 63 de la Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por lo que corresponde analizar los dos escenarios.

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

"En el caso que se menciona en el oficio de consulta, al subdividirse una propiedad en seis lotes, el propietario contribuyó en su oportunidad con el porcentaje correspondiente del total de la superficie del inmueble por concepto de área verde y comunal a favor del

Municipio de Loja, dentro del máximo previsto en el artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

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

En todo caso, el Concejo Municipal de Loja, en aplicación del numeral 2 del Art. 264 de la Constitución de la República, y la letra b) del Art. 55, del COOTAD, que en igual tenor, disponen como atribución exclusiva de los gobiernos autónomos municipales, el ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo del cantón, podría analizar la procedencia de redistribuir la contribución del porcentaje de áreas verdes y comunales realizado en la primera subdivisión, de manera que dichas áreas verdes y comunales guarden la debida proporcionalidad con la segunda subdivisión".

Por el contrario, en el caso que motiva su consulta, si el terreno de 400m<sup>2</sup> no ha sido anteriormente subdividido y por lo tanto no se han efectuado aportaciones globales de áreas verdes y comunales, al dividirse en virtud de la liquidación de la sociedad conyugal, quedando dos terrenos de 200 m<sup>2</sup>, es decir de una extensión igual al lote mínimo, establecido en el anexo 1 de la "Ordenanza que Sanciona los Procedimientos de Aprobación de Fraccionamientos de Suelos y Reestructuración de Lotes Urbanos y Agrícolas en el Cantón Gualaquiza", procede por cada uno de los dos terrenos la compensación en dinero según el avalúo catastral de cada uno de ellos, de conformidad con el inciso segundo del referido Art. 424 del COOTAD, porque no es posible aplicar la contribución referida en el primer inciso del citado Art. 424 del COOTAD, en razón de que los dos terrenos han quedado con una extensión igual al lote mínimo.

**OF. PGE. N°:** 06484, de 14-02-2012

### **ÁREAS VERDES: PORCENTAJE DE CONTRIBUCIÓN PARA FRACCIONAMIENTOS DE SUELO**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN DE BAÑOS DE AGUA SANTA

#### **CONSULTAS:**

"¿Qué debemos entender como área útil de terreno?"

"¿El porcentaje de áreas verdes y comunales debe exigirse para los fraccionamientos de suelo, tanto en áreas urbanas como en áreas rurales?"

## **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 264 núm. 1.

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

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 44 lit. b).

Normas de Arquitectura y Urbanismo de Quito R. O. N° 83 de 24-10-2008, Art. 295.

## **PRONUNCIAMIENTOS:**

1. El Procurador Síndico de esa Municipalidad, respecto a esta consulta, emite su criterio que consta en el oficio No. AJ-760-2011 de 13 de septiembre de 2011, y expresa que: "En lo que tiene relación a las áreas útiles de los terrenos considero que la aplicabilidad de esta norma, debe ser realizada en función del uso del suelo, ya que determinados terrenos son 100% útiles para la agricultura pero no son útiles para realizar una construcción".

El Art. 264 de la Constitución de la República, entre las competencias exclusivas de los gobiernos municipales sin perjuicio de otras que determine la ley, en el numeral 1 le señala 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.

La letra c) del Art. 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, entre las funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal, le faculta: "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".

El Art. 55 del mismo Código Orgánico, en la letra a) entre las competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal, le dispone 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; en la letra b) le señala ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.

Entre las atribuciones del concejo municipal, en la letra a) del Art. 57 del COOTAD, le corresponde el ejercicio de la facultad normativa en las materias de su competencia, mediante la expedición de ordenanzas cantonales, acuerdos y resoluciones; en la letra e) le faculta aprobar el plan cantonal de desarrollo y el de ordenamiento territorial formulados participativamente con la acción del concejo cantonal de planificación y las instancias de participación ciudadana, así como evaluar su ejecución y el mismo artículo, le dispone en la

letra 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.

De las normas citadas se desprende que entre las competencias exclusivas de los gobiernos municipales consta la planificación del desarrollo cantonal con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural; estando facultados los municipios para establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, determinando las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o fraccionamiento; así como regular y controlar mediante la normativa cantonal correspondiente, el uso del suelo en el territorio del cantón.

El Art. 466 del COOTAD, respecto de las atribuciones en el ordenamiento territorial, dispone 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 los gobiernos autónomos descentralizados. Agrega en el inciso segundo que el plan de ordenamiento territorial orientará el proceso urbano y territorial del cantón o distrito 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 su impacto físico, ambiental y social con el fin de mejorar la calidad de vida de sus habitantes y alcanzar el buen vivir.

De la norma del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que antecede, se desprende que corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales el control sobre el uso y ocupación del suelo en el respectivo cantón. Así mismo se determina en la norma mencionada que el plan de ordenamiento territorial orientará el proceso urbano y territorial del cantón mediante la utilización de los recursos, la organización del espacio, la infraestructura conforme su impacto físico, ambiental y social.

La letra b) del Art. 44 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prescribe lo siguiente:

"Art. 44. 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 autónomo descentralizados municipales y distritales.

Respecto de los planes de ordenamiento territorial cantonales y/o distritales se aplicarán, además, las normas pertinentes previstas en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)".

De la norma del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que antecede, se desprende que los planes de ordenamiento territorial cantonal, definirán y regularán el uso y ocupación del suelo, correspondiéndole exclusivamente a los municipios, la regulación, control y sanción respecto del uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón, cuyos planes de ordenamiento territorial se registrarán por las disposiciones pertinentes del COOTAD.

Respecto al tema específico de su consulta, debo manifestarle que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no define el significado de "Área Útil de Terreno".

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas define el término "Área" como la medida de superficie/espacio de terreno que ocupa un edificio". (Tomo I- Pág. 356- Editorial Heliasta- Buenos Aires- 1997)

En cuanto al término "Útil" el mencionado Diccionario señala que: "En lo inmobiliario se refiere a la propiedad dividida, con respecto a la que goza y disfruta directamente de la cosa". (Ibídem Tomo VIII - Pág. 290)

Guillermo Cabanellas en el Diccionario Enciclopédico citado, define la acepción "Terreno" ("Edificado") como: "Todo aquel en que se halle un edificio o construcción; y principalmente, en poblado y en superficie de alguna consideración con respecto a extensión total, sin perjuicio de amplios jardines o parques". (Tomo VIII- Pág. 53).

A manera de ilustración, cabe resaltar que las Normas de Arquitectura y Urbanismo de Quito expedidas por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, mediante la Ordenanza Municipal No. 3746, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 83 de 24 de octubre de 2008, Sección 5ta. "Definiciones", en el Art. 295 determinan que área útil de construcción o área computable, son los espacios destinados a diferentes usos y actividades que se contabilizan en el cálculo de los coeficientes de ocupación. Se establece que no son parte de las áreas útiles los espacios abiertos en general, ni los patios de servicios abiertos, terrazas descubiertas, estacionamientos descubiertos, áreas comunales abiertas, pozos de iluminación y ventilación.

Las mencionadas Normas en el Art. 295 citado, definen el área útil (neta) urbanizable, como: "El resultado de descontar del área bruta urbanizable del terreno, las áreas de vías o

pasajes, las áreas correspondientes a afectaciones de vías y derechos de vías, áreas de protección de quebradas, ríos, las áreas de protección especial: oleoductos, poliductos, líneas de alta tensión, canales de aducción a centrales hidroeléctricas, acueductos y canales de riego".

Por lo expuesto, de conformidad con los Artículos 264 numeral 1 de la Constitución de la República, 54 letra c) y 57 letra x) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que entre las competencias exclusivas de los gobiernos municipales les atribuyen la de planificar el desarrollo cantonal, establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, determinando las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento, así como regular y controlar mediante la normativa cantonal el uso del suelo en el territorio del cantón, se concluye que es competencia de la Municipalidad de Baños de Agua Santa determinar mediante ordenanza qué comprende el área útil de terreno que deberá considerarse dentro de la regulación y control del uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón, acorde con la planificación cantonal, asegurando porcentajes para zonas verdes y áreas comunales.

2. Respecto del tema de su consulta, debo manifestarle que esta Procuraduría se ha pronunciado a través de los oficios Nos. 03486, 03487 y 03488 de 1 de septiembre de 2011, cuyas copias anexo, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento sobre el particular.

**OF. PGE. N°: 04642, de 09-11-2011**

### **ÁREAS VERDES Y RURALES: PAGO DEL 15% AL 25% ENTRE PORCENTAJE EN AVALÚO CATASTRAL**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN BIBLIÁN

#### **CONSULTAS:**

"¿1.- Es procedente aplicar la entrega del 15% al 25% calculado del área útil del terreno en calidad de áreas verdes y comunales o en su caso el pago de dinero según el avalúo catastral, en la división de suelo para fraccionamiento de terrenos ubicados en la zona rural y/o destinados a labores agrícolas en los términos establecidos en el artículo 424 (reformado) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?".

"2.- ¿Es procedente la entrega al GAD Municipal del porcentaje del 15% al 25% en calidad de áreas verdes o comunales en fraccionamientos de suelos por herencias, particiones

judiciales y extrajudiciales, donaciones, venta de derechos y acciones en terrenos ubicados tanto en la zona urbana como en la rural?”.

3.- “¿En caso de que la zona en la que se está realizando el fraccionamiento se encuentre ubicada en un área, que de acuerdo al Plan de Ordenamiento Territorial, no se consideren áreas verdes o comunitarias, es factible compensar el porcentaje con el pago en dinero según el avalúo catastral y con estos recursos crear un fondo para la adquisición de áreas verdes comunales y/o (sic) obras para su mejoramiento en fraccionamientos cuya área supere los mil metros cuadrados?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226, 264 núms. 1 y 2.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 54, 55, lits. a) y b), 424, 466, 470 y 471.

Ley de Soberanía Alimentaria, Art. 1

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 44, Disposición Transitoria Cuarta

Código Civil, Arts. 993 a 996, 1338 y 1553.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Me refiero a su oficio No. 126-2014-GADM CB-A de 16 de septiembre de 2014, ingresado a la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Cuenca, el 16 de septiembre de 2014 y remitido a este Despacho el 30 de octubre de 2014, mediante oficio No. 01969-AZ de 29 de octubre de 2014, por el cual formula varias consultas relacionadas con la inteligencia y aplicación del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

A fin de contar con mayores elementos de juicio para atender su requerimiento, mediante oficio No. 19612 de 19 de noviembre de 2014 e insistencia constante en oficio No. 19885 de 9 de diciembre de 2014, se solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME, entidad que remitió su criterio a través del oficio No. 004-P-001-DNAJ-2015 de 8 de enero de 2015, ingresado a esta Procuraduría el 9 de enero de 2015.

El criterio jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal consultante, consta en el oficio No. 0255-PS-GADB de 22 de octubre de 2014.

Con los antecedentes que han quedado señalados, procedo a atender sus consultas en el mismo orden en que han sido formuladas.

1.- El informe de la Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Municipal del Cantón Biblián, contenido en el oficio No. 0255-PS-GADB de 22 de octubre de 2014, cita los

artículos 424 y 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y expresa como criterio jurídico sobre esta consulta, lo siguiente:

“(…) En atención a la consulta se deduce que la entrega por una sola vez del porcentaje calculado del área útil del terreno como área verde o comunal corresponde al fraccionamiento en terrenos tanto urbanos como rurales, entrega que no sería exigible para el caso de terrenos agrícolas en consideración a las regulaciones que al respecto establece el artículo 471 del COOTAD”.

Al respecto, la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas hace referencia a los artículos 424, 466, 470 y 471 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como a los pronunciamientos contenidos en los oficios Nos. 03486 de 1 de septiembre de 2011 y 06484 de 14 de febrero de 2012, emitidos por la Procuraduría General del Estado y dirigidos en su orden a los Alcaldes de La Maná y Gualaquiza y concluye con el siguiente criterio:

“En conclusión se puede colegir que:

Procede la entrega por una sola vez y con fines urbanos del 15% mínimo y 25% máximo del área útil del terreno a fraccionarse para áreas verdes y espacios comunales.

Se exceptúa la entrega de terreno en los porcentajes anotados, en el caso de que el terreno a fraccionarse no pase de los mil metros cuadrados, procediendo a cambio una compensación mediante el pago de dinero de acuerdo al avalúo catastral.

Es competencia los gobiernos municipales y metropolitanos el control sobre el uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón, debiendo en los planes y políticas de ordenamiento territorial racionalizar las intervenciones en el territorio de todos los gobiernos autónomos descentralizados.

Debe contemplarse en el plan de ordenamiento territorial estudios parciales para la conservación y ordenamiento de ciudades o zonas de ciudad de gran valor artístico e histórico, protección del paisaje urbano, de protección ambiental y agrícola, etc.

Para garantizar la soberanía alimentaria, no podrá urbanizarse el suelo que tenga una clara vocación agropecuaria.

El fraccionamiento o subdivisión puede producirse en lo urbano como en lo rural.

Está prohibido fraccionar bosques, humedales y otras áreas consideradas ecológicamente sensibles o que posean una clara vocación agrícola.

Finalmente podemos decir que, la entrega de áreas verdes y comunales en el sector rural procede sólo con fines urbanizables o cuando se proyecte la construcción de viviendas o se permitan asentamientos humanos masivos, es decir, la ciudad se ha extendido hacia estos límites.

Me permito remarcar como en ocasiones anteriores sobre temas similares que, urbanizar el sector rural debe ser la excepción, porque la ciudad se desarrolla en el área urbana acorde a los límites establecidos en la ordenanza correspondiente del PDOT; una de las razones de conservar el sector rural la encontramos en el Art. 1 de la Ley de Soberanía Alimentaria el cual garantiza que: *‘(...) el Estado cumpla con su obligación y objetivo estratégico de garantizar a las personas, comunidades y pueblos la autosuficiencia de alimentos sanos, nutritivos y cultura/mente apropiados de forma permanente’*.”

El artículo 264 de la Constitución de la República, en sus numerales 1 y 2, establece entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la de planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, así como ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.

Concordante con la previsión constitucional, el artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determina entre las atribuciones municipales, las siguientes:

“Art. 54.- Funciones.- Son funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal las siguientes:

- 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; (...)
- e) Elaborar y ejecutar el plan cantonal de desarrollo, el de ordenamiento territorial y las políticas públicas en el ámbito de sus competencias y en su circunscripción territorial, de manera coordinada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, y realizar en forma permanente, el seguimiento y rendición de cuentas sobre el cumplimiento de las metas establecidas”.

Igualmente, las letras a) y b) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determinan como atribución de los gobiernos autónomos municipales, la de planificar el desarrollo cantonal y formular los planes de ordenamiento territorial y ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.

En armonía con las disposiciones legales previamente citadas, la letra b) del artículo 44 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, determina que corresponde

exclusivamente a los gobiernos municipales y metropolitanos la regulación y control del uso y ocupación del suelo en su circunscripción y que los planes de ordenamiento territorial regularán dicho uso.

Una vez que ha quedado establecida la competencia municipal en materia de regulación y control del uso y ocupación del suelo cantonal, cabe señalar que en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 19995 de 16 de diciembre de 2014, dirigido al Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Loja, respecto de la reforma introducida al artículo 424, antes citado, a través de la Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, señalé lo siguiente:

“(…) antes de la reforma el artículo 424 del COOTAD preveía que para toda división de suelo, para urbanización o fraccionamiento, se debía entregar a la municipalidad un porcentaje (del 10% al 20%) ‘del área útil del terreno’ en calidad de área verde y admitía que dicha contribución se compense en dinero, en función del lote mínimo vigente según la respectiva planificación territorial.

A partir de la reforma introducida en enero del año 2014, el artículo 424 del COOTAD establece que para toda división de suelo que se fraccione o urbanice, se debe entregar a la municipalidad un porcentaje (del 15% al 25%) ‘del área útil del terreno’ en calidad de áreas verdes; y, extiende dicha obligación a los proyectos habitacionales que se realicen en función de la Ley de Propiedad Horizontal; y, el segundo inciso de esa norma establece un solo caso de excepción en que se permite compensar en dinero la contribución de área verde, cuando la superficie del lote en que se ejecute el respectivo proyecto sea menor a mil metros cuadrados”.

Adicionalmente, en el pronunciamiento No. 19995 ya referido, concluí en los siguientes términos:

“En atención a los términos de su consulta se concluye que, el inciso cuarto del artículo 424 reformado del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que obliga a efectuar la contribución de áreas verdes y comunales, de un porcentaje del área útil (superficie) del terreno en que se ejecute un proyecto sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal, (excepto cuando la superficie del terreno sea menor a mil metros de acuerdo con el segundo inciso de esa norma), es aplicable a partir de su promulgación en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014. En consecuencia, la norma reformada rige para las autorizaciones que otorguen las Municipalidades a los proyectos sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal, que por primera vez a partir de dicha reforma soliciten autorización municipal, así como a aquellos respecto de los cuales, al tiempo de promulgación de la reforma y posteriormente, se hubiere configurado la caducidad de la autorización inicial, independientemente de que aumenten o no las soluciones habitacionales”.

El vigente artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, trata sobre la contribución de áreas verdes y comunales a favor de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, en los siguientes términos:

“Art. 424.- Porcentaje de área verde, comunal y vías.- En la división de suelo para fraccionamiento y urbanización, a criterio técnico de la municipalidad se entregará por una sola vez como mínimo el quince por ciento (15%) y máximo el veinticinco por ciento (25%) calculado del área útil del terreno en calidad de áreas verdes y comunales, de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial, destinando exclusivamente para áreas verdes al menos el cincuenta por ciento de la superficie entregada.

Se exceptúa la entrega de áreas verdes y comunales si la superficie de terreno a dividirse no supera los mil metros cuadrados, en este caso el porcentaje se compensará con el pago en dinero según el avalúo catastral; con estos recursos la municipalidad deberá crear un fondo para la adquisición de áreas verdes, comunales y/o de obras para su mejoramiento. La entrega de la sumatoria de áreas verdes, comunales y de vías no deberá exceder del treinta y cinco por ciento (35%) de la propiedad.

En las áreas consolidadas, los bienes de dominio y uso público destinados a áreas verdes y comunales, podrán ser cambiados de categoría exclusivamente a favor de instituciones públicas para consolidar equipamientos tales como seguridad, educación y salud de conformidad con los casos y porcentajes, que establezca en su normativa el Gobierno Autónomo Descentralizado. La institución pública beneficiaria tendrá la obligación de compensar el equivalente al valor del bien que recibe.

Los proyectos habitacionales realizados en función de la Ley de Propiedad Horizontal deberán aplicar los porcentajes de áreas verdes y comunales indicados en este artículo”.

Como se puede apreciar, el inciso primero del artículo 424 del COOTAD, al referirse a la división para fraccionamiento y urbanización, establece la obligación de entregar por una sola vez, un porcentaje mínimo del 15% y máximo del 25% del cálculo que corresponda del área útil del terreno, para áreas verdes y comunales, con base en el criterio técnico de la municipalidad y de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial; y prescribe además, que al menos el 50% de la superficie entregada debe ser destinada, exclusivamente para áreas verdes.

Como excepción a la contribución antes señalada, el inciso segundo del mismo artículo determina que en el evento de que el lote de terreno al dividirse no supere los mil metros cuadrados, el porcentaje se compensará con el pago en dinero según el avalúo catastral y que la entrega de la sumatoria de áreas verdes, comunales y de vías no deberá exceder del treinta y cinco por ciento (35%) de la propiedad.

De su parte, el artículo 470 del Capítulo II “Fraccionamiento de Suelos y Reestructuración de Lotes”, Sección Primera, denominada “Fraccionamientos Urbanos y Agrícolas”, del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevén:

“Art. 470.- Fraccionamiento y reestructuración.- Se considera fraccionamiento o subdivisión urbana o rural a la división de un terreno de dos a diez lotes, con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto. La urbanización es la división de un terreno mayor a diez lotes o su equivalente en metros cuadrados en función de la multiplicación del área del lote mínimo por diez, que deberá ser dotada de infraestructura básica y acceso, y que será entregada a la institución operadora del servicio para su gestión. Según el caso, se aplicará el régimen de propiedad horizontal y demás normas de convivencia existentes para el efecto, que se regularán mediante este Código y las ordenanzas.

Para quienes realicen el fraccionamiento de inmuebles, con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, las municipalidades afectadas aplicarán las sanciones económicas y administrativas previstas en las respectivas ordenanzas; sin perjuicio de las sanciones penales si los hechos constituyen un delito, en este último caso las municipalidades también podrán considerarse como parte perjudicada.

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”.

Antes de la reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, el inciso primero del artículo 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, hacía referencia exclusivamente al fraccionamiento o subdivisión urbana, mientras que el texto vigente señala que: “Se considera fraccionamiento o subdivisión urbana o rural a la división de un terreno de dos a diez lotes, con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto”.

Por su parte, el artículo 466 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prohíbe urbanizar el suelo con clara vocación agropecuaria, salvo autorización expresa del organismo nacional de tierras.

El artículo 471 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, referido al fraccionamiento agrícola, no ha sido reformado y su texto es el siguiente:

“Art. 471.- Fraccionamiento agrícola.- Considerase fraccionamiento agrícola el que afecta a terrenos situados en zonas rurales destinados a cultivos o explotación agropecuaria. De ninguna manera se podrá fraccionar bosques, humedales y otras áreas consideradas ecológicamente sensibles de conformidad con la ley o que posean una clara vocación agrícola.

Esta clase de fraccionamientos se sujetarán a este Código, a las leyes agrarias y al plan de ordenamiento territorial cantonal aprobado por el respectivo concejo”.

Respecto del alcance del artículo 471 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado mediante oficios Nos. 03486 y 03488 de fecha 1 de septiembre de 2011, dirigidos a los Alcaldes de La Maná y Puerto Quito, en su orden, en el primero de los cuales este Organismo concluyó:

“Por su parte, con respecto al fraccionamiento agrícola, el vigente Art. 471 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, considera al fraccionamiento agrícola como ‘el que afecta a terrenos situados en zonas rurales destinados a cultivos o explotación agropecuaria. De ninguna manera se podrá fraccionar bosques, humedales y otras áreas consideradas ecológicamente sensibles de conformidad con la ley o que posean una clara vocación agrícola’; y, agrega que: ‘Esta clase de fraccionamientos se sujetarán a este Código, a las leyes agrarias y al plan de ordenamiento territorial cantonal aprobado por el respectivo concejo’.

Conforme el artículo 471 del COOTAD, el fraccionamiento agrícola debe cumplir dos presupuestos, que se produzca en terrenos situados en zonas rurales y que tales terrenos estén destinados a la explotación agropecuaria, sin perjuicio de las prohibiciones que establece el mismo artículo 471 para este tipo de fraccionamientos, referidos a bosques, humedales y otras áreas consideradas ecológicamente sensibles de conformidad con la ley o que posean una clara vocación agrícola”.

En el pronunciamiento No. 03486 de 1 de septiembre de 2011 antes referido, concluí en los siguientes términos:

“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 (actualmente estos porcentajes corresponden al 15 y 25%, en virtud de la reforma del artículo 424 del COOTAD), 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 (...).”

En los casos de fraccionamiento de terrenos con fines agrícolas, es decir aquellos terrenos situados en zonas rurales destinados a cultivos o explotación agropecuaria, no hay la exigencia de aportar áreas verdes y comunales, puesto que del tenor de los artículos 424 y 471 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no existe tal obligación, conforme expresó ya la Procuraduría General del Estado en el pronunciamiento No. 03486 de 1 de septiembre de 2011, sin que la reforma haga necesario que se modifique ese pronunciamiento.

Del análisis jurídico precedente y en atención a su consulta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 424 y 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se concluye que la entrega por una sola vez del porcentaje calculado del área útil del terreno como área verde o comunal, es aplicable al fraccionamiento en terrenos tanto urbanos como rurales, siempre que los fraccionamientos se realicen con fines urbanos o para urbanizaciones, sin que dicha entrega sea exigible para el caso de terrenos agrícolas, en consideración a lo dispuesto en el artículo 471 del COOTAD.

2.- El informe de la Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Municipal consultante, constante en el oficio No. 0255-PS-GADB de 22 de octubre de 2014, con relación a la segunda consulta cita los artículos 993 a 996 y 1338 del Código Civil, 424 y 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En relación a lo señalado y en atención a los términos de la consulta formulada, el artículo 424 del COOTAD, referido en líneas anteriores, determina la entrega del porcentaje del área verde o comunal en la división de suelo para fraccionamiento o urbanización. Deducimos entonces que todo terreno, que admita división material o física, en dos o más lotes deberán entregarse por una sola vez el porcentaje de área útil de terreno como área verde o comunal en zonas tanto urbanas como rurales”.

Sobre el tema de su segunda consulta, el Presidente de la Asociación de Municipalidades del Ecuador AME, en el oficio No. 004-P-001-DNAJ-2015 de 8 de enero de 2015, cita los artículos 470 y 473 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y expone el siguiente criterio:

“En la partición judicial o extrajudicial, estos son los momentos en los cuales el GAD Municipal debe exigir se considere las áreas verdes y comunales.

Respecto de la venta de derechos y acciones podemos conceptualizarla, como la parte que tiene una persona en un inmueble que físicamente no está dividido o, específicamente, es la cuota ideal de un bien. Se da cuando materialmente existen dos o más personas que ejercen un derecho de propiedad sobre el mismo bien, en la práctica podríamos decir que, el bien inmueble está dividido en dos o más partes, que a su vez les corresponden a dos o más personas, que aún no han hecho la división formal.

En este caso, al momento de efectuarse la partición judicial o extrajudicial, se debe proceder de conformidad con el Art. 473 antes referido, y exigir según corresponda el establecimiento de las áreas verdes y comunales”.

En el pronunciamiento contenido en el oficio No. 12897 de 22 de abril de 2013, al atender las consultas formuladas por el Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cañar, con relación a la partición, manifesté en su parte correspondiente:

“Si bien la partición consiste en un conjunto de operaciones de distribución del patrimonio común entre co-asignatarios o copropietarios, no siempre supone fraccionamiento en los términos que establece el artículo 470 del COOTAD.

Puede ocurrir por ejemplo que en la sucesión exista un solo inmueble que no admita división material (fraccionamiento) entre los coasignatarios; en tal evento, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 1353 del Código Civil, tendrá derecho a la especie, quien más ofrezca por ella y el precio se dividirá entre todos los coasignatarios a prorrata; o, conforme al numeral 6 del mismo artículo, el juez puede separar la propiedad, el usufructo y la habitación o uso, para darlos por cuenta de las asignaciones.

Tampoco existiría fraccionamiento si en el patrimonio a dividir existieran varios inmuebles que puedan ser adjudicados por separado a cada asignatario o co-propietario.

Por el contrario, en una partición habrá además fraccionamiento si el patrimonio indiviso se compone de un terreno que admita división material o física en dos o más lotes representativos de los derechos que a cada asignatario corresponda, y que se adjudican como especies y por separado”.

En el pronunciamiento referido en líneas precedentes, en atención a la tercera consulta formulada por el Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cañar, concluí que: “(...) la partición judicial o extrajudicial de inmuebles urbanos constituye fraccionamiento urbano solamente cuando dé lugar a la división material del bien raíz en dos o más lotes, en los términos del artículo 470 del COOTAD”.

De igual manera, siempre que exista división material o física del terreno en dos o más lotes, en virtud de herencias, donaciones, venta de derechos y acciones, se considera fraccionamiento, de conformidad con el vigente artículo 470 del Código Orgánico de

Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que prevé que: “Se considera fraccionamiento o subdivisión urbana o rural a la división de un terreno de dos a diez lotes, con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto”.

Del tenor del artículo 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se concluye que es procedente la entrega al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, del porcentaje del 15% al 25% en calidad de áreas verdes o comunales en fraccionamientos de suelos por herencias, particiones judiciales y extrajudiciales, donaciones, venta de derechos y acciones, en terrenos ubicados tanto en la zona urbana como en la rural, siempre que tales actos den lugar a la división material del bien raíz en dos o más lotes, en los términos del artículo 470 del COOTAD.

3.- La Procuradora Síndica Municipal, con relación a la tercera consulta cita el inciso segundo del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, las letras a), e) y x) del artículo 57 del mismo Código, la letra b) del artículo 44 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y concluye con el siguiente criterio:

“(…) En este contexto, es mi criterio, que podría el concejo cantonal en virtud de su facultad normativa regular, acorde al Plan de Ordenamiento Territorial y la facultad de determinar las condiciones de urbanización, parcelación lotización y cualquier otra forma de fraccionamiento, el pago en dinero asegurando los porcentajes de áreas verdes y comunales”.

Sobre su consulta, el Presidente de la Asociación de Municipalidades del Ecuador AME, en el oficio No. 004-P-001-DNAJ-2015 cita los artículos 12, 43 y 49 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, referidos a los Planes de Ordenamiento Territorial y expresa como criterio institucional, lo siguiente:

“En resumen, se puede concluir:

La planificación del desarrollo y el ordenamiento territorial es competencia de los gobiernos autónomos descentralizados en sus territorios;

La planificación se ejerce a través de los planes propios de cada uno de los GADs; los PDOT tienen por objeto:

Ordenar, compatibilizar y armonizar las decisiones estratégicas de desarrollo respecto de los asentamientos humanos, las actividades económico-productivas y el manejo de los recursos naturales en función de las cualidades territoriales;

Deben observarse de manera obligatoria, respecto de la asignación y regulación del uso y ocupación del suelo;

Son referentes obligatorios para la elaboración de planes de inversión, presupuestos y demás instrumentos de gestión de cada GAD.

Cabe por tanto decirse, si el GAD Municipal no contempló en su plan de ordenamiento territorial el establecimiento de áreas verdes y espacios comunales en ciertas áreas, se entendería que lo hizo por razones técnicamente justificables, tales como las señaladas en el Art. 471 del COOTAD (terrenos situados en zonas rurales destinados a cultivos o explotación agropecuaria, bosques, humedales y otras áreas consideradas ecológicamente sensibles de conformidad con la ley o que posean una clara vocación agrícola)".

Conforme señalé al atender su primera consulta, del tenor del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se desprende que en la división de suelo para fraccionamiento y urbanización, se entregará por una sola vez como mínimo el quince por ciento (15%) y máximo el veinticinco por ciento (25%), en base al criterio técnico de la municipalidad, calculando el área útil del terreno en calidad de áreas verdes y comunales, de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial, destinando exclusivamente para áreas verdes al menos el cincuenta por ciento de la superficie entregada.

De igual manera, en la primera consulta, señalé que como excepción a la contribución para áreas verdes y comunales, el inciso segundo del mismo artículo 424 del COOTAD prevé que, para la entrega de áreas verdes y comunales, si la superficie de terreno a dividirse no supera los mil metros cuadrados, en este caso el porcentaje se compensará con el pago en dinero según el avalúo catastral, para los fines que señala la misma norma.

En derecho público rige el principio de legalidad, consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República que determina que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que de conformidad con el artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la única excepción a la entrega de un porcentaje de terreno, por concepto de contribución de áreas verdes y comunales, es la referida al terreno cuya superficie no supera los mil metros cuadrados, evento en el cual la antedicha norma permite la compensación en dinero según el avalúo catastral, sin que sea procedente en ningún otro caso tal compensación en dinero.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad de cada gobierno autónomo descentralizado municipal la aplicación de tales normas a los casos particulares.

**OF. PGE. N°: 20363 de 16-01-2015**

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

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN MONTÚFAR

### CONSULTA:

“¿De conformidad a lo establecido en el penúltimo inciso del artículo 304 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es el ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados quien dirige la Asamblea del Sistema de Participación Ciudadana, como máxima instancia de decisión?”.

### BASES LEGALES:

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

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

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

### PRONUNCIAMIENTO:

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

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

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

La Asociación de Municipalidades del Ecuador AME, en atención al requerimiento formulado por la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. AME-DE-2014-0264 de 27 de agosto de 2014, suscrito por su Director Ejecutivo e ingresado a esta Entidad el 28 de agosto del presente año, expresa la siguiente opinión institucional:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía.
2. Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo.
3. Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos.

4. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social.

5. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación.

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

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

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

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

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

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

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

Adicionalmente, los artículos 64 y 65 de la Ley *Ibidem* al referirse a la instancia de participación ciudadana a nivel local en lo concerniente a su ámbito de acción, denominación, composición y convocatoria disponen respectivamente:

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

1. Elaborar planes y políticas locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía;
2. Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo;
3. Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos autónomos descentralizados;

4. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social; y,
5. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación.

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

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

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

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

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

Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, promulgado con posterioridad a la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, en su artículo 1 incorpora dentro de su ámbito de aplicación el establecimiento de la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio; así como, el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera.

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

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

- (...) b) La profundización del proceso de autonomías y descentralización del Estado, con el fin de promover el desarrollo equitativo, solidario y sustentable del territorio, la integración y participación ciudadana, así como el desarrollo social y económico de la población;
- (...) f) La democratización de la gestión del gobierno central y de los gobiernos autónomos descentralizados, mediante el impulso de la participación ciudadana; (...).”

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

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

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

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

En concordancia con lo indicado en los párrafos precedentes, los artículos 41 letra c), 54 letra d) y 64 letra c) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en su orden, entre las funciones de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, municipales y parroquiales, disponen la de “Implementar un sistema de participación ciudadana para el ejercicio de los derechos (...)”. Es decir, que la implementación del sistema de participación ciudadana es competencia de cada gobierno autónomo descentralizado, conforme las tres disposiciones invocadas, en los términos que prevé la ley.

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

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

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

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

El sistema de participación ciudadana se constituye para:

- a) Deliberar sobre las prioridades de desarrollo en sus respectivas circunscripciones; así como, conocer y definir los objetivos de desarrollo territorial, líneas de acción y metas;
- b) Participar en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial; y, en general, en la definición de propuestas de inversión pública;
- c) Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos;
- d) Participar en la definición de políticas públicas;
- e) Generar las condiciones y mecanismos de coordinación para el tratamiento de temas específicos que se relacionen con los objetivos de desarrollo territorial, a través de grupos de interés sectoriales o sociales que fueren necesarios para la formulación y gestión del plan, quienes se reunirán tantas veces como sea necesario. Los grupos de interés conformados prepararán insumos debidamente documentados que servirán para la formulación del plan;
- f) Fortalecer la democracia local con mecanismos permanentes de transparencia, rendición de cuentas y control social;
- g) Promover la participación e involucramiento de la ciudadanía en las decisiones que tienen que ver con el desarrollo de los niveles territoriales; y,
- h) Impulsar mecanismos de formación ciudadana para la ciudadanía activa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**OF. PGE. N°:** 19152 de 15-10-2014

## B

### BIENES INMUEBLES: COBRO DE VALORES POR EXCEDENTES DE TERRENOS

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE CHAMBO

#### **CONSULTAS:**

“¿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?”.

“¿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 núm. 26, 82 y 481.

Código Civil, Arts. 7, 18 núm. 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 *ibidem*, 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 Pillaro, 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 incluída la reforma, disponía:

“Art. 4º.- 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: DIVISIÓN POR SUCESIÓN HEREDITARIA, DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, PARTICIONES JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES DE ACUERDO AL PLAN DE DESARROLLO Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN CAÑAR.

**CONSULTAS:**

1.- “¿Si los bienes inmuebles que se desean dividir son objeto de sucesión hereditaria o abintestato se deben sujetar a las reglas de los lotes mínimos establecidos en el Plan de

Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Cantón Cañar, o en su defecto se debe permitir que por voluntad de los herederos de acuerdo al Código Civil se dividan los predios sin acatar el lote mínimo vigente?”.

2.- “¿En lo referente a predios que se encuentren en copropiedad, o provengan de una disuelta sociedad conyugal, o divorcio, deben adecuarse estos a los lotes mínimos vigentes de acuerdo al Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial del Cantón Cañar?”.

3.- “¿De conformidad con el artículo 473 del COOTAD las particiones judiciales y extrajudiciales se consideran fraccionamientos de suelo?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 264 núm. 1

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 54 lit. c), 55 lit. a), 466, 470, 472 y 473.

Código Civil, Arts. 200, 993, 996, 1338, 1339, 1345, 1353 y 2019.

Código de Procedimiento Civil, Arts. 639, 655, 658 y 657.

Código de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 44 lit. b).

Ley de Compañías, Arts. 387 núm. 16, 398 núm. 6 y 399.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

1.- El informe del Procurador Síndico Municipal cita los artículos 993 a 996 del Código Civil que establecen que se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular, mediante testamento o en virtud de la ley; y, que las asignaciones a título universal se llaman herencias; mientras que, las asignaciones a título singular se denominan legados. Sobre dicha base expone que:

“Lo que la ley civil establece es que la persona que sucede a otro sea testamentariamente o abintestato adquiere la calidad de heredero o legatario, en cuyo caso esta calidad no puede ser limitada, más al momento de proceder con la partición judicial o extrajudicial de bienes, estos deben contar con la anuencia del ente municipal, ya que el mismo COOTAD en su artículo 473 determina que en caso de partición judicial los jueces ordenarán que se cite con la demanda a la municipalidad del cantón o distrito metropolitano y no se podrá realizar la partición sino con informe favorable del respectivo concejo. Si de hecho se realiza la partición será nula. En el caso de partición extrajudicial, los interesados pedirán al gobierno municipal o metropolitano la autorización respectiva, sin la cual no podrá realizarse la partición, con lo que si se establece la potestad municipal de requerir la adecuación de la partición al plan de ordenamiento y por ende al lote mínimo vigente a cada zona, tal y como lo regulare el ente público local”.

Respecto de las asignaciones por causa de muerte, además de los artículos 993 a 996 del Código Civil que ha citado el Procurador Síndico en su informe, resulta pertinente agregar que la muerte del causante produce la apertura de la sucesión según el artículo 997 del

referido Código Civil, y como consecuencia de ello surge entre los asignatarios una indivisión a la que se pone fin mediante la partición.

Cabanellas define a la partición en los siguientes términos:

“Distribución. Reparto. Separación, división y repartimiento que de una cosa común, como herencia, condominio, bienes sociales, o cosa semejante, se hace entre las personas a quienes corresponde.

1. En lo civil. Partición evoca la adjudicación de algo, hasta entonces pro indiviso, entre varios, ya posea la estabilidad de un condominio voluntario que se resuelve disolver, ya corresponda a una interinidad, como la característica entre los coherederos desde la muerte del causante hasta la partición sucesoria. No se opone ello a que subsista la indivisión como permanente y más bien como indefinida, por circunstancias de irrenunciabilidad definitiva a imprescriptibilidad para pedir tal partición”.

En fallo publicado en la Gaceta Judicial No. 9, Año XCVII, Serie XVI, pág. 2294, se define a la partición de la siguiente forma:

“La partición de bienes es un conjunto complejo de actos encaminados a poner fin al estado de indivisión mediante la liquidación y distribución entre los copartícipes del caudal poseído proindiviso en partes o lotes que guarden proporción con los derechos cuotativos de cada uno de ellos (...)”.

De acuerdo con el artículo 1338 del Código Civil, la partición es una acción de la que son titulares los coasignatarios de una misma cosa. El primer inciso de esa norma, prescribe:

“Art. 1338.- Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular estará obligado a permanecer en la indivisión. La partición del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario”.

La partición se puede efectuar por testamento otorgado en vida por el causante, según el artículo 1339 del Código Civil; por los consignatarios en forma voluntaria (extrajudicial) conforme a los artículos 1345 del Código Civil y 655 del Código de Procedimiento Civil; o, judicialmente según los artículos 639 y 657 del citado Código Adjetivo Civil.

Según el artículo 656 del Código de Procedimiento Civil, la partición extrajudicial, si versare sobre bienes raíces, se otorgará por escritura pública, la que debidamente inscrita, servirá de título de propiedad.

De las normas y doctrina citada, así como del concepto judicial antes transcrito se desprende que la partición comprende un conjunto de operaciones que tienen por finalidad distribuir el patrimonio sucesorio entre los coasignatarios.

El análisis de la materia sobre la que trata su consulta exige considerar como antecedente que, de conformidad con el numeral 1 del artículo 264 de la Constitución de la República y los artículos 54 letra c), 55 letras a) y b) y 466 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, (COOTAD), es competencia exclusiva de las municipalidades, planificar el desarrollo cantonal y formular los 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.

La competencia de los GADs municipales para establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, consta establecida también en la letra c) del artículo 54 del COOTAD que, al efecto les asigna atribución para determinar “(...) 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”.

De su parte, de acuerdo con el segundo inciso de la letra b) del artículo 44 del Código de Planificación y Finanzas Públicas, “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”.

Con el antecedente antes referido sobre la competencia municipal para regular el uso de suelo y urbanístico, el artículo 470 del COOTAD, define 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”; mientras que, el artículo 472 del referido Código, se refiere a la superficie mínima de los predios; y, dispone:

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

En tal contexto, el artículo 473 del COOTAD, sobre cuya aplicación trata su consulta, dispone:

“Art. 473.- Partición judicial y extrajudicial de inmuebles.- En el caso de partición judicial de inmuebles, los jueces ordenarán que se cite con la demanda a la municipalidad del cantón o distrito metropolitano y no se podrá realizar la partición sino con informe favorable del respectivo concejo. Si de hecho se realiza la partición, será nula. En el caso de partición extrajudicial, los interesados pedirán al gobierno municipal o metropolitano la autorización respectiva, sin la cual no podrá realizarse la partición”.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 03487 de 01 de septiembre de 2011 concluí que: “(...) la autorización municipal para la partición extrajudicial, a la que se refiere el Art. 473 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, de conformidad con el artículo 472 del mismo Código Orgánico, debe ser conferida por el Alcalde”.

Similar previsión a la que consta en el artículo 473 del COOTAD, que establece el informe favorable del respectivo concejo municipal para que proceda la partición, estaba prevista en el artículo 229 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Del artículo 473 del COOTAD, en concordancia con los artículos 470 y 472 del mismo Código, citados en este pronunciamiento, se desprende que el informe favorable del respectivo concejo municipal para que proceda la partición, obedece a razones de ordenamiento territorial y planificación urbanística y constituye una formalidad habilitante para practicar la partición judicial o extrajudicial de inmuebles ubicados en áreas urbanas.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la partición de bienes inmuebles de una sucesión está sujeta al informe municipal previo que prescribe el artículo 473 del COOTAD, informe que obedece a razones de ordenamiento territorial y planificación urbanística; en consecuencia, a la partición de inmuebles le son aplicables las reglas de lotes mínimos establecidos en el Plan de Ordenamiento Territorial del respectivo cantón, según prescribe el artículo 472 de ese Código.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas del COOTAD y deja a salvo las decisiones que en cada caso corresponde adoptar a los jueces competentes.

3.- El Procurador Síndico cita el artículo 473 del COOTAD y sobre su base concluye que: “(...) para proceder a la división de estos predios se requiere hacerlo por partición judicial o extrajudicial, y al considerar que se debe utilizar estas figuras jurídicas, deben también acoplarse al lote mínimo vigente establecido para la jurisdicción del cantón Cañar”.

La Enciclopedia Jurídica Omeba define a la copropiedad como el “Dominio de una cosa o de un derecho que se tienen en común por diversas personas. (...) hay condominio cuando

una cosa o derecho pertenecen proindiviso a varias personas. (...) El condominio cesa por la división de la cosa común”.

El artículo 200 del Código Civil, ubicado en el párrafo 6º “De la disolución de la sociedad conyugal, y de la partición de gananciales”, del Libro I “De las Personas”, dispone que: “Art. 200.- La división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios”.

En similar forma, para el caso de partición de bienes proveniente de disolución de sociedades, el artículo 2019 del citado Código Civil, dispone:

Art. 2019.- Disuelta la sociedad se procederá a la división de los objetos que componen su haber.

Las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, se aplican a la división del caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones de este Título”.

Del tenor de los artículos 200 y 2019 del Código Civil se desprende que, las reglas que rigen para la partición de los bienes hereditarios son también aplicables a la división de bienes de la sociedad conyugal y de otras sociedades sujetas a la legislación civil.

Para el caso de socios o accionistas de compañías mercantiles, la partición se debe practicar respecto del remanente del haber social que quede una vez que se hallen extinguidas todas las deudas y obligaciones de la compañía, según disponen los artículos 387 numeral 16, 398 numeral 6 y 399 de la Ley de Compañías.

La sentencia correspondiente al Expediente de Casación No. 106, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 124 de 5 de febrero de 2010, expone:

“La acción de partición tiene como objeto la liquidación de derechos comunes para poner término a la indivisión, por lo tanto su fin es repartir los bienes cuando existe comunidad de bienes, como en el presente caso adquiridos en la sociedad conyugal que estuvo formada por la actora y el demandado. La partición incluye dos operaciones fundamentales posteriores al inventario de los bienes, que son la liquidación y la distribución con las debidas especificaciones y determinaciones; por medio de la primera se establece numéricamente la cuota de cada asignatario, y mediante la segunda se realiza la asignación, que a falta de acuerdo de las partes tiene que hacerla el Juez de conformidad con las normas constantes en la ley (...)”.

Al atender su primera consulta se concluyó que, la partición de bienes inmuebles de una sucesión está sujeta al informe municipal previo que prescribe el artículo 473 del COOTAD, informe que obedece a razones de ordenamiento territorial y planificación urbanística; en consecuencia, a la partición de inmuebles le son aplicables las reglas de lotes mínimos establecidos en el Plan de Ordenamiento Territorial del respectivo cantón, según prescribe el artículo 472 de ese Código.

En armonía con lo expuesto, la partición de los inmuebles urbanos que se encuentren en copropiedad por corresponder a sociedad conyugal o sociedad civil o mercantil, requiere el informe municipal al que se refiere el artículo 473 del COOTAD y por tanto se debe adecuar a los lotes mínimos establecidos en el Plan de Ordenamiento Territorial del respectivo cantón, de conformidad con el artículo 472 del mismo Código.

3.- El informe del Procurador Síndico manifiesta que: “(...) en el COOTAD constan los denominados fraccionamientos, consistentes en la división de suelos de dos a diez lotes, y las denominadas urbanización (sic) en más de diez lotes art. 470; y también se encuentran las denominadas particiones, tanto judiciales como extrajudiciales, figuran circunscritas a las divisiones de suelo entre dos o más personas, figura aplicable a copropiedades, sociedades conyugales disueltas, incluido el divorcio, por lo mismo considero que no puede considerarse una partición judicial o extrajudicial como fraccionamiento de suelo”.

El primer inciso del artículo 470 del COOTAD, define al fraccionamiento en los siguientes términos:

“Art. 470.- Fraccionamiento y reestructuración urbana.- Se considera fraccionamiento o subdivisión urbana 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”.

Del tenor de la norma transcrita se desprende que el fraccionamiento consiste en la división física de un terreno en varios lotes (de 2 a 10 lotes), cada uno de los cuales debe tener frente o acceso a una vía pública; es decir, que como fruto del fraccionamiento, cada uno de los lotes resultantes de la división, constituye una especie con superficie y linderos propios.

Al atender sus dos primeras consultas se citaron varios conceptos de partición que concuerdan al establecer que consiste en un conjunto de actos de liquidación y distribución de derechos o bienes comunes, en partes o lotes que representan las cuotas que corresponden a cada copartícipe, poniendo así fin a un estado de comunidad e indivisión.

Se agregó que, el artículo 473 del COOTAD el cual dispone que la partición de inmuebles urbanos requiere informe municipal, debe ser inteligenciado en el contexto establecido por

los artículos 470 y 472 de ese Código Orgánico que regulan el fraccionamiento o subdivisión urbana, definidos por esas normas como “(...) la división de terreno en dos a diez lotes con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto”.

Si bien la partición consiste en un conjunto de operaciones de distribución del patrimonio común entre coasignatarios o copropietarios, no siempre supone fraccionamiento en los términos que establece el artículo 470 del COOTAD.

Puede ocurrir por ejemplo que en la sucesión exista un solo inmueble que no admita división material (fraccionamiento) entre los coasignatarios; en tal evento, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 1353 del Código Civil, tendrá derecho a la especie, quien más ofrezca por ella y el precio se dividirá entre todos los coasignatarios a prorrata; o, conforme al numeral 6 del mismo artículo, el juez puede separar la propiedad, el usufructo y la habitación o uso, para darlos por cuenta de las asignaciones.

Tampoco existiría fraccionamiento si en el patrimonio a dividir existieran varios inmuebles que puedan ser adjudicados por separado a cada asignatario o copropietario.

Por el contrario, en una partición habrá además fraccionamiento si el patrimonio indiviso se compone de un terreno que admita división material o física en dos o más lotes representativos de los derechos que a cada asignatario corresponda, y que se adjudican como especies y por separado.

En consecuencia, respecto de su tercera consulta se concluye que, la partición judicial o extrajudicial de inmuebles urbanos constituye fraccionamiento urbano solamente cuando dé lugar a la división material del bien raíz en dos o más lotes, en los términos del artículo 470 del COOTAD.

**OF. PGE. N°:** 12897, de 22-04-2013

### **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 Disposición Transitoria 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 sí ni ante sí 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 está 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 estos 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 aun 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 *ibidem*, 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 *ibidem* 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: FRACCIONAMIENTO DE PREDIOS RURALES Y URBANOS - COMPETENCIA PARA AUTORIZACIÓN-**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN TISALEO

### **CONSULTAS:**

"¿La facultad de autorizar fraccionamientos de predios en el sector rural corresponde al Alcalde, como ejecutivo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Tisaleo; o, a su Concejo Municipal?"

"¿Se debe o no aplicar el cobro del porcentaje de cesión en los fraccionamientos de áreas de terreno destinado a labores agrícolas, entendiéndose que éstas se hallan ubicadas en el área rural?"

"¿Corresponde o no al Alcalde del GADM de Tisaleo, como su ejecutivo, autorizar fraccionamientos de terrenos ubicados en el sector urbano?"

"¿Hasta cuándo se actualice al Ordenanza de Implementación del Plan de Ordenamiento territorial del Área de Control Urbano y Rural del Cantón Tisaleo, publicada en el Registro Oficial No. 341 de 20 de mayo de 2008, en cuanto esta no se oponga a la Constitución y al COOTAD vigente, tiene vigencia y por lo tanto se la debe seguir aplicando hasta cuando ésta sea reformada?"

### **BASES LEGALES:**

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

Código de Planificación y Finanzas Públicas Arts. 44 lit. b), 424 y Disposición Transitoria Cuarta.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

1. Al respecto, esta Procuraduría se pronunció en la parte pertinente del oficio No. 03486 de 1 de septiembre de 2011, cuya copia adjunto para su conocimiento, en atención a la tercera consulta, de varias que fueron formuladas por el Alcalde del Cantón La Maná, en los siguientes términos: "Por lo tanto, en contestación a los términos de la tercera consulta, de conformidad con el Art. 472 del COOTAD, le corresponde al ejecutivo del gobierno autónomo cantonal, autorizar el fraccionamiento de terrenos, mientras que le compete al concejo cantonal, como instancia legislativa, de conformidad con los artículos 55 letra b) y 57 letra x) del COOTAD, ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón y regular y controlar mediante la normativa cantonal pertinente, el uso del suelo en el territorio del cantón."

Con relación a su segunda consulta, en las páginas 11 y 10, respectivamente, de los oficios Nos. 03486 y 03487 de 1 de septiembre de 2011, este Organismo se pronunció en el siguiente tenor: "Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 54 letra c), 55 letras a) y b) y 57 letra x) del COOTAD y el artículo 44 letra b) y Disposición Transitoria Cuarta del

Código de Planificación y Finanzas Públicas, la contribución o entrega mínima del diez por ciento y máximo el veinte por ciento calculado del área útil del terreno urbanizado o fraccionado, en calidad de áreas verdes y comunales establecido en el Art. 424 del COOTAD, corresponde exclusivamente al fraccionamiento con fines urbanos ..."

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

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

Respecto de su cuarta consulta, esta Procuraduría, según consta en la parte pertinente del oficio No. 03486 de 1 de septiembre de 2011, se pronunció en atención a la consulta formulada por el Alcalde del Cantón La Maná, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

**OF. PGE. N°: 07262, de 3-04-2012**

## **BIENES MUNICIPALES Y PARTICULARES: ENAJENACIÓN DE EXCEDENTES DE TERRENO**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN PATATE

### **CONSULTAS:**

"¿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?".

"¿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 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 aquellas 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: COMPETENCIA PARA CONFORMAR EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y DISCIPLINA**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** CUERPO DE BOMBEROS MUNICIPAL DEL CANTÓN BABAHOYO

#### **CONSULTA:**

"Si al haber sido transferido el Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Babahoyo, al Gobierno Autónomo Descentralizado de este Cantón, debe acoger dentro de su estructura Administrativa, la conformación del Consejo de Administración y Disciplina establecido en

el artículo 16 de la Ordenanza Municipal de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Babahoyo, o debería allanarse a la conformación estipulada en el artículo 8 de la Ley de Defensa Contra Incendios, y artículo 74 del Reglamento de la referida Ley, por ser esta jerárquicamente superior".

### **BASES LEGALES:**

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

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

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

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

A. M. N° 3116, Art. 1.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

De manera previa a atender su requerimiento, mediante oficio No. 6343 de 13 de febrero de 2012, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Municipio de Babahoyo respecto al caso planteado, el cual fue atendido por la Alcaldesa del Cantón en oficio No. 111-GADM-CB-2012 de 23 de febrero de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 5 de marzo del presente año, al que adjunta copia del oficio SIND-243-2012 KCHB de 24 de febrero de 2012, que contiene el criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal de Babahoyo.

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

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

En el oficio No. 006 DAJ-CBM-B de 31 de enero de 2012 anexo a su consulta, el Asesor Jurídico del Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Babahoyo menciona entre otras disposiciones, el artículo 425 de la Constitución de la República relativo a orden jerárquico

de aplicación de las normas; los artículos 238 de la citada Constitución, 5 y 6 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, relacionados con la autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 140 del citado COOTAD referido al ejercicio de la competencia de gestión de riesgos; el artículo 8 de la Ley de Defensa Contra Incendios que contempla la estructura de los Consejos de Administración y Disciplina de los cuerpos de bomberos de las capitales de provincia; el Acuerdo de Transferencia del Cuerpo de Bomberos expedido por el Ministro de Bienestar Social (actual Ministra de Inclusión Económica y Social); la Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos del Cantón Babahoyo; así como, el Convenio de Transferencia de potestades, atribuciones y recursos del Cuerpo de Bomberos de Babahoyo suscrito entre el Ministro de Bienestar Social (actual Ministro/a de Inclusión Económica y Social), el Alcalde del Municipio del Cantón Babahoyo y el jefe del Cuerpo de Bomberos de ese Cantón.

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

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

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

de febrero del 2002, la Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos de Babahoyo".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Ordenanza de Institucionalización del Cuerpo de Bomberos del Cantón Babahoyo sobre la que trata su consulta, fue publicada en el Registro Oficial No. 554 de 12 de abril del 2002, esto es, antes de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.

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

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

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

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

Por lo expuesto, en atención al orden jerárquico de aplicación de las normas, previsto en el artículo 425 de la Constitución de la República, y al artículo 140 del COOTAD, según el cual, los cuerpos de bomberos del país son considerados entidades adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, que funcionarán observando la ley especial y normativas vigentes a las que estarán sujetos, se concluye que el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Babahoyo, debe conformar el Consejo de Administración y Disciplina del Cuerpo de Bomberos de ese Cantón, según la estructura prevista en el artículo 8 de la Ley de Defensa contra Incendios antes referido.

**OF. PGE. N°: 07261, de 3-04-2012**

## **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 núms. 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 iudice, 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 contractual, 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’ privatice 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 contraviniera 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**

### **BOMBEROS: EXONERACIÓN DE MATRICULACIÓN VEHÍCULAR**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** CUERPO DE BOMBEROS DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

### **CONSULTA:**

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

### **BASES LEGALES:**

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

Ley General de Defensa Contra Incendios, Art. 42.

Código Tributario, Arts. 1, 2 y 14.

Código Civil, Art. 18 regla 1.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

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

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

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

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

A fin de contar con suficientes elementos para atender la consulta, esta Procuraduría solicitó al Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y

Seguridad Vial, el criterio jurídico con respecto al tema planteado, solicitud que fue atendida mediante oficio No. 00000106 DE-CNTTTSV-2011 de 20 de enero de 2011, al cual se adjuntó el Informe No. 022-DAJ-2010-CNTTTSV de 19 de enero de 2011, del Director de Asesoría Jurídica de dicho Organismo, el cual, con fundamento en los artículos: 300 y 425 de la Constitución; 32 y 35 del Código Tributario; 30 literal c), 103 y 104 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; 26, numeral 8, 150 y 52 del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; y, 42 de la Ley de Defensa Contra Incendios, concluye que: “Si bien la Ley de Defensa Contra Incendios, señala que se exonera a los cuerpos de bomberos de toda clase de impuestos, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado (IVA), tasas y más gravámenes...., la exoneración se refiere a la importación de vehículos e implementos de defensa contra incendios, claramente expresada en la parte final del artículo 42 de la Ley citada;...., dejando en claro que no se encuentran exentas del pago de los valores y derechos de registro en el tránsito como son la matrícula y el SOAT”.

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

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

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

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

competente se pueden establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones, que se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 1 del Código Tributario, clasifica a los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales o de mejora; mientras que el artículo 32 del Código *ibídem*, dispone que sólo mediante disposición expresa de ley, se podrá establecer exenciones tributarias. En ellas se especificarán los requisitos para su reconocimiento o concesión a los beneficiarios, los tributos que comprenda, si es total o parcial, permanente o temporal.

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

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

Concordante con el artículo citado, el Art. 103 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, establece que la matrícula será emitida por las Comisiones Provinciales de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, previo el pago de las tasas e impuestos correspondientes y el cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento; y, agrega que el documento que acredite el contrato de seguro obligatorio para accidentes de tránsito, será documento habilitante previo para la matriculación y circulación de un vehículo.

Por su parte, el numeral 7 del Art. 52 del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, determina que de acuerdo a la matrícula y al servicio que prestan los automotores, éstos se clasifican en:...7. Vehículos de emergencia: Policía, Bomberos, Cruz Roja, Defensa Civil, etc.

En el presente caso, de conformidad con el literal a) del Art. 30 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la emisión de licencias, permisos, matrículas, títulos de propiedad, placas, especies, son servicios que presta la Comisión

Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, por los cuales fija una tasa, cuya recaudación forma parte del patrimonio de la referida Comisión.

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

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

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

**OF. PGE. N°:** 00520, de 18-02-2011

## **BOMBEROS: TRANSFORMACIÓN DE LA EMPRESA MUNICIPAL CUERPO DE BOMBEROS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN IBARRA

**CONSULTA:**

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

**BASES LEGALES:**

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

Ley de Defensa Contra Incendios, Arts. 13 y 17.

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

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 4.

## **PRONUNCIAMIENTO:**

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

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

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

Según consta de las copias del oficio No. 2972 SGM de 30 de enero del 2009, suscrito por el Secretario General del Concejo Municipal de San Miguel de Ibarra, la Empresa Municipal Cuerpo de Bomberos de Ibarra para la Prevención, Protección, Socorro, Extinción de Incendios y Emergencias en el Cantón Ibarra “E.M.C.B.I.”, fue constituida mediante Ordenanza aprobada por el Concejo Municipal de ese Cantón, en sesiones ordinarias aprobadas el 20 y 27 de enero del 2009.

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

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

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

a) Oficiales superiores: Primer Jefe, Segundo Jefe y Jefe de Brigada.

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

Respecto de las empresas públicas mencionado en su consulta, debo manifestarle que la Constitución de la República, en el artículo 315 dispone que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Agrega, que funcionará como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, “con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales”.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el artículo 4 prescribe que las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Agrega, que estarán destinadas “a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado”.

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

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

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

El artículo 140 del mencionado Código Orgánico, referido al ejercicio de la competencia de gestión de riesgos de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, en su inciso tercero dispone lo siguiente: “La gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, que de acuerdo con la Constitución corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, se ejercerá con sujeción a la ley que regula la materia. Para tal efecto, los cuerpos de bomberos del país serán considerados como entidades adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, quienes funcionarán con autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa, observando la ley especial y normativas vigentes a las que estarán sujetos”.

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

**OF. PGE. N°: 01563, de 28-04-2011**

## C

### **CANCELACIÓN DE DERECHOS Y TARIFAS: SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES (SAYCE) Y LA FEDERACIÓN NACIONAL DE ARTISTAS PROFESIONALES DEL ECUADOR (FENARPE), PREVIO A LA ORGANIZACIÓN DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RIOBAMBA

#### **CONSULTAS:**

1.- “¿Las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual y la Resolución No. 001-2012 del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), publicado en el Registro Oficial No. 653 de 5 de marzo de 2012, que establecen derechos y tarifas a ser cancelados a favor de la Sociedad General de Autores y Compositores (SAYCE) y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador (FENARPE), como requisito previo a la organización de espectáculos públicos, siguen vigentes o también han sido derogadas por la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 22, de 25 de junio de 2013, que de manera expresa deroga la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual, el artículo 16 y 31 de la Ley de Defensa Profesional de Artistas, y todas aquellas disposiciones de igual o menor jerarquía que creen preasignaciones a favor de SAYCE Y FENARPE?”.

2.- Tal derogación de derechos y tarifas a favor de SAYCE Y FENARPE, debe aplicarse en la realización de espectáculos públicos que organice directamente el GAD Municipal de Riobamba a través de sus Departamentos de Cultura y Comité de Fiestas, o en los que realice el GAD municipal de Riobamba a través de empresarios de espectáculos públicos contratados específicamente para ello?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 22, 66 núms. 23 y 26; 226, 237 núm. 3, 298, 301 y 322.

Ley Orgánica de Comunicación, Disposición Derogatoria Segunda.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.

Ley de Propiedad Intelectual, Arts. 1, 3, 4, 5, 6, 22, 109, 110, 112, 115, 341 y 345.

## **PRONUNCIAMIENTO:**

Me refiero a su oficio No. 0314-ALC-2015 de 17 de abril de 2015, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 20 de abril del presente año, mediante el cual reformula los términos de su consulta inicialmente planteada en oficio No. 202-ALC-2015 de 16 de marzo de 2015, recibido el 20 de marzo del presente año.

En la comunicación que contesto, al reformular la consulta se plantean dos preguntas relacionadas con la aplicación de la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, respecto de las normas de la Ley de Propiedad Intelectual que establecían derechos a favor de la Sociedad General de Autores y Compositores (SAYCE) y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador (FENARPE), como requisito previo a la organización de espectáculos públicos.

Respecto a su pedido inicial, 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, con oficio No. 00626 de 27 de marzo de 2015 e insistencia contenida en el oficio No. 00833 de 15 de abril del presente año, este Organismo solicitó a la Entidad Edilicia que usted representa, reformular los términos de su consulta de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado, por parte de la Procuradora Síndica de la Municipalidad a su cargo.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 00627 de 27 de marzo de 2015 e insistencia contenida en oficio No. 00835 de 15 de abril de 2015, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME, pedido que fue atendido con oficio No. 293-DE-DNAJ-2015 de 14 de abril de 2015, suscrito por el Director Ejecutivo de dicha Asociación e ingresado a esta Institución el 20 de abril del presente año.

Adicionalmente, mediante oficio No. 00628 de 27 de marzo de 2015 e insistencia contenida en oficio No. 00834 de 15 de abril de 2015, se requirió el criterio del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, requerimiento que fue atendido mediante oficio No. IEPI-PR-2015-0154-OF de 27 de mayo de 2015, suscrito por el Director Ejecutivo del Instituto e ingresado en la Procuraduría General del Estado el 29 de mayo del año en curso.

El informe jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba, respecto de las consultas reformuladas, consta en el Memorando No. GADMR-AJ-2015-1467-M de 17 de abril de 2015, suscrito por la Procuradora Síndica, el mismo que se ha remitido adjunto al oficio que contiene la reformulación de las consultas.

Con los antecedentes que han quedado señalados, procedo a atender sus consultas, en el mismo orden en que han sido reformuladas en oficio No. 0314-ALC-2015 de 17 de abril de 2015.

## PRIMERA CONSULTA

Como antecedente de su petición, en el oficio inicial de consulta No. 202-ALC-2015 de 16 de marzo de 2015, expresa lo siguiente:

“De la documentación que adjunto, vendrá en su conocimiento que el Comité Permanente de Fiestas del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba ha venido organizando espectáculos públicos especialmente con motivo de las celebraciones de las efemérides de la ciudad. Para la realización de estos espectáculos cuando se trata de eventos artísticos se ha cancelado previamente los derechos que corresponde a SAYCE para obtener la autorización de la Intendencia General de Policía de Chimborazo. Pero con la expedición de la Ley de Comunicación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 22, de 25 de junio de 2013, han quedado derogadas aquellas pre-asignaciones a favor de la Sociedad General de Autores y Compositores -SAYCE- y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador —FENARPE” (sic), por tanto el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Riobamba por esta disposición no se encuentra obligado a pagar los derechos de SAYCE. En este sentido se ha pronunciado Procuraduría Institucional a través de sus Abogados en diferentes comunicaciones ante requerimientos del Comité de Fiestas.

Por su parte SAYCE ha manifestado que no otorgarán ningún permiso ni autorización por no haber cancelado sus derechos que según ellos siguen vigentes, y de la misma manera la Intendencia General de Policía ha manifestado que no autorizará la celebración de ningún espectáculo público si el GAD Municipal no cancela los derechos de SAYCE”.

En el informe jurídico de la Procuradora Síndica de la Municipalidad consultante, contenido en el Memorando No. GADMR-AJ-2015-1467-M de 17 de abril de 2015, se señalan similares antecedentes a los expresados en el oficio inicial de consulta, transcrito al inicio del presente; y adicionalmente, se indica y concluye que:

“La Sociedad General de Autores y Compositores –SAYCE- y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador – FENARPE, a través de sus representantes en oficios Nos. 1542, de 24 de marzo del 2014; y, DJ-099-14, reclamando (sic) el pago de derechos de autor de acuerdo al pliego tarifario.

(...) En consecuencia, en tanto no se reforme o suprima la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, los derechos, tarifas o preasignaciones en favor de la Sociedad General de Autores y Compositores –SAYCE- y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador –FENARPE”, no se encuentran vigentes”.

Por su parte, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) cita el artículo 301 de la Constitución de la República y la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, y concluye con el siguiente criterio institucional:

“En aplicación a la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, publicado (sic) en el Suplemento del Registro Oficial No. 22, de fecha 25 de junio de 2013, la misma que se encuentra vigente, el GAD Municipal del cantón Riobamba, en relación a la organización de espectáculos públicos, no es procedente seguir cancelando los derechos de autor a favor del SAYCE y la FENARPE, para efectos de cumplir lo previsto en la ley citada”.

El Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, en el oficio No. IEPI-PR-2015-0154-OF, refiere como antecedente que:

“Mediante Oficio No. IEPI-PR-2014-0035-OF, de fecha 30 de enero de 2014, el Director Ejecutivo del IEPI se dirige al Ministro del Interior, Dr. José Serrano Salgado, con el fin de que se disponga a quien corresponda con el cumplimiento y respecto a los derechos de autor de las obras que son comunicadas públicamente en eventos, espectáculos y conciertos, toda vez que con el Memorando No. MDI-MDI-VSI-SSI-DCOP-2013-0272-M, dirigido a los Intendentes de policía, se inobservan las normas de Derecho de Autor y Derechos Conexos contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual las cuales se encuentran plenamente vigentes, puesto que sí es necesaria la autorización de la sociedad de gestión colectiva que representa los derechos de los autores y compositores de las obras que sean explotadas durante los mencionados eventos públicos, en este caso la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE”.

Como fundamentos jurídicos del criterio institucional, el Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, cita los artículos 22, 66 numerales 23 y 26, 226, 298 y 322 de la Constitución de la República, 1, 4, 5, 6, 22, 109, 110, 112, 115, 341 y 345 de la Ley de Propiedad Intelectual, así como los artículos 29 y 32 de su Reglamento General y efectúa el siguiente análisis jurídico:

“En base al artículo 66 numeral 26 de la Constitución de la República del Ecuador, se reconoce el derecho a la propiedad en todas sus formas y su acceso se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, así también el Art. 22 establece el ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, esto es beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales; el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual - IEPI, en base al artículo 3 de la Ley de Propiedad Intelectual es el organismo competente para propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender a nombre del Estado los derechos concernientes a la Propiedad Intelectual.

(...) Las sociedades de gestión colectiva están destinadas a la administración de los derechos patrimoniales que le son confiados, tal como se menciona en el artículo 109 de la Ley de Propiedad Intelectual, que define a las antedichas personas jurídicas como sociedades de derecho privado, sin fines de lucro, siendo voluntaria la afiliación por parte de sus socios para encomendar la gestión colectiva de sus derechos de autor o derechos conexos, por medio de mandato, (sic) Uno de los derechos encargados por el autor a las sociedades de gestión colectiva es el de precautelar el derecho patrimonial que deviene de la comunicación pública.

(...) La Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE, es una entidad de derecho privado, que tiene por objeto recaudar los derechos patrimoniales concernientes al repertorio nacional o extranjero que representan conforme el artículo 4 de su Estatuto, es decir que, SAYCE actúa como intermediario entre los usuarios y los autores y compositores, pues se encarga de recaudar los derechos patrimoniales por el uso de las obras cuyos derechos administra y esa recaudación va destinada al reparto de sus socios (autores-compositores) que mediante mandato o contratos de adhesión encargaron a SAYCE la gestión, ya que en la realidad resulta imposible que el autor vaya de lugar en lugar ejerciendo su derecho, es entonces SAYCE quien realiza ésta actividad otorgando una licencia en su representación.

(...) En lo relacionado a la derogatoria de la disposición transitoria sexta de la ley de Propiedad Intelectual, esta norma en ningún momento derogó ninguno de los derechos de autor, puesto que, los derechos patrimoniales de autores y compositores, no constituyen preasignaciones presupuestarias, sino recaudaciones por el uso o la explotación de las obras; además, la disposición transitoria de la Ley de Propiedad Intelectual estableció que la Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador SAYCE, podrá cobrar el derecho de comunicación pública mientras se conforma junto con ASOTEC una ventanilla única de cobro. Al respecto, debe mencionarse que ASOCTEC (sic) nunca se creó por lo que consecuentemente no se conformó la ventanilla única.

Entonces se puede ver que, la Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador SAYCE ha recaudado y recauda los valores correspondientes a comunicación pública en base al mandato que cada uno de sus socios le han entregado, puesto que el derecho de comunicación pública se encuentra establecido en el Art. 22 de la Ley de Propiedad Intelectual y su gestión no se encuentra fundamentada en la disposición transitoria que ha sido derogada por la Ley Orgánica de Comunicación.

(...) Por otra parte, se debe tener claro que la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador — FENARPE, es una organización gremial de derecho privado que defiende los derechos de artistas y se rige por la Ley de Defensa Profesional del Artista y sus propios Estatutos vigentes; sin embargo, en lo que respecta al funcionamiento de FENARPE, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual no es la institución

competente para vigilar su funcionamiento y administración, toda vez que la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento regula a las sociedades de gestión colectiva entre ellas SAYCE, pero no a FENARPE que es una organización gremial”.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, el Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, en el oficio No. IEPI-PR-2015-0154-OF de 27 de mayo de 2015, expresa el siguiente criterio institucional:

“Por lo tanto, de conformidad con el análisis realizado se concluye que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba y todas las personas naturales o jurídicas en el Ecuador que realicen comunicación pública de obras, están obligadas a obtener la autorización por el uso y explotación de obras cuyos derechos son representados por la Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador — SAYCE, a excepción de aquellos casos que constituyan usos honrados que no necesitan de esta autorización descritos en la normativa de Propiedad Intelectual vigente”.

El artículo 22 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce el derecho a la capacidad creativa y la protección de los derechos derivados de la autoría de una producción, mientras que el artículo 322 *Ibidem* reconoce la propiedad intelectual. Dichas normas, en su orden establecen:

“Art. 22.- Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría”.

“Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad”.

La Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, a la que se refiere su consulta, establece lo siguiente:

“SEGUNDA.- Deróguense la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual, el artículo 16 y 31 de la Ley de Defensa Profesional de Artistas, y todas aquellas disposiciones de igual o menor jerarquía que creen preasignaciones a favor de la Sociedad General de Autores y Compositores -SAYCE- y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador –FENARPE”.

A fin de atender la consulta, resulta pertinente considerar el contenido de las normas derogadas, cuyos textos eran los siguientes:

## Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual.

“SEXTA.- Independientemente de la recaudación de los derechos patrimoniales por la respectiva sociedad de gestión, la recaudación de los derechos económicos por comunicación pública realizado a través de cualquier medio, de obras musicales con o sin letra y dramático musicales, estará a cargo de una entidad única conformada por la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE y la Asociación de Productores de Fonogramas del Ecuador ASOTEC, entidad única que recaudará a título de gestión colectiva.

Hasta que entre en funcionamiento la entidad única recaudadora, la SAYCE continuará recaudando éstos derechos.

La entidad recaudadora única se conformará dentro de los sesenta días posteriores a la constitución del Consejo Directivo del IEPI”.

## Ley de Defensa Profesional de los Artistas

“Art- 16.- En los contratos con artistas, conjuntos musicales y orquestas extranjeras, éstos directamente o a través de sus representantes o empresarios, como requisito previo a sus presentaciones deberán pagar los correspondientes derechos a la Federación de Artistas Profesionales del Ecuador; para lo cual se dictará el Reglamento que trata la disposición transitoria 1ra”.

“Art. 31.- Toda programación artística en la que participen únicamente artistas nacionales, estará exenta del pago de impuestos.

El empresario o empleados, pagará obligatoriamente a la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador, el valor correspondiente al 10% del monto total de las recaudaciones producidas”.

Del tenor de las normas derogadas se establece que, la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE y la Federación de Artistas Profesionales, según la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual y los artículos 16 y 31 de la Ley de Artistas Profesionales, recaudaban valores y derechos económicos, por lo que es necesario analizar el origen y la naturaleza de tales valores, conforme se verá más adelante.

Considerando que las indicadas normas han sido objeto de derogatoria expresa, introducida por la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, sobre cuya aplicación trata la consulta, es pertinente examinar los efectos de la derogación de las leyes.

De conformidad con el artículo 37 del Código Civil, la derogación de una ley puede ser expresa o tácita, total o parcial, sobre lo cual nos ilustran los tratadistas Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, en los siguientes términos:

“La derogación puede ser expresa o tácita. Hay derogación expresa cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior, y tácita cuando la ley nueva contiene disposiciones incompatibles con las de la antigua.

(...) Lo que caracteriza esencialmente a la derogación expresa es la mención que hace el legislador de las leyes que deroga. Esta cita puede hacerse en globo, como cuando se dice ‘quedan derogadas todas las leyes anteriores a ésta que versen sobre la misma materia’, o indicando una por una, como cuando se dice: ‘deróganse leyes 1, de fecha tanto, 2 de fecha tanto, etc.

(...) La derogación tácita se funda en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas, debe entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera.

(...) La derogación, en cuanto a su extensión, es total o parcial. La primera suprime por completo la ley antigua, sea que se limite a establecer la supresión, sea que la reemplace por otras disposiciones. La segunda suprime uno o más preceptos de la ley antigua, sustituyéndolos o no por otros; el resto queda vigente”.

De la cita de las normas derogadas, señaladas en la consulta, obsérvese que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual, no es la que da origen a los derechos cuya recaudación le corresponde a la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE, sino que se trata de una norma que establecía que la recaudación de los derechos económicos por comunicación pública realizado a través de cualquier medio, de obras musicales con o sin letra y dramático musicales, estaría a cargo de una entidad única conformada por la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE y la Asociación de Productores de Fonogramas del Ecuador ASOTEC, que estaría a cargo de recaudar tales valores, a título de gestión colectiva.

Al respecto, corresponde señalar que según expresa el Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual – IEPI, en el oficio No. IEPI-PR-2015-0154-OF “(...) debe mencionarse que ASOTEC nunca se creó por lo que consecuentemente no se conformó la ventanilla única”.

Cabe entonces determinar la naturaleza jurídica de los derechos cuya recaudación le compete por una parte, a la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE y que por otra le correspondía a la Federación de Artistas Profesionales, para lo cual es pertinente examinar la forma en que dichas entidades fueron constituidas y el origen de tales valores.

La Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE), se constituyó mediante Acuerdo Ministerial No. 1291 de 13 de marzo de 1973 y según el Acuerdo Ministerial No. 755, publicado en el Registro Oficial No. 847 de 6 de junio de 1979, se le otorgó personería jurídica como sociedad representativa de los creadores de música nacional popular o erudita con o sin letra, de los herederos y derechohabientes de los mismos, y de las sociedades autorales extranjeras con las cuales se encuentra vinculada mediante convenios de asistencia y representación recíproca. El artículo 2 del citado Acuerdo Ministerial, dispone:

“Art. 2.- La Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE), ‘será la única sociedad autoral en el Ecuador, en el género de la creación musical, y tendrá como atribuciones la percepción en todo el territorio de la República de los derechos económicos de Autor, emergentes de la utilización de las obras musicales y literarias musicalizadas, cualesquiera sea el medio y las modalidades, además de las previstas en los Arts. 26, 106 y más pertinentes de la Ley de Derechos de Autor.

Las personas físicas y jurídicas, nacionales o extranjeras que hayan de percibir esos derechos económicos para sí o para sus mandantes, deberán actuar siempre a través de la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE)”.

Adicionalmente, el Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual – IEPI, en su oficio No. IEPI-PR-2015-0154-OF de 27 de mayo de 2015, anteriormente citado, señala que SAYCE, se encuentra legalmente habilitada por la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del IEPI, para recaudar los derechos patrimoniales de nacionales y extranjeros como producto de la comunicación pública que se realiza de su repertorio, incluidos aquellos derechos que se encuentran inmersos en los espectáculos públicos.

El artículo 22 de la Ley de Propiedad Intelectual, define lo que se entiende por comunicación pública de obras, como “(...) todo acto en virtud del cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar y, en el momento en que individualmente decidan, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, como en los siguientes casos: (...) g) La presentación y exposición públicas”.

Adicionalmente, el artículo 341 de la Ley de Propiedad Intelectual establece: “Art. 341.- Anunciada o de cualquier modo conocida la comunicación publicada de una obra legalmente protegida sin que se hubiere obtenido la autorización correspondiente, el titular de los derechos podrá solicitar a la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos que se la prohíba, lo cual será ordenado inmediatamente. Al efecto se presume que el organizador, empresario o usuario no cuenta con la debida autorización por la sola protesta de parte del titular de los derechos”.

El artículo 109 de la Ley de Propiedad Intelectual, establece la naturaleza jurídica de las sociedades de gestión colectiva, en los siguientes términos:

“Art. 109.- Son sociedades de gestión colectiva las personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objeto social es la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor o derechos conexos, o de ambos.

La afiliación de los titulares de derechos de autor o de derechos conexos a una sociedad de gestión colectiva es voluntaria”.

De acuerdo con los artículos 110 y 112 de la Ley de Propiedad Intelectual, las sociedades de gestión colectiva están obligadas a administrar los derechos que les son confiados, sin menoscabar la facultad de los titulares de derechos para ejercitarlos directamente; deben ser autorizadas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y están sujetas a su vigilancia, control e intervención.

Finalmente, el artículo 116 de la Ley de Propiedad Intelectual prevé lo siguiente: “Art. 116.- Las sociedades de gestión colectiva establecerán las tarifas relativas a las licencias de uso sobre las obras o producciones que conformen su repertorio. Las tarifas establecidas por las sociedades de gestión colectiva serán publicadas en el Registro Oficial por disposición de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, siempre que se hubieren cumplido los requisitos formales establecidos en los estatutos y en este Capítulo para la adopción de las tarifas”.

Sobre dicha base normativa, mediante Resolución No. 001-2012-DNDAYDC, publicada en el Registro Oficial No. 653 de 5 de marzo de 2012, que se menciona en la consulta, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual dispuso la publicación del nuevo pliego tarifario de la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE), aprobado por Resolución No. 002-2011 de la Asamblea General Extraordinaria de 2 de agosto de 2011, que contempla las tarifas que como derechos económicos por derechos de autor se deben cancelar a favor de la antes indicada Sociedad, por concepto de derechos de reproducción, distribución, sincronización, reproducción y comunicación pública.

Similares previsiones constan en los artículos 8, 19, 95 y 109 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, en tanto protegen los derechos de autor, reconocen el “derecho exclusivo de explotar su obra en cualquier forma y de obtener por ello beneficios” y se confiere a las sociedades de autores, la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor y su recaudación.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que la legislación que reconoce y garantiza los derechos de autor, se encuentra vigente y la misma ha establecido la existencia de sociedades de gestión colectiva y en la especie la Sociedad de Autores y Compositores

Ecuatorianos (SAYCE) tiene el carácter de sociedad de gestión colectiva, autorizada para administrar y recaudar las retribuciones económicas correspondientes a los derechos de autor, resultantes de la utilización pública de las obras de autores nacionales y extranjeros, en los términos de los artículos 109 y 110 de la Ley de Propiedad Intelectual, así como para establecer las tarifas de las licencias de uso público de obras musicales, de acuerdo con el artículo 116 *Ibídem*.

En consecuencia, las retribuciones económicas que recauda la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE) a nombre de los titulares de tales derechos, constituyen regalías a las que tienen derecho los autores de las obras por la utilización o difusión pública de sus obras.

Por otra parte, corresponde analizar la naturaleza de la Federación Nacional de Artistas Profesionales Ecuatorianos (FENARPE), que de acuerdo con el artículo 23 de la Ley de Defensa Profesional de Artistas, se constituyó “(...) como persona jurídica de derecho privado con las finalidades y la estructura que se determinan en sus estatutos, y conformada por las Asociaciones de Artistas Profesionales de las Provincias del País”.

La Ley de Defensa Profesional de los Artistas, disponía:

“Art- 16.- En los contratos con artistas, conjuntos musicales y orquestas extranjeras, éstos directamente o a través de sus representantes o empresarios, como requisito previo a sus presentaciones deberán pagar los correspondientes derechos a la Federación de Artistas Profesionales del Ecuador; para lo cual se dictará el Reglamento que trata la disposición transitoria 1ra”.

“Art. 31.- Toda programación artística en la que participen únicamente artistas nacionales, estará exenta del pago de impuestos.

El empresario o empleados, pagará obligatoriamente a la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador, el valor correspondiente al 10% del monto total de las recaudaciones producidas”.

Conforme se evidencia de los artículos 16 y 31 (derogados) de la Ley de Defensa Profesional de Artistas, que fueron transcritos en los antecedentes, todo empresario o empleador debía pagar a la Federación Nacional de Artistas Profesionales Ecuatorianos, el valor correspondiente al 10% del monto total de las recaudaciones producidas en las programaciones artísticas, con la salvedad a favor de las programaciones en las que participen únicamente artistas nacionales. Es decir que, el artículo 16 de la Ley de Defensa Profesional de los Artistas, establecía un ingreso a favor de la Federación Nacional de Artistas Profesionales Ecuatorianos (FENARPE) que no se originaba en los derechos de autor, reconocidos nacional e internacionalmente, sino que simplemente obligaba al

empresario a destinar el 10% de la recaudación del espectáculo a la indicada organización gremial.

Del análisis precedente, en atención a su consulta, se concluye que la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, dejó expresamente sin vigencia la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual y los artículos 16 y 31 de la Ley de Artistas Profesionales del Ecuador, así como todas aquellas disposiciones de igual o menor jerarquía que creaban preasignaciones a favor de SAYCE Y FENARPE. No obstante, la derogatoria de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual, en ningún momento ha dejado sin vigencia o derogado ninguno de los derechos de autor de obras musicales y sus derechos patrimoniales, los cuales no constituyen preasignaciones presupuestarias ya que son regalías a favor de los autores por el uso o la explotación pública de sus obras, que se recaudan por una sociedad de gestión colectiva en los términos de los artículos 110 y 112 de la Ley de Propiedad Intelectual.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.

## SEGUNDA CONSULTA

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 las 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 consulta no está dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, según la esfera de mis competencias previstas en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del

Estado, razón por la cual, en cumplimiento de la normativa jurídica citada me abstengo de atender su solicitud.

**OF. PGE. N°: 01418, 04-06-2015**

## **CAUCIÓN: OBLIGACIÓN DE LOS SERVIDORES MUNICIPALES**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN DE BALSAS

### **CONSULTA:**

"¿Deberán ser caucionados para el ejercicio de sus funciones todos los servidores municipales a excepción del Ejecutivo, los Concejales y trabajadores eventuales?"

### **BASES LEGALES:**

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 339, 340, 343 y 344.

Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 21.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 2, 3 y 31.

Reglamento para Registro y Control de Cauciones, Art. 2.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

La Procuraduría General del Estado con el oficio No. 04145 de 10 de octubre de 2011 le requirió a usted, el envío del criterio jurídico debidamente fundamentado del Procurador Síndico de esa Municipalidad respecto del objeto de su consulta, lo cual fue atendido con el oficio No. 513-GADMB-2011 de 18 de octubre de 2011.

El Procurador Síndico Municipal en el informe que consta en el oficio No. 095-PSGADMB-2011 de 14 de octubre de 2011, manifiesta que "haciendo una correcta aplicación de las normas Constitucionales y legales, considero que a excepción del ejecutivo, los señores Concejales y los trabajadores eventuales, todos los demás servidores del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Balsas deben ser caucionados para el ejercicio de sus funciones".

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el artículo 339 establece que en cada gobierno regional, provincial y municipal habrá una unidad financiera que estará dirigida por un servidor designado por el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado, de conformidad con la ley, quien deberá reunir los requisitos de idoneidad profesional en materia financiera y poseer experiencia sobre ellas. En su artículo 340 dispone que la Contraloría General del Estado "fijará el monto y especie de la caución que deberá rendir la máxima autoridad financiera para el ejercicio de su cargo".

El artículo 343 del citado Código Orgánico, prescribe que en cada gobierno regional, provincial, metropolitano y municipal habrá un tesorero que será designado por el ejecutivo de cada gobierno, cumpliendo los requisitos establecidos en la ley. En su artículo 344 dispone que el tesorero "Rendirá caución, cuya cuantía será fijada por la Contraloría General del Estado".

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 21 dispone que los servidores públicos, que desempeñen funciones de recepción, inversión, control, administración y custodia de recursos públicos, tienen obligación de prestar caución a favor de las respectivas instituciones del Estado, en forma previa a asumir el puesto.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en el artículo 31 prescribe que además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución de la República, la Contraloría General del Estado tendrá entre otras, la siguiente: "11. Registrar las cauciones rendidas por los servidores públicos a favor de las respectivas instituciones del Estado".

El Reglamento para Registro y Control de Cauciones, en el artículo 2 dispone que para responder por el fiel cumplimiento de los deberes, tienen la 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. Agrega, que 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.

Añade el inciso segundo del artículo 2 del Reglamento citado que: "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".

Concluye el artículo 2 del Reglamento para Registro y Control de Cauciones que: "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".

El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, prescribe que para efectos de esa Ley, se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier

otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 340 y 344 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 21 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 2 del Reglamento para Registro y Control de Caucciones que quedaron citados, se concluye que están obligados a rendir caución a favor de la Municipalidad del Cantón de Balsas, únicamente la máxima autoridad financiera municipal; el tesorero de esa unidad financiera y los servidores públicos de esa Municipalidad que desempeñen funciones de recepción, inversión, control, administración y custodia de recursos públicos, entendiéndose como tales, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

**OF. PGE. N°:** 04661, de 10-11-2011

### **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 Velástegui 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 Inquieta 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**

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

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

**CONSULTAS:**

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

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

**BASES LEGALES:**

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

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

Ley de Compañías, Arts. 308, 309 y 315.

Código Civil, Art. 7 regla 1.

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

### **PRONUNCIAMIENTO:**

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

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

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

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

A continuación en el oficio de consulta cita el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas referido a la capacidad asociativa de las empresas públicas y señala que en el

Ecuador no existen empresas que se dediquen a la explotación del biogás y que no hay conocimiento suficiente sobre el tema por lo que se requieren socios o alianzas estratégicas que posibiliten la ejecución del proyecto para explotación del biogás mediante la conformación de una compañía de economía mixta con participación mayoritaria de la Empresa Pública.

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

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

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

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

"La Ley de Empresas Públicas establece que se llamará a concurso público a fin de seleccionar un socio que convenga a los intereses de ella, sin embargo, al no existir el Reglamento a la indicada Ley no existe regulado el procedimiento para el concurso público, por lo que, a criterio de la suscrita bastaría con el Directorio de la Empresa, como máxima

Autoridad de la misma, y conociendo que es su deber y obligación precautelar el patrimonio de la EMAC, pueda establecer el procedimiento para la selección del socio o socios para la conformación de una compañía de economía mixta, concurso que a mi criterio deberá contener la publicación en la que se convoque a los interesados en participar en esta sociedad, para luego de ello, el procedimiento básico de selección en función de experiencia, tecnología y experiencia en el área".

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

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

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

"El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos".

El primer inciso del artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prevé que las empresas públicas "estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado", y el inciso segundo de la misma norma determina que: "Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria".

El artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas prevé lo siguiente:

"Art. 35.- CAPACIDAD ASOCIATIVA.- Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del Artículo 316 de la Constitución de la República.

Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y se requerirá concurso público, y para perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio.

No requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional.

Para el caso de empresas públicas encargadas de la gestión del agua, se estará a lo dispuesto en el Artículo 318 de la Constitución de la República."

Del análisis de la norma anteriormente invocada se establece que el inciso primero del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas reconoce la capacidad asociativa de estas personas jurídicas de derecho público y a su vez señala varias formas de asociación, entre ellas, la constitución de compañías de economía mixta, para lo cual el inciso segundo de la misma disposición legal determina que la selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe efectuarse en base de un concurso público y que "para perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio", de lo que se colige que corresponde al Directorio de la empresa pública establecer en cada caso, los procedimientos y los términos del concurso público bajo los cuales se escogerá a los socios privados de la empresa pública.

Por su parte, el inciso primero del artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece que para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos de sus actividades, "las empresas públicas gozarán de capacidad asociativa, entendida ésta como la facultad empresarial para asociarse en consorcios, alianzas estratégicas, conformar empresas de economía mixta en asocio con empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, constituir subsidiarias, adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras y en general optar por cualquier otra figura asociativa que se considere pertinente conforme a lo dispuesto en los artículos 315 y 316 de la Constitución de la República".

Del artículo 315 de la Constitución de la República y artículos 4, 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establece que las empresas públicas tienen capacidad asociativa para constituir empresas subsidiarias como son las sociedades de economía mixta en asociación con empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, en la que el Estado o sus instituciones "tengan la mayoría accionaria", y que todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y se requerirá concurso público.

Del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establece que la única excepción al concurso público para la selección de socios, son los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional y en aplicación de la regla 1 del artículo 7 del Código Civil, cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal.

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

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

Presidente de la República pueda dictar el reglamento e incluir el procedimiento de selección.

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

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

Por lo expuesto, toda vez que los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas reconocen la capacidad asociativa de estas entidades de derecho público y que el inciso segundo del artículo 35 de la indicada Ley Orgánica dispone que todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y requerirá de concurso público y que corresponde al propio Directorio establecer los procedimientos y requisitos para la asociación de la empresa pública, en atención a su segunda consulta se concluye que, mientras no se dicte el Reglamento a la LOEP en el que se norme el procedimiento de selección, le corresponde al Directorio, como órgano de dirección de la empresa pública, de conformidad con el artículo 6 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, expedir el reglamento para el proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta.

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

**OF. PGE. N°: 07988, de 23-05-2012**

**CONCEJAL SUPLENTE: PRINCIPALIZACIÓN, SESIONES, PRÓRROGA DE  
FUNCIONES Y RECONSIDERACIONES  
-LICENCIA DE ALCALDE Y VICEALCALDE-**

**ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN SIGCHOS**

### CONSULTAS:

1. "¿Cuál es el proceso para principalizar a un Concejal Suplente?"
2. "¿Cuándo y en qué circunstancias debe principalizarse a un Concejal Suplente?"
3. "¿Es procedente que el Alcalde, o Vicealcalde cuando hace las veces de alcalde, pueda hacerle participe de una sesión a un Concejal Suplente sin antes haberlo convocado?"
4. "¿Es procedente que un Concejal, sin que haya presentado su documentación a la Comisión de Mesa, y sin que sea convocado se principalice dentro de la sesión de Concejo?"
5. "¿Si el Concejo Municipal sesionó con todos los señores Concejales, que son 7, de los cuales el señor Vicealcalde presidió la sesión, por licencia del señor Alcalde titular, y al no habersele convocado a la señorita Concejala suplente del señor Vicealcalde, es válida la sesión?"
6. "¿El Concejo Municipal, puede sesionar aún en el caso que el señor Vicealcalde, encargado de la alcaldía, no haya convocado a su suplente, y por ende no se cuente con ella?"
7. "¿Si al señor Vicealcalde en el tiempo de encargo de la alcaldía, se le termina el período legal para el cual fue electo como Vicealcalde, es legal que convoque a sesión y se elija la segunda autoridad ejecutiva, o es procedente que se prorrogue en funciones hasta cuando asuma el alcalde titular luego de su licencia?"
8. "¿El criterio del Procurador Síndico Institucional, es de cumplimiento obligatorio para la Cámara Edilicia y el Ejecutivo Municipal?"
9. "¿Bajo qué circunstancias legales no puede sesionar el Concejo Municipal?"
10. "¿Es procedente que la Institución Municipal quede en acefalía de una de sus autoridades, aún que sea por un momento?"
11. "¿Dentro del COOTAD, cual es la base legal para derogar, revocar o reconsiderar una decisión adoptada por la Cámara Edilicia?"

### BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 233, 237 núm. 3 y 253.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.

Ley Orgánica Electoral y de Organización Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia Arts. 3, 57, 59, 60, 62, 99, 165, 167, 319, 359 y 364.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 5, 57 lit. o), 60 lit. u), 61, 62 lit. a), 317, 318, 320, 326 y 327.

### PRONUNCIAMIENTOS:

1. El artículo 99 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, relacionado con las candidaturas pluripersonales dispone que éstas se presentarán en listas completas con candidatos principales y sus respectivos suplentes.

El artículo 165 de la citada Ley Orgánica Electoral, 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 candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales.

Si bien cada concejal principal tiene su respectivo suplente, que se proclama electo de manera conjunta, según dispone el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral, corresponde al suplente asumir la titularidad de la dignidad de concejal, únicamente en caso de ausencia del titular. En consecuencia, el concejal alterno no presta servicios en forma permanente, sino únicamente en forma temporal, en reemplazo del concejal principal, salvo que la ausencia del principal sea definitiva.

Téngase en cuenta además que, el artículo innumerado agregado continuación del artículo 167 de la mencionada Ley Orgánica, determina que en caso de ausencia o imposibilidad de asistir los respectivos alternos de los concejales, entre otros dignatarios que ahí se especifican, la secretaría del órgano respectivo convocará a aquellos candidatos principales que sigan en la lista en el orden de votación; y en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado todos los posibles alternos de la misma fuerza política, tendrá derecho a ejercer esa representación el siguiente candidato más votado.

De lo expuesto se concluye que el proceso para principalizar a un concejal suplente, se encuentra contemplado en el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, según el cual, el concejal suplente asume la dignidad de concejal principal cuando el titular se encuentre ausente; y además, conforme al artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la referida Ley Orgánica, en caso de ausencia del concejal alterno, se deberá convocar por secretaría al candidato principal que siga en la lista en el orden de votación; y en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado los posibles alternos de la fuerza política respectiva, deberá ejercer esa representación el siguiente candidato más votado.

Similar análisis jurídico consta en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 04052 de 4 de octubre de 2011, dirigido al Alcalde de San Cristóbal.

Al absolver la primera consulta manifesté que corresponde al concejal suplente asumir la dignidad de concejal únicamente cuando se encuentre ausente el titular; además, en caso de ausencia del concejal alterno, deberá convocarse por secretaría al candidato principal que siga en la lista en el orden de votación; y, en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado los posibles alternos de la misma fuerza política, le corresponderá ejercer esa representación al siguiente candidato más votado.

Por tanto, de conformidad con los artículos 165 e innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del

Ecuador, Código de la Democracia, referidos en la primera consulta, se concluye que el concejal suplente deberá principalizarse únicamente cuando el titular se encuentre ausente de manera temporal o definitiva.

En este sentido me pronuncié en oficio No. 04052 de 4 octubre de 2011, con motivo de la consulta formulada por el Alcalde de San Cristóbal.

Al absolver la primera consulta manifesté que el concejal suplente asume la dignidad de concejal, únicamente en caso de ausencia del titular; y, en consecuencia, el concejal suplente no actúa de manera permanente sino temporal en el Concejo Municipal en reemplazo del concejal principal, salvo que la ausencia del principal sea definitiva.

De acuerdo con el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, las autoridades electorales proclaman electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos; y, como suplentes de cada candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales.

El artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la indicada Ley Orgánica Electoral dispone que en caso de ausencia o imposibilidad de asistir los respectivos alternos de los concejales, entre otros dignatarios que ahí se especifican, la secretaría del órgano respectivo convocará a aquellos candidatos principales que sigan en la lista en el orden de votación, y en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado todos los posibles alternos de la misma fuerza política, tendrá derecho a ejercer esa representación el siguiente candidato más votado.

Respecto de la convocatoria, el artículo 318 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, dispone que la convocatoria a las sesiones ordinarias, de los consejos regionales, concejos metropolitanos, concejos municipales y de las juntas parroquiales rurales, la realizará el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado "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".

De las normas citadas se desprende que, una es la convocatoria a un concejal suplente para que se principalice, de conformidad con el artículo enumerado posterior al artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral, la cual la debe efectuar la Secretaría del Concejo; y, otra la convocatoria a sesión de Concejo, que corresponde efectuar al ejecutivo del respectivo GAD, según el artículo 318 del COOTAD, y debe ser dirigida a los Concejales titulares y a los suplentes principalizados.

Por tanto, teniendo en cuenta que, en virtud de lo dispuesto en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, en caso de ausencia del concejal alterno, se deberá

convocar por secretaría al candidato principal que siga en la lista en el orden de votación; y en caso de ausencia definitiva del concejal alterno y si se hubieren agotado los posibles alternos de la fuerza política respectiva.

En atención a los términos de su consulta se concluye que no es procedente que el Alcalde, o Vicealcalde cuando hace las veces de Alcalde, pueda hacerle participe de una sesión a un Concejal Suplente sin que antes la Secretaría de Concejo lo hubiere convocado a principalizarse, de conformidad con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador.

4. De conformidad con el artículo 60 letra u) del mencionado Código Orgánico, corresponde al alcalde "...u) Integrar y presidir la comisión de mesa".

El artículo 326 del COOTAD, dispone que los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados conformarán comisiones de trabajo las que emitirán conclusiones y recomendaciones que serán consideradas como base para la discusión y aprobación de sus decisiones. De acuerdo con el artículo 327 del COOTAD, la comisión de mesa, entre otras que ahí se especifican, tiene el carácter de permanente; y agrega: "Los órganos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados regularán su conformación, funcionamiento y operación, procurando implementar los derechos de igualdad previstos en la Constitución, de acuerdo con las necesidades que demande el desarrollo y cumplimiento de sus actividades".

Por tanto, respecto de la comisión de mesa mencionada en su consulta, es de competencia del propio Concejo Municipal de Sigchos regular su conformación, funcionamiento y operación, procurando implementar los derechos de igualdad establecidos en la Constitución, en atención a las necesidades que demande el desarrollo y cumplimiento de sus actividades.

En cuanto a la principalización de un concejal, al absolver las consultas anteriores manifesté que en virtud de lo dispuesto en el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Política de la República del Ecuador, las autoridades electorales proclaman electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos; y, como suplentes de cada candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales; por lo que, el concejal suplente asume la titularidad de la dignidad de concejal, únicamente en caso de ausencia del titular; y que, conforme artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la referida Ley Orgánica, en caso de ausencia del concejal alterno, corresponde asumir al candidato principal que siga en la lista en el orden de votación; y en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado los posibles alternos de la fuerza política respectiva deberá ejercer dicha representación el siguiente candidato más votado. La convocatoria para principalizarse deberá ser realizada por la

Secretaría del Concejo, de conformidad con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral. Por lo expuesto, tal como manifesté al absolver la consulta anterior, se deberá convocar al concejal suplente a través de Secretaría, y solo después puede participar o actuar en una sesión de Concejo, en reemplazo del concejal titular.

5. Al absolver la primera consulta manifesté que cada concejal principal tiene su respectivo suplente que se proclama electo de manera conjunta según dispone el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral, correspondiendo al suplente asumir la titularidad de la dignidad de concejal, únicamente en ausencia del titular; por lo que, el concejal alterno no presta servicios en forma permanente, sino únicamente en forma temporal, en reemplazo del concejal principal.

En el caso que motiva su consulta, al haber asumido el Vicealcalde la dignidad de Alcalde por licencia de su titular, correspondía al suplente del Vicealcalde asumir las funciones de concejal titular.

Por tanto, cuando el vicealcalde se encuentre encargado de las funciones de alcalde titular, su suplente debe ser principalizado durante el tiempo que el vicealcalde ejerza las funciones de alcalde, con fundamento en el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia.

En el caso que motiva su consulta, de conformidad de lo dispuesto en el artículo 5 del COOTAD, las actuaciones del Concejo Municipal, son responsabilidad de dicho cuerpo colegiado, en virtud de la autonomía reconocida en la indicada disposición legal, por lo que no me corresponde pronunciarme sobre la validez de los actos del Concejo Municipal de Sigchos.

6. Al absolver la tercera consulta expresé que, conforme al artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia, las autoridades electorales proclaman electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos, y como suplente de cada candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales.

Manifesté que, de acuerdo con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la indicada Ley Orgánica, en caso de ausencia o imposibilidad de asistir los respectivos alternos de los concejales, entre otros dignatarios que ahí se especifican, la secretaría del órgano respectivo convocará a aquellos candidatos principales que sigan en la lista en el orden de votación, y en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado todos los posibles alternos de la misma fuerza política, tendrá derecho a ejercer esa representación el siguiente candidato más votado.

Hice referencia asimismo al artículo 318 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, según el cual, corresponde al ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados convocar a sesiones ordinarias con al menos cuarenta y ocho horas de anticipación a la fecha prevista, acompañando el orden del día y los documentos que se traten.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas dispone en caso de ausencia del concejal alterno, se deberá convocar por secretaría al candidato principal que siga en la lista en el orden de votación; y en caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado los posibles alternos de la fuerza política respectiva, deberá ejercer dicha representación el siguiente candidato más votado, se concluye que es responsabilidad del Concejo sesionar sin que se haya convocado por Secretaría al concejal suplente del Vicealcalde para que actúe en dicha sesión.

Sin perjuicio de lo expuesto, de conformidad con el artículo 320 del referido COOTAD, los concejos municipales pueden reunirse para adoptar decisiones válidamente en cualquier clase de sesión, con la presencia de la mayoría absoluta, conformada por la mitad más uno de los miembros del órgano legislativo, salvo lo dispuesto en dicho Código Orgánico.

En este sentido me pronuncié en oficio No. 00521 de 18 de febrero de 2011, respecto al quórum para la adopción de decisiones en el Concejo Municipal de Portoviejo.

7. El artículo 253 de la Constitución de la República prescribe que cada cantón tendrá un concejo cantonal integrado por el alcalde y los concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá un vicealcalde.

El artículo 57 letra o) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece que corresponde al concejo municipal elegir de entre sus miembros al vicealcalde del gobierno autónomo descentralizado municipal.

El artículo 61 del referido COOTAD, expresa que el vicealcalde es la segunda autoridad del gobierno autónomo descentralizado municipal, elegido por el concejo municipal de entre sus miembros. Agrega que, su designación no implica la pérdida de la calidad de concejal; y que reemplazará al alcalde en caso de ausencia y en los casos expresamente previstos en la Ley.

Por su parte, el artículo 62 del mencionado Código Orgánico, determina que son atribuciones del vicealcalde: "a) Subrogar al alcalde o alcaldesa, en caso de ausencia temporal mayor a tres días y durante el tiempo que dure la misma. En caso de ausencia definitiva, el o la vicealcaldesa asumirá hasta terminar el período. La primera autoridad

reemplazante recibirá la remuneración correspondiente a la primera autoridad del ejecutivo".

Los incisos primero y segundo del artículo 317 del COOTAD, disponen lo siguiente:

"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".

El artículo 3 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, agregó a continuación de la Disposición Transitoria Quinta del referido Código de la Democracia, la Disposición Transitoria Séptima que regula la situación de los vicealcaldes elegidos antes de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en los siguientes términos:

"El período para el cual fueron nombrados los vicealcaldes, miembros de las comisiones legislativas cantonales y de las comisiones de las Juntas Parroquiales rurales determinados por la ley, culminará a los dos años de su elección. Al término de este período deberá realizarse una nueva elección de vicealcaldes, de los miembros de las comisiones legislativas municipales y de las Juntas Parroquiales Rurales, quienes terminarán su gestión a la finalización del período para el cual fueron elegidos en el proceso electoral del 14 de junio del 2009.

En el caso de las Juntas Parroquiales, los vicepresidentes o vicepresidentas, se entenderán elegidos por todo el período".

La letra o) del artículo 57 del COOTAD dispone que es atribución del Concejo Municipal, elegir de entre sus miembros al Vicecalde del gobierno autónomo descentralizado municipal.

El artículo 319 del COOTAD, dispone que los órganos legislativos de los GADs, y entre ellos los concejos municipales, "se podrán reunir de manera extraordinaria por convocatoria del ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado o a petición de al menos

una tercera parte de sus miembros. La sesión extraordinaria será convocada con al menos veinte y cuatro horas de anticipación y en ella se tratarán únicamente los puntos que consten de manera expresa en la convocatoria.". Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el Vicealcalde está actuando como Alcalde, de conformidad con el Art. 62 letra a) del COOTAD, como tal le corresponde efectuar la respectiva convocatoria al Concejo, para la elección del Vicealcalde.

8. El artículo 253 de la Constitución de la República, 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 u vicealcalde. Agrega que: "La alcaldesa o alcalde será su máxima autoridad administrativa".

El artículo 59 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, establece que el alcalde "es la primera autoridad del ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado municipal".

De conformidad con el artículo 60 del mencionado Código Orgánico, corresponde al alcalde: "a) Ejercer la representación legal del gobierno autónomo descentralizado municipal; y la representación judicial conjuntamente con el procurador síndico; b) Ejercer de manera exclusiva la facultad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado municipal; ...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 inciso primero del artículo 359 del COOTAD, prescribe que el procurador síndico, el tesorero, los asesores y los directores de los gobiernos regional, provincial, metropolitano y municipal, son funcionarios de libre nombramiento y remoción designados por la máxima autoridad ejecutiva del respectivo nivel de gobierno; agrega que, estos funcionarios serán designados previa comprobación o demostración de sus capacidades en las áreas en que vayan a asesorar o a dirigir". En su inciso segundo dispone que, la representación judicial del respectivo gobierno autónomo descentralizado la ejercerá el procurador síndico conjuntamente con el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado. De lo expuesto se desprende que, el Alcalde es la máxima autoridad administrativa del concejo cantonal, que ejerce la representación legal y de manera exclusiva, la facultad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado; en tanto que la representación judicial la ejerce el alcalde conjuntamente con el procurador síndico municipal, además del asesoramiento legal que le corresponda a este último por sus funciones.

Concordante con lo expuesto, cabe tener presente que el artículo 364 del COOTAD expresa que los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados podrán dictar o

ejecutar, para el cumplimiento de su fines, actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos; entendiéndose por acto administrativos "toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa".

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y descentralización, no contiene normativa que obligue al concejo y al ejecutivo municipal a aplicar de manera obligatoria el criterio del Procurador Síndico Municipal. Por lo expuesto, teniendo en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 359 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde al procurador síndico municipal, entre otras funciones, el asesoramiento del gobierno autónomo descentralizado municipal; y, conforme a su artículo 364, los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados están facultados para dictar o ejecutar actos en ejercicio de su función administrativa, se concluye que no es de obligatorio cumplimiento para la Cámara Edilicia y el Ejecutivo Municipal el criterio del Procurador Síndico.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no contiene disposiciones relativas a las responsabilidades del Concejo o del Ejecutivo municipal, cuando actúen en contra del informe del Procurador Síndico Municipal; no obstante lo cual, cabe considerar al respecto, lo que señala el tratadista Roberto Dromi en su obra "Derecho Administrativo", 10ª edición actualizada, (pág. 468), en los siguientes términos: "En materia de dictámenes, la responsabilidad recae en el órgano activo que emite la resolución final; como regla común el órgano consultivo carece de responsabilidad, excepto el caso en que la opinión técnico-jurídica fuere expresada con mala fe, desviación del poder, o de otra manera antijurídica e ilícita. El dictamen difiere también de la aprobación por ser emisión de juicio con alcance de control previo, que a veces incide en la validez y la perfección del acto, pero nunca le otorga eficacia". Sin perjuicio de lo expuesto, el Concejo, el Ejecutivo Municipal y el Procurador Síndico serán responsables de sus actos, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 233 de la Constitución de la República que expresa: "Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos".

9, 10 y 11. La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, en su artículo 237 numeral 3, determina como función del Procurador General del Estado, la absolución de 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.

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

Las consultas novena, décima y onceava formuladas por usted no están referidas a la inteligencia de normas jurídicas, sino a eventuales situaciones que pudieran ocurrir en el seno del Concejo Municipal; motivo por el cual, me abstengo de atender las consultas planteadas.

**OF. PGE. N°:** 05552, de 21-12-2011

## **CONCEJALES: DIETAS, VIÁTICOS Y HORARIO DE TRABAJO**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN TAISHA

### **CONSULTAS:**

1. ¿Debe el Gobierno Municipal del cantón Taisha pagar remuneración a los señores Concejales, a partir de la publicación de la Ley Orgánica del Servicio Público?”.
3. “¿Los Concejales del Gobierno Municipal del cantón Taisha deben percibir remuneración por la asistencia a sesiones extraordinarias?”.
2. “Al momento de cumplir comisión de servicios institucionales los señores Concejales del Gobierno Municipal del cantón Taisha ¿Deben percibir dietas o remuneración?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229.

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

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

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 108.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

1 y 3. El informe jurídico de la Procuradora Síndica Municipal, contenido en oficio No. 98-DJ-GMCT-2010 de 8 de noviembre de 2010, que ha sido remitido en atención a nuestro pedido, invoca entre otras normas, las disposiciones de los artículos 3, 4 y 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que determinan el ámbito de aplicación de esa Ley en el que se incluye a las entidades que integran el régimen seccional autónomo descentralizado; define como servidor público a toda persona que en cualquier forma o a cualquier título

trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público; y, establece la remuneración mensual unificada. Sobre dicha base, el informe jurídico concluye lo siguiente, respecto de la primera y tercera consulta, en su orden:

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

“3.-...si bien los señores concejales no cumplen un horario establecido, pero deben asistir a todos los actos programados o que se desarrollen dentro del marco de las competencias del Gobierno Municipal, como de sus atribuciones según lo establecido en el art. 58 (sic) del COOTAD. Por lo que considero que no es procedente el pago de dietas por la asistencia a sesiones extraordinarias a los señores concejales”.

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

#### 1.- Remuneraciones

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

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

“Art. 358.- Remuneración y Dietas.- Los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales son autoridades de elección popular que se regirán por la ley y sus propias normativas, percibirán la remuneración mensual que se fije en acto normativo o resolución, según corresponda al nivel de gobierno. En ningún caso la remuneración mensual será superior al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración del ejecutivo del respectivo nivel de gobierno, y se deberá considerar irrestrictamente la disponibilidad de recursos”.

El artículo 166 *ibidem*, prevé que: “Toda norma que expida un gobierno autónomo descentralizado que genere una obligación financiada con recursos públicos establecerá la

fuerza de "fuente de financiamiento correspondiente" y el artículo 254 del mismo Código Orgánico, prohíbe efectuar cualquier egreso de recursos públicos, sino es con cargo al presupuesto del ejercicio vigente.

En concordancia, el artículo 257 del Código Orgánico en análisis, establece que no podrán efectuarse traspasos de créditos del presupuesto de los organismos de los gobiernos autónomos descentralizados: "2. Para creación de nuevos cargos o aumentos de las asignaciones para sueldos constantes en el presupuesto, salvo en los casos previstos para atender inversiones originadas en nuevas competencias, adquisición de maquinarias para la ejecución de la obra pública u otras similares".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anteriormente mencionado permite concluir que, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales fijar

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

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

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

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

## 2.- Horario de Trabajo.-

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

De conformidad con el artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público, las jornadas de trabajo para las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas señaladas en el

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, en cuanto se refiere a la determinación de la jornada de trabajo de los concejales, tratándose de un tema que no ha sido regulado en forma expresa por el COOTAD, en aplicación del artículo 22 letra c) de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, que establece como deber de los servidores públicos, cumplir la jornada de trabajo legalmente establecida, se concluye que, al tenor del inciso final del artículo 25 de la LOSEP y de la letra d), del artículo 57 del COOTAD, es responsabilidad del Concejo

Municipal fijar el horario de trabajo de sus miembros, considerando la carga de trabajo que les corresponda atender en relación con sus funciones, sin que para el efecto requiera autorización del Ministerio de Relaciones Laborales, según la excepción establecida por el segundo inciso de la letra a) del artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

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

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

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

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

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

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

Los artículos 34 y 370 de la Constitución de la República, establecen el derecho irrenunciable a la seguridad social de todas las personas, y el deber y responsabilidad del Estado a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de efectuar la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados. Por su parte, la letra c) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, incluye entre los derechos de los servidores públicos: “c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley”, lo que guarda armonía con el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social, que dispone que todas las personas que perciben ingresos por la prestación de un servicio, son sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados.

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

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

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

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

En consecuencia, con respecto a su primera consulta, se concluye que como servidores públicos, los concejales tienen derecho a percibir además de su remuneración, los décimo tercero y cuarto sueldos, así como la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En cuanto al pago de los fondos de reserva se deberá tomar en cuenta que de conformidad con el artículo 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público, su pago procede a partir del segundo año del ejercicio de funciones.

En ningún caso los Concejales, en su calidad de dignatarios de elección popular, tienen derecho al pago de horas suplementarias o extraordinarias previstas en el artículo 114 de

la Ley Orgánica del Servicio Público, atenta la prohibición expresa que al efecto establece la Disposición General Segunda de esa Ley, que establece que los dignatarios, autoridades y funcionarios que conforman el nivel jerárquico superior, no percibirán el pago de horas suplementarias y extraordinarias.

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

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

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

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

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

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

“Los alcaldes o alcaldesas o sus delegados, no percibirán dietas, viáticos o subsistencias por su participación en las sesiones del consejo provincial, por parte de éste organismo. El

gobierno municipal respectivo pagará viáticos por las sesiones en los que el ejecutivo o su delegado les represente en el consejo provincial. En caso que le corresponda representar a este nivel de gobierno en su condición de consejero provincial recibirá los viáticos o subsistencias del gobierno provincial”.

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

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

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

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

Este Organismo ya se ha pronunciado en el sentido de que: “hasta que el Ministerio de Relaciones Laborales expida la reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias, conforme al citado artículo 123 de la Ley Orgánica del Servicio Público, continúa siendo aplicable el “Reglamento para el Pago de Viáticos, Movilizaciones, Subsistencias y Alimentación para el cumplimiento de Licencia de Servicios Institucionales”, publicado en el Registro Oficial No. 575 de 22 de abril del 2009; y, el “Reglamento para el Pago de Viáticos en el Exterior para Dignatarios, Autoridades,

Funcionarios y Servidores del Sector Público”, publicado en el Registro Oficial No. 2 de 12 de agosto de 2009”, que establece los casos en que procede el pago de viáticos, movilización, subsistencias y alimentación, a favor de los servidores públicos, en cumplimiento de licencia de servicios institucionales.

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

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

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

**OF. PGE. N°: 01548, de 27-04-2011**

### **CONCEJALES: LICENCIA, JORNADA DE TRABAJO Y SUBROGACIÓN**

**ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN MONTÚFAR**

## CONSULTAS:

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

## BASES LEGALES:

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

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

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 108.

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

## PRONUNCIAMIENTOS:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En atención a los términos de su consulta se concluye que procede el pago por subrogación al Vicealcalde que reemplace al Alcalde, cuando la ausencia temporal de ejecutivo del gobierno autónomo municipal se produzca por más de tres días continuos en el mismo mes, de conformidad con la letra a) del artículo 62 del COOTAD. Pero, si bien la

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

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

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

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

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

Al efecto, se considera que los concejales como dignatarios de elección popular, son servidores públicos de conformidad con el artículo 229 de la Constitución de la República, el artículo 4 de la LOSEP y su Disposición General Décima Octava, pero están excluidos de la carrera del servicio público, de conformidad con la letra c) del artículo 83 de la citada

Ley Orgánica del Servicio Público. Conforme prevé el inciso final del citado artículo 83 de la LOSEP, los Capítulos 2 y 3 del Título II de esa Ley, que regulan inhabilidades y prohibiciones aplicables a los servidores públicos, son de observancia obligatoria en todo el sector público, de lo que se desprende que las restantes normas de la LOSEP se aplicarán a los servidores excluidos de la carrera del servicio público, como es el caso de los dignatarios de elección popular, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de la función que desempeñan y demás normativa que regula sus labores.

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

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

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

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

En atención a los términos de su consulta se concluye que los Concejales que se acojan a licencias con remuneración, reguladas por los artículos 27 y 29 de la LOSEP y el Capítulo III de su Reglamento General, en armonía con la letra s) del artículo 57 del COOTAD, podrán recibir la remuneración que les corresponda de conformidad con el artículo 358 del COOTAD, sin perjuicio de los derechos del respectivo suplente, a quien se deberá cancelar el valor proporcional al tiempo que dure el reemplazo, pues el artículo 110 de la LOSEP prohíbe fraccionar la remuneración entre dos personas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, en cuanto se refiere a la determinación de la jornada de trabajo de los concejales, tratándose de un tema que no ha sido regulado en forma expresa por el COOTAD, en aplicación del artículo 22 letra c) de la Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP, que establece como deber de los servidores públicos, cumplir la jornada de trabajo legalmente establecida, se concluye que, al tenor del inciso final del artículo 25 de la LOSEP y de la letra d) del artículo 57 del COOTAD, es responsabilidad del Concejo Municipal fijar el horario de trabajo de sus miembros, considerando la carga de trabajo que les corresponda atender en relación con sus funciones, sin que para el efecto requiera autorización del Ministerio de Relaciones Laborales, según la excepción establecida por el segundo inciso de la letra a) del artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. Sin embargo, el horario de trabajo de los Concejales que establezca el Concejo Municipal, deberá guardar proporcionalidad con la remuneración que se les fije, dentro de los pisos y techos remunerativos determinados por el Ministerio de Relaciones Laborales, observando los límites del artículo 358 del COOTAD.

**OF. PGE. N°:** 01485, de 21-04-2011

### **CONCEJALES: LIQUIDACIÓN DE HABERES, VACACIONES NO GOZADAS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Salinas

#### **CONSULTA:**

“¿Es procedente cancelar liquidación de haberes y dentro de ella pagar vacaciones no gozadas a los concejales del Cantón Salinas, que fueron reelectos y que actualmente se encuentran en funciones, precisamente por esa reelección?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225 núm. 2 y 229.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 4, 11, 17 lit. b), 23, 29, 47, 83 lit. c); Disposición General Décima Octava; y, 3, 4, 23, 28, 29, 31, 105 y 111 de su Reglamento General.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), Arts. 56, 354, 355, Disposición Transitoria Vigésima Quinta.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Al oficio de su consulta inicial se adjuntó el memorando No. DASJU-GADMS-0356-2014 de 31 de octubre de 2014, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Entidad Edilicia a su cargo, en el cual, dentro del análisis efectuado se citan el numeral 2 del artículo 225 y 229 de la Constitución; los artículos 3, 4, 23, y 29 de la Ley Orgánica de Servicio Público y los artículos 28, 29 y 31 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y manifiesta en su parte correspondiente al análisis del caso y conclusión que:

“(…) La problemática que nos ocupa está en el hecho que los señores Concejales son Servidores Públicos, regidos por la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP).

En este contexto tienen derecho al uso de sus vacaciones en el tiempo y bajo los requerimientos de la Ley, y, para proceder al pago de las mismas tendrían que cumplir ciertos requisitos como son: El hecho de que la máxima autoridad de la Institución haya suspendido o diferido las mismas, y que aquello conste por escrito.

Otro requisito es que para el pago es necesario que el servidor público haya cesado en sus funciones y que esta cesación sea de forma definitiva, esto es, que deje de desempeñar las funciones para la cual ha sido designado, pero si es que han sido reelegidos para un nuevo periodo no opera dicha condición, esto consta en dos pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, realizados en los años 2008 y 2010, los cuales anexo.-

(…) Con los antecedentes expuestos este Departamento es del siguiente criterio.

- 1.- Los señores Concejales tienen la calidad de Servidores Públicos regidos en cuanto a derechos y obligaciones por el COOTAD y la LOSEP con las excepciones determinadas en la Ley.
- 2.- Al tener esa calidad los señores Concejales tienen derecho al goce de vacaciones una vez que cumplan con los requisitos de ley.
- 3.- Para que proceda el pago de las vacaciones a los señores Concejales, es necesario que cesen definitivamente en sus funciones y que las vacaciones hayan sido suspendidas o diferidas por la máxima autoridad.

4.- En el caso de los señores Concejales reelectos, no procedería el pago de sus vacaciones, por cuanto no han cesado en funciones, debiendo hacer uso de ellas, ya que podría prescribir ese derecho y perderían las mismas”.

En oficio No. 19842 de 3 de diciembre de 2014, este Organismo le solicito reformular los términos de su consulta con relación a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Procurador Síndico de la Entidad Edilicia a su cargo en relación al objeto de la consulta reformulada; solicitud que fue atendida por usted mediante oficio No. 674-GADMS/A-2014 de 17 de diciembre de 2014, recibido en esta Procuraduría el 20 de diciembre del mismo año, en el cual reformuló su consulta inicial en los siguientes términos:

“¿ES PROCEDENTE APLICAR LO QUE DISPONE EL ART. 29 DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO, EN CUANTO AL PAGO DE VACACIONES NO GOZADAS A LOS CONCEJALES DEL CANTÓN SALINAS QUE FUERON REELECTOS Y QUE ACTUALMENTE SE ENCUENTRAN EN FUNCIONES, PRECISAMENTE POR ESA REELECCIÓN?”.

A fin de contar con mayores elementos de juicio, en forma previa a atender su consulta, este Organismo mediante oficio No. 19843 de 3 de diciembre de 2014, solicitó al Ministerio del Trabajo el criterio institucional correspondiente sobre el tema de su consulta.

El requerimiento mencionado en el párrafo precedente fue atendido por el Ministro del Trabajo con oficio No. MDT-AJ-2014-7331 de 19 de diciembre de 2014, recibido en este Organismo el 22 de diciembre del mismo año, quien manifiesta en su parte pertinente que:

“(…) el artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), establece que sus disposiciones son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la Administración pública, y que por efecto del numeral 2 de este artículo incluye a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, como es el caso de los Municipios. El artículo 4 de esta Ley determina que 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, serán consideradas servidoras o servidores públicos. La disposición General Décima Octava el mismo cuerpo legal señala: *‘Dignataria/o.- Es la persona elegida por votación popular, por un período fijo para ejercer las funciones y atribuciones establecidas en la Constitución y la Ley’.*

(…)

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), en el artículo 56 define al Concejo Municipal como un órgano de legislación y fiscalización del Gobierno autónomo descentralizado municipal, que estará integrado por el Alcalde o Alcaldesa, por los Concejales o Concejalas elegidos por votación popular de conformidad

con lo previsto en la Ley de la materia electoral. El artículo 354 determina que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado, se registrarán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa; en tanto que, el artículo 355 señala que la función del Concejal o Concejala es obligatoria y que sus deberes y atribuciones son señaladas expresamente en la Constitución y en este Código.

La Vigésima Quinta Disposición Transitoria de este Código, dispone que por disposición constitucional y con el fin de que las elecciones nacionales y locales no sean concurrentes, los siguientes dos períodos de los prefectos o prefectas; viceprefectos o viceprefectas, alcaldes o alcaldesas metropolitanas y municipales; así como los y las vocales de las juntas parroquiales rurales; por ésta y la próxima ocasión, concluirán sus periodos el día 14 de mayo de 2014 y el día 14 de mayo de 2019.

En razón de lo expuesto, debido a que las y los Concejales son servidores públicos y que se rigen por el marco general de la Ley que regula el servicio público, tienen derecho irrenunciable a la liquidación de sus haberes por la cesación de sus funciones por haber fenecido el tiempo por el cual fueron electos, en esta liquidación se deben contemplar las vacaciones no gozadas descontándose los permisos por horas, fracciones de horas o días, a la parte proporcional de sus vacaciones. El pago de las vacaciones no gozadas se efectuará siempre y cuando no se hayan acumulado por más de sesenta días”.

La Constitución de la República del Ecuador, prescribe en su artículo 229 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”.

El artículo 29 de la Ley Orgánica de Servicio Público, respecto al derecho a vacaciones de los servidores públicos establece:

“Art. 29.- Vacaciones y permisos.- Toda servidora o servidor público tendrá derecho a disfrutar de treinta días de vacaciones anuales pagadas después de once meses de servicio continuo. Este derecho no podrá ser compensado en dinero, salvo en el caso de cesación de funciones en que se liquidarán las vacaciones no gozadas de acuerdo al valor percibido o que debió percibir por su última vacación. Las vacaciones podrán ser acumuladas hasta por sesenta días”.

Por su parte, el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público al regular lo concerniente a la liquidación de vacaciones no gozadas de acuerdo a lo prescrito en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Servicio Público manda:

“Art. 31.- Liquidación de vacaciones por cesación de funciones.- Únicamente quienes cesaren en funciones sin haber hecho uso, parcial o total de sus vacaciones, tendrán derecho a la liquidación correspondiente se pague en dinero el tiempo de las vacaciones no gozadas, calculado el mismo en base a la última remuneración mensual unificada percibida, con una acumulación máxima de hasta 60 días. Cuando el servidor que cesa en funciones, no hubiere cumplido once meses de servicio, percibirá por tal concepto la parte proporcional al tiempo efectivamente laborado, considerándose al efecto también los casos de cambios de puestos, salvo el caso de encargo o subrogación.

La UATH remitirá la información que respalde la liquidación de haberes, a la unidad financiera, siendo responsable del cabal cumplimiento de esta disposición”.

En oficio No. 01855 de 18 de mayo de 2011, al atender la consulta formulada por el Alcalde del Cantón Pedro Vicente Maldonado, en relación a los derechos de los concejales en su calidad de servidores públicos, manifesté en su parte correspondiente que:

“Al efecto, se debe considerar que los concejales como dignatarios de elección popular, son servidores públicos de conformidad con el artículo 229 de la Constitución de la República, el artículo 4 de la LOSEP y su Disposición General Décima Octava, pero están excluidos de la carrera del servicio público, de conformidad con la letra c) del artículo 83 de la citada Ley Orgánica del Servicio Público.

(...)

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

(...)

El artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, incluye entre los derechos de los servidores públicos el siguiente: ‘g) *Gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley*’.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, de conformidad con la letra g) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se concluye que los concejales, en su calidad de servidores públicos, tienen derecho a gozar de vacaciones”.

Posteriormente, mediante oficio No. 06522 de 17 de febrero de 2012, ante la consulta realizada por el Alcalde del Cantón San Pedro de Pelileo, analicé el marco jurídico referido a las vacaciones de los servidores públicos en general, y manifesté en su parte correspondiente que:

“(…) ‘tanto el ejercicio efectivo del derecho a vacaciones como su compensación en dinero en el evento de cesación del servidor público, por cualquiera de los casos previstos en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, proceden hasta por sesenta días’.

En cualquiera de los casos, procede la compensación en dinero por concepto de vacaciones no gozadas únicamente cuando se produce la cesación definitiva del servidor y no ha hecho uso al derecho de vacaciones, previamente establecidas en el calendario que al efecto haya elaborado la respectiva Unidad de Recursos Humanos y se deba a necesidades del servicio que hayan sido suspendidas por la máxima autoridad o su delegado”.

Con base en las normas jurídicas citadas, así como las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes sobre el marco jurídico referente a las vacaciones de los servidores públicos, al atender su consulta me referiré en forma particular a la liquidación de vacaciones no gozadas de los servidores públicos en ejercicio de un cargo, función o dignidad por periodo fijo y que cesaren en sus funciones.

En lo referente a la cesación de funciones el artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, establece de forma general los casos en los que procede la cesación definitiva de funciones de los servidores públicos, en el siguiente sentido:

“Art. 47.- Casos de cesación definitiva.- La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos:

- a) Por renuncia voluntaria formalmente presentada;
- b) Por incapacidad absoluta o permanente declarada judicialmente;
- c) Por supresión del puesto;
- d) Por pérdida de los derechos de ciudadanía declarada mediante sentencia ejecutoriada;
- e) Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo, en caso de cesación del nombramiento provisional y por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto. La remoción no constituye sanción;
- f) Por destitución;
- g) Por revocatoria del mandato;
- h) Por ingresar al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición;
- i) Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización;
- j) Por acogerse al retiro por jubilación;
- k) Por compra de renunciaciones con indemnización;
- l) Por muerte; y,

m) En los demás casos previstos en esta ley”.

Para el caso materia del presente análisis, es aplicable la letra e) del artículo citado en el párrafo precedente, específicamente en los casos de cesación definitiva de funciones, tratándose de los servidores de periodo fijo.

Al respecto el Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público en su artículo 105, realiza una distinción detallada de los casos de cesación de funciones y establece que:

“Art. 105.- Cesación de funciones por remoción.- La remoción de las o los servidores a los que se refiere el artículo 47 literal e) de la LOSEP, no implica destitución, ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza.

De conformidad con el artículo 11 de la LOSEP, la autoridad nominadora una vez recibida la solicitud del Contralor General del Estado o del Ministerio de Relaciones Laborales o a pedido de la ciudadanía a través de estas instituciones, mediante acto motivado solicitará a la o el servidor se pronuncie sobre los hechos u omisiones que se le imputan en el término de dos días, y presente las pruebas de descargo que considere le asisten. Vencido este término, si la o el servidor no desvirtúa las presuntas causas de su impedimento será removido previo el sumario administrativo respectivo.

La o el servidor que hubiere sido designado para ejercer un puesto por período fijo, cesará en sus funciones en los siguientes casos:

a.- De manera inmediata el día en que concluya el período para el cual fue designado, sin que se requiera para tal efecto, la formalización de acto administrativo alguno.

b. Por decisión debidamente fundamentada del consejo de la entidad o del órgano que haga sus veces, la remoción no implica sanción.

En el caso de los nombramientos provisionales, determinados en el artículo 17 literal b) de la LOSEP, las o los servidores cesarán en sus funciones una vez que concluya el período de temporalidad para los cuales fueron nombrados; tratándose de período de prueba terminará en caso de que no hubiere superado la evaluación respectiva”.

Del análisis de la norma citada en el párrafo precedente, se infiere que en los casos determinados en la letra a) del artículo 105 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, al llegar el día en el que se concluye el período para el cual fue designado el servidor se produce la cesación inmediata de las funciones, sin que se requiera su formalización mediante la expedición de acto administrativo alguno.

Por su parte, el artículo 111 del citado Reglamento respecto a la liquidación y pago de haberes prescribe:

"Art. 111.- Liquidación y pago de haberes.- La liquidación y pago de haberes a que hubiere lugar a favor de la o el servidor, se realizará dentro del término de quince días posteriores a la cesación de funciones, y una vez que la servidora o servidor haya realizado la respectiva acta entrega-recepción de bienes, conforme lo determina el artículo 110 de este Reglamento General. El pago será de responsabilidad de la Unidad Financiera Institucional. En la liquidación de haberes se considerará la parte proporcional de los ingresos complementarios a que tuviere derecho, a más de lo previsto en el artículo 31 de este Reglamento General".

De lo hasta aquí expuesto se evidencia que de acuerdo a las normas legales precedentes, en los casos de cesación de funciones de servidores públicos que hayan ejercido un cargo, función o dignidad por periodo fijo, al momento en que se concluya el periodo para el cual fueron designados tienen derecho a que se les liquide las vacaciones no gozadas hasta por sesenta días y su correspondiente liquidación y pago de haberes deberá realizarse dentro del término de quince días posteriores a la cesación de sus funciones.

En el caso de que un servidor público sea designado para ejercer la misma dignidad por otro periodo de tiempo, éste debe ser considerado como uno nuevo, distinto al anterior.

**OF. PGE. N°:** 0001 de 19-01-2015

## **CONCEJALES: NEPOTISMO POR AFINIDAD CON SECRETARIA DEL MUNICIPIO**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN MIRA

### **CONSULTAS:**

"¿La Secretaria del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Mira, con la relación de parentesco por afinidad establecida con posterioridad a su nombramiento con el hermano de uno de los señores Concejales, configura Nepotismo?"

"¿Es pertinente que la señorita Secretaria continúe prestando sus servicios en calidad de Secretaria General del Concejo Municipal del cantón Mira, en las condiciones que lo viene haciendo hasta la presente fecha?"

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 254 núm. 2.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 6, 7, 48 lit. i) y Disposición General Tercera; y, 6 de su Regl. Gral.

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

Código Civil, Art. 23.

## PRONUNCIAMIENTO:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En nuestra legislación, el parentesco por afinidad establecido en el Art. 23 del Código Civil, según se manifestó en los párrafos anteriores, surge exclusivamente del vínculo

matrimonial, o bien, entre uno de los padres de un hijo y los consanguíneos del otro progenitor, por lo que en el caso de uno de los progenitores de un hijo, existe parentesco por afinidad con respecto de los consanguíneos del otro.

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

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

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

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

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

El inciso tercero del Art. 7 de la LOSEP, establece que el responsable de la Unidad de Administración del Talento Humano, así como el servidor encargado que a sabiendas de la existencia de alguna causal de nepotismo, hubiere permitido el registro del nombramiento o contrato, será responsable solidariamente del pago indebido señalado en este artículo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los antecedentes señalados en el oficio de consulta, y de las normas hasta aquí analizadas, se desprende que si al momento de la designación de un servidor público, no existía el parentesco por afinidad entre aquél y la autoridad nominadora, sino que la afinidad sobrevino después de la designación, nombramiento o contrato del referido servidor, por el nacimiento de un hijo, procreado con el hermano de la autoridad nominadora; y, en consecuencia, el parentesco por afinidad fue superviniente a la designación del servidor, por tal razón no se incurre en la prohibición de nepotismo ya que de conformidad con el artículo 6 de la LOSEP, dicha prohibición se configura en el momento en que se produce el acto administrativo de designación o nombramiento de los parientes de la autoridad nominadora o de los parientes de los miembros del concejo municipal en los grados previstos en el mismo artículo de la LOSEP.

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

**OF. PGE. N°:** 07560, de 27-04-2012

### **CONCEJALES: 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. I.

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

### **CONCEJALES: REEMPLAZO, REMUNERACIONES, PAGO DE APORTES AL IESS Y LICENCIAS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN PAQUISHA

#### **CONSULTAS:**

"¿Es legal que un concejal principal, encargue o solicite se convoque a su suplente por cualquier motivo en cualquier tiempo, para que lo reemplace en sus funciones?"

"¿Cuál sería la forma o modalidad para pagar a los concejales suplentes que se hayan principalizado para reemplazar temporalmente al concejal titular, tomando en consideración que en la actualidad los concejales perciben remuneración por el desempeño de sus funciones?"

"¿Se puede afectar la remuneración de los concejales titulares para el pago de los concejales 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?"

"¿En caso de ser legal el pago a los concejales suplentes, se debe cancelar los partes (sic) al IESS por los días actuados?"

#### **BASES LEGALES:**

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 26, 27, 28, 50, 108, 109 y 110; y, 40 de su Reglamento General.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 57 lit. s) y 358.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Arts. 99 y 165.

Ley de Seguridad Social, Arts. 2 y 11.

Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control del IESS, Art. 14.

Instructivo para la Aplicación del Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo, Arts. 11 y 12.

## PRONUNCIAMIENTOS:

1. El Procurador Síndico Municipal en su informe y respecto a esta consulta, expresa que: "Es procedente y legal que se principalice o convoque al concejal suplente cuando su principal no pueda hacerlo por causas plena y debidamente justificadas, con el fin de evitar que estos encargos se constituya en costumbre o permanentes".

El Ministerio de Relaciones Laborales en el oficio No. MRL-AJ-2011 0004303 de 15 de marzo de 2011, se ha referido a la procedencia de que el Concejo conceda licencias a sus miembros, en los siguientes términos:

"En lo relacionado a las licencias de los Concejales Municipales el Código Orgánico en el artículo 57 literal s) establece como atribución del Concejo Municipal la facultad de conceder licencias a sus miembros, que acumuladas, no sobrepasen sesenta días, adicionando que en el caso de enfermedades catastróficas o calamidad doméstica debidamente justificada, podrá prorrogarse este plazo".

En el mismo oficio el Ministerio cita además los artículos 26, 27 y 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que regulan el régimen de licencias y permisos, con o sin remuneración, según el caso y expone: "El artículo 27 regula las licencias con remuneración como derecho de los servidores públicos para diferentes fines, y dependiendo de cada una de ellas los días de concesión; en tanto que en el artículo 28 se norma a las licencias sin remuneración y para otros fines, como facultativa de la autoridad nominadora".

Agrega el Ministerio de Relaciones Laborales que: "En el caso de los Concejales de los Municipios, el Código Orgánico se ha referido de manera general a la concesión de licencias a sus miembros hasta sesenta días, sin diferenciar si ellas pueden ser con o sin remuneración y precisando únicamente enfermedad catastrófica y calamidad doméstica como extensivas, por lo que se deberá para su concesión, dependiendo del caso, guardar armonía con lo que señala la Ley Orgánica del Servicio Público y el Código Orgánico".

El Art. 57 letra s) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que corresponde al concejo municipal: "Conceder licencias a sus miembros, que acumulados, no sobrepasen sesenta días. En el caso de enfermedades catastróficas o calamidad doméstica debidamente justificada, podrá prorrogar este plazo".

Como se puede observar de la norma de la letra s) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no distingue entre licencia con remuneración o sin remuneración, por lo que el otorgamiento de tales licencias, debe guardar armonía con las previsiones del Capítulo 2 del Título III, artículo 26 y siguientes de la Ley Orgánica del Servicio Público, que regula los casos en que proceden bien sea la licencia remunerada o sin remuneración, observando los límites establecidos en la citada norma del COOTAD.

En el caso de los concejales, la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado, con respecto a tales dignatarios, es el Concejo Municipal. De ahí que es a este organismo al que según la letra s) del Art. 57 del COOTAD, le corresponde la atribución de conceder licencias a los concejales, caso en el que también se produce la ausencia temporal de los concejales.

El Capítulo 2 del Título III de la Ley Orgánica del Servicio Público, y el Capítulo III del Título II de su Reglamento General, bajo el título de "Licencias, Comisiones de Servicio y Permisos", establecen las diferentes clases de licencias, con o sin remuneración, a las que tienen derecho los servidores públicos.

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

El Art. 99 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, dispone que las candidaturas pluripersonales se presentarán en listas completas con candidatos principales y suplentes; el Art. 165 *ibidem*, prevé que las autoridades electorales proclamarán electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos y como suplentes de cada candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales.

De las normas citadas se desprende que cada concejal principal tiene su respectivo suplente, los mismos que se proclaman electos de manera conjunta, y por lo tanto, le corresponde al suplente asumir la titularidad de la dignidad de concejal durante la ausencia del titular.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el Art. 57 letra s) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, confiere atribuciones al concejo municipal para conceder licencias a su miembros, cuyo régimen de licencias con y sin remuneración se encuentran previstas en los artículos 27 y 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se concluye que no es procedente que el Concejal principal encargue o solicite se convoque a su suplente por cualquier motivo en cualquier tiempo para que lo reemplace en sus funciones, sino cuando la ausencia del concejal se derive de una licencia con remuneración, en los casos determinados en las letras a) a la j) del artículo 27 de la Ley Orgánica del Servicio Público, o de licencia sin remuneración, según las previsiones de las letras a) a la e) del artículo 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público; y en cualquier caso, con autorización del Concejo Municipal, organismo competente para conceder licencia a los concejales, conforme la letra s) del artículo 57 del COOTAD.

En similares términos ha concluido la Procuraduría General del Estado en los oficios Nos. 01485 y 01638 de 21 de abril y 4 de mayo de 2011, en cuanto al régimen de licencias aplicable a los Concejales.

2. Con respecto a esta consulta, el Procurador Síndico Municipal considera que: "El pago al concejal suplente debe hacerse por día laborado, es decir obteniendo la parte proporcional de la remuneración total del concejal principal, en forma de honorario o subrogación".

El Art. 99 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, con respecto a las candidaturas unipersonales dispone que éstas se presentarán en listas completas con candidatos principales y suplentes.

El Art. 165 de la citada Ley Orgánica Electoral, 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 candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscrito como tales.

Si bien cada concejal principal tiene su respectivo suplente, que se proclama electo de manera conjunta, según dispone el Art. 165 de la Ley Orgánica Electoral, corresponde al suplente asumir la titularidad de la dignidad de concejal, únicamente en caso de ausencia del titular. En consecuencia, el concejal alterno no presta servicios en forma permanente, sino únicamente en forma temporal, en reemplazo del Concejal principal.

Esta Procuraduría se ha pronunciado con respecto de la remuneración de los concejales en el sentido de que, de conformidad con el Art. 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales, fijar las escalas remunerativas del sector público y que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 de la referida Ley Orgánica, tiene competencias para: "a) Ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público...d) Realizar estudios técnicos relacionados a las remuneraciones e ingresos complementarios del sector público. Al efecto, establecerá los consejos consultivos que fueren necesarios con las diversas instituciones del sector público para la fijación de las escalas remunerativas"; por lo que, el órgano Legislativo de esa Municipalidad podrá expedir la Ordenanza que determine la remuneración de los concejales municipales, en la forma que prescribe el Art. 358 del COOTAD, una vez que el Ministerio de Relaciones Laborales hubiere determinado los techos y pisos de las remuneraciones del ejecutivo y los concejales de cada Municipio.

El artículo 108 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, dispone 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; y agrega que, el pago se hará en forma de honorarios en relación con el tiempo de labor, aplicando el gasto a la partida correspondiente.

Dicha disposición es concordante con el artículo 110 de la LOSEP, el cual dispone que las remuneraciones no serán fraccionables dentro de un mismo mes entre dos personas.

De las normas antes referidas se desprende que la Ordenanza que fije las remuneraciones de los concejales principales, deberá asimismo regular en ella, lo relacionado con los suplentes de los concejales y prever en su presupuesto municipal, los recursos necesarios para efectuar pagos por concepto de reemplazo efectuado por los Concejales suplentes de los concejales titulares.

En atención a los términos de su consulta se concluye que el Concejal suplente que se haya principalizado para reemplazar temporalmente al concejal titular, no tiene derecho a recibir la remuneración íntegra sino únicamente la parte proporcional que le corresponda por el tiempo que dure el reemplazo, la cual deberá ser cancelada mediante el pago de honorarios, de conformidad con los artículos 108 y 110 de la LOSEP antes referido.

3. El Procurador Síndico Municipal con respecto a esta pregunta se limita a expresar: "El Concejal que no haya laborado debe afectársele su remuneración, a fin de pagar a los concejales suplentes por el encargo realizado".

Al absolver la segunda consulta hice referencia al artículo 108 de la LOSEP, el cual determina que el pago de los servicios prestados por una persona que entrarte al servicio después del primer día hábil de dicho mes será proporcional al tiempo efectivamente trabajado, pago que se hará en forma de honorarios; y mencioné asimismo el artículo 110 de la referida Ley Orgánica, el cual dispone que las remuneraciones no serán fraccionables dentro de un mismo mes entre dos personas.

Con este antecedente concluí que el Concejal suplente que se haya principalizado para reemplazar temporalmente al concejal titular, no tiene derecho a recibir la remuneración íntegra sino únicamente la parte proporcional que le corresponda por el tiempo que dure el reemplazo, la cual deberá ser cancelada mediante el pago de honorarios, de conformidad con los artículos 108 y 110 de la LOSEP.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que conforme a los artículos 108 y 110 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el pago a una persona que entre al servicio público después del día hábil de dicho mes será proporcional al tiempo efectivamente laborado en forma de honorarios y que las remuneraciones entre dos personas no serán fraccionables dentro de un mismo mes, se concluye que la remuneración de los concejales titulares no puede ser afectada para realizar el pago a los concejales suplentes que hayan actuado en reemplazo de dichos titulares, sino que la afectación o no de la remuneración del titular dependerá si su ausencia se produce en virtud de licencia con sueldo o vacaciones, casos en los que el Concejal principal tiene derecho a recibir su remuneración, mientras que si la ausencia se

origina en una licencia sin sueldo, el Concejal principal no tiene derecho a percibir su remuneración.

4. El Procurador Síndico Municipal en relación a esta consulta señala que: "Por ser un pago ocasional en forma de honorario o subrogación no habría derecho a que se le haga aportes al Seguro Social".

El Director General del IESS, con el oficio No. 64000000-1906 TR11702 de 13 de junio de 2011, en atención al requerimiento de la Procuraduría General del Estado constante en el oficio No. 02040 de 26 de mayo de 2011, manifiesta lo siguiente:

"La Ley de Seguridad Social en el artículo 2 declara sujeto de las prestaciones debidas por el Seguro General Obligatorio, a toda persona que ejecute una obra, preste un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella. En concordancia, el inciso segundo del artículo 14 del Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo, establece que para el cálculo del aporte al Seguro General Obligatorio, se entenderá que la materia gravada, es todo ingreso regular susceptible de apreciación pecuniaria percibido por efecto de su actividad personal, que en ningún caso será inferior al establecido por el IESS, de conformidad con el artículo 11 de su misma Ley, cuyo inciso tercero establece que para efecto del aporte, en ningún caso el sueldo básico mensual será inferior al sueldo básico unificado, al sueldo básico sectorial, al establecido en las leyes de defensa profesional o al sueldo básico determinado en la escala de remuneraciones de los servidores públicos, según corresponda, siempre que el afiliado ejerza esa actividad".

En el mismo oficio se señala que: "Adicionalmente los artículos 11 y 12 del Instructivo para la Aplicación del Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo, disponen la afiliación al régimen del Seguro General Obligatorio a todas las categorías de afiliación definidas por los artículos 2, 9 y 10 de dicha Ley".

Concluye el Director General del IESS, expresando que: "Los concejales suplentes del Municipio del Cantón Paquisha, en calidad de servidores públicos ejercen un cargo o función, perciben una remuneración mensual fijada por acto normativo o resolución, son sujetos de aportación al Seguro General Obligatorio en calidad de afiliados, por lo que deben cotizar sobre la totalidad de las rentas percibidas, en función de su actividad".

El Art. 2 de la Ley de Seguridad Social, dispone que son sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella.

El Art. 11 de la mencionada Ley, relacionado con la materia gravada para efecto del aporte al Seguro General Obligatorio, establece que: "en ningún caso el sueldo básico mensual

será inferior al sueldo básico unificado, al sueldo básico sectorial, al establecido en las leyes de defensa profesional o al sueldo básico determinado en la escala de remuneraciones de los servidores públicos, según corresponda, siempre que el afiliado ejerza esa actividad".

El Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control del IESS, en el Art. 14 determinan que para el cálculo del aporte al Seguro General Obligatorio de los trabajadores con relación de dependencia, se entenderá que la materia gravada es todo ingreso regular y susceptible de apreciación pecuniaria, percibido por el trabajador por efecto de su actividad personal.

Según el Art. 109 de la LOSEP, en caso de no haber fondos disponibles en la partida específica para el pago de servicios prestados durante una fracción de mes, "tal pago se efectuará por dicha fracción aplicando a la partida presupuestaria establecida para el efecto, dentro del grupo de gastos de personal de la respectiva entidad, en forma de honorarios".

El Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, define los gastos en personal en los siguientes términos: "5.1. GASTOS EN PERSONAL Comprende los gastos por las obligaciones con los servidores y trabajadores del Estado, por servicios prestados".

Respecto de los honorarios, dicho Clasificador expresa: "5.1.05.07 Honorarios. Asignación para cubrir los servicios por los días laborados de una servidora o servidor, cuyo registro del nombramiento no se hubiere llevado a cabo en el primer día hábil del mes; los pagos a favor de personas caucionadas mientras no sean legalmente reemplazadas".

Del Art. 14 del Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control del IESS, se desprende que procede la afiliación y aporte al seguro general obligatorio, cuando el servidor percibe ingresos regulares. Sin embargo, en el caso de los concejales suplentes, dicha premisa no se cumple, pues conforme se ha examinado, dichos dignatarios podrán percibir honorarios, según el Art. 109 de la LOSEP, únicamente por los días en que por la ausencia del titular, deban ser principalizados y ejerzan el cargo de concejal.

Por tanto, con respecto a la afiliación al IESS de los Concejales Suplentes, la Procuraduría General del Estado difiere del criterio del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, expresado en el oficio No. 64000000- 1906 TR11702 de 13 de junio de 2011, antes transcrito; pues, los Concejales Alternos no ejercen funciones permanentes sino solo en forma temporal, en caso de ausencia del Concejal principal al que reemplazan; y, por tanto, no perciben remuneración mensual unificada como ingreso regular sino honorarios correspondientes al tiempo que dure el reemplazo.

De lo expuesto se determina que los Concejales Alternos no tienen derecho a recibir remuneración íntegra sino únicamente la parte proporcional de la remuneración del titular, de acuerdo al tiempo que dure el reemplazo, que debe ser cancelada mediante el pago de honorarios, de conformidad con el Art. 109 de la LOSEP. En el caso de que el reemplazo dure por un mes, el valor de los honorarios que debe percibir el concejal alterno, corresponderá al valor de la remuneración mensual unificada del concejal principal, pero en virtud de que la actuación del Concejal alterno sigue siendo temporal, no constituye ingreso regular y por tanto no da lugar a su afiliación al IESS.

Distinto es el caso del Concejal alterno, que debe principalizarse en forma definitiva, por quedar vacante el cargo del Concejal al que reemplaza, evento éste último en el que son aplicables los Arts. 107 y 108 de la LOSEP, que en su orden disponen:

"Artículo 107.- Primer día de remuneración.- La remuneración se pagará desde el primer día del mes siguiente al de la fecha de registro del nombramiento o contrato, salvo el caso en que éste se haya llevado a cabo el primer día hábil del mes. En caso de que dos personas ejercieren el mismo puesto el mismo día, y, éste fuere el primer día del mes, al segundo se le pagará con cargo a la partida honorarios durante el primer mes.

La remuneración de las servidoras y servidores públicos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior se pagará desde el día en que inicie el ejercicio efectivo de sus funciones."

"Artículo 108.- Pago de honorarios.- Cuando, dentro de un mes quedare vacante un puesto comprendido en el inciso primero del artículo anterior y la persona designada para tal cargo entrare al servicio después del primer día hábil de dicho mes, el pago de los servicios prestados será proporcional al tiempo efectivamente trabajado y cancelado con cargo a la partida correspondiente.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, los derechos de las y los servidores se reconocerán desde el primer día del ejercicio de sus funciones. Se hará en forma de honorarios en relación con el tiempo de labor, aplicando el gasto a la partida correspondiente".

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que, toda vez que los Concejales alternos no perciben ingresos regulares por concepto de remuneración, sino únicamente honorarios que se cancelan en función del tiempo que dure la ausencia del titular al que reemplazan, no se cumplen los requisitos que exigen el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social y el artículo 14 del Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control del IESS para que proceda su afiliación al seguro general obligatorio. Mientras que, en el caso de que el Concejal alterno deba principalizarse por ausencia definitiva del Concejal principal, procederá su afiliación al IESS a partir del primer día de ejercicio efectivo de funciones

y para efectos del pago de sus haberes se observarán los artículos 107 y 108 de la LOSEP, que prevén que cuando dentro de un mes quedare vacante un puesto, la persona que entrare al servicio después del primer día hábil de dicho mes, deberá percibir el pago de sus servicios en proporción al tiempo efectivamente trabajado, en forma de honorarios, y la remuneración se pagará desde el primer día del mes siguiente al de la fecha de registro de su ingreso.

En similares términos se pronunció la Procuraduría General del Estado con el oficio No. 03086 de 01 de agosto de 2011.

**OF. PGE. N°:** 04834 de 22 -09-2012

## **CONCEJALES: RÉGIMEN DE REMUNERACIONES Y MÁS BENEFICIOS ADICIONALES**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN MOCHA

### **CONSULTAS:**

1. “Si bien es cierto en el artículo 358 (sic) se encuentra establecido que los integrantes de los órganos legislativos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados percibirán la remuneración mensual que fijen en acto normativo, remuneración mensual que en ningún caso será superior al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración del Alcalde, pero no es menos cierto que existe la Disposición General Vigésimo Segunda (sic), según la cual, en el período actual de funciones todos los órganos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados deberán actualizar y codificar las normas vigentes en cada circunscripción territorial; entonces, ¿Desde cuándo se debe cancelar remuneración en lugar de dietas a los integrantes del órgano legislativo de nuestra institución (Concejales)?”.
2. “Tomando en consideración lo dispuesto en la Constitución de la República y en la Ley de Servicio Público, normas Constitucional y Legal respectivamente, según las cuales, entre los servidores públicos se les incluye también al personal que no es de carrera y entre ellos a los dignatarios de elección popular, ¿qué beneficios y obligaciones implica que a los señores Concejales de nuestra institución se les cancele “remuneración”, entendiéndolo y comprendiendo que el goce de una remuneración según la Ley de Servicio Público, genera derechos como: acceder a la décimo tercera, décimo cuarta remuneración, afiliación al IESS, fondos de reserva etc., e igualmente al cumplimiento de obligaciones tales como: cumplir con un horario de trabajo, registrar su asistencia diaria, cumplir con ciertas actividades específicas, someterse al régimen disciplinario interno de la institución, entre otros?”.
3. “Con los antecedentes expuestos, la auto regulación de la que trata el COOTAD para los órganos legislativos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, ¿bajo qué parámetros debe realizarse?”.

## **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229.

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

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

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 108, 166, 257 y Disposición Gral. Segunda.

## **PRONUNCIAMIENTOS:**

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

El Art. 254 del Código Orgánico citado expresa que no se podrá efectuar ningún egreso de recursos públicos sino con cargo al presupuesto del ejercicio vigente.

El Art. 257 del Código Orgánico de la referencia señala que no podrán efectuarse trasposos de créditos del presupuesto de los organismos de los gobiernos autónomos descentralizados: “2. Para la creación de nuevos cargos o aumentos de las asignaciones para sueldos constantes en el presupuesto, salvo en los casos previstos para atender inversiones originadas en nuevas competencias, adquisición de maquinarias para la ejecución de la obra pública u otras similares”.

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

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

“Art. 358.- Remuneración y Dietas.- Los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales son autoridades de elección popular que se regirán por la ley y sus propias normativas, percibirán la remuneración mensual que se fije en acto normativo o resolución, según corresponda al nivel de gobierno. En ningún caso la remuneración mensual será superior al cincuenta por ciento (50 %) de la remuneración del ejecutivo del respectivo nivel de gobierno, y se deberá considerar irrestrictamente la disponibilidad de recursos”.

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

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

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

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

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

2. La Constitución de la República en el Art. 229 dispone que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten

servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. En similares términos consta el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el Art. 338 expresa que cada gobierno regional, provincial, metropolitano y municipal tendrá la estructura administrativa que requiera para el cumplimiento de sus fines y el ejercicio de sus competencias y funcionará de manera desconcentrada. La estructura administrativa

será la mínima indispensable para la gestión eficiente, eficaz y económica de las competencias de cada nivel de gobierno, se evitará la burocratización y se sancionará el uso de cargos públicos para el pago de compromisos electorales.

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

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

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

Por lo expuesto, con los fundamentos jurídicos que sirvieron de base para absolver la primera y segunda consulta, la Municipalidad de Mocha debe observar el Art. 3 número 4 inciso tercero de la Ley Orgánica del Servicio Público, que expresa que las escalas remunerativas de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales, se sujetarán a su real capacidad económica y no excederán los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales; y que en ningún caso el piso será inferior a un salario básico unificado del trabajador privado en general.

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

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

Descentralización que dispone que en el período actual de funciones, todos los órganos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados deberán actualizar y codificar las normas vigentes en cada circunscripción territorial y crearán gacetas normativas oficiales, con fines de información, registro y codificación; y, proceder en consecuencia.

**OF. PGE. N°:** 00504, de 14-01-2011

## **CONCEJALES: REGISTRO DE JORNADA DE TRABAJO**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN TISALEO

### **CONSULTAS:**

"¿Deben o no los Señores Concejales (las) cumplir una jornada diaria de trabajo de ocho horas?".

"Registrar (los Concejales) su asistencia al igual que lo hacen el resto de servidores del GADM de Tisaleo?".

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 229 y 237.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 22 lit. c), 23 lit. b), 25 lit. d), 57 lit. d), 58 lits. a) y b), 59, 329 y 356.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 4, 22, 23, 24 y 25.

Ordenanza de Funcionamiento del Concejo Municipal de Tisaleo y de sus Comisiones, Art.16.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

1. Al oficio de consulta se adjunta copia del Informe No. 117-PSGADMT-A-2011 de 24 de octubre de 2011, suscrito por el Procurador Síndico de esa Municipalidad, quien respecto del asunto consultado expresa que: "En opinión del suscrito Procurador, los Señores (as) Concejales (las) que perciben remuneración mensual, no están obligados a cumplir la jornada diaria de trabajo de ocho horas, así como tampoco a registrar su asistencia, de conformidad a lo estipulado en los Arts. 58 y 329 del COOTAD, disposiciones legales en las cuales están señaladas de manera expresa las funciones y/u obligaciones de aquellos".

La Municipalidad de Tisaleo, con fecha 31 de enero de 2011, aprobó la "Ordenanza de Funcionamiento del Concejo Municipal de Tisaleo y de sus Comisiones", que respecto de la jornada de trabajo de los Concejales, en el Art. 16 dispone lo siguiente: "Art. 16.- De las jornadas de trabajo.- El trabajo de los concejales será a tiempo completo, entendiéndose como tal, la disponibilidad que deben tener para realizar las gestiones de carácter municipal inherentes a su dignidad, funciones y atribuciones. Por lo tanto no estarán sujetos a horario alguno dado su condición de autoridades de elección popular".

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en atención a varias consultas formuladas sobre idéntica materia por otras Municipalidades, este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, con el oficio No. 0163 de 27 de enero de 2011, habiéndose recibido respuesta por parte del Viceministro del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales, en oficio No. MRL-AJ-2011 0004303 de 15 de marzo de 2011, ingresado en la misma fecha.

De conformidad con el Art. 229 de la Constitución de la República, 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. Idéntica disposición consta en el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

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

El Art. 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé las jornadas de trabajo para las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas señaladas en el Art. 3 de esa Ley, entre las cuales se encuentran los gobiernos autónomos descentralizados según el numeral 2 de dicha norma, podrán tener las modalidades de jornada ordinaria y jornada especial y que la jornada ordinaria: "Es aquella que se cumple por ocho horas diarias efectivas y continuas, de lunes a viernes y durante los cinco días de cada semana, con cuarenta horas semanales". Similar disposición consta en el Art. 24 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.

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

En cuanto a la jornada de trabajo de los concejales, el Viceministro del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales, en el oficio No. MRL- AJ-2011 0004303 de 15 de marzo de 2011, manifiesta que si los Concejales van a percibir remuneración, tomando como base las normas generales de la Ley Orgánica del Servicio Público, corresponderá al

Concejo Municipal "expedir la regulación para normar temas institucionales, como es la jornada y horario de trabajo, debiendo laborar 160 horas por mes".

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

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

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

La letra d) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización confiere al Concejo Municipal competencia para regular temas institucionales específicos.

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

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

"La retribución, sueldo o contraprestación por los servicios o trabajos que el agente realiza y que el Estado le paga periódicamente es un derecho al cual se hace acreedor aquél a

partir de que preste efectivamente el servicio. El sueldo a pagar es una obligación del Estado que nace del carácter contractual de la relación de empleo público".

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

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

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

Sin embargo, el horario de trabajo de los Concejales que establezca el Concejo Municipal, deberá guardar proporcionalidad con la remuneración que se les fije, dentro de los pisos y techos remunerativos determinados por el Ministerio de Relaciones Laborales, observando los límites del artículo 358 del COOTAD y sobre cuyo procedimiento de fijación, ya se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado en oficios Nos. 01464 y 01465 de 20 de abril de 2011; 01483, 01484, 1485, 1488 de 21 de abril de 2011; 1493 de 25 de abril de 2011; 01548 y 01549 de 27 de abril de 2011; y 1638 de 4 de mayo de 2011.

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 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 1 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 pronunciarme respecto de un asunto que es de resolución interna de ese Gobierno Municipal, 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°:** 04799, de 21-11-2011

## **CONCEJALES: SUBROGACIÓN**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

### **CONSULTAS:**

1. “Que en el caso de que en la lista a que pertenece el concejal rural, hayan participado otros candidatos a concejales urbanos, el concejal urbano más votado, que no obtuvo escaño en la lista, sea designado para subrogar al concejal rural suplente”.
2. “Que se realice una nueva elección para designar a los concejales rurales principal y suplente. En el caso de considerarse esta opción, se debe establecer si las Organizaciones Políticas habilitadas para participar en elecciones dispuesta en el régimen de transición, tienen derecho a presentar estas candidaturas, considerando lo dispuesto en el Art. 12 del Régimen de Transición, contemplado en la vigente Constitución”.
3. “Que la Procuraduría General del Estado se sirva señalar otra alternativa legalmente viable para solucionar este problema”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 120 núm. 6.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Art. 23.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 48 y 53 (derogada en 2010)

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

En el memorando No. 433-2010-CEP-DAJ-CNE de 2 de agosto del 2010, anexo a su oficio de consulta, el Director de Asesoría Jurídica manifiesta que en el caso de la Provincia de Galápagos, y siguiendo el espíritu de la resolución PLE-CNE-2-13-7-2010 de 13 de julio del 2010, adoptada por el Consejo Nacional Electoral, si se produce la ausencia temporal o definitiva del concejal rural principal y suplente, la vacante debería ser ocupada por el más votado de la siguiente lista, aspecto que le compete resolver al propio Municipio; pero que, como en el caso concreto del cantón Isabela, en el que solo se ha elegido un concejal rural principal y suplente, sin que ningún otro partido político haya intervenido en el proceso electoral, y por tanto no existe posibilidad de aplicar la mencionada resolución, manifiesta que el Concejo Municipal de Isabela en uso de sus potestades, puede resolver directamente el asunto.

De manera previa a atender su requerimiento, mediante oficio No. 16791 de 28 de septiembre de 2010, esta Procuraduría solicitó a usted remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado que contenga la posición jurídica institucional del Consejo Nacional Electoral respecto al caso planteado; y, adicionalmente enviar copias certificadas del oficio No. 0248-DEPG-2010 de 19 de julio de 2010, suscrito por la Directora de la Delegación del CNE en la Provincia de Galápagos; Resolución No. PLE-CNE-3-24-8-2010 de 24 de agosto de 2010; Resolución No. PLE-CNE-2-7-9-2010 de 7 de septiembre de 2010; Resolución No. PLE-CNE-2-1v 3-7-2010 de 13 de julio de 2010; memorando No. 064-DOP-CNE-2010 de 26 de agosto de 2010; y, demás documentación relacionada con su petición. Dicha documentación, fue atendida por usted en oficio No. 532-P-OS-CNE-2010 de 1 de octubre de 2010.

En el memorando No. 563-2010-CEP-DAJ-CNE de 1 de octubre del 2010, anexo a su oficio, el Director de Asesoría Jurídica emite informe jurídico ampliatorio, ratificando su opinión constante del memorando No. 433-2010-CEP-DAJ-CNE de 2 de agosto del 2010; y añadiendo que, como el Pleno del Consejo Nacional Electoral resolvió que en la consulta al señor Procurador General del Estado se incluya las observaciones y posibles alternativas planteadas por sus Consejeras y Consejeros, dichas alternativas pueden ser consideradas por el señor Procurador, si se ajustan a las disposiciones constitucionales y legales aplicables.

En el oficio No. 0248-DPEG-2010 de 19 de julio de 2010, suscrito por la Directora de la Delegación del CNE en Galápagos se manifiesta que en el Pleno del Consejo Nacional

Electoral adoptó la Resolución No. PLE-CNE-2-13-7-2010 de 13 de julio de 2010, con la cual se reglamenta los casos de subrogación cuando se produzca falta temporal o definitiva del suplente, en los casos de concejales municipales y miembros de las juntas parroquiales rurales; pero que, “en la Provincia de Galápagos, ocurre algo especial como es en el caso de los Concejales Rurales que solo se elige uno por Cantón, por lo tanto cada partido o movimiento político, solo inscribió un candidato; que al producirse la falta temporal o definitiva de un Concejel Rural Suplente, quién asumiría esta función, ya que no existe el siguiente candidato principal de la misma lista”.

La Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, en el artículo 23 establece que los órganos de la Función Electoral tienen competencia privativa, en sus respectivos ámbitos, para resolver todo lo concerniente a la aplicación de esta ley; los reclamos, objeciones, impugnaciones y recursos, que interpongan los sujetos políticos a través de sus representantes legales, apoderados o mandatarios especiales, según el caso, y los candidatos y candidatas, observando el debido proceso administrativo y judicial electoral; y, a la aplicación de las sanciones previstas en esta ley.

Según se desprende de su oficio, la petición se circunscribe a poner en consideración de esta Procuraduría dos alternativas posibles planteadas por las consejeras y los consejeros del Consejo Nacional Electoral; o, de la alternativa que proponga esta Procuraduría, para solucionar la vacante producida por la falta del concejal rural de la Municipalidad de Isabela, provincia de Galápagos, teniendo en cuenta que no existe el siguiente candidato principal de la lista que participó en el proceso electoral.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el Título II, “Del Gobierno Municipal”, Capítulo II “De los Concejales”, Sección 5ª “De las Licencias y Vacaciones (debería decir “Vacancias”); Párrafo 2º. “De las Vacancias”, artículo 48 prescribe que toda vacante definitiva de la función de concejal será llenada inmediatamente, según las disposiciones de esta Ley y de la Ley Orgánica de Elecciones (actual Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia).

El artículo 53 inciso primero de la mencionada Ley Orgánica establece: “De faltar el número corporativo y agotarse las listas de concejales suplentes, el concejo, si tuviere quórum, procederá a la designación de los que faltaren, eligiendo ciudadanos de las tendencias políticas de las correspondientes listas”.

Téngase en cuenta, que la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, en su artículo 9 dispone que en caso de duda en la aplicación de esta ley, “se interpretará en el sentido que más favorezca al cumplimiento de los derechos de participación, a respetar la voluntad popular y a la validez de las votaciones”.

Por lo expuesto, para dar solución al caso de la falta del Concejal Rural suplente que asumiría esta función en el Municipio de Isabela, el Consejo Nacional Electoral, en aplicación del artículo 23 de la vigente Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, deberá expedir una resolución que será generalmente obligatoria mientras la ley no disponga lo contrario, sin perjuicio de la facultad de la Asamblea Nacional para interpretar o reformar la Ley, de conformidad con el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República.

**OF. PGE. N°:** 17204, de 02-10-2010

## **CONCEJO CANTONAL: ATRIBUCIONES PARA EXPEDIR REGLAMENTOS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN PAUTE

### **CONSULTA:**

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

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 264.

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

### **PRONUNCIAMIENTO:**

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

Expresa el Procurador Síndico que, en cuanto los acuerdos y resoluciones "son temas específicos y especiales al tener estas características no es aplicable en todo el territorio del Cantón, por lo tanto no es obligatorio para todos los habitantes su cumplimiento; para

su vigencia se necesita que sea aprobado por el I. Concejo Cantonal en un solo debate y no se requiere de publicación en ningún medio establecido por la Ley".

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

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

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, en su artículo 7 expresa que para el pleno ejercicio de sus competencias y de las facultades que de manera concurrente podrán asumir, "se reconoce a los consejos regionales y provinciales, concejos metropolitanos y municipales, la capacidad para dictar normas de carácter general a través de ordenanzas, acuerdos y resoluciones aplicables dentro de su circunscripción territorial".

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

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

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

En cuanto a la obligación de recibir pagos por cualquier crédito municipal, el inciso segundo del artículo 346 del COOTAD determina que el tesorero está obligado a recibir abonos que

se anotarán en el respectivo título de crédito o en el registro correspondiente "y se contabilizarán diariamente, de acuerdo en el reglamento que se dictará al efecto".

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

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

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

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

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

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

**OF. PGE. N°:** 06013, de 18-01-2012

### **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 ibídem, 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 *ibídem*, 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 la 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

**CONCEJOS CANTONALES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: COMPETENTES PARA  
AUTORIZAR Y REGISTRAR FUNCIONAMIENTO DE ENTIDADES DE ATENCIÓN  
PÚBLICA O PRIVADA**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL  
DE GUAYAQUIL

**CONSULTA:**

“¿Se encuentra vigente el artículo 212 del Código de la Niñez y Adolescencia?”.

**BASES LEGALES:**

Constitución de la República de Ecuador, Arts. 1, 11 núm. 8, 154 núm. 1, Disposición Derogatoria.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 148.

Código de la Niñez y Adolescencia, Arts. 190, 192 lits. a), b) y c), 212 inciso primero.

Código Civil, Arts. 37, 565 y 566.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, Arts. 1, 11 lit. k) y 17.

D.S. No. 3815, publicado en el R.O. No. 208 de 12 de junio de 1980, que creó el Ministerio de Bienestar Social, Art. 2.

D.E. No. 23, publicado en el R.O. No. 8 de 02 de febrero de 2000, Art. 1.

D.E. No. 580, publicado en el R.O.S. No. 158 de 29 de agosto de 2007, Arts. 2 lits. b) y c), y 5.

**PRONUNCIAMIENTO:**

A fin de contar con mayores elementos de juicio, en forma previa a atender su consulta, este Organismo mediante oficio No. 16323 de 14 de febrero de 2014, solicitó al Ministerio de Inclusión Económica y Social el criterio institucional correspondiente sobre el tema de su consulta.

Por delegación de la Ministra de la cartera de Estado referida en el párrafo anterior, el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia con oficio No. CNNA-SEN-2014-0142-OF de 28 de febrero de 2014, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 05 de marzo del presente año, emitió su criterio institucional en los siguientes términos:

“Debe considerarse que la Constitución de la República, de conformidad con lo establecido en el art. 425 es norma suprema en el ordenamiento jurídico; en este marco en el art. 154 establece que las entidades del sector público tienen las competencias de rectoría y regulación siendo estas los Ministerios Sectoriales, quienes tienen atribuciones que comprende la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos; y, por tanto, incluye también, las entidades prestadoras de servicios y los servicios públicos y privados a favor de la niñez y adolescencia, por lo cual el otorgamiento de personalidad jurídica, acreditación y registro corresponde a dichos ministerios y en particular al Ministerio de Inclusión Económica y Social. Esto dejada en tal sentido sin efecto la atribución que con anterioridad al nuevo ordenamiento constitucional se había encomendado al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y a los Concejos Cantonales de Niñez y Adolescencia en el Código de la Niñez y Adolescencia (año 2003), por constituir una atribución contenida en una norma contraria a la Carta Fundamental.

El Código de la Niñez y Adolescencia entró en vigencia en el año 2003, y la Constitución de la República en el año 2008, reformando tácitamente las competencias relacionadas con la rectoría de la política pública de protección integral y de la institucionalidad, en especial del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y los Concejos Cantonales cuyas competencias fueron asumidas por los Ministerios rectores de cada sector correspondiente, según dispone la misma Constitución de la República en su Disposición Reformatoria Única, que textualmente dice: ‘Se deroga la Constitución Política del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución (...)’.

Por su parte el Procurador Síndico Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil, mediante oficio DAJ-CON-2014-1521 de 17 de enero de 2014 que contiene la posición institucional del Gobierno Autónomo a su cargo, manifiesta que:

“4.La filosofía tutora y garantista se confirma en la Constitución vigente. Entiéndase en términos filosóficos, conceptuales y operativos, que la protección a la niñez y la adolescencia corresponde al Estado, a la familia y a la sociedad. Por lo mismo, la interpretación del ordenamiento jurídico en materia de derechos y garantías de tan importante sector poblacional debe hacerse procurando la coherencia y la armonía del sistema jurídico alrededor del indicado sector vulnerable de la población.

En tal sentido, la norma habilitante y general establecida en el artículo 154 numeral 1 de la Constitución de la República, que define a las ministras y ministros de Estado, además de

las atribuciones establecidas en la ley, les corresponde: '1. Ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requieran su gestión.', debe entenderse como una disposición que permite a los Ministros de Estado contribuir al desarrollo y a la materialización de los derechos de los administrados, pues constitucionalmente las políticas públicas sirven para desarrollar el contenido de los derechos de acuerdo con el artículo 11 numeral 8 de la Ley Suprema.

En su recto sentido el artículo 154 numeral 1 debe entenderse como una vía de fortalecimiento del Estado constitucional de derechos y de justicia. Desde un punto de vista técnico jurídico la derogación tácita opera cuando el contenido de una norma posterior es incompatible con el contenido de la norma jurídica anterior. Por eso toda derogatoria parte del concepto de contradicción. Como dice el Dr. Jorge Zabala Baquerizo, la derogación tácita se da cuando los efectos de una norma jurídica no pueden producirse porque lo impide otra norma de derecho.

5. Así las cosas, la existencia del artículo 154 numeral 1 de la Constitución, que instituye una competencia genérica que habilita el desarrollo de políticas públicas al Ministerio de Inclusión Económica y Social por el hecho de ser un Ministerio de Estado, ya que este artículo no se refiere específicamente a tal Ministerio, para nada es incompatible con el contenido del artículo 212 del Código de la Niñez y Adolescencia, que establece la capacidad jurídica específica de los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia para la autorización y registro de las entidades de atención. Una interpretación contraria, estimo, es incoherente con el Estado constitucional de derechos y justicia consagrado en el artículo 1 de la Ley Suprema, pues presupondría que la rectoría referida es incompatible con la competencia indicada de los concejos cantonales de la niñez y adolescencia. Los dos órganos del poder público son parte de un sistema de protección que deben apuntar a la protección efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y por consiguiente toda interpretación jurídica debe partir del concepto irremplazable de unidad de protección respecto de tal sector. Al no haber contradicción no hay derogatoria.

6. Por lo expuesto, es mi opinión que el artículo 212 del Código de la Niñez y Adolescencia se encuentra vigente”.

La Disposición Derogatoria de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: “Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”.

Previa a la determinación de si el artículo 212 del Código de la Niñez se encuentra derogado tácitamente o no, es necesario analizar las disposiciones contenidas en la Constitución de la República del Ecuador, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo

de la Función Ejecutiva, el Decreto Ejecutivo No. 580 y el Código de la Niñez, atendiendo tanto su orden jerárquico como sus concordancias con la materia objeto del tema de su consulta.

El numeral 1 del artículo 154 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que: “A las ministras y ministros de Estado, además de las atribuciones establecidas en la ley, les corresponde:

“1. Ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión”.

El artículo 17-1 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, define a los Ministerios Sectoriales como: “Entidades encargadas de la rectoría de un sector, del diseño, definición e implementación de políticas, de formulación e implementación de planes, programas y proyectos, y de su ejecución de manera desconcentrada. Tiene competencia para el despacho de todos los asuntos inherentes al sector que dirige, salvo los casos expresamente señalados en la ley”.

Mediante Decreto Supremo No. 3815 publicado en el Registro Oficial No. 208 de 12 de junio de 1980, se creó el Ministerio de Bienestar Social y en aquella época se estableció en el artículo 2 del referido decreto, que le correspondía a la mencionada Cartera de Estado “formular, dirigir, y ejecutar la política estatal en materia de seguridad social; protección de menores; cooperativismo; y la promoción popular y bienestar social”.

Posteriormente, el artículo primero del Decreto Ejecutivo No. 23 de 27 de enero de 2000, dispuso que la función general del Ministerio de Bienestar Social era establecer políticas de acción social para procurar la calidad de vida de la población, especialmente en las comunidades de grupos humanos en los que ha intensificado la situación de pobreza; y, el literal a) del artículo segundo estableció como uno de sus objetivos, el impulsar el desarrollo integral de las niñas y niños de 0 a 12 años de edad.

Tanto el Decreto Supremo No. 3815 como el Decreto Ejecutivo No. 23 fueron derogados por el artículo 9 del Decreto Ejecutivo No. 580 de 23 de agosto de 2007, que se encuentra vigente en la actualidad; y, mediante el cual el Ministerio de Bienestar Social pasó a denominarse Ministerio de Inclusión Económica y Social.

En las letras b) y c) del artículo 2 y el artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 580 se estableció que:

“Artículo 2.- Le corresponde al Ministerio de Inclusión Económica y Social:

- b) Promover la atención integral de la población a lo largo de su ciclo de vida (niñez, adolescencia, juventud, adultos, adultos mayores) priorizando sus acciones en aquellos individuos o grupos que viven en situación de exclusión, discriminación, pobreza o vulnerabilidad; y;
- c) Las demás funciones, atribuciones, competencias y responsabilidades que le correspondían al Ministerio de Bienestar Social”.

“Artículo 5.- El Ministerio de Inclusión Económica y Social tendrá a su cargo el ejercicio de las facultades legales y reglamentarias, y el cumplimiento de las funciones atribuciones, responsabilidades y competencias asignadas al Ministerio de Bienestar Social, en lo que no se contraponga con las disposiciones del presente decreto”.

Las Políticas Públicas se encuentran compuestas por disposiciones y actividades de las instituciones que conforman el Gobierno, las cuales se ejecutan de forma directa o a través de la actuación de sus dependencias, con el objetivo de resolver las necesidades de las personas que integran la sociedad e influir de forma determinante sobre las condiciones de vida de los ciudadanos. Esta tarea ha sido asignada por Ley a los Ministerios Sectoriales; que en este caso, forman parte de la Administración Pública Central.

En lo concerniente al otorgamiento de la personalidad jurídica a personas jurídicas privadas que no tengan fines de lucro, mediante pronunciamiento contenido en el oficio No. 14874 de 30 de septiembre de 2013, dirigido al Ministerio de Agricultura, Ganadería Acuacultura y Pesca, la Procuraduría General del Estado indicó que:

“Las corporaciones o fundaciones que de acuerdo a nuestra legislación civil, son la denominación genérica de las entidades sin fines de lucro, deben establecerse en virtud de una Ley o ser aprobadas por el Presidente de la República, para adquirir el carácter de personas jurídicas de derecho privado, según dispone el artículo 565 del Título XXX del Libro Primero del Código Civil, que dispone:

‘Art. 565.- No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República’. (...)

(...) ‘Art. 566.- Las sociedades industriales no están comprendidas en las disposiciones de este Título; sus derechos y obligaciones son reglados, según su naturaleza, por otros títulos de este Código y por el Código de Comercio.

Tampoco se extienden las disposiciones de este Título a las corporaciones o fundaciones de derecho público, como la Nación, el Fisco, las Municipalidades y los establecimientos que se costean con fondos del erario. Estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales’.

En el contexto que ha quedado señalado, cabe citar el Art. 11 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, entre las funciones del Presidente la República, prevé la siguiente:

'Art. 11.- ATRIBUCIONES Y DEBERES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.- El Presidente de la República tendrá las atribuciones y deberes que le señalan la Constitución Política de la República y la ley:

(...) k) Delegar a los ministros, de acuerdo con la materia de que se trate, la aprobación de los estatutos de las fundaciones o corporaciones, y el otorgamiento de personalidad jurídica, según lo previsto en el Art. 584 (actualmente 565 según la codificación del año 2005) del Código Civil'.

(...) De lo expuesto se colige que las organizaciones sociales pueden adoptar diversas modalidades; que éstas siempre se caracterizan por tener finalidad social y no de lucro y que de acuerdo a la naturaleza o figura organizativa, existe una autoridad competente encargada del otorgamiento de la personalidad jurídica pertinente y aprobación de los correspondientes estatutos, de acuerdo con la ley”.

Por su parte el Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 190, define al Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia, como un conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y servicios públicos y privados, que definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos, sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, establecidos en este Código, la Constitución Política y los instrumentos jurídicos internacionales.

Este Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, tiene como fundamento además de los principios consagrados en la Constitución, los instrumentos internacionales y el Código de la Niñez y Adolescencia, los principios de descentralización y desconcentración de sus acciones. El Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, está integrado por tres niveles de organismos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 192 del Código citado, que son:

Los organismos de definición, planificación, control y evaluación de políticas, dentro de los cuales se encuentran el Concejo Nacional de la Niñez y Adolescencia cuyo presidente es el Ministro de Inclusión Económica y Social; y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 del Código *Ibidem* y el artículo 34 del Reglamento Interno para el Funcionamiento del Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia, las decisiones y resoluciones que adopte este

Consejo son de carácter obligatorio para todas las instancias componentes del sistema, se trate de personas públicas o privadas, y los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia.

Los organismos de protección, defensa y exigibilidad de los derechos como son, las Juntas Cantonales de Protección de Derechos y la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia y otros organismos.

Los organismos de ejecución de políticas, planes, programas y proyectos dentro de los que están, las entidades públicas y privadas de atención.

El inciso primero del artículo 212 del citado Código de la Niñez y Adolescencia, que trata sobre el registro de las entidades de atención dispone que: “Las entidades de atención deberán solicitar la autorización y registro al Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del cantón correspondiente, para lo cual deberán presentar el programa de atención, su financiamiento y los demás documentos que se señalen en el Reglamento”.

Finalmente en el artículo 148 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, posterior a la expedición de la Constitución de la República del Ecuador, el Código de la Niñez y el Reglamento Interno para el Funcionamiento del Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, se regula el ejercicio de las competencias de los gobiernos autónomos descentralizados, relacionadas con la protección integral de la niñez y adolescencia en los siguientes términos: “Art. 148.- Ejercicio de las competencias de protección integral a la niñez y adolescencia.- Los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán las competencias destinadas a asegurar los derechos de niñas, niños y adolescentes que les sean atribuidas por la Constitución, este Código y el Consejo Nacional de Competencias en coordinación con la ley que regule el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia. Para el efecto, se observará estrictamente el ámbito de acción determinado en este Código para cada nivel de gobierno y se garantizará la organización y participación protagónica de niños, niñas, adolescentes, padres, madres y sus familias, como los titulares de estos derechos”.

En lo referente a la derogatoria tácita y expresa de la ley, mediante pronunciamiento contenido en el oficio No. 14464 de 27 de agosto de 2013, respecto a la consulta planteada por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero sobre la derogatoria tácita de la Disposición General Sexta de la Ley 2007-85, esta Procuraduría indicó que:

“Atento a los términos de su consulta, resulta pertinente considerar (...) que la derogatoria de la Ley puede ser expresa o tácita, según el artículo 37 del Código Civil; expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua y tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

El inciso final del citado artículo 37 del Código Civil prevé que: (...) la derogación de una ley puede ser total o parcial (...); y, el artículo 38 dispone que: La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.

De la lectura de los artículos precedentes de la Constitución de la República del Ecuador y del Decreto Ejecutivo No. 580, se evidencia que dichas normas jurídicas reconocen a los Ministros de Estado, incluido el titular del Ministerio de Inclusión Económica y Social, la rectoría de un sector, entendida ésta como la facultad de emitir políticas públicas nacionales o de Estado, que orientan las acciones para el logro de los objetivos y metas del desarrollo; así como, para definir sistemas, áreas y proyectos estratégicos de interés nacional, en función de su importancia económica, social, política o ambiental.

Mientras que, de acuerdo a la letra k) del artículo 11 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, los referidos Ministros, por delegación del Presidente de la República, de acuerdo a la materia que se trate, se encuentran facultados para aprobar los estatutos y otorgar personalidad jurídica a las fundaciones o corporaciones previstas en el Código Civil.

Respecto a los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia, se observa que el artículo 212 del Código de la Niñez y Adolescencia, con base en los principios de descentralización y desconcentración que se encuentran reconocidos en la Constitución, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y en sus propias disposiciones referentes al Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece de forma expresa como una de las funciones de los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia, autorizar el funcionamiento y registrar a las entidades de atención pública o privada, que son organismos de ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos dispuestos por los organismos de definición, planificación, control y evaluación de políticas.

Del análisis de las disposiciones legales citadas se concluye que, las funciones designadas a los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia no limita ni contrapone el ejercicio de las facultades constitucionales, legales y reglamentarias otorgadas a los Ministros de Estado que han sido estudiadas en los párrafos precedentes; ya que, tanto el Ministerio de Inclusión Económica y Social como los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia, tienen a su cargo atribuciones y funciones de distinta naturaleza.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se establece que es competencia de los Ministros de Estado por delegación del Presidente de la República, además de la facultad establecida en el artículo 154 de la Constitución de la República, el aprobar los estatutos y otorgar personalidad jurídica de las fundaciones o corporaciones previstas en el Código Civil de acuerdo a la materia que se trate; mientras que, los

Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia son competentes únicamente para autorizar y registrar el funcionamiento dentro de su circunscripción territorial, de las entidades de atención pública o privada que cuenten con la respectiva personalidad jurídica otorgada por el Ministerio del Ramo en caso de entidades de atención privada; o, por el mandato de su ley de creación en el caso de la entidades de atención pública.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; por lo que, es responsabilidad del Organismo que usted representa el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables a cada caso.

**OF. PGE. N°:** 16867, de 02-04-2014

### **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 relieves 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, relievando 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

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

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN LOJA

#### **CONSULTA:**

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

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 226.

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

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

### **PRONUNCIAMIENTO:**

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

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

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

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

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

En el oficio No. CNC-SE-2011-0189 de 25 de noviembre de 2011, el Presidente del Consejo Nacional de Competencias manifiesta que, "Los Consejos de Salud, en cuanto a su naturaleza, son espacios, 'instancias' de concertación de la política de salud y, por lo

tanto, no requieren estar dotados de estructura orgánica y patrimonio para su funcionamiento. Se trata además de órganos del Sistema Nacional de Salud, como lo dispone el artículo 16 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, en relación con el artículo 62 del respectivo Reglamento y, por lo tanto, no forman parte de la estructura ni el gobierno central (Ministerio de Salud), ni los gobiernos autónomos descentralizados (provinciales o cantonales)".

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

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

El criterio emitido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública en su oficio s/n de 9 de febrero de 2012, expresa que "los Consejos de Salud en apoyo al Sistema Nacional de Salud, funciona de manera descentralizada, desconcentrada con el apoyo a nivel cantonal de los Consejos Cantonales de Salud - CCS, organismos que se encuentran presididos por el Alcalde o su representante; la Secretaría Técnica la ejerce el Jefe del Área de Salud designado, conformado por representantes del sistema que actúan a nivel cantonal".

Concluye el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública expresando que: "La formulación del Plan Estratégico cantonal de salud será bienal, de responsabilidad de los consejos cantonales de salud y se enfoca en la salud familiar y comunitaria, forma parte del Plan de Desarrollo Cantonal aprobado por el respectivo

Concejo Municipal; contarán con su respectivo presupuesto y financiamiento, y serán el resultado de los compromisos asumidos voluntariamente por todos o algunos de los integrantes representados en el Consejo Cantonal de salud".

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

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

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

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

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

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

El artículo 13 de la indicada Ley Orgánica, referido a la función de financiamiento del Sistema Nacional de Salud, determina que el Consejo Nacional de Salud establecerá mecanismos que permitan la asignación equitativa y solidaria de los recursos financieros entre grupos sociales, provinciales y cantonales; y en su inciso cuarto dispone que: "En el marco de la desconcentración y descentralización en salud vigente, el Estado asignará de manera total y automática los recursos financieros correspondientes a las direcciones provinciales, jefaturas de área y los municipios que lo soliciten conforme a los planes de salud y de acuerdo con los criterios de equidad, índice poblacional y riesgo epidemiológico, a excepción de los recursos que se requieran para el ejercicio de la coordinación del Ministerio de Salud Pública".

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

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

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

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

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

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

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

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

El Alcalde del cantón, o su representante único y permanente que es su Presidente nato; el Jefe del área de salud quien ejerce la Secretaría Técnica. En caso de existir más de uno en un mismo cantón o mancomunidad de cantones, el Director Provincial de Salud nombrará a dicho representante;

Los representantes con poder de decisión del IESS y del Seguro Social Campesino, si existen en el ámbito cantonal;

Únicamente participarán los organismos públicos y privados, con y sin fines de lucro que a la fecha de convocatoria, hayan obtenido su personería jurídica y realicen acciones de salud específicamente en el cantón de que se trate;

El proceso de elección o designación de representantes al Concejo Cantonal de Salud deberá efectuarse dentro de los últimos 60 días laborables del año anterior a su integración, para cuyo efecto, el Alcalde, conminará a las organizaciones, entidades e instituciones, a realizar dicho proceso;

Los demás integrantes que representen a las entidades determinadas en el Art. 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, se integrarán al Concejo Cantonal, única y exclusivamente en los casos en que la entidad a la que representen tengan programas y actividades específicas de salud en el cantón, y,

La participaron de la sociedad civil y de base comunitaria será prioritaria en relación con el número de delegados de las instituciones, salvaguardando la equidad social, de género, generacional y étnico - cultural".

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

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

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

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

Tanto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud como su Reglamento de aplicación, no contemplan entre sus disposiciones, lo relativo al pago de dietas por las sesiones a las

que asistan los miembros del Pleno del Consejo Cantonal de Salud; no obstante lo cual, se deberá tener presente para tal efecto, el artículo 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el cual establece que sin perjuicio de lo prescrito por la Constitución de la República, a ningún título, ni aún el de contrato de servicios ocasionales, comisión u honorarios, una autoridad o servidor percibirá dos o más remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos contemplados en el artículo 3 de esa Ley, lo cual incluye a los servidores públicos que por designación o delegación formen parte de cuerpos colegiados, por lo que no se procederá al pago dietas por su participación en los mismos, ni al otorgamiento de ningún otro beneficio adicional.

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

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

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

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

Se deberá tener en cuenta para efectos del pago de dietas por sesión realizada, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 3 del "Reglamento Sustitutivo para el pago dietas a los miembros de consejos, directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general", el cual dispone que el valor de la dieta por sesión realizada será el equivalente al

cinco por ciento de la remuneración mensual unificada establecida y aprobada legalmente para el grado uno de la Escala de Remuneraciones Mensuales Unificadas del Nivel Jerárquico superior que se encuentre en vigencia.

En consecuencia de lo expuesto, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 265 de su Reglamento General, tendrán derecho al pago de dietas únicamente los miembros del Pleno del Concejo Cantonal de Salud que no tengan la calidad de servidores públicos o que no perciban ingresos del Estado.

En este sentido me pronuncié respecto al pago de dietas, en oficios Nos. 3035 y 3945 de 28 de julio y 29 de septiembre de 2011, con motivo de las consultas formuladas por el Cuerpo de Bomberos de Samborondón y Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar, en su orden.

Respecto de la Presidencia del Consejo Cantonal de Salud, el inciso primero del artículo 67 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud dispone lo siguiente:

"Art. 67.- De la Presidencia del Concejo Cantonal de Salud.- La Presidencia del Concejo Cantonal es ejercida por el Alcalde del cantón o su representante único y permanente. Para su funcionamiento contará con una estructura técnico administrativa mínima de conformidad con la ordenanza municipal que se dictare para el efecto".

De los artículos 2 y 14 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, y artículo 67 de su Reglamento General se establece que los Consejos de Salud son instancias de concertación integradas por entidades públicas y privadas, que se articulan sobre la base de principios, políticas, objetivos y normas comunes, presididos en el nivel cantonal por el Alcalde del cantón o su representante único y permanente, y funcionan con una estructura administrativa mínima conforme a la ordenanza que se dicte para el efecto.

Cabe tener presente que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República, "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley".

De conformidad con los artículos 16 numeral 3 y artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica de la Salud, los Consejos Cantonales de la Salud fueron creados como instancias del Sistema Nacional de Salud, cuyas funciones principales son aplicar la política nacional en salud, adaptada al ámbito cantonal y formular y evaluar el Plan Integral de Salud en el cantón.

En virtud de lo expuesto, se concluye que no es necesario que la Municipalidad a su cargo cree mediante acto normativo el Consejo Cantonal de Salud de Loja, puesto que dicho Consejo ha sido creado conforme al numeral 3 del artículo 16 de la Ley Orgánica de la

Salud, el cual establece que el Sistema Nacional de Salud cuenta en el nivel cantonal con los Consejos Cantonales de Salud.

Por su parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Salud, corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, dotar a través de una ordenanza de la estructura mínima a la Presidencia de dicho Consejo y del respectivo financiamiento para su funcionamiento.

Respecto al pago de dietas a los miembros del Pleno del Consejo Cantonal de la Salud que no tengan la calidad de servidores públicos o que no perciban ingresos del Estado, de deberá aplicar lo dispuesto en los artículos 117, 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público, y 265 de su Reglamento General, los cuales disponen el pago de dietas únicamente a aquellas personas que no tienen la calidad de servidores públicos y no perciben ingresos del Estado y fueren designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, de las instituciones del Estado.

En consecuencia, al amparo del artículo 67 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de la Salud, se concluye que la Municipalidad de Loja está facultada para expedir la ordenanza que regule la estructura técnico administrativa del Consejo Cantonal de la Salud, incluyendo el presupuesto que permita su funcionamiento, debiendo además establecer si las dietas del indicado Consejo serán cubiertas por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, para lo cual tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 265 del Reglamento a la LOSEP, según se ha analizado ya en este pronunciamiento.

**OF. PGE. N°:** 06576, de 23-02-2012

## **CONSEJO NACIONAL DE COMPETENCIAS: EJERCICIO DE LOS GOBIERNOS PROVINCIALES Y CONVENIO DE COOPERACIÓN**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** CONSEJO PROVINCIAL DE SANTO DOMINGO DE LOS  
TSÁCHILAS

### **CONSULTAS:**

1. “¿Qué competencias pueden ejercer los gobiernos provinciales autónomos hasta que se conforme el Consejo Nacional de Competencias y sean asumidas las competencias exclusivas por sus titulares como lo determina el artículo 125 del COOTAD, las que han venido ejerciendo hasta la actualidad o exclusivamente las señaladas en el referido código?”.
2. “¿Puede el Gobierno Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas luego de haberse publicado el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización

suscribir un convenio de cooperación con la DINSE cuyo objeto es la construcción de infraestructura educativa en la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, en virtud de que aún no se ha conformado el Consejo Nacional de Competencias como lo establece el artículo 125 del COOTAD?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 260, 261, 262, 263, 264 y 267.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 42, 105, 108, 113, 114, 115, 117, 125 y 138.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

1. En el criterio jurídico institucional, constante en el oficio No. 082-PS-GPSDT-2010 de 29 de octubre de 2010, se expresa que si bien el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, prevé el ámbito de las competencias exclusivas de cada uno de los gobiernos autónomos descentralizados, no existe el ente regulador que administre y/o transfiera dichas competencias a cada uno de ellos, pues aún no se ha conformado, y en tal virtud, a criterio del Procurador Síndico del Consejo Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, los gobiernos provinciales autónomos del país, hasta que se conforme el Consejo Nacional de Competencias, pueden seguir ejerciendo las competencias que hasta la actualidad se han venido ejecutando hasta que las mismas sean asumidas en forma progresiva como lo determina el COOTAD.

En el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, fue publicado el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que deroga, entre otras disposiciones legales, la Codificación a Ley Orgánica de Régimen Municipal; la Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Provincial; la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, y su Ley Reformatoria; y, la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público.

El Título V, del mencionado Código, relativo a la Descentralización y al Sistema Nacional de Competencias, en su artículo 105 define a la descentralización como “la gestión del Estado que consiste en la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde el gobierno central hacia los gobiernos autónomos descentralizados”.

Por su parte, el Art. 108 del Código de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que el Sistema Nacional de Competencias, es: “El conjunto de instituciones, planes, políticas, programas y actividades relacionados con el ejercicio de las competencias que corresponden a cada nivel de gobierno guardando los principios de autonomía, coordinación, complementariedad y subsidiariedad, a fin de alcanzar los objetivos relacionados con la construcción de un país democrático, solidario e incluyente”.

El Art. 113 *ibidem*, establece que las competencias, son capacidades de acción de un nivel de gobierno en un sector. Se ejercen a través de facultades. Las competencias son establecidas por la Constitución, la ley y las asignadas por el Consejo Nacional de Competencias. Por su parte, el Art. 114 del Código *ibidem*, dispone que las competencias exclusivas son aquellas cuya titularidad corresponde a un solo nivel de gobierno de acuerdo con la Constitución y la ley, y cuya gestión puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno; mientras que las competencias concurrentes, según el Art. 115 *ibidem*, son aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia, por lo tanto deben gestionarse obligatoriamente de manera concurrente.

Con respecto a este tema, a decir del autor ecuatoriano José Suing Nagua, “Una competencia es una potestad estatal cuyo ejercicio es reconocido por la Ley a un organismo del nivel central o subnacional”, y agrega que “son competencias exclusivas las ejercidas por un organismo o nivel de gobierno con independencia de otro u otros, como por ejemplo las que establecen los artículos 261, 262, 263, 264 y 267 de la Constitución, como exclusivas de los niveles nacional, regional, provincial, cantonal y parroquial, respectivamente”.

El citado autor expresa que lo establecido en el Art. 260 de la Constitución de la República, que determina que: “El ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno”, significa que: “pese a la definición de competencias exclusivas para cada nivel de gobierno, la gestión en la prestación de servicios vinculados con las competencias exclusivas señaladas, las actividades de colaboración también vinculadas con las competencias exclusivas y las opciones de complementariedad, dentro del mismo escenario de las competencias exclusivas, pueden ser concurrentes con otros niveles de gobierno, lo cual no quita la exclusividad de la competencia para el nivel de gobierno asignado, con lo que queda pendiente el cómo hacer efectivo ese “ejercicio concurrente de la gestión”, de la que trata la norma constitucional”.

El artículo 117 del Código en Estudio, establece que el Consejo Nacional de Competencias es el organismo técnico del Sistema Nacional de Competencias; con personalidad jurídica, de derecho público, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, patrimonio propio y sede en donde se decida por mayoría de votos; y, se organizará y funcionará conforme el reglamento interno que dicte para el efecto.

Finalmente, el artículo 125 de la COOTAD, dispone que los Gobiernos Autónomos Descentralizados son titulares de las nuevas competencias exclusivas constitucionales, las cuales se asumirán e implementarán de manera progresiva conforme lo determine el Consejo Nacional de Competencias.

El Art. 263 de la Constitución de la República, determina las siguientes competencias exclusivas para los gobiernos provinciales autónomos, sin perjuicio de las otras que determine la ley:

1. Planificar el desarrollo provincial y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, cantonal y parroquial.
2. Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas.
3. Ejecutar, en coordinación con el gobierno regional, obras en cuencas y micro cuencas.
4. La gestión ambiental provincial.
5. Planificar, construir, operar y mantener sistemas de riego.
6. Fomentar la actividad agropecuaria.
7. Fomentar las actividades productivas provinciales.
8. Gestionar la cooperación internacional para el cumplimiento de sus competencias”.

Por su parte, el Art. 42 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone como competencias exclusivas del gobierno provincial autónomo, sin perjuicio de otras que se determinen, las siguientes:

- a) Planificar, junto con otras instituciones del sector público y actores de la sociedad, el desarrollo provincial y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, en el ámbito de sus competencias, de manera articulada con la planificación nacional, regional, cantonal y parroquial, en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad y el respeto a la diversidad;
- b) Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas;
- c) Ejecutar, en coordinación con el gobierno regional y los demás gobiernos autónomos descentralizados, obras en cuencas y micro cuencas;
- d) La gestión ambiental provincial;
- e) Planificar, construir, operar y mantener sistemas de riego de acuerdo con la Constitución y la ley;
- f) Fomentar las actividades productivas provinciales, especialmente las agropecuarias; y,
- m) Gestionar la cooperación internacional para el cumplimiento de sus competencias”.

Por su parte, el Código Orgánico de Administración Territorial, Autonomía y Descentralización, en su artículo 41 letra e), dispone como función del gobierno autónomo descentralizado provincial, el ejecutar las competencias exclusivas y concurrentes reconocidas por la Constitución y la ley.

Del texto de los últimos artículos citados se observa que las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos provinciales previstas en el artículo 263 de la Constitución de la República, son las mismas competencias exclusivas establecidas para dichos gobiernos en

el artículo 42 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Por lo tanto, se concluye que los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, tienen competencias exclusivas y concurrentes; las primeras son las establecidas en los artículos 263 de la Constitución de la República, y 42 del Código Orgánico de Administración Territorial, Autonomía y Descentralización. Las competencias exclusivas las ejercen dichos gobiernos autónomos descentralizados provinciales con independencia de otros niveles de gobierno sin que aquello signifique que esos otros niveles de gobierno no puedan colaborar con aquel a quien se le ha otorgado la competencia exclusiva, como así lo dispone el artículo 260 de la Constitución de la República.

En el presente caso, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización ha previsto expresamente en su Art. 125, la conformación del Consejo Nacional de Competencias para que los gobiernos seccionales autónomos puedan asumir las competencias exclusivas establecidas en la Constitución y la ley.

De igual modo, para el ejercicio de las competencias concurrentes de los gobiernos autónomos descentralizados, el segundo inciso del Art. 115 del COOTAD, ha previsto la regulación de un modelo de gestión de cada sector, sin perjuicio de las resoluciones obligatorias que pueda emitir el Consejo Nacional de Competencias, para evitar o eliminar la superposición de funciones entre los niveles de gobierno.

Por lo expuesto, en contestación a los términos de su consulta, toda vez que de conformidad con el artículo 138 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en armonía el artículo 264 de la Constitución de la República, es competencia exclusiva de los gobiernos autónomos municipales, en el marco de la planificación concurrente con la entidad rectora, construir la infraestructura y los equipamientos físicos de salud y educación, con sujeción a la regulación emitida por la autoridad nacional, no le corresponde al Gobierno Provincial de Sucumbíos ejercer la mencionada atribución en su circunscripción.

Con respecto a la mencionada atribución exclusiva de construir la infraestructura y los equipamientos físicos de salud y educación que les corresponde a los gobiernos autónomos municipales, me pronuncié mediante oficio No. 17655 de 26 de noviembre de 2010, ante una consulta formulada por el Alcalde del Cantón Gonzalo Pizarro.

En todo caso, al Consejo Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, le corresponderá ejercer las competencias que determine e implemente de manera progresiva el Consejo Nacional de Competencias para los Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales de conformidad con el artículo 125 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

2. Con respecto a esta pregunta, según el criterio jurídico del Procurador Síndico del Consejo Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, constante en el oficio No. 082-PS-GPSDT-2010 de 29 de octubre de 2010, luego de la publicación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, si procede suscribir un convenio de cooperación con la DINSE cuyo objeto es la construcción de infraestructura educativa en la Provincia del mismo nombre.

La Constitución de la República, en su Art. 261 numeral 6, dispone que el Estado Central tendrá competencias exclusivas sobre las políticas de educación, salud, seguridad social, vivienda; mientras que el capítulo IV del Código de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, relativo al “Ejercicio de las Competencias Constitucionales”, dispone en su Art. 138, lo siguiente:

“Art. 138.- Ejercicio de las competencias de infraestructura y equipamientos físicos de salud y educación.- Es facultad exclusiva del gobierno central la rectoría y definición de las políticas nacionales de salud y educación. El ejercicio de estas competencias no excluirá la gestión concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados en la planificación, construcción y mantenimiento de la infraestructura física, así como actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno, en el marco de los sistemas nacionales correspondientes.

Corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, en el marco de la planificación concurrente con la entidad rectora, construir la infraestructura y los equipamientos físicos de salud y educación, con sujeción a la regulación emitida por la autoridad nacional.

Cada nivel de gobierno será responsable del mantenimiento y equipamiento de lo que administre”.

El artículo 125 de la COOTAD, dispone que los Gobiernos Autónomos Descentralizados son titulares de las nuevas competencias exclusivas constitucionales, las cuales se asumirán e implementarán de manera progresiva conforme lo determine el Consejo Nacional de Competencias.

Por lo expuesto, toda vez que el “ejercicio de la competencia de infraestructura y equipamientos físicos de salud y educación”, establecido en el artículo 138 del COOTAD, ha sido catalogado por el Capítulo IV del Título V de dicho Código como una “competencia constitucional”, en atención a los términos de la segunda consulta, considero que hasta que no se conforme el Consejo Nacional de Competencias como lo establecen los artículos 117 y 125 del COOTAD, el Gobierno Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas no puede suscribir un convenio de cooperación con la DINSE cuyo objeto sea la construcción de infraestructura educativa en la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas.

**OF. PGE. N°: 00021, de 14-12-2010**

## CONTRATACIÓN DE ÍNFIMA CUANTÍA: EJECUCIÓN INDIVIDUAL DEL CONTRATO

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN TAISHA

### CONSULTAS:

1. “¿Puede el Gobierno Municipal del cantón Taisha contratar la construcción de obras (baterías sanitarias, caminos ecológicos para las comunidades fronterizas) en forma individual, mediante el procedimiento de ínfima cuantía, agrupándoles todas estas obras en una partida presupuestaria global?”.
2. “De conformidad a la Resolución No. 043-10-INCOP Art. 4, una vez agrupado y calculado la cuantía de todas las inversiones en una sola partida presupuestaria: ¿Es pertinente ejecutarlas individualmente, cada intervención sobre la construcción o infraestructura ya existente, otorgando trabajo a la gente de la zona fronteriza, puesto que los ciudadanos y comunidades no tienen acceso a servicios de comunicación como Internet y telefonía?”.

### BASES LEGALES:

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

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

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

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

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

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

### PRONUNCIAMIENTOS:

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

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

La consulta no refiere ningún antecedente concreto y cita, entre otras disposiciones, los artículos 54 y 55 letras d) y g) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que confieren a los gobiernos autónomos municipales competencia para promover el desarrollo de su circunscripción territorial cantonal; prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental; y, para planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo. Cita además el artículo 60 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que regula las contrataciones de ínfima cuantía.

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

Sobre dicha base, concluye el informe jurídico que: “En obras cuyo monto no supere el límite de ínfima cuantía se puede contratar mediante este procedimiento, tan solo las intervenciones dirigidas a la reparación, refacción, remodelación, adecuación o mejora de una construcción o infraestructura ya existentes. Este procedimiento no se puede aplicar para obras nuevas”. Agrega el informe que “En el caso de que en una determinada construcción existente, se requiera realizar varias intervenciones, los respectivos montos deberán ser sumados y en función del valor resultante se aplicará el procedimiento establecido en la Ley”.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, incluye en su ámbito de aplicación a los contratos para la ejecución de obras y el Título III de esa Ley, regula los procedimientos aplicables para la selección del contratista.

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

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

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

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

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

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

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

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

De las normas hasta aquí citadas se desprende que, el procedimiento de contratación de ínfima cuantía, es aplicable para la ejecución de obras, que es el tema que motiva su consulta, siempre que la cuantía de la contratación, sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto General del Estado, que para el año 2011

equivale a USD 4790. El artículo 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé como excepción, para este tipo de procedimiento, que la entidad puede seleccionar a un proveedor que no conste inscrito en el RUP, pero que deberá inscribirse en forma previa a la celebración del contrato, según lo prevé el artículo 18 de la Ley y el artículo 25 del Reglamento, exonera la inclusión de las contrataciones de ínfima cuantía, en el plan anual de contrataciones de la respectiva entidad.

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

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

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

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

De la norma transcrita se desprende que, el procedimiento de contratación de ínfima cuantía, si bien es aplicable para la ejecución de obras, no lo es respecto de los contratos que tengan por objeto la ejecución de obras nuevas, sino solamente de aquellos que se refieran a reparaciones, refacciones, remodelaciones, adecuaciones o mejoras de construcciones o infraestructuras ya existentes.

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

En atención a la primera parte de su consulta, se concluye que el Gobierno Municipal del Cantón Taisha no puede contratar la construcción de obras como baterías sanitarias, caminos ecológicos para las comunidades fronterizas, si se trata de obras nuevas, mediante el procedimiento de ínfima cuantía, pues de conformidad con el artículo 4 de la Resolución No. 043 del INCOP, dicho procedimiento es aplicable únicamente respecto de infraestructuras ya existentes, en cuyo caso el objeto del contrato debe ser la reparación,

refacción, remodelación, adecuación o mejora de una construcción o infraestructura ya existente. En consecuencia, esa Municipalidad deberá aplicar, según la cuantía de la obra que requiera ejecutar, los procedimientos de cotización o menor cuantía, regulados por los artículos 50 y 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con los artículos 56, 57 y 59 de su Reglamento General de aplicación.

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

De conformidad con los artículos 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 27 de su Reglamento General, previamente a la convocatoria de un procedimiento de contratación, las entidades deben certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de las contrataciones que constan en el Plan Anual de Contrataciones, certificación que debe incluir la información relacionada con las partidas presupuestarias o los fondos a los que se aplicará el gasto.

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

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

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

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

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

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

El Ministerio de Finanzas, mediante Acuerdo Ministerial No. 204 de 30 de julio de 2010, expidió el vigente Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público y el Catálogo General de Cuentas. El Clasificador Presupuestario en mención, en el numeral 7.5. consta la clasificación: "Obras Públicas", que "comprenden los gastos para las

construcciones públicas de beneficio local, regional o nacional contratadas con terceras personas. Se incluyen las reparaciones y adecuaciones de tipo estructural” y dentro de esta categoría, en el numeral 7.5.01 comprende a las obras de infraestructura que son gastos para obras civiles e industriales, que permitan la satisfacción de los servicios básicos urbanos o rurales. Esta última clasificación, a su vez se desglosa de acuerdo al tipo de obras en otras subclasificaciones, entre las que consta en el numeral 7.5.01.05 “Obras Públicas de Transporte y Vías” que corresponde a asignaciones destinadas a contratar la construcción de obras viales que faciliten y complementen las operaciones de transporte; y, en el numeral 7.5.01.99 consta la categoría “Otras Obras de Infraestructura” que agrupa a las asignaciones destinadas a la construcción de otras obras públicas no clasificadas en los ítems del Clasificador Presupuestario materia de análisis.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, en el caso específico de las contrataciones de ínfima cuantía para obras, una vez agrupadas todas las intervenciones que deban efectuarse sobre una infraestructura ya existente, conforme el segundo inciso del artículo 4 de la Resolución No. 043 del INCOP,

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

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

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

En forma adicional, la Municipalidad y los contratistas, están obligados a observar la disposición del artículo 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que si bien prevé como excepción, para los procedimientos de menor cuantía y por tanto para los de ínfima cuantía también, que la entidad pueda seleccionar a un proveedor que no conste inscrito en el RUP, tal inscripción se deberá efectuar en el RUP en forma previa a la celebración del contrato.

**OF. PGE. N°:** 01882, de 19-05-2011

## **CONTRATACIÓN DE PROFESORES: INSTITUCIONES MUNICIPALES**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DE MONTECRISTI

### **CONSULTA:**

"Si este gobierno municipal puede o no seguir cooperando, con la contratación de profesores para que presten servicios a instituciones educativas fiscales o si los profesores con nombramientos extendidos por esta municipalidad pueden prestar sus servicios personales a las instituciones fiscales que lo requieran, toda vez que se comprometería recursos fiscales municipales que no están presupuestado (sic) en el ejercicio fiscal del

presente año; y, sus representantes legales serían sancionados por malversación de recursos públicos".

### **BASES LEGALES:**

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

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 55 lit. g), 109, 110, 126, 138 y 328.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 97, 115, 116.

Ley Orgánica de Educación Intercultural, Arts. 6 lit. g), 22, 36, 53, 54 y 129.

Ordenanza Municipal que regula la creación y funcionamiento de Escuelas y Colegios Municipales en el Cantón Montecristi, Arts. 2, 3, 5 y 6.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Mediante oficios Nos. 1583 de 29 de abril de 2011 y 02461 de 23 de junio de 2011, la Procuraduría General del Estado solicitó e insistió a usted, disponga la emisión de copia certificada de la Ordenanza Municipal que crea el Colegio Municipal Domingo Olmedo Delgado Mantuano, y de toda la documentación relacionada con la consulta. Dichos requerimientos se realizaron de conformidad con el artículo 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007 y han sido atendidos mediante oficio No. 300-AMM de 24 de junio de 2011, recibido el 28 de junio del presente año.

Atenta la materia de la consulta y a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 01584 de 29 de abril de 2011, se requirió el criterio institucional del Ministerio de Educación, habiéndose recibido respuesta por parte de la titular de esa Secretaría de Estado, en oficio No. 0002109-CGAJ-2011 de 21 de junio de 2011, ingresado el 23 de junio del presente año.

El informe del Procurador Síndico Municipal contenido en oficio No. 007 RASC- PS-2011 de 10 de marzo del 2011 expone que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, mediante Ordenanza Municipal, que regula la creación y funcionamiento de escuelas y colegios municipales, promulgada en el año 2009, creó el Colegio Municipal Domingo Olmedo Delgado Mantuano, ubicado en el sector rural Pile, habiéndose designado a sus profesores, mediante nombramientos y otros por contrato de prestación de servicios ocasionales.

De la copia certificada de la citada Ordenanza que regula la Creación y Funcionamiento de Escuelas y Colegios Municipales en el Cantón Montecristi, remitida a pedido nuestro, se desprende que fue aprobada por el Concejo Municipal del Cantón Montecristi y sancionada por el Alcalde el 14 de octubre de 2009.

Los artículos 2 y 4 de la citada Ordenanza, prevén la creación de escuelas y colegios municipales, entre ellos el Colegio "Domingo Olmedo Delgado Mantuano" de la Comuna Pile, al que se refiere el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante.

Los artículos 5 y 6 de la citada Ordenanza, en su orden disponen:

"Art. 5.- Para el funcionamiento de las Escuelas Municipales, Colegios, y Centro de Formación para Adultos, el Gobierno Municipal, aportará con la contratación de Profesores para que laboren en las Instituciones Educativa mencionadas en los Arts. 2, 3 y 4 de esta Ordenanza, pagando un estipendio mensual a cada uno de los contratados".

"Art. 6.- Para cumplir lo mencionado en los Arts. 2, 4 y 5, el Municipio se compromete a crear una partida presupuestaria para realizar las gestiones de proyectos, trámites de documentos, convenios, permisos de funcionamientos y seminarios de capacitación".

El informe del Procurador Síndico agrega que, durante varios años, la Municipalidad de Cantón Montecristi ha venido colaborando además con las instituciones educativas de ese cantón, a pedido de los Directores de esos planteles, que no cuentan con suficientes profesores, por lo que: "se ha venido contratando a personal calificado en calidad de profesores municipales, prestación de servicio que ha sido por el tiempo del año lectivo".

El Procurador Síndico Municipal, en el informe de la referencia, manifiesta que: "De acuerdo a la información remitida por la Dirección Financiera Municipal, se indica que en el presente ejercicio fiscal, no existe partida presupuestaria para contratar profesores de ninguna índole".

El informe jurídico cita la letra g) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que confiere a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, competencia exclusiva para construir y mantener infraestructura física y equipamientos de educación y sobre dicha base concluye que: "no es competencia exclusiva ni función primordial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, como es el caso de esta municipalidad seguir colaborando con la contratación de profesores para que presten servicios en escuelas fiscales".

El mismo informe agrega que: "aquellos nombramientos que se hayan extendido al personal municipal en calidad de profesores se le debe cambiar de denominación; y, en el único colegio municipal no fiscalizado por el Ministerio de Educación "Domingo Olmedo Delgado Mantuano", ubicado en el sector rural "Pile" de esta jurisdicción cantonal de Montecristi, se debe agilizar los trámites para su fiscalización y que sea el Ministerio de Educación a través de la Dirección de Educación Provincial de Manabí, quien nombre o contrate personal docente para dicha institución educativa".

Por su parte, la Ministra de Educación en el oficio No. 0002109-CGAJ-2011 de 21 de junio de 2011, al que se ha hecho referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, invoca el artículo 138 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y los artículos 22 y 36 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que confieren al gobierno central facultad exclusiva para ejercer la rectoría y definición de las políticas nacionales de educación, así como competencia sobre la provisión de recursos educativos, y concluye manifestando que: "no procede que el Gobierno Municipal de Montecristi mantenga la prestación del servicio de educación, a través de la contratación de profesores para que presten servicios en escuelas fiscales".

En materia de educación, la letra g) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, confiere a los gobiernos autónomos descentralizados, competencia exclusiva para "g) Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley". En concordancia, el artículo 138 del citado Código Orgánico dispone:

"Art. 138.- Ejercicio de las competencias de infraestructura y equipamientos físicos de salud y educación.- Es facultad exclusiva del gobierno central la rectoría y definición de las políticas nacionales de salud y educación. El ejercicio de estas competencias no excluirá la gestión concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados en la planificación, construcción y mantenimiento de la infraestructura física, así como actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno, en el marco de los sistemas nacionales correspondientes.

Corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, en el marco de la planificación concurrente con la entidad rectora, construir la infraestructura y los equipamientos físicos de salud y educación, con sujeción a la regulación emitida por la autoridad nacional.

Cada nivel de gobierno será responsable del mantenimiento y equipamiento de lo que administre."

Del tenor de los artículos 55 letra g) y 138 del COOTAD se desprende que, en materia de educación, corresponde al gobierno central la rectoría y definición de las políticas nacionales, mientras que a los gobiernos autónomos descentralizados, les compete la planificación, construcción y mantenimiento de la infraestructura física destinada a la educación.

Por su parte, el artículo 53 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, clasifica a las instituciones educativas en: públicas, municipales, fiscomisionales y particulares; y, el artículo 54 ibídem, con respecto a las instituciones educativas públicas, establece que son:

fiscales o municipales, de fuerzas armadas o policiales; y prevé que la educación impartida por estas instituciones es laica y gratuita para el beneficiario.

El artículo 6 letra g) de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, establece como obligación del Estado "g. Garantizar la aplicación obligatoria de un currículo nacional, tanto en las instituciones públicas, municipales, privadas y fisco- misionales, en sus diversos niveles: inicial, básico y bachillerato; y, modalidades: presencial, semipresencial y a distancia". El diseño y control de la aplicación obligatoria del currículo nacional, corresponde a la Autoridad Educativa Nacional, según el artículo 19 de la misma Ley.

El artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, determina como competencias de la Autoridad Educativa Nacional, como rectora del Sistema Nacional de Educación, formular las políticas nacionales del sector, estándares de calidad y gestión educativos, y prevé que: "La competencia sobre la provisión de recursos educativos la ejerce de manera exclusiva la Autoridad Educativa Nacional y de manera concurrente con los distritos metropolitanos y los gobiernos autónomos descentralizados, distritos metropolitanos y gobiernos autónomos municipales y parroquiales de acuerdo con la Constitución de la República y las Leyes".

Las competencias de los gobiernos autónomos municipales, en materia de educación, están establecidas por el artículo 36 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que dispone:

"Art. 36.- De la relación con los gobiernos autónomos municipales.- Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución de la República, las leyes y, en particular, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, son responsabilidades de los gobiernos autónomos municipales, en relación con los centros educativos, las siguientes:

Brindar seguridad física de los establecimientos educativos frente a riesgos naturales y antrópicos;

Dar mantenimiento y protección de las instalaciones patrimoniales utilizadas para el funcionamiento de los centros educativos;

Brindar seguridad vial que incluye, entre otros aspectos, los de señalización de límites de velocidad, pasos cebra, pasos elevados, semáforos;

Controlar el uso del espacio público en relación con el funcionamiento de negocios o actividades lesivos a la seguridad del estudiantado o que interfieran con el normal funcionamiento de los establecimientos;

Controlar y regular el transporte escolar;

Planificar y gestionar el espacio público en correspondencia con la obligación de Estado de garantizar el acceso a una educación de calidad y cercanía, y con la construcción de la infraestructura educativa;

Apoyar la construcción y mantenimiento de espacios públicos para la utilización escolar; Apoyar la provisión de sistemas de acceso a las tecnologías de la información y comunicaciones; e,  
Dar mantenimiento de redes de bibliotecas, hemerotecas y centros de información, cultura y arte vinculadas con las necesidades del sistema educativo".

El artículo 129 de la citada Ley Orgánica confiere a la Autoridad Educativa Nacional, competencia para autorizar, regular y controlar el funcionamiento de todas las instituciones públicas, municipales, particulares y fiscomisionales en el ámbito de su competencia; así como, las políticas emitidas y los recursos asignados de conformidad con la presente Ley y el Reglamento.

Finalmente, la Disposición Transitoria Décima Primera de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, prescribe que: "El Ministerio de Relaciones Laborales, en coordinación con los Ministerios de Educación y Finanzas, podrá expedir resoluciones que definan condiciones excepcionales de contratación de docentes bajo cualquier modalidad de relación contractual y/o remunerativa".

Sobre la gestión concurrente de competencias exclusivas y la posibilidad de suscribir al efecto, convenios entre los distintos niveles de gobierno, los artículos 126 y 328 del COOTAD, disponen en su orden:

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

"Art. 328.- Prohibiciones a los órganos legislativos.-Está prohibido a los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados:

Interferir en la gestión de las funciones y competencias que no les corresponda por disposición constitucional o legal y que sean ejercidas por las demás dependencias públicas;

Interferir, mediante actos normativos, en la ejecución de obras, planes o programas que otro nivel de gobierno realice en ejercicio de sus competencias, salvo la existencia de convenios."

Por su parte, el artículo 109 del COOTAD clasifica a las áreas de intervención y responsabilidad que desarrolla el Estado en sectores privativos, estratégicos y comunes; y, el artículo 110 íbidem, con respecto a los sectores privativos dispone que son aquellos en

los que, por su naturaleza estratégica de alcance nacional, todas las competencias y facultades corresponden exclusivamente al gobierno central, y no son descentralizables. La misma norma establece que "Son sectores privativos la defensa nacional, protección interna y orden público las relaciones internacionales; las políticas económica, tributaria, aduanera, arancelaria, fiscal y monetaria; de comercio exterior: y de endeudamiento externo". Nótese que pese a la educación no consta entre los sectores privativos de competencia del gobierno central que establece el artículo 110 del COOTAD.

De las normas citadas se desprende que, las competencias en materia de educación, se distribuyen entre la Autoridad Nacional, que ejerce la rectoría del sector y la provisión de los recursos, según el artículo 22 de la citada Ley Orgánica de Educación Intercultural; y, los gobiernos autónomos descentralizados municipales, a los que corresponde la planificación, construcción y mantenimiento de la infraestructura física destinada a la educación, según los artículos 55 letra g) y 138 del COOTAD y 36 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Sin embargo, la educación no está incluida entre aquellas áreas privativas del gobierno central, establecidas por el artículo 110 del COOTAD, sin perjuicio de las competencias exclusivas de rectoría y provisión de recursos educativos, que asigna al gobierno central el artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

En consecuencia, es jurídicamente procedente que la gestión de la competencia de provisión de recursos educativos, pueda ser gestionada en forma concurrente con las municipalidades, de conformidad con el citado artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural en concordancia con el artículo 126 del COOTAD, que dispone al efecto que un convenio instrumente la autorización expresa del titular de la competencia.

De otra parte, las municipalidades pueden crear establecimientos de educación, sujetos al currículo de aplicación nacional, aprobado por la autoridad nacional de educación, según los artículos 6 letra g), 53 y 54 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Del tenor de su consulta y del informe del Procurador Síndico se desprende que en el presente ejercicio fiscal, no están presupuestados recursos municipales para la contratación de profesores.

En materia presupuestaria, la Municipalidad está sujeta al ámbito de aplicación del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuyo artículo 4 dispone que: "Se someterán a este código todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República".

El artículo 97 del citado Código Orgánico dispone que la programación presupuestaria es la fase del ciclo presupuestario en la que, en base de los objetivos determinados por la

planificación y las disponibilidades presupuestarias coherentes con el escenario fiscal esperado, se definen los programas, proyectos y actividades a incorporar en el presupuesto, con la identificación de las metas, los recursos necesarios, los impactos o resultados esperados de su entrega a la sociedad; y, los plazos para su ejecución.

De conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, "Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria".

Por su parte, el artículo 116 *ibidem*, dispone que: "Art. 116.- Establecimiento de Compromisos.- Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria."

De las normas citadas del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas se desprende que en la fase de programación presupuestaria a la que se refiere su artículo 97, todas las instituciones del sector público; y, entre ellas las Municipalidades, deben determinar los recursos necesarios para la ejecución de las actividades, programas y proyectos del correspondiente ejercicio fiscal. De lo que se colige que la necesidad de contratar nuevos profesores municipales, debe contar con la respectiva partida presupuestaria destinada a ese fin, de conformidad con el artículo 115 del citado Código Orgánico.

Si bien es jurídicamente procedente que la gestión de la competencia de provisión de recursos educativos, pueda ser gestionada en forma concurrente con las municipalidades, de conformidad con el citado artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural en concordancia con el artículo 126 del COOTAD, que dispone al efecto que un convenio instrumente la autorización expresa del titular de la competencia, al no contar la Municipalidad de Montecristi con recursos en su presupuesto municipal, que pueda destinar al efecto, en atención a los términos de su consulta se concluye que no le corresponde a la Municipalidad de Montecristi, contratar profesores para que presten servicios en instituciones educativas fiscales, pues la provisión de recursos para el funcionamiento de los establecimientos fiscales de educación, compete a la Autoridad Nacional de Educación, de conformidad con el artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Toda vez que de conformidad con los artículos 6 letra g), 53 y 54 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural las municipalidades pueden crear establecimientos municipales de educación, los profesores con nombramientos extendidos por esa municipalidad deben continuar prestando sus servicios en las instituciones municipales de educación; mientras

que, la suscripción de nuevos contratos, está sujeta a la existencia de recursos en el presupuesto municipal, de conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

**OF. PGE. N°:** 03045, de 28-07-2011

## **CONTRATO COMPLEMENTARIO: PLAZO PARA EJECUCIÓN DE RUBROS NUEVOS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN SALINAS

### **CONSULTA:**

Relacionada con la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la ejecución de obras adicionales necesarias en el contrato para la construcción del Puerto Pesquero Artesanal de Anconcito.

### **BASES LEGALES:**

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 85, 86, 87 y 89; y, 132 de su Regl. Gral.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Mediante oficio No. 6120 de 26 de enero de 2012, esta Entidad solicitó a usted reorientar los términos de la consulta respecto a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica; remitir el criterio jurídico del Procurador Síndico de esa Municipalidad sobre el tema materia de consulta, así como copias certificadas de los documentos relacionados con ella, e informar si se han suscrito contratos complementarios o autorizado órdenes de trabajo respecto a la obra Puerto Pesquero Artesanal Anconcito.

Este Organismo insistió en los requerimientos a los que se refiere el párrafo anterior, mediante oficio No. 6768 de 5 de marzo de 2012, habiéndose recibido la respuesta contenida en oficio No. GADMS/A-VPBM-0579 de 27 de marzo de 2012.

Como anexo a su oficio GADMS/VPBN-0046-2012 de 13 de enero de 2012, consta la comunicación No. GMS/VA-DCS-75-11 de 8 de diciembre de 2011, que contiene el pedido de consulta formulado a la Procuraduría General del Estado por el Vicealcalde de la Municipalidad de Salinas, cuya atención se solicita.

En dicho oficio, el Vicealcalde se refiere al contrato para la construcción de la obra Puerto Pesquero Artesanal Anconcito - Primera Etapa y argumenta que los contratos complementarios están reglados por los artículos 85, 86 y 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, pero que "los cambios pequeños producto del incremento de cantidades o creación de rubros nuevos, están liberados de la obligación de manejarse con un contrato complementario, permitiendo hasta un 25% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, de incremento en

cantidades de obra y hasta un 10% de tal valor, en rubros nuevos, sin contrato complementario. Todo lo que exceda tales parámetros deberá manejarse mediante contratos complementarios".

Agrega el Vicealcalde que: "durante el proceso de ejecución de obra, inicialmente se pueden disponer órdenes de trabajo para ejecutar rubros nuevos hasta un 10% del valor actualizado del contrato principal; posteriormente, de ser necesaria la ejecución de nuevos rubros, necesariamente se deberán suscribir Contratos Complementarios, tantos cuantos fueren necesarios, la suma de cuyos valores no podrá exceder el 35% del valor actualizado del contrato principal, a la fecha en que se resuelva realizar tales contratos complementarios."; y, que: "El límite de las cantidades adicionales de obra que puede ejecutarse mediante un Acta, sin necesidad de Contrato Complementario, es de hasta 25% del valor actualizado del contrato principal."

Añade que: "En consecuencia, si al porcentaje de las obras que pueden manejarse sin contrato complementario (hasta 35%), le sumamos el porcentaje que puede manejarse mediante contrato complementario (35%), tenemos que en un contrato de ejecución de obra, se pueden ejecutar obras adicionales, ya sea cantidades adicionales y/o rubros nuevos por hasta 70% del valor actualizado del contrato principal."

Sobre dicha base solicita "el criterio que la Procuraduría General del Estado tiene sobre este tema, con la finalidad de poder solucionar la construcción de obras adicionales que se han presentado en la ejecución del contrato de la referencia".

El criterio del Vicealcalde se sustenta en el expuesto por el Administrador del contrato, contenido en oficio No. 030-AC-2011 de 27 de septiembre de 2011 que refiere idénticos argumentos.

Entre los documentos que se han remitido a pedido nuestro, consta copia certificada del oficio No. FPPA-086-2011 de 30 de agosto de 2011, dirigido por el Fiscalizador al Administrador del Contrato de Fiscalización en el que, con respecto a la obra del puerto pesquero que se ejecuta por contrato con el Ing. Carlos Morocho D, manifiesta que se requiere elevar una consulta a la Contraloría General del Estado "en el sentido de que se aclare hasta cuanto es el porcentaje total que se podrá utilizar en la ejecución de la obra, concretamente, si es de 35% o 70% considerando los contratos complementarios, obras adicionales y rubros nuevos."

En el mismo oficio el Fiscalizador agrega que: "Según las evaluaciones realizadas al proyecto con el 35% no quedaría funcional y se deberá, si es del caso, ir preparando una nueva licitación."

Por su parte, el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. GADMS-ASJU-0035-2012 de 13 de enero de 2012, cuya copia certificada se ha remitido a pedido nuestro, refiere como antecedente que, el 15 de marzo de 2010 la Municipalidad de Salinas suscribió con el ingeniero Carlos Morocho Duque, el contrato para la construcción de la obra "Puerto Pesquero Artesanal de Anconcito Primera Etapa", financiado con un préstamo del BID; y, que el 18 de marzo del 2010 la Municipalidad suscribió el contrato de fiscalización de la obra Puerto Pesquero Artesanal de Anconcito, con el ingeniero Hernán Uscocovich.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad de Salinas, cita los artículos 85, 86 y 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que regulan las obras complementarias, la creación de rubros nuevos y establecen normas comunes a los contratos complementarios, y sobre su base concluye que: "Las disposiciones legales de los capítulos VII y VII (sic) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y, las reglamentarias que constan en los Capítulos VII y VII del Título III, no admite interpretación o consulta alguna por su claridad, ya que establece que en los eventos de "Reajustes de Precios", "Rubros Nuevos" y "Obras Complementarias", pueden realizarse mediante: órdenes de trabajo (10%), actas (25%) o contrato complementario (35%), sin que en ningún caso se exceda del 35%. El considerar independientemente con sus respectivos porcentajes tales rubros hasta completar como máximo el 70%, no es procedente y se estaría violando la Ley. Tal 70% que se establece en la Ley, comprende únicamente a los contratos de Consultoría más no los de obra, objeto de la consulta."

Entre los documentos cuya copia certificada se ha remitido en atención a nuestros requerimientos, consta el oficio No. 020-AC-2012 de 19 de marzo de 2012, por el que el Administrador del Contrato se dirige al Procurador Síndico Municipal y le informa que "hasta la presente fecha no se han realizado contratos complementarios con respecto a la obra, lo que se ha realizado son cantidades adicionales que están justificados mediante actas tal como lo indica el Art. 88 de LOSNCP y se ha ejecutado una orden de trabajo para rubros nuevos y justificado tal como lo indica el Art. 89 de LOSNCP".

La materia sobre la que trata la consulta está regulada por el capítulo VIII del Título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo artículo 85, dispone:

"Art. 85.- Obras y Servicios Complementarios.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario." En concordancia, el artículo 86 de la

misma Ley, establece como causa que justifica la celebración de contratos complementarios, la creación de rubros nuevos, en los siguientes términos:

"Art. 86.- Creación de Rubros Nuevos.- Si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo siguiente."

De las normas hasta aquí citadas se desprende que las causas por las que se pueden celebrar contratos complementarios, son las establecidas en los artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es cuando fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado, por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas durante su ejecución; o, para la creación de rubros nuevos, también motivada en causas técnicas.

En cuanto se refiere a la cuantía de los contratos complementarios, el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone:

"Art. 87.- Normas Comunes a los Contratos Complementarios.- La suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en los artículos 85 y 86, excepto en los contratos de consultoría y del sector hidrocarburífero, no podrá exceder del treinta y cinco (35%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la Entidad Contratante resuelva la realización del contrato complementario. Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales. El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del setenta (70%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal."

Idéntica disposición consta en el inciso segundo del artículo 132 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Del tenor literal de los artículos 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 132 de su Reglamento, se desprende que la cuantía de los contratos complementarios, no puede exceder del treinta y cinco por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal; y que dicha disposición, constituye una "norma común", aplicable por tanto a todos los casos regulados por el Capítulo VIII del Título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por su parte, el artículo 88 de la misma Ley, ubicado también en el Capítulo VIII, prescribe:

"Art. 88.- Diferencia en Cantidades de Obra.- Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieren diferencias entre las cantidades

reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, siempre que no se modifique el objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes. Si se sobrepasa el mencionado porcentaje será necesario tramitar un contrato complementario."

El artículo citado prevé el caso en el que durante la ejecución de la obra, sin que exista modificación del contrato, las cantidades reales de obra fueren superiores a las que fueron estimadas en él, evento en el que si la cuantía de dicha diferencia es de hasta el 25% del valor reajustado del contrato, procede su pago sin que sea necesario suscribir un contrato complementario.

Finalmente, el artículo 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone:

"Art. 89.- Ordenes de Trabajo.- La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del diez (10%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley..."

Del artículo transcrito se desprende que para la realización de rubros nuevos, esto es ítems no previstos en el contrato suscrito entre las partes, la entidad contratante podrá disponer su ejecución por un valor de hasta el 10% del valor actualizado o reajustado del contrato, mediante órdenes de trabajo.

Sobre la base de las normas citadas, en pronunciamiento contenido en oficio No. 17705 de 30 de noviembre del 2010, concluí que: "los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regulan los casos de ejecución de diferencias de cantidades de obra, de acuerdo con lo previsto en el contrato hasta por un 25% del valor reajustado del contrato, así como la ejecución de rubros nuevos mediante órdenes de trabajo, hasta por un diez por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato. En esos dos casos no se requiere de la suscripción de contratos complementarios; sin embargo, si las diferencias de cantidades de obra o los rubros nuevos, exceden la cuantía determinada en esas normas, entran a otro nivel en el que esta ley exige la celebración de un contrato complementario, y en tales circunstancias se aplica el límite establecido en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que determina que la cuantía de los contratos complementarios no podrá exceder del treinta y cinco por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal."

En el mismo pronunciamiento agregué que: "En consecuencia, de conformidad con la disposición expresa del artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que contiene normas comunes aplicables a los casos regulados por el Capítulo VIII de su Título IV, entre los que están tanto aquellos eventos en los que procede celebrar contratos complementarios (artículos 85 y 86 de la ley); como los casos en los que no es necesaria la suscripción de un contrato complementario (artículos 88 y 89 de la Ley), la cuantía total por todos estos conceptos no se puede acumular."

Idéntico criterio al expuesto en los dos párrafos precedentes consta en pronunciamiento contenido en oficio No. 16244 e 31 de agosto de 2010.

De la copia certificada del contrato para la construcción del Puerto Pesquero Artesanal Anconcito - Primera Etapa, remitida a pedido nuestro, consta que dicho contrato fue celebrado entre la Municipalidad del Cantón Salinas representada por su Vicealcalde como delegado del Alcalde y el ingeniero Carlos Morocho Duque; el instrumento fue suscrito el 15 de marzo de 2010 y protocolizado el mismo día ante el Notario Público del Cantón Santa Elena.

El objeto del contrato, según su cláusula cuarta fue "la Construcción del PUERTO PESQUERO ARTESANAL ANCONCITO PRIMERA ETAPA". De conformidad con la cláusula sexta, el precio del contrato fue de USD 4'960.933,65. La cláusula sexta contiene la tabla de cantidades y precios de los rubros contratados; y, la cláusula novena prevé el reajuste de precios.

El plazo para la ejecución de las obras objeto del contrato, según su cláusula décima primera, fue estipulado en 480 días calendario, contados a partir de la fecha de notificación de que el anticipo ha sido acreditado en la cuenta bancaria del contratista.

La cláusula décimo tercera del contrato al que se refiere la consulta prevé la suscripción de contratos complementarios y se remite al efecto al Capítulo VIII del título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Los subnumerales 13.2, 13.3 y 13.4 de dicha cláusula, se remiten en su orden a los artículos 85, 86 y 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para efectos de la suscripción de contratos complementarios, creación de rubros nuevos; y, normas comunes a los contratos complementarios. En forma adicional, el subnumeral 13.4 estipula que: "La suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en las subcláusulas 13.2 y 13.3 anteriores no podrá exceder del treinta y cinco (35%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la Entidad Contratante resuelva la realización del contrato complementario."

Conforme se desprende del subnumeral 13.4 de la Cláusula Décimo Tercera del contrato al que se refiere la consulta, la suma total proveniente de contratos complementarios y

creación de rubros nuevos, no podrá exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, lo que guarda conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que antes se analizó.

Con respecto al contrato de construcción del Puerto Pesquero Artesanal de Anconcito, al que se refiere la consulta, adjunto al oficio No. GADMS/A-VPBM-0579 de 27 de marzo de 2012, se ha remitido copia de los siguientes documentos:

Aprobación de Orden de Trabajo No. 1, de USD 107.798,82, solicitada por Fiscalización mediante oficio No. FPPA-104-2012 de 10 de enero de 2012, consta que "El monto de esta orden de trabajo corresponde al 2,17% del monto del contrato".

Actas de Cantidades Adicionales Nos. 1, 2 y 3 de 6 de agosto de 2010, 24 de marzo de 2011 y 25 de agosto de 2011, respectivamente, por un total de 12,28% del monto del contrato.

Del análisis que precede se concluye que, si la Municipalidad de Salinas ya ha autorizado la ejecución de rubros nuevos por un valor equivalente al 12,28% del contrato inicial; y, por órdenes de trabajo, por un valor equivalente al 2,17% del contrato inicial, para terminar la obra de construcción del Puerto Pesquero Artesanal de Anconcito objeto del contrato materia de consulta, la suscripción de un contrato complementario, se deberá limitar a un monto que sumado a los valores que por órdenes de trabajo y nuevos rubros, no exceda del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, conforme lo dispone el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En consecuencia, si la Municipalidad consultante, requiere la ejecución de nuevos rubros que excedan dicho límite del 35%, ello deberá ser objeto de un procedimiento precontractual y un contrato independiente.

**OF. PGE. N°:** 07730, de 10-05-2012

**CONTRATOS: LIQUIDACIÓN Y EXTENSIÓN DE DOS O MÁS CONTRATOS EN FORMA  
INDEPENDIENTE  
-PAGO POR COMPENSACIÓN-**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS, EMGIRS-EP

**CONSULTA:**

"Dos de esos contratos fueron celebrados con la Fundación Natura y con Natura Inc., el primero para la administración, mantenimiento y manejo integral de la estación de

transferencia de Zámbez y el segundo para la construcción, operación y manejo ambiental del relleno sanitario; el primer contrato se celebró únicamente con Natura Inc. Puesto que como consecuencia del primer contrato la EMGIRS debe realizar varios pagos al contratista, mientras que en el otro son los contratistas los que adeudan valores a la Empresa, me permito consultarle sobre la posibilidad de que opere el mecanismo de pago por compensación al que se refiere el artículo 1671 del Código Civil y, en consecuencia, sea posible retener los valores que la EMGIRS adeuda en un contrato, a fin de pagar con ellos los valores de los que es acreedora en el otro contrato".

### **BASES LEGALES:**

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

Código Civil, Arts. 1671, 1672, 1673, 1677 y 1957.

Ley de Reforma Tributaria, Disposición Transitoria Cuarta.

Resolución de la P. G. E. N° 17, Art. 4.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Mediante oficio No. 03550 de 6 de septiembre de 2011, este Organismo solicitó a usted remita copia certificada de la documentación relacionada con la consulta. El referido requerimiento de documentación, se realizó de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y del artículo 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, cuyo artículo 4 dispone que: "Al oficio de consulta se adjuntará obligatoriamente el criterio escrito y en texto independiente del Asesor Jurídico de la institución, sobre el asunto materia de la consulta, así como todos los documentos relacionados con la misma, en copias certificadas por autoridad competente".

Dicho requerimiento fue atendido mediante oficio No. EMGIRS 0319.2011 de 19 de septiembre de 2011; sin embargo, revisada la documentación remitida por esa empresa pública, se verificó que ésta no constaba en copias certificadas, por lo que mediante oficio No. 03873 de 26 de septiembre de 2011, este Organismo insistió en el requerimiento inicial, que finalmente fue atendido mediante oficio No. EMGIRS 0347.2011 de 4 de octubre de 2011, ingresado el 10 de octubre del presente año.

El informe jurídico contenido en memorando No. EMGIRS-AJ-0103-2011 de 14 de septiembre de 2011, que fue remitido como adjunto de su oficio EMGIRS 0319.2011 de 19 de septiembre de 2011, refiere como antecedente que la Corporación de Salud Ambiental de Quito (Vida para Quito), fue creada mediante Acuerdo del Ministerio del Ambiente No. 067 de 31 de octubre de 2001, con el objeto de ejecutar, entre otras actividades, proyectos ambientales definidos por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

Agrega que el 28 de abril de 2005, la Corporación de Salud Ambiental de Quito, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y la Empresa Metropolitana de Aseo, suscribieron un Convenio de Cooperación Institucional, mediante el cual la Corporación

asumió la competencia de desarrollar el proceso de disposición de los residuos sólidos producidos en el Distrito Metropolitano de Quito. Copia certificada del referido Convenio ha sido remitida a pedido nuestro.

Añade el informe jurídico que al amparo del citado Convenio de Cooperación Institucional, la Corporación de Salud Ambiental de Quito, suscribió entre otros, los siguientes contratos:

Con la compañía Natura Cía. Ltda., el 8 de junio de 2005, el contrato para la administración, mantenimiento y manejo integral de la Estación de Transferencia de Desechos Sólidos No. 2 - Zámiza, cuya terminación acordaron las partes el 7 de enero de 2011.

Con la Fundación Natura y con la Empresa Natura Inc. Cía. Ltda., el 22 de noviembre de 2006, el contrato para la construcción, operación, manejo ambiental del relleno sanitario y transporte de los desechos sólidos desde la Estación de Transferencia No. 2 hasta el Relleno Sanitario. Este contrato terminó de mutuo acuerdo, según Acta de Acuerdo Total de mediación No. 29-SCM-2010 de 28 de mayo de 2010, habiéndose comprometido las partes a efectuar una transición hacia el nuevo modelo de gestión del relleno sanitario de Quito, hasta el 31 de marzo de 2011. Copia certificada del Acta de Acuerdo Total ha sido remitida a pedido nuestro.

El informe añade que por considerar necesario reorganizar la estructura municipal y su modelo de gestión, para recuperar de manera ordenada el ejercicio de las potestades públicas para la prestación de servicios públicos, el Concejo Metropolitano de Quito, mediante Resolución No. CO 10 de 20 de agosto de 2009, autorizó al Alcalde para que ejecute los procedimientos legales para la disolución y liquidación de la Corporación de Salud Ambiental de Quito, disponiendo que los pasivos que no puedan ser solucionados y los contratos y convenios que no pudieren ser concluidos durante el proceso de disolución y liquidación, podrán ser asumidos por la Municipalidad o una de sus empresas públicas, previa la suscripción de los instrumentos contractuales correspondientes.

Se agrega que mediante Ordenanza Metropolitana No. 0323 sancionada el 18 de octubre de 2010, se creó la Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos (EMGIRS-EP), cuyo principal objeto es diseñar, planificar, construir, mantener, operar y en general, explotar la infraestructura del sistema municipal de gestión de residuos sólidos del Distrito Metropolitano de Quito; y que, mediante Convenio Interinstitucional para la Transferencia de Administración de la Gestión y Manejo de Residuos Sólidos, celebrado el 25 de febrero de 2011, la Corporación de Salud Ambiental de Quito transfirió a la Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos (EMGIRS-EP), todos los activos y pasivos, derechos y obligaciones derivados de los contratos, entre ellos los contratos celebrados con Fundación Natura y la Compañía Natura Inc.

Con respecto al tema específico materia de consulta, el informe jurídico expone que en nuestro ordenamiento jurídico la compensación, como modo de extinguir obligaciones, opera "cuando las dos partes son mutuamente deudoras". Cita los artículos 1671 y 1672 del Código Civil.

Sobre dicha base normativa, el informe jurídico argumenta que: "En el caso que nos ocupa eso significaría que lo adeudado por la EMGIRS-EP en virtud de un contrato puede compensarse lo adeudado por el contratista en virtud del otro"; y, agrega: "Para ello sin embargo, es indispensable que exista identidad entre deudores y acreedores cosa que no ocurre con los contratos a los que se ha hecho referencia, pues el contratista en el un caso es Natura Inc. Cía. Ltda; y, en el otro es Fundación Natura y Natura Inc. Cía. Ltda. Existe un tercero (Fundación Natura) que solo tiene obligaciones en virtud del contrato para la Construcción, Operación, Manejo Ambiental del Relleno Sanitario y Transporte de los Desechos Sólidos desde la Estación de Transferencia No. 2 hasta el Relleno Sanitario suscrito el 22 de noviembre de 2006".

El informe jurídico concluye que: "los contratos deben tenerse como independientes, sin que sea factible aplicar la compensación, porque las obligaciones derivadas de los dos contratos involucran a personas diferentes: la Fundación natura, y Natura Inc. Cía. Ltda. (Se hace notar que ésta compañía se constituyó con la participación accionaria mayoritaria de Fundación Natura). Se trata además de dos contratos con objetos diferentes, por tanto cada uno debe ser tratado y liquidado de manera individual, acorde a las obligaciones que se hayan asumido contractualmente y cumplido, conforme los informes de fiscalización y las correspondientes actas de entrega recepción".

En memorando No. EMGIRS-AJ-048-2011, que se adjuntó al oficio inicial de consulta, la Asesora Jurídica de esa empresa pública argumentó que "Efectuar una liquidación conjunta que permita tomar en cuenta los valores globales por la operación de la estación de transferencia y del relleno sanitario, aun considerando que son dos relaciones jurídicas distintas, estimaría que es posible, si se obtuviere expresamente el consentimiento de Fundación Natura y Natura Inc. Cía. Ltda., pues los valores que se deban en un contrato no son imputables al otro". El mismo memorando añade que se debe examinar la procedencia de retener los pagos de un contrato sobre la base de las obligaciones del otro y si al no efectuar la retención, eso podría entenderse como una actuación indebida de la Administración, con la correspondiente responsabilidad si no se llega a recuperar los valores adeudados por el contratista.

De las copias certificadas de los contratos a los que se refiere la consulta, que han sido remitidas a pedido nuestro se desprende lo siguiente:

1. El contrato de Administración, Mantenimiento y Manejo Integral de la Estación de Transferencia de Desechos Sólidos No. 2 - Zámbez, fue suscrito el 8 de junio de 2005,

entre la Corporación de Salud Ambiental de Quito, y la Empresa Natura Inc. Cía. Ltda. Su objeto, estipulado en la cláusula tercera, fue el siguiente: "... la Empresa se compromete a administrar, mantener y manejar en forma integral en dos fases la Estación de Transferencia de los desechos sólidos No. 2 (Zámbiza)".

En la cláusula segunda se refiere como antecedente que: "Con fecha 17 de mayo del 2005, Fundación Natura y la Corporación suscribieron un Convenio Marco para el Mantenimiento, Administración y Construcción de la Estación de Transferencia en el Sector de Zámbiza, Distrito Metropolitano. Así mismo, se comprometieron formalmente según la cláusula tercera a celebrar el contrato de administración, mantenimiento y manejo integral de la Estación de Transferencia de los desechos sólidos No. 2 (Zámbiza), a través de Natura Inc., en el mismo que se hará constar las etapas a desarrollarse."

La cláusula quinta prevé que la contratista debe entregar a la Corporación, una "garantía bancaria o póliza de seguro que respalde el buen uso del anticipo, por un monto de US \$ 70.000,00 con una vigencia de 30 días; y otra, que respalde el fiel cumplimiento del contrato, por el 10% del valor total del mismo. Esta última garantía o póliza deberá mantenerse vigente hasta que se produzca la terminación del contrato". La misma cláusula estipula que: "Las garantías bancarias o póliza de seguro indicadas serán incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, emitida por un banco o una compañía de seguros con domicilio en el Ecuador".

Según la cláusula sexta, las fases de ejecución del contrato son una inicial y de construcción; y una segunda fase de operación. El plazo del contrato, según su cláusula cuarta fue pactado en cinco años, previéndose que el contrato terminaría en forma automática, el 8 de junio del 2010.

La cláusula décimo primera prevé que el contrato es de naturaleza civil.

El 7 de junio de 2010, las mismas partes, esto es la Corporación Vida para Quito y Natura Inc., suscriben un adendum al contrato descrito en el acápite anterior, cuyo objeto según la cláusula cuarta fue modificar el plazo contractual, acordando que vencería indefectiblemente el 31 de marzo de 2011.

En la cláusula tercera "Antecedentes" refiere que la Corporación de Salud Ambiental de Quito es una persona jurídica de derecho privado con finalidad social, sin fines de lucro, sujeta al Código Civil y a su Estatuto, que se constituyó como Unidad de Gestión de los recursos captados mediante la aplicación de Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Reforma Tributaria No. 2001-41; y, a la Resolución No. C 0010 de 20 de agosto de 2009, por la que el Concejo Metropolitano autorizó al Alcalde iniciar la liquidación de la Corporación.

El contrato de construcción, operación y manejo ambiental del relleno sanitario de Quito y transporte de los desechos sólidos desde la Estación de Transferencia, fue suscrito el 22 de noviembre de 2006 por la Corporación de Salud Ambiental de Quito y la Fundación para la Conservación de la Naturaleza, Fundación Natura, en calidad de contratista.

El objeto del contrato, según su cláusula tercera, fue el diseño y construcción del relleno sanitario de Quito, ubicado en el sector "El Inga", su operación y administración; así como el transporte de los desechos sólidos desde el lugar de transferencia, esto es la Estación No. 2 hasta el sitio de disposición final, ubicado en el sector El Inga.

La cláusula sexta prevé que para el cumplimiento de las obligaciones que Fundación Natura asume por el contrato, "ésta se compromete a constituir un consorcio con las empresas previamente calificadas por la Corporación, o bien a celebrar los acuerdos que sean necesarios para el cumplimiento de este contrato, todos los cuales deberán sujetarse a lo previsto en este documento y no podrán modificarlo o alterarlo. Si en el futuro y para las finalidades indicadas, Fundación Natura optare por celebrar acuerdos con otras empresas para la construcción, operación, manejo de lixiviados, olores y gas, éstas deberán ser previamente calificadas por la Corporación."

El segundo párrafo de la cláusula sexta del contrato, prevé que la Fundación Natura será directamente responsable ante la Corporación, de todas y cada una de las obligaciones previstas en ese contrato.

La cláusula décimo sexta estipula las garantías que Fundación Natura debió entregar a la Corporación, para respaldar el fiel cumplimiento de las obligaciones, renovables anualmente por un monto equivalente al 10% de los valores cancelados por la Corporación en el período anual inmediatamente anterior.

Acta de Acuerdo Total de Mediación No. 29 SCM 2010 de 28 de mayo de 2010, suscrito entre la Corporación para la Salud Ambiental de Quito en Liquidación (Vida para Quito) y Fundación Ecuatoriana para la Conservación de la Naturaleza (Fundación Natura), por el que acuerdan terminar de mutuo acuerdo el contrato suscrito el 22 de noviembre de 2006 y se comprometen a efectuar una transición hacia el nuevo modelo de gestión del relleno sanitario de Quito, hasta el 31 de marzo de 2011.

Convenio Interinstitucional para la Transferencia de Administración de la Gestión y Manejo de Residuos Sólidos por parte de la Corporación de Salud Ambiental de Quito a la Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos, suscrito el 25 de febrero de 2011.

El objeto del Convenio según su cláusula segunda es acordar la transferencia por parte de la Corporación de Salud Ambiental de Quito a la Empresa Pública Metropolitana de Gestión

Integral de Residuos Sólidos, todos los activos y pasivos, derechos y obligaciones, derivados de los contratos y de toda la gestión de residuos sólidos, así como de los proyectos culminados y por culminar, cuya administración venía ejerciendo la Corporación.

En el numeral 2.1 de la cláusula segunda del referido Convenio Interinstitucional, consta descrito su objeto, en los siguientes términos:

"2.1. En atención a los antecedentes expuestos, las partes acuerdan la transferencia por parte de la Corporación de Salud Ambiental de Quito a la Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos, todos los activos y pasivos, derechos y obligaciones, derivados de los contratos y de toda la gestión de residuos sólidos, así como de los proyectos culminados y por culminar, cuya administración venía ejerciendo la Corporación hasta la fecha de suscripción del presente instrumento legal, conforme al detalle establecido en los documentos de anexo que forman parte integrante del presente instrumento legal, mismos que a continuación se detallan:

Anexo 2: Contratos de la Corporación de Salud Ambiental de Quito - Desechos Sólidos.

Anexo 3: Garantías de Seguro de Fianza Bancaria.

Anexo 4: Detalles de cuentas por pagar a contratistas por manejo de desechos sólidos del Distrito Metropolitano de Quito

Anexo 4.1: Cuentas por pagar de desechos sólidos; y,

Anexo 5: Valores por liquidar (EPMASEO) Juntas Parroquiales - Transferencia de Competencias en Manejo de Desechos Sólidos."

La cláusula quinta del convenio estipula que la Corporación de Salud Ambiental de Quito cede a la Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos, sus derechos y obligaciones como beneficiario de todas las garantías detalladas en el Anexo 3. Dicho anexo, describe las garantías otorgadas en los contratos sobre los que trata la consulta, el primero celebrado para la administración, mantenimiento y manejo integral de la Estación de Transferencia de Desechos Sólidos No. 2 Zámbriza y el segundo para la construcción, operación y manejo ambiental del relleno sanitario de Quito y transporte de los desechos desde la Estación de Transferencia No. 2 hasta el relleno sanitario, suscritos con Natura Inc. y Fundación Natura.

6. Memorando No. EMGIRS GER-ADMFIN-0141-2011 de 20 de junio de 2011, en el que la Gerente Administrativa Financiera de la empresa pública consultante informa a su Gerente General, los valores totales que Fundación Natura y Natura Inc. han recibido de la Corporación Vida para Quito con cargo a los respectivos contratos. En dicho informe consta que "Los anticipos otorgados han sido ya devengados".

El citado memorando expone que: "De la información disponible en el Sistema Contable de la Corporación Vida para Quito, no es posible determinar si los pagos corresponden a uno

o varios contratos, que permitan establecer si la liquidación de los rubros debe hacerse de forma conjunta o individual para cada uno de ellos".

De los documentos citados se desprende que los dos contratos de los que provienen las obligaciones sobre cuya compensación trata la consulta, fueron celebrados por la extinguida Corporación de Salud Ambiental de Quito (Vida para Quito), uno con la Fundación Natura y el otro con la compañía Natura Inc. Cía. Ltda, respectivamente; y, que dichos contratos se celebraron como consecuencia del "Convenio Marco para el Mantenimiento, Administración y Construcción de la Estación de Transferencia en el Sector de Zámiza, Distrito Metropolitano", suscrito el 17 de mayo de 2005, entre Fundación Natura y la Corporación Vida para Quito, en el que las partes se comprometieron a celebrar el contrato de administración, mantenimiento y manejo integral de la Estación de Transferencia de Desechos Sólidos No. 2 (Zámiza), "a través de Natura Inc."

Si bien el referido Convenio Marco no ha sido remitido a este Organismo, el contenido de su cláusula tercera, referido al compromiso de suscribir el contrato para la Operación y Mantenimiento de la Estación de Transferencia de Desechos Sólidos No. 2 Zámiza, a través de Natura Inc., ha sido citado en la cláusula segunda de dicho contrato, suscrito con esa empresa el 8 de junio de 2005.

Lo dicho permite concluir que las obligaciones que han sido transferidas por la extinguida Corporación Vida para Quito a la empresa pública consultante, mediante el Convenio Interinstitucional de 25 de febrero de 2011, están referidas a la gestión y manejo de residuos sólidos que tuvo a su cargo esa Corporación de Salud Ambiental; y, que en el caso específico de los contratos suscritos con Fundación Natura y Natura Inc., dichos instrumentos fueron celebrados en el contexto de un Convenio Marco celebrado el 17 de mayo de 2005, entre la Corporación de Salud Ambiental y Fundación Natura. Es pertinente considerar en forma adicional que en la cesión se han incluido en forma expresa las garantías que avalan el cumplimiento de las obligaciones específicas por parte de las contratistas, según la cláusula segunda del referido Convenio Interinstitucional, su cláusula quinta y su Anexo 3, descritos en los antecedentes de este pronunciamiento.

El contenido de la consulta exige considerar que la compensación es "la extinción, hasta el límite de la menor, de dos deudas existentes en sentido inverso entre las mismas personas". El numeral 6 del artículo 1583 del Código Civil, incluye a la compensación entre los modos de extinguir obligaciones; y, el artículo 1671 *ibidem*, establece los presupuestos en los que la compensación procede y dispone: "Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse".

De conformidad con el artículo 1672 del Código Civil, "La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se

extinguen recíprocamente en sus respectivos valores, desde que una y otra reúnen las calidades siguientes:

Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas, de igual género y calidad;

Que ambas deudas sean líquidas; y,

Que ambas sean actualmente exigibles...".

El artículo 1673 del Código Civil, dispone que para que haya lugar a la compensación "es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras"; y, agrega: "Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador. Ni requerido el deudor de un pupilo por el tutor o curador, puede oponerle, por vía de compensación, lo que el tutor o curador le deba a él. Ni requerido uno de varios deudores solidarios, puede compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el mismo acreedor, salvo que éstos se los hayan cedido".

En concordancia, el artículo 1677 del Código Civil dispone que: "La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero".

De las normas citadas se desprende que para que la compensación extinga obligaciones, debe operar entre dos partes que sean recíprocamente deudoras la una de la otra y por tanto, la compensación no procede respecto de deudas de terceros.

Por otra parte, es pertinente considerar que el segundo inciso del artículo 1957 del Código Civil dispone que: "La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados."

En el caso específico materia de consulta, no se cumplen los presupuestos jurídicos para que opere la compensación como modo de extinguir obligaciones, que es la existencia de deudas recíprocas entre dos sujetos, de conformidad con los artículos 1671 y 1673 del Código Civil, pues se trata de dos contratos suscritos por la extinguida Corporación de Salud Ambiental (Vida para Quito), con dos contratistas distintos, la empresa Natura Inc. y Fundación Natura, sin perjuicio del carácter de partícipe mayoritario que Fundación Natura tiene en Natura Inc. según refiere el informe jurídico, en virtud de que dicha empresa, al tenor del artículo 1957 del Código Civil, es una persona jurídica distinta de sus socios y por tanto un tercero para efectos de la relación jurídica contractual celebrada entre la Corporación Vida para Quito y Fundación Natura.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, no contiene ninguna norma que autorice a una entidad del Estado, a efectuar la retención de pagos que adeude; y, la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece que dichas empresas suspenderán los pagos a quienes la Contraloría General del Estado haya

establecido glosas de responsabilidad civil culposa que se hayan confirmado en sede administrativa, por cualquier causa y respecto de cualquier empresa pública o entidad del Estado, sin perjuicio del posterior ejercicio de la jurisdicción coactiva señalada en esta Ley. Añade la misma norma que la suspensión de pagos se efectuará hasta el monto de la glosa y servirá para garantizar su pago y no se cancelará por la presentación del juicio de excepción a la coactiva.

Es pertinente considerar en forma adicional que las garantías que otorgaron Fundación Natura y Natura Inc., para asegurar el cumplimiento de las obligaciones específicas provenientes de los respectivos contratos suscritos por la extinguida Corporación para la Salud Ambiental (Vida para Quito), han sido incluidas en el objeto de la cesión efectuada por esa Corporación a la EMGIRS, acordada mediante el Convenio Interinstitucional que se citó en los antecedentes de este pronunciamiento.

Del texto del citado Convenio Interinstitucional, descrito en el acápite 5 de los antecedentes de este pronunciamiento, no consta que las contratistas Fundación Natura y Natura Inc. y/o sus fiadores, hubieren participado en su celebración. Tampoco consta en la consulta ni en el informe jurídico que a ella se ha acompañado, si la cesión de las garantías que se acordó en las cláusulas segunda y quinta del referido Convenio Interinstitucional, se produjo con aceptación o conocimiento de los deudores o fiadores. El anexo 3 del citado Convenio, describe garantías otorgadas mediante pólizas de seguros, cuyo endoso prevé el artículo 52 del Reglamento a la Ley General de Seguros, en los siguientes términos: "En los anexos, cláusulas o endosos que se adhieran a las pólizas de seguro es requisito indispensable la incorporación de la identificación precisa de la póliza a la cual acceden; el nombre del contratante y/o asegurado, según el caso; y las firmas de las partes contratantes".

En atención a los términos de su consulta se concluye, que en virtud de que Fundación Natura y Natura Inc., pese a los vínculos societarios que mantienen según se refiere en el informe jurídico contenido en memorando No. EMGIRS- AJ-0103-2011 de 14 de septiembre de 2011, son dos personas jurídicas distintas, no se configuran los presupuestos establecidos en los artículos 1671 y 1673 del Código Civil, para que pueda operar la compensación de deudas respecto de la EMGIRS, provenientes de los contratos suscritos por la extinguida Corporación Vida para Quito. En consecuencia, los derechos y obligaciones provenientes de cada uno de dichos contratos, deberán ser liquidados y extinguidos en forma independiente.

**OF. PGE. N°: 04659, de 10-11-2011**

## CONTRATOS: TERMINACIÓN DEL CONVENIO POR MUTUO ACUERDO

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

### CONSULTAS:

1. “¿Si es procedente aplicar el capítulo noveno, que se refiere a la terminación de los contratos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al Convenio antes señalado?”.
2. “¿En el caso que no se pueda aplicar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al Convenio celebrado entre la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ibarra y la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guaranda, por incumplimiento de la primera de las señaladas, ¿Qué procedimientos debemos seguir y bajo qué marco jurídico?”.

### BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 2, 19, 92, 93, 94 y 95.  
Código Civil, Art. 7 regla 18.

### PRONUNCIAMIENTOS:

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

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

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

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

Art. 2.- Régimen Especial.-

Para estos procesos no se requiere el cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley tales como el registro único de proveedores RUP, estudios de desagregación tecnológica, compras de inclusión, porcentajes de participación local, formatos de documentos precontractuales, publicación en el portal, entre otros. Será la máxima autoridad de la entidad contratante la que determine los requisitos que se deberá cumplir en dichos procesos...”.

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

Con respecto a la terminación por mutuo acuerdo, el artículo 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que la terminación por mutuo acuerdo procede: “Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren”; y, agrega que la terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista.

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

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

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral

del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en el término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato”.

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

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

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

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

De las cláusulas del convenio inicialmente suscrito entre EMAPA-I y EMAPA-G (No. 133 AJ), así como de su adéndum, se desprende que las partes, que son dos instituciones del sector público, en cuanto se refiere a la terminación de dicho convenio, estipularon únicamente terminación por mutuo acuerdo; sin embargo, es pertinente considerar que en aplicación de la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

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

1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
2. Por mutuo acuerdo de las partes;
3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista;
4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,
5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no es pertinente absolver su segunda consulta.

**OF. PGE. N°: 01040, de 23-03-2011**

## CONTRATOS COMPLEMENTARIOS DE CONSULTORÍA: IMPROCEDENCIA DE SUSCRIPCIÓN

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN DE OTAVALO

### CONSULTA:

"¿En el contrato de Consultoría para la Fiscalización de la Construcción de Proyecto de Recuperación del Lago San Pablo a través del Alcantarillado Sanitario y Tratamiento de Aguas Residuales de las poblaciones aledañas, para justificar el pago del plazo adicional de prestación de servicios de consultoría, causados por la prórroga del plazo de la construcción es procedente realizar un contrato complementario solo hasta el 70% del valor actualizado o reajustado del contrato principal que establece la ley?, ó realizar una ampliación, como lo señala la cláusula Décimo Sexta del Contrato y cancelar el costo que demanden estos servicios, tomando en cuenta que no ha existido ampliación, modificación o complementación del objeto del contrato de Consultoría que sigue siendo: Consultoría para la Fiscalización de la construcción del proyecto de Recuperación del lago San pablo, a través del Alcantarillado Sanitario, aún que este exceda del 70% establecido para los contratos complementarios?"

### BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 6 núm. 8; 85, 86, 87, 144 y 145.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 251.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 178.

### PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 05417 de 13 de diciembre de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión del informe del Procurador Síndico de esa Municipalidad, así como copias certificadas de la documentación relacionada con las consultas; y, con oficio No. 05622 de 27 de diciembre de 2011, esta Entidad insistió en el requerimiento de documentación, que ha sido atendido con oficio No. 02-2011 AGMO de 3 de enero de 2012, recibido el día 5 de enero del presente año.

En el oficio inicial de consulta se expone que el 25 de marzo de 2009, la Municipalidad de Atavíalo suscribió con la Empresa COANDES, el Contrato de Construcción del Proyecto de Recuperación del Lago San Pablo a través del Alcantarillado Sanitario y Tratamiento de Aguas Residuales de las poblaciones aledañas, por el plazo de 365 días; y que, en el referido contrato de obra se han otorgado siete prórrogas de plazo, por lo que "el total de días de prórroga del plazo justificado de este contrato sería de 488 días".

Respecto al Contrato de Consultoría que motiva la consulta, cuyo objeto es la Fiscalización de la Construcción del Proyecto de Recuperación del Lago San Pablo a través del Alcantarillado Sanitario y Tratamiento de Aguas Residuales de las poblaciones aledañas, manifiesta que fue suscrito por esa Municipalidad con el ingeniero Efrén Galarraga, el 16 de abril de 2009, ante el Notario Segundo del Cantón Otavalo, por el plazo de 18 meses y el monto de USD 252.998,92.

La consulta expone que las prórrogas de plazo otorgadas en el contrato de obra influyeron directamente en los trabajos de fiscalización objeto del Contrato de Consultoría, por lo que el administrador del contrato solicitó la ampliación del plazo conforme a la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Consultoría; y, en el acápite 5 añade que: "Mediante Acta de Negociación tiempo adicional y costos de los servicios de consultoría, suscrita el 5 de julio de 2010 se negocia en un valor de 109.544,21 USD". En el acápite 10 del oficio de consulta, se agrega que el administrador del contrato "solicita la segunda ampliación por un valor de 158.423,83 USD, justificando razones técnicas y sociales".

En el acápite 12 del oficio de consulta, se menciona que: "Mediante oficio No. 2011-0161-DFIN de fecha 16 de agosto del 2011, la Econ. Mayra Andrade, Directora Financiera manifiesta que con la segunda ampliación solicitada por 158.423,83 USD, el monto total del contrato de fiscalización ascendería a un valor final de 520.966,96 USD es decir el 105,92% del contrato inicial, en tal virtud este valor excede el porcentaje establecido en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en un 35,92%".

El informe de la Procuradora Síndica de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 182-2011 AGMO de 30 de diciembre de 2011, remitido a pedido nuestro, cita las Cláusulas Décimo Tercera y Décimo Sexta del Contrato de Consultoría, que contienen las estipulaciones relacionadas con las causas que motivan la celebración de contratos complementarios y ampliación de plazo.

Sobre dicha base concluye que: "como consecuencia de las siete prórrogas del plazo concedido al contratista COANDES debe procederse a realizar la ampliación del plazo del contrato debiendo cancelar por los servicios de consultoría aunque este valor sobrepase el 70% del valor del contrato establecido según el Art. 86 (sic) de la LOSNCP para contratos complementarios".

Entre la documentación que ha sido remitida a pedido de este Organismo, constan copias certificadas, de los siguientes documentos:

Del Contrato para la Construcción del Proyecto de Recuperación del Lago San Pablo, celebrado por el Gobierno Municipal del Cantón Otavalo con la Constructora de los Andes (COANDES), el 25 de marzo de 2009.

El objeto del Contrato, según su Cláusula Quinta es la Recuperación del Lago San Pablo a través del Alcantarillado Sanitario y Tratamiento de Aguas Servidas de las Poblaciones Aledañas; el precio del contrato, según su Cláusula Sexta, fue estipulado en USA 4'587.988,65; y, el plazo total para la ejecución de los trabajos, según la Cláusula Novena fue estipulado en 365 días contados a partir de la transferencia del anticipo a la cuenta del contratista.

Las prórrogas de plazo del contrato de obra han sido autorizadas por el Alcalde, según consta en los siguientes oficios dirigidos por el administrador del contrato a la contratista:

Oficio No. 053-ADMFSP-2009 de 1 de diciembre de 2009, prórroga de 30 días.  
Oficio No. 05-ADMFSP-2010 de 20 de enero de 2010, prórroga de 58 días.  
Oficio No. 30-ADMFSP-2010 de 14 de marzo de 2010, prórroga de 94 días.  
Oficio No. 40-ADMFSP-2010 de 5 de julio de 2010, prórroga de 45 días en el plazo; y, oficio No. 54-ADMFSP-2010 de 24 de julio de 2010, prórroga de 32 días. Total 77 días de prórroga.  
Oficio No. 06-ADMFSP-2010 de 20 de diciembre de 2010, prórroga de 58 días.  
Oficio No. 002-ADMFSP-2011 de 4 de enero de 2011, prórroga de 75 días.  
Oficio No. 015-ADMFSP-2011 de 30 de marzo de 2011, prórroga de 56 días.  
Oficio No. 023-ADMFSP-2011 de 1 de julio de 2011, prórroga de 98 días.

El Contrato de Consultoría, sobre el que trata la consulta, suscrito el 16 de abril de 2009, entre el Gobierno Municipal de Otavalo y el Ing. Efrén Patricio Galarraga Soto, cuyo objeto según la Cláusula Cuarta es la Fiscalización de la construcción del proyecto "Recuperación del Lago San Pablo a través del Alcantarillado Sanitario y tratamiento de Aguas Servidas de las Poblaciones Aledañas".

El valor del contrato según la Cláusula Quinta, fue estipulado el USA 252.998,92. Las demás cláusulas de este contrato, relacionadas con el tema materia de consulta serán analizadas más adelante.

Acta de Negociación de Tiempo Adicional y Costos de los Servicios de Consultoría, suscrita el 5 de julio de 2010 entre el Consultor y la Municipalidad.

En el acápite I Antecedentes de la referida Acta, menciona que la Comisión Técnica responsable fue integrada por un Delegado del Alcalde, el Director de Agua Potable y Alcantarillado y la Asesora Jurídica. Según consta en dicha Acta, se "realiza la negociación del tiempo adicional de trabajo de la Fiscalización", en base a la propuesta del Consultor, pagándose como comprobables los siguientes rubros: viajes y viáticos; y, garantías.

Oficio No. 030-ADMFSP-2011 de 18 de agosto de 2011, dirigido al Alcalde de Otavalo por el Administrador del Contrato, en el que sobre el pedido de una segunda ampliación del

plazo del contrato de Fiscalización manifiesta: "La ampliación del plazo de la consultoría, es consecuencia de las prórrogas de plazo concedidas, por causas debidamente justificadas, al contratista de la construcción del proyecto: COANDES, Cía. Ltda."

En el mismo oficio agrega: "No se ha modificado el alcance y contenido de los servicios de consultoría, definidos en los pliegos, así como los términos de referencia constantes como Anexo 1 y en los demás anexos y condiciones contractuales, para que se deba aplicar la cláusula DÉCIMA TERCERA del contrato, referente a la suscripción de un contrato complementario."

Oficio No. 129-11-ASJU de 12 de septiembre de 2011, dirigido por la Procuradora Síndica al Alcalde de Otavalo, en el que con relación al Contrato de Consultoría, en el acápite 4 expone sobre la primera renegociación que: "Mediante Acta de Negociación de tiempo adicional y costos de los servicios de consultoría, suscrita el 8 de abril del 2009 se negocia en un valor de 109.544,21 USD".

En el acápite 9 del mismo oficio señalado en el párrafo que precede, se manifiesta que: "mediante oficio No. 25-ADMFSP-2011, el Ing. Jorge Sánchez Administrador del Contrato, solicita la segunda ampliación por un valor de 158.423,83 USD."

7. Oficio No. 2011-0209-DFIN de 8 de noviembre de 2011, dirigido al Alcalde de Otavalo por la Directora Financiera, con relación a la renegociación del Contrato de Consultoría, manifiesta en el acápite 2 que: "Debe definirse la pertinencia legal de suscribir un contrato complementario, cuando los trabajos de fiscalización ya han sido autorizados por el Administrador del Contrato y ejecutados por el contratista; siendo este procedimiento inadecuado y contradictorio con las normas legales que cito a continuación."

En el oficio de la referencia, la Directora Financiera de la Municipalidad de Otavalo cita los artículos 251 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que establecen que para contraer compromisos se requiere contar en forma previa con la respectiva certificación presupuestaria.

Sobre dicha base normativa, concluye la Directora Financiera que ha existido "inobservancia de los procedimientos administrativos para el comprometimiento de recursos y pagos"; y, añade que: "En lo que se refiere al pago al Ing. Efrén Galárraga Soto, Procuraduría Síndica deberá ser quien en términos legales, defina el procedimiento a aplicarse y documentos justificativos de los valores que legalmente deban reconocerse al contratista, considerando que los trabajos de fiscalización fueron prestados."

Según se desprende de los oficios Nos. 004-ADMFSP-2010 de 15 de enero de 2010 y 039-ADMFSP-2010 de 29 de junio de 2010, que cito a manera de ejemplo, dirigidos al Alcalde

por el Administrador del Contrato de Obra, las prórrogas del plazo del Contrato de Obra, fueron autorizadas en virtud de suspensiones en los trabajos y rediseños de obras, según la letra d) de la Cláusula Décima del Contrato de Obra.

Por su parte, el Contrato de Consultoría sobre el que trata su consulta, suscrito el 16 de abril de 2009, entre el Gobierno Municipal de Otavalo y el Ing. Efrén Patricio Galárraga Soto, tuvo por objeto según la Cláusula Cuarta, la prestación de "todos los servicios de consultoría requeridos para la Fiscalización de la construcción del proyecto "Recuperación del lago San Pablo a través del Alcantarillado Sanitario y tratamiento de Aguas Servidas de las Poblaciones Aledañas".

Según la Cláusula Quinta, el valor del contrato fue estipulado en USA 252.998,92, previéndose el pago del 40% del valor del contrato en calidad de anticipo. La citada Cláusula prevé que: "El saldo correspondiente al 60% del valor total estimado del presente contrato, se cancelará en planillas mensuales proporcionales en alícuotas iguales, en el plazo establecido para la ejecución de la obra".

Nótese que la Cláusula citada, no detalla honorarios en función del personal que labore en la fiscalización, sino cuotas mensuales de igual valor.

La Cláusula Sexta regla el reajuste de precios y se remite al efecto a los artículos 144 y 145 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. La Cláusula Séptima que estipula el plazo del contrato, tiene el siguiente tenor:

"7.1. EL CONSULTOR deberá entregar la totalidad del trabajo materia del presente contrato de servicios de consultoría a través de un Informe Final, en el plazo de 548 días (18 meses), contados a partir de la fecha de suscripción del contrato. 12 meses para la fiscalización de las obras y 6 meses para la fiscalización de operación de las plantas de tratamiento".

La Cláusula Octava prevé la prórroga del plazo del contrato de consultoría, en los siguientes términos:

"OCTAVA.- PRÓRROGA DE PLAZO: EL GOBIERNO MUNICIPAL DE OTAVALO podrá extender el plazo de vigencia del presente contrato solo en los casos que se indican a continuación. 8.3. Cuando se suspendan los trabajos o se cambien las actividades previstas en el cronograma por orden GOBIERNO MUNICIPAL DE OTAVALO y que no se deban a causas imputables AL CONSULTOR".

La Cláusula Décimo Tercera del Contrato de Consultoría, bajo el título "Contratos Complementarios", estipula que:

"Si durante la ejecución de los SERVICIOS DE CONSULTORÍA, objeto del presente Contrato, EL CONSULTOR o el GOBIERNO MUNICIPAL DE OTAVALO encontraren situaciones en las que sea necesario ampliar, modificar o complementar el alcance del presente contrato, el GOBIERNO MUNICIPAL DE OTAVALO decidirá y convendrá con EL CONSULTOR la suscripción de un contrato complementario, sujetándose a lo establecido en el Artículo 87 de la LOSNCP".

La ampliación de plazo del Contrato de Consultoría, está prevista en el numeral 16.4 de la Cláusula Décimo Sexta, en los siguientes términos: "De existir incrementos de plazo en el proceso de ejecución de las obras debidamente aprobados por la entidad contratante, la fiscalización se obliga a continuar prestando los servicios de consultoría para lo cual deberá negociar con la entidad contratante el tiempo adicional que deberá prestar sus servicios y los costos que esto demande".

Según manifiesta el Administrador del Contrato en oficio No. 25-ADMFS-2011 de 26 de junio de 2010, dirigido al Alcalde "En aplicación del contrato y en su oportunidad, se concedió al Consultor de Fiscalización una primera ampliación de plazo, que cubría las tres primeras prórrogas concedidas a la Cía. COANDES, negociándose el trabajo adicional de Fiscalización por 180 días, adicionales a los 365 días del contrato de fiscalización para la construcción del proyecto."

En el mismo oficio se agrega que: "por no disponerse de partida presupuestaria, los pagos del tiempo adicional correspondientes a la primera ampliación de plazo, se cancelaron a partir del mes de octubre del 2010, quedando un período de 6 meses anteriores sin cubrir el pago del personal empleado por la fiscalización".

Añade el Administrador del Contrato que, una vez que se ha concretado la terminación de los trabajos de construcción al 31 de julio de 2011, es procedente determinar la ampliación del plazo de Fiscalización; y, solicita se determine la partida presupuestaria para efectuar el pago del valor que ha aceptado la Comisión Técnica sobre la base de la propuesta económica del consultor.

El numeral 8 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, incluye en la definición de consultoría a la fiscalización de proyectos.

En materia de contratos complementarios, el Capítulo VIII del Título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 85, dispone:

"Art. 85.- Obras y Servicios Complementarios.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos

complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario".

En concordancia, el artículo 86 de la misma Ley, establece también como causa que justifica la celebración de contratos complementarios, la creación de rubros nuevos, en los siguientes términos:

"Art. 86.- Creación de Rubros Nuevos.- Si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo siguiente."

De las normas hasta aquí analizadas se concluye que las causas por las que se pueden celebrar contratos complementarios en materia de consultoría, son las establecidas en los artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es cuando fuere necesario ampliar, modificar o complementar el servicio, por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución; o, para la creación de rubros nuevos, también motivada en causas técnicas.

El artículo 87 de la misma Ley Orgánica, bajo el título de "Normas Comunes a los Contratos Complementarios", dispone en la parte final de su primer inciso que: "El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del setenta (70%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal". Idéntica previsión consta en el inciso segundo del artículo 132 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 02352 de 17 de junio de 2011, con respecto a la cuantía total en que se puede incrementar un contrato de obra, concluí manifestando que: "de conformidad con la disposición expresa del artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que contiene normas comunes aplicables a los casos regulados por el Capítulo VIII de su Título IV, entre los que están tanto aquellos eventos en los que procede celebrar contratos complementarios (artículos 85 y 86 de la ley), como los casos en los que no es necesaria la suscripción de un contrato complementario (artículos 88 y 89 de la Ley), la cuantía total por todos estos conceptos no se puede acumular".

Idéntico criterio es aplicable respecto de los contratos de consultoría, también sujetos a la disposición del artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En consecuencia, cualquier ampliación de un contrato de consultoría, se debe motivar en razones imprevistas o técnicas de conformidad con los artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y debe ser instrumentada a

través de contratos complementarios, cuya cuantía total no puede exceder del 70% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, según el artículo 87 *ibidem*.

En el evento de que, en la ejecución de un contrato de consultoría se requiriere la prestación de servicios que sobrepasen el límite del 70% establecido por el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para los contratos complementarios, dichos servicios deberán ser objeto de un contrato independiente.

En el caso, según consta en el oficio inicial de consulta No. 168-2011-AGMO de 6 de diciembre de 2011, en el contrato de ejecución de obra suscrito por la Municipalidad de Otavalo con la Empresa COANDES para la construcción de proyecto de Recuperación del Lago San pablo a través del Alcantarillado Sanitario y Tratamiento de Aguas Residuales de las poblaciones aledañas, "2. Se han concedido siete prórrogas: de 30 días la primera, 58 días la segunda, 94 días la tercera, 77 días la cuarta, 75 días la quinta, 56 la sexta y 98 días la séptima."

Las prórrogas de plazo concedidas en el contrato de obra "han influido en los trabajos de fiscalización" según el acápite 4 del oficio inicial de consulta; y, ello ha dado lugar a la firma del "Acta de Negociación tiempo adicional y costos de los servicios de consultoría, suscrita el 5 de julio de 2010.", según el acápite 5 del oficio de consulta.

Según el acápite 10 del citado oficio de consulta "Mediante oficio No. 25-DMFSP-2011, de fecha 26 de junio de 2010, recibido el 8 de agosto del 2011, el Ing. Jorge Sánchez Administrador del Contrato, solicita la segunda ampliación por un valor de 158.423,83 USD, justificando razones técnicas y sociales". La Asesoría jurídica de esa Municipalidad, según refiere el acápite 11 de la consulta considera que "toda vez que se ha justificado la ampliación del contrato de obra, el contrato de fiscalización también debe ser prorrogado el plazo, al momento que se disponga de la partida presupuestaria y disponibilidad económica".

Por tanto, las dos ampliaciones de plazos y costos del Contrato de Consultoría, al constituir una ampliación ocasionada por circunstancias imprevistas, debieron ser instrumentadas en uno o varios contratos complementarios, al tenor de los artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sujetos en su cuantía al límite del 70% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, de conformidad con el artículo 87 *ibidem*.

Del oficio No. 2011-0209-DFIN de 8 de noviembre de 2011 dirigido al Alcalde de Otavalo por la Directora Financiera y del oficio No. 25-ADMFSP-2011 de 26 de junio de 2010 del Administrador del Contrato, a los que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, se desprende que pese a que no se han celebrado contratos complementarios al de consultoría, los servicios de fiscalización correspondientes a la

"primera ampliación de plazo" fueron autorizados, prestados y pagados, conforme al Acta de Negociación de tiempo adicional y costos de los servicios de consultoría, de 5 de julio de 2010, a la que también se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento. El Administrador del Contrato, en el oficio de la referencia, manifiesta que: "por no disponerse de partida presupuestaria, los pagos del tiempo adicional correspondientes a la primera ampliación de plazo, se cancelaron a partir del mes de octubre del 2010".

La segunda ampliación del Contrato de Consultoría, solicitada por el Administrador del Contrato, según el acápite 10 del oficio de consulta, ha sido objetada en cuanto a su pago, por la Dirección Financiera de la Municipalidad en oficio No. 2011-0161-DFIN de 16 de agosto de 2011.

Del análisis jurídico que precede, en atención a los términos de su consulta se concluye que, en virtud de que los servicios ya han sido prestados por el consultor, no es procedente la suscripción de un contrato complementario al de consultoría, cuya cuantía máxima, además, estaba sujeta al límite del 70% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, de conformidad con el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Corresponde a la Auditoría Interna de la Entidad a su cargo, así como a la Contraloría General del Estado, determinar las eventuales responsabilidades de los funcionarios y servidores por las actuaciones y omisiones relacionadas con los procedimientos de celebración, ejecución y pago del contrato de consultoría que motiva su consulta, así como respecto del contrato de obra cuyas sucesivas prórrogas de plazo han influido en la necesidad de prorrogar los trabajos de fiscalización.

**OF. PGE. N°:** 06188, de 31-01-2012

## **CONTRATOS DE SERVICIOS PROFESIONALES: INHABILIDAD PARA CONTRATAR**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Portoviejo

### **CONSULTA:**

"¿Es procedente que el director del proyecto del plan maestro de agua potable de Portoviejo, contratado por el GAD Portoviejo bajo la modalidad de contrato de servicios profesionales, haya suscrito contratos con el estado para la ejecución de obras públicas, encontrándose vigente la relación con la municipalidad de Portoviejo?"

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 229, 230, 232 y 233.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 4, 12, 13, 24 lit. j), 117, 148 y Disposición General Tercera.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 62 núm. 3, 63 núms. 3, 4, 5; y, 110, 111 núm. 2 de su Reglamento General.

Código Civil, Art. 1463.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

El caso que motiva su consulta se halla referido a un profesional contratado por la Municipalidad a su cargo.

El inciso primero del artículo 229 de la Constitución de la República, prevé que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Idéntica previsión contiene el inciso primero del artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

La Ley Orgánica del Servicio Público no rige para los contratos de servicios profesionales, los cuales están regulados por el artículo 148 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, el cual prevé lo siguiente:

“Art. 148.- De los contratos civiles de servicios.- La autoridad nominadora podrá suscribir contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados sin relación de dependencia, siempre y cuando la UATH justifique que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad u organización, fuere insuficiente el mismo o se requiera especialización en trabajos específicos a ser desarrollados, que existan recursos económicos disponibles en una partida para tales efectos, que no implique aumento en la masa salarial aprobada, y que cumpla con los perfiles establecidos para los puestos institucionales y genéricos correspondientes. Estos contratos se suscribirán para puestos comprendidos en todos los grupos ocupacionales y se pagarán mediante honorarios mensualizados.

Las personas a contratarse bajo esta modalidad no deberán tener inhabilidades, prohibiciones e impedimentos establecidos para las y los servidores públicos. Tratándose de personas que hayan recibido indemnización o compensación económica por compra de renuncia, retiro voluntario, venta de renuncia u otras figuras similares, no constituirá impedimento para suscribir un contrato civil de servicios, conforme lo establece la LOSEP y este Reglamento General.

Las personas extranjeras, podrán prestar sus servicios al Estado Ecuatoriano, mediante la suscripción de contratos civiles de servicios profesionales o de servicios técnicos especializados para lo cual se estará a lo que establece para estas personas en la LOSEP, en este Reglamento General y las normas legales aplicables”.

Del tenor de la disposición reglamentaria invocada, se establece que los contratos de servicios profesionales proceden cuando la Unidad de Administración del Talento Humano UATH justifica que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad u organización, fuere insuficiente el mismo o se requiera especialización en trabajos específicos a ser desarrollados, que existan recursos económicos disponibles en una partida para tales efectos, que no implique aumento en la masa salarial aprobada, y que cumpla con los perfiles establecidos para los puestos institucionales y genéricos correspondientes.

Así mismo, son contratos de naturaleza civil y no producen relación de dependencia con la entidad contratante, sin perjuicio de lo cual, de manera previa a su contratación, deberán considerarse las inhabilidades, prohibiciones e impedimentos establecidos para los servidores públicos y en el caso de que hayan recibido compensaciones por renuncia, retiro voluntario u otras figuras similares, éstas indemnizaciones no constituyen impedimento para ser contratados.

Cabe puntualizar que sin perjuicio de que no existe relación de dependencia entre la persona contratada y la entidad para la que presta sus servicios y que en consecuencia no está sujeto a los beneficios y limitaciones propias de los servidores públicos de carrera, atenta la calidad de servidor público que le confieren los artículos 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público, en concordancia con el artículo 229 de la Constitución de la República, le son aplicables las prohibiciones e inhabilidades generales de los servidores públicos.

El informe jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Portoviejo, consta en el oficio No. POR12LEGALOFI0758 de 12 de noviembre de 2012, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, quien cita los artículos 229, 230, 232, 233 de la Constitución de la República; 12, 13 y 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público; y, 62 numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y concluye con el siguiente criterio:

“Con los antecedentes y normas legales consignadas, relevando que la Carta Suprema del Estado, determina que serán 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. Siendo prohibido en el ejercicio del servicio público, desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria. Adicionando el conflicto de intereses que pudiere emanar por las actividades realizadas como Director del Proyecto y como contratista de obras públicas (ICO), no estando exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por el manejo y administración de recursos públicos.

En ese orden, la Ley Orgánica del Servicio Público, es clara en establecer que ninguna persona desempeñará, al mismo tiempo, más de un puesto o cargo público, y quien lo

haga perderá de hecho todos los puestos. Disposición concordante con lo que prescribe la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que contempla que no podrán celebrar contratos con las Entidades Contratantes, los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada. Por lo consiguiente, salvo mejor criterio, se considera improcedente que el Director del Proyecto del Plan Maestro de Agua Potable de Portoviejo, contratado por el GAD Portoviejo bajo la modalidad de contrato de servicios profesionales, haya suscrito contratos con el Estado (ICO) para la ejecución de obras públicas, encontrándose vigente la relación con la Municipalidad de Portoviejo”.

Como se observa, el criterio jurídico de la entidad consultante, hace referencia a la prohibición de pluriempleo, contenida en los artículos 12 y 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que en su orden disponen:

“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 (...).

Art. 117.- Prohibición de pluriempleo y de percibir dos o más remuneraciones.- Sin perjuicio de lo prescrito por la Constitución de la República, a ningún título, ni aún el de contrato de servicios ocasionales, comisión u honorarios; una autoridad, servidora o servidor percibirá dos o más remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos contemplados en el artículo 3 de esta ley, lo cual incluye a los servidores públicos que por designación o delegación formen parte de cuerpos colegiados por lo que no se procederá al pago de dietas por su participación en los mismos ni al otorgamiento de ningún otro beneficio adicional.

Exceptúense de la regla del primer inciso, los honorarios y otros emolumentos que perciban los servidores que por sus conocimientos o experiencias, sean requeridos a colaborar en programas de formación o capacitación en calidad de organizadores, profesores, docentes universitarios, músicos profesionales, instructores o facilitadores, si tales programas son desarrollados o auspiciados por una entidad u organismo de los contemplados en el Artículo 3 de esta Ley, siempre que existan disponibilidades presupuestarias y las labores se realicen fuera de la jornada ordinaria de trabajo”.

Adicionalmente, la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica del Servicio Público 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 previstos en el artículo 3 de esa Ley Orgánica.

De los artículos 12, 117 y Disposición General Tercera de la Ley Orgánica del Servicio Público, previamente citados, se establece que el pluriempleo constituye una prohibición de aplicación general en el sector público, por la cual una persona se halla impedida de percibir dos o más remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos públicos y que es distinta de las inhabilidades para celebrar contratos de acuerdo a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a las que me referiré más adelante.

En el caso que la persona natural que es contratista del Estado, en cualquiera de los contratos de bienes, obras, o servicios regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el contratista percibe el pago del precio por los bienes, obras o servicios que provee. Si adicionalmente esa persona tiene un contrato de honorarios por servicios profesionales, conforme el artículo 148 de la Ley Orgánica de Servicio Público, sin relación de dependencia, por el cual percibe un honorario, no incurre en la prohibición de pluriempleo, conforme sugiere el informe jurídico de la entidad consultante, puesto que no se configura dicha prohibición ya que la persona no percibe dos o más remuneraciones provenientes de funciones o puestos públicos.

El pluriempleo es distinto de las inhabilidades generales y especiales que impiden celebrar contratos con las entidades del sector público y que constituyen un impedimento y por tanto quien incurre en ella tiene una incapacidad especial o particular para contratar, en los términos del inciso final del artículo 1463 del Código Civil que la define como “la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.

Las inhabilidades especiales y generales para contratar, están establecidas en los artículos 62 y 63 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 110 y 111 de su Reglamento General y que impiden a determinadas personas contratar con el Estado, al amparo de la indicada Ley Orgánica. Así, los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su orden, disponen lo siguiente:

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

1. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley;

2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director Ejecutivo y demás funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral;

3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada;

4. Quienes consten suspendidos en el RUP;

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

6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones.

Art. 63.- Inhabilitaciones Especiales.- No podrán celebrar contratos con la Entidad Contratante:

1. Los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción;

2. Las personas naturales o jurídicas, incluidos sus representantes legales, que hubieren realizado los estudios, los diseños y los proyectos de ingeniería o arquitectura, que presenten algún tipo de vinculación respecto a los ejecutores de las obras; y, los que hubieren elaborado las especificaciones de los bienes a adquirirse; salvo que el contrato se refiera a fiscalización, supervisión, o actualización de los estudios, diseños o proyectos;

3. Los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

4. Los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones; y,

5. Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los pliegos, relacionados con el contrato a celebrarse.

Si se comprobare la intervención de un oferente inhábil, éste quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin derecho a reclamo alguno”.

En concordancia, el artículo 110 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece: "Art. 110.- Inhabilidades.- Conforme el texto del primer inciso del artículo 62 de la Ley, la inhabilidad prevista en el número 2 de dicha norma legal, en tratándose de los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad se circunscribe a la entidad contratante en la que intervienen los dignatarios, funcionarios y servidores con los cuales existe el grado de consanguinidad o parentesco".

Por su parte, el numeral 2 del artículo 111 del citado Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe que a más de las inhabilidades previstas en el Art. 63 de esa Ley, no podrán celebrar contratos con la entidad contratante: "2. Las personas jurídicas con respecto de forma específica a la entidad contratante, en las que sean socios, accionistas o directivos: los funcionarios, servidores o dignatarios que están inhabilitados de forma general o especial, o sus cónyuges".

Igualmente los numerales 3, 4 y 5 del artículo 63, previamente referido, circunscriben la inhabilidad a la entidad contratante.

De las normas citadas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento se desprende que, la inhabilidad general por parentesco que impide suscribir contratos con las instituciones públicas, se extiende a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el, se podría presumir que cuentan con información privilegiada y por lo tanto se hallarían incurso en esta inhabilidad.

Por su parte, la letra j) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé que a los servidores públicos les está prohibido "j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; prohibición que también se aplicará para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés".

Del contexto general de las normas relativas a las inhabilidades para contratar con el Estado, que han quedado citadas, se establece que la prohibición de suscribir convenios o contratos con el Estado, está referida a aquellos contratos que celebre la respectiva entidad pública contratante. Así, los servidores públicos y sus parientes comprendidos

hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como las personas jurídicas en que éstos tengan participación, están impedidos de suscribir contratos con la entidad en la que el respectivo servidor ejerza sus funciones, pues de hacerlo incurrirían en dicha prohibición.

En igual prohibición se encuentran los servidores que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren favorecer a su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que tengan participación dichos servidores, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, aun cuando hubieren renunciado a sus funciones, según el numeral 3 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 110 de su Reglamento.

En consecuencia, la inhabilidad establecida en la letra j) del artículo 24 de la LOSEP, no es de carácter general sino especial y por tanto impide la suscripción de contratos, respecto de los servidores de la respectiva entidad contratante.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que no existe impedimento legal para que una persona contratada mediante contrato civil de servicios profesionales, suscriba contratos regulados por la Ley Orgánica de Contratación Pública, con otras entidades distintas de la que presta sus servicios, ya que aquello no constituye pluriempleo, de conformidad con los artículos 12 y 117 de la Ley Orgánica de Servicio Público, ni tampoco se configuran las inhabilidades dispuestas en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con los artículos 110 y 111 de su Reglamento General y la letra j) del artículo 24 Ley Orgánica de Servicio Público, cuyos textos han quedado citados. No obstante lo anterior, en virtud de las mismas normas, no procede que la persona contratada por servicios profesionales suscriba con la entidad en la que presta sus servicios, contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En similares términos se ha pronunciado esta Procuraduría respecto de las inhabilidades para contratar con el sector público, según consta del pronunciamiento contenido en el oficio No. 05783 de 5 de enero de 2012, dirigido al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública.

**OF. PGE. N°: 11277, de 03-01-2013**

## CONTRATOS INDEFINIDOS CON TRABAJADORES

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN SAN CRISTÓBAL

### CONSULTA:

“¿En sujeción al artículo 14 del Código del Trabajo es legal que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Cristóbal, suscriba contratos indefinidos con trabajadores que han cumplido más de dos años de servicio en forma ininterrumpida en la Municipalidad, bajo la modalidad de contratos eventuales o a plazo fijo?”.

### BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 4 y 5, y Disposición General Décima Octava.

Código del Trabajo, Arts. 8, 11, 14, 17 y 184.

### PRONUNCIAMIENTO:

El Informe No. 174-AJ-2013 de 13 de noviembre de 2013, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, que contiene el informe jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado consultante, cita el artículo 229 de la Constitución de la República; el artículo 4 y la Disposición General Décima Octava de la Ley Orgánica del Servicio Público; el artículo 14 del Código del Trabajo y varias Gacetas Judiciales, concluyendo en el siguiente criterio:

“En base al contexto legal y jurisprudencia invocada, se colige que es procedente que la municipalidad puede otorgar contratos indefinidos a los trabajadores que han venido laborando en forma ininterrumpida en la misma actividad, por más de un año y que dichas actividades o labores por su naturaleza se han vuelto estable y permanente en la entidad, por incremento y apertura de ciertos servicios públicos.

Para la suscripción de los contratos indefinidos debe existir previamente la certificación de partida y disponibilidad presupuestaria, emitida por la Dirección Financiera. De igual forma, la Unidad de Talento Humano debe verificar que los trabajadores cumplan con los requisitos legales para el ingreso al sector público, determinado en el Art. 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público”.

El inciso tercero del artículo 229 de la Constitución de la República, prevé que las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo; y, similar previsión consta en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Por su parte, el artículo 8 del Código del Trabajo, define el contrato individual de trabajo como 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 11 del Código Laboral, clasifica al contrato de trabajo en los siguientes términos:

“Art. 11.- Clasificación.- El contrato de trabajo puede ser:

- a) Expreso o tácito, y el primero, escrito o verbal;
- b) A sueldo, a jornal, en participación y mixto;
- c) Por tiempo fijo, por tiempo indefinido, de temporada, eventual y ocasional;
- d) A prueba;
- e) Por obra cierta, por tarea y a destajo;
- f) Por enganche;
- g) Individual, de grupo o por equipo; y,
- h) Literal derogado por Decreto Legislativo No. 8, publicado en Registro Oficial Suplemento 330 de 6 de Mayo del 2008”.

El tratadista Euquerio Guerrero, al referirse al contrato de trabajo y sus formas, señala:

“Ramírez Gronda, comentando la Ley Argentina, considera dos formas principales de contratación: de tiempo indeterminado y de tiempo determinado, o contrato a plazo, dando primacía, naturalmente, a la primera de estas formas de contratación, en atención a que la organización comercial e industrial moderna precisa colaboradores permanentes, capaces de suministrar a la organización de que se trata, la mayor parte, si no toda, de su actividad profesional. (...)

En forma más amplia, como consecuencia de la extensión de la obra, Guillermo Cabanellas, en su Tratado de Derecho Laboral, estudia el plazo en el contrato de trabajo y considera que pueden existir los siguientes tipos: por tiempo indeterminado; por tiempo determinado; a plazo fijo, por la naturaleza del trabajo por realizar; a plazo fijo, sin tener en cuenta la naturaleza del trabajo por realizar; para obra determinada y para obra indeterminada”.

La contratación laboral, a diferencia de la civil, no está sometida absolutamente a la voluntad de las partes y existen normas mínimas o aspectos mínimos que deben ser observados, tales como la jornada de trabajo, el salario mínimo, etc. En este sentido, Guillermo Cabanellas de Torres y Luis Alcalá – Zamora y Castillo, efectúan el siguiente comentario:

“Con el fin de evitar que el contrato de trabajo se convierta en simple acto de adhesión del trabajador a condiciones impuestas discrecional y unilateralmente por el patrono o empresario, se produce la intervención legislativa, mediante el llamado dirigismo jurídico,

que no afecta al contrato en su esencia, aun cuando fije, dentro del cuadro contractual, todas aquellas obligaciones que las partes 'han debido querer' a juicio del legislador. No significa la sustitución total del clásico régimen del contrato, el cual queda, en muchos de sus aspectos, libre del ordenamiento legal; se tiende, casi exclusivamente, a fijar condiciones mínimas de trabajo, que obstan a otras más beneficiosas para el trabajador, establecidas por vía convencional”.

En dicho contexto, el artículo 14 del Código del Trabajo referido en su consulta, ha previsto un tiempo de estabilidad mínima para los contratos laborales y las excepciones a aquella, en el siguiente tenor:

“Art. 14.- Estabilidad mínima y excepciones.- Establécese un año como tiempo mínimo de duración, de todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido, que celebren los trabajadores con empresas o empleadores en general, cuando la actividad o labor sea de naturaleza estable o permanente, sin que por esta circunstancia los contratos por tiempo indefinido se transformen en contratos a plazo, debiendo considerarse a tales trabajadores para los efectos de esta Ley como estables o permanentes.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior:

- a) Los contratos por obra cierta, que no sean habituales en la actividad de la empresa o empleador;
- b) Los contratos eventuales, ocasionales y de temporada;
- c) Los de servicio doméstico;
- d) Los de aprendizaje;
- e) Los celebrados entre los artesanos y sus operarios;
- f) Los contratos a prueba;
- g) Derogado por Decreto Legislativo No. 8, publicado en Registro Oficial Suplemento 330 de 6 de Mayo del 2008; y,
- h) Los demás que determine la ley”.

Es importante considerar que el inciso primero del artículo 14 del Código del Trabajo, que ha quedado citado, circunscribe la aplicación de dicha disposición a dos tipos de contratos “todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido”.

De la norma del inciso primero del artículo 14, se desprende que el legislador ha dispuesto que todo contrato por tiempo fijo o por tiempo indefinido, que celebren los trabajadores con empresas o empleadores en general, sea de un año como tiempo mínimo de duración, cuando la actividad o labor sea de naturaleza estable o permanente, sin que por esta circunstancia (en el evento de que las actividades de la empresa contratante no sean estables o permanentes), los contratos por tiempo indefinido se transformen en contratos a plazo, debiendo considerarse a tales trabajadores como estables o permanentes, salvo las

excepciones que constan en el inciso segundo de la misma disposición legal, entre los que se señalan los contratos eventuales, ocasionales y de temporada que menciona en su consulta y que son definidos en el artículo 17 del Código del Trabajo, en los siguientes términos:

“Art. 17.- Contratos eventuales, ocasionales, de temporada.- Son contratos eventuales aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personal que se encuentra ausente por vacaciones, licencia, enfermedad, maternidad y situaciones similares; en cuyo caso, en el contrato deberá puntualizarse las exigencias circunstanciales que motivan la contratación, el nombre o nombres de los reemplazados y el plazo de duración de la misma.

También se podrán celebrar contratos eventuales para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador, en cuyo caso el contrato no podrá tener una duración mayor de ciento ochenta días continuos o discontinuos dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días. Si la circunstancia o requerimiento de los servicios del trabajador se repite por más de dos períodos anuales, el contrato se convertirá en contrato de temporada. El sueldo o salario que se pague en los contratos eventuales, tendrá un incremento del 35% del valor hora del salario básico del sector al que corresponda el trabajador.

Son contratos ocasionales, aquellos cuyo objeto es la atención de necesidades emergentes o extraordinarias, no vinculadas con la actividad habitual del empleador, y cuya duración no excederá de treinta días en un año. El sueldo o salario que se pague en los contratos ocasionales, tendrá un incremento del 35% del valor hora del salario básico del sector al que corresponda el trabajador.

Son contratos de temporada aquellos que en razón de la costumbre o de la contratación colectiva, se han venido celebrando entre una empresa o empleador y un trabajador o grupo de trabajadores, para que realicen trabajos cíclicos o periódicos, en razón de la naturaleza discontinua de sus labores, gozando estos contratos de estabilidad, entendida, como el derecho de los trabajadores a ser llamados a prestar sus servicios en cada temporada que se requieran. Se configurará el despido intempestivo si no lo fueren.

Corresponde al Director Regional del Trabajo, en sus respectivas jurisdicciones, el control y vigilancia de estos contratos”.

Del artículo 17 del Código del Trabajo antes citado, se establece que los contratos eventuales, ocasionales y de temporada tienen su regulación particular, porque están orientados a cubrir necesidades no permanentes del empleador y en tal contexto la letra b) del artículo 14 del mismo Código, los excluye del período mínimo de duración de un año.

De otra parte, respecto de los contratos a tiempo o plazo fijo, del inciso primero del artículo 14 del Código del Trabajo, transcrito en líneas anteriores, se evidencia que dicha norma se refiere expresamente a que los contratos a tiempo o plazo fijo tienen como garantía una

duración mínima de un año. Sin perjuicio de aquello, cabe referirse a la disposición del inciso segundo del artículo 184 del Código del Trabajo, que al tratar sobre el desahucio, establece una duración máxima de los contratos a plazo fijo, en los siguientes términos:

“Art. 184.- Del desahucio.- 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.

En los contratos a plazo fijo, cuya duración no podrá exceder de dos años no renovables, su terminación deberá notificarse cuando menos con treinta días de anticipación, y de no hacerlo así, se convertirá en contrato por tiempo indefinido.

El desahucio se notificará en la forma prevista en el capítulo ‘De la Competencia y del Procedimiento’.”

En base del análisis jurídico precedente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Código del Trabajo, se concluye que son contratos eventuales aquellos que se realizan para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, debiendo además puntualizar en estos contratos, las exigencias circunstanciales que motivan la contratación y el plazo de duración. Así también proceden estos contratos para atender una mayor demanda de producción o servicios en actividades habituales del empleador, en cuyo caso el contrato no podrá tener una duración mayor de ciento ochenta días continuos o discontinuos dentro de un lapso de trescientos sesenta y cinco días. Si la circunstancia o requerimiento de los servicios del trabajador se repite por más de dos períodos anuales, el contrato se convertirá en contrato de temporada.

Además, el mencionado artículo 17 regula los contratos ocasionales que son aquellos cuyo objeto es la atención de necesidades emergentes o extraordinarias, no vinculadas con la actividad habitual del empleador, y cuya duración no excederá de treinta días en un año.

De otra parte, de conformidad con los artículos 14 y 184 inciso segundo del mismo Código, que en su orden se refieren a la estabilidad mínima de un año y duración máxima de los contratos a plazo fijo, se concluye que los contratos a plazo fijo tienen una duración máxima de dos años.

Corresponde a la entidad pública consultante, resolver bajo su exclusiva responsabilidad respecto de la suscripción de contratos indefinidos con trabajadores que han cumplido más de dos años de servicio en forma ininterrumpida, bajo las modalidades de contratos eventuales o a plazo fijo que motivan su consulta. De igual manera es responsabilidad de los funcionarios de la entidad los términos y condiciones que aquellos contratos pudieren establecer.

**OF. PGE. N°:** 16200, de 03-02-2014

## **CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS: BAJA DE TÍTULOS DE CRÉDITO -SUBVENCIÓN DE PAGO A MONUMENTOS HISTÓRICOS-**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN AZOGUES

### **CONSULTA:**

Formula dos consultas relacionadas con la aplicación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que regula la contribución especial de mejoras, tendientes a determinar la procedencia de que la Municipalidad emita nuevos títulos de crédito por tal concepto respecto de obras ya ejecutadas, y subvencione el pago de la referida contribución.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 264 núm. 5.

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

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 55, 57 lit. c), 186, 569, 575 y 591.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 63 núm. 24, 64 núm. 9, 396, 399 y 419.

Código Tributario, Arts. 1 inciso segundo y 31.

Res. N° 17, R. O. N° 102 11-06-2007, Art. 5.

Ordenanza Sustitutiva para el Cobro de la Contribución Especial de Mejoras por Obras Ejecutadas en el Cantón Azogues, R. O. N° 541 de 5-03-2009, Arts. 20,21 y 32.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Mediante oficio No. 02224 de 10 de junio de 2011, de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, esta Procuraduría solicitó a usted la remisión del criterio jurídico del Procurador Síndico de esa Municipalidad, debidamente fundamentado, respecto del objeto de cada una de sus consultas, así como la remisión de copias certificadas de los documentos a los que sus consultas se refieren, en virtud de que el criterio jurídico adjunto a su oficio, contenido en oficio No. 2011-856-UAJ de 25 de mayo de 2011, no contiene un análisis jurídico de las normas que en él se mencionan. Los requerimientos de este Organismo han sido atendidos mediante oficio No. 2011-5036 de 1 de agosto de 2011, recibido el 3 de agosto del presente año.

En el oficio inicial de consulta se expone que la Municipalidad de Azogues ejecutó la obra de "Construcción del Colector de Descarga de Aguas Lluvias del Centro Parroquial de Javier Loyola", cuyo monto inicial asciende a US \$ 111,276.07 y que formó parte de esa obra, la ejecución de un tramo de alcantarillado sanitario, por el valor de US \$15,487.75, que según la consulta beneficia únicamente a algunos frentistas y no a todos los habitantes del sector. Agrega la consulta que: "En razón de la oposición de los habitantes, a pagar la

Contribución Especial por Mejoras determinadas por la Entidad con el carácter de sectorial, se realizó un estudio socio económico de los beneficiarios, a objeto de determinar la capacidad de pago de este tributo".

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas, que han sido formuladas con el siguiente tenor:

"¿El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, se encuentra facultado legalmente, para del monto inicial de la obra, esto es \$111,276.07, descontar los valores invertidos en un tramo de alcantarillado por un valor de \$15,487.75, que beneficia únicamente a ciertos frentistas y emitir nuevos títulos de crédito por Contribución Especial de Mejoras a los beneficiarios del mismo?".

"¿Del monto, restante de la obra, esto es de \$95,788.32, y en base al estudio socio económico realizado, mi representada esto es el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, se encuentra facultado legalmente para subvencionar parte del pago de la Contribución Especial por Mejoras?".

El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 2011- 1042-UAJ de 21 de mayo de 2011, remitido a pedido nuestro, cita los artículos 569, 576 y 578 del vigente COOTAD, que determinan el objeto, carácter y base de la contribución de mejoras, así como el artículo 591 ibídem, que autoriza al órgano normativo establecer exenciones a dicho tributo.

Agrega que la Ordenanza Sustitutiva para el cobro de la contribución especial de mejoras por obras ejecutadas en el cantón Azogues, publicada en el Registro Oficial No. 541 de 5 de marzo de 2009, se encuentra vigente en lo que no se oponga al COOTAD; y, que el artículo 20 de la citada Ordenanza, clasifica a las contribuciones especiales de mejoras en locales y sectoriales. Con respecto a la obra ya ejecutada por la Municipalidad, que motiva la consulta, que es la Construcción del Colector de Descarga de Aguas Lluvias del Centro Parroquial de Javier Loyola, el informe del Procurador Síndico expone que ésta fue clasificada en su momento como de beneficio sectorial, pero que: "En razón de la negativa de los moradores beneficiados, a pagar los valores que demanda la tasa (sic) de contribución especial de mejoras, se nombró una comisión, conformada por varios funcionarios municipales.", comisión que, según se expone en el oficio inicial de consulta, ha presentado un Informe Socioeconómico, que fue conocido por el Concejo Municipal en sesión de 12 de mayo de 2011, habiéndose resuelto acoger el estudio y "elevar a consulta, a la Procuraduría General del Estado y a la Contraloría General, sobre la procedencia o no de la subvención a los tributos de contribución Especial de Mejoras".

Copia del acta correspondiente a la sesión del Concejo Municipal del Cantón Azogues de 12 de mayo de 2011, a la que se refiere el informe jurídico, ha sido remitida en atención a nuestro requerimiento y en ella consta, según las intervenciones de los Concejales

economista Jhon Peñaloza y doctor Juan Ortega, que los títulos de crédito correspondientes a la contribución especial de mejora que motiva la consulta "se emitieron en el 2008", "año en que se entregó la obra", esto es durante la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, derogada por el COOTAD, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

El informe jurídico argumenta que: "el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, está facultado para realizar una nueva determinación de los frentistas beneficiados por la ejecución de un tramo de alcantarillado sanitario, por un valor de \$15,487.75, calificándola como obra local, por tanto serían estos contribuyentes, quienes tienen la obligación de cancelar la tasa por concepto de de (sic) contribución especial de mejoras. En lo que hace relación al monto restante de la misma; por la cantidad de \$95,788.32 que se refiere a la Construcción del Colector, propiamente dicho, y que beneficia a casi toda la colectividad de la parroquia, continuaría considerándosela como sectorial".

El informe del Procurador Síndico cita entre otras normas, los artículos 55 y 57 letra c) del COOTAD, que confieren a las municipalidades competencia para crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras, así como el artículo 569 del COOTAD, que autoriza al concejo municipal a disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes y sobre dicha base concluye que:

"la Municipalidad de Azogues, se encuentra facultada para normar el cobro de la tasa por este concepto, conforme así lo ha hecho a través de una Ordenanza. Tanto en la ley cuanto en éste último cuerpo legal analizado, se desprende que no se ha establecido, ningún tipo de subvención; por el contrario, analizando la capacidad de pago, la situación económica y social de los beneficiarios de la obra pública, se ha establecido un Régimen de Subsidios, por tanto y conforme los argumentos planteados anteriormente, estimo que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Azogues, se encuentra impedido de subvencionar el pago de la tasa por contribución especial de mejoras de la obra "CONSTRUCCIÓN DEL COLECTOR DE DESCARGA DE AGUAS LLUVIAS DEL CENTRO PARROQUIAL DE JAVIER LOYOLA", en los términos establecidos en el informe de la comisión de funcionarios Municipales y acogida por el Ilustre Concejo Municipal, debiendo en caso que la situación social y económica de los vecinos de la parroquia Javier Loyola, no permita cubrir el pago de la tasa, establecer y aplicar el régimen de subsidios constantes en el Art. 32 de la Ordenanza en mención."

La Ordenanza Sustitutiva para el Cobro de la Contribución Especial de Mejoras por Obras Ejecutadas en el Cantón Azogues, está publicada en el Registro Oficial No. 541 de 5 de marzo de 2009. Los artículos 20, 21 y 32 de la citada Ordenanza, en su orden, disponen:

"Art. 20.- Por el beneficio que generan las obras que se pagan mediante las contribuciones especiales de mejoras, estas se clasifican en:

Locales, aquellas que causan un beneficio directo a los propietarios frentistas.

Sectoriales, las que causan el beneficio a un sector o área de influencia debidamente delimitada".

"Art. 21.- Corresponde a la Dirección de Planificación del Municipio de Azogues y a las direcciones técnicas de las empresas municipales, determinar la clase (sic) beneficio que genera la obra ejecutada, para lo cual I. (sic) Concejo dictará el reglamento correspondiente".

"Art. 32.- La Municipalidad observando el principio de solidaridad; así como la capacidad de pago de los contribuyentes establece un régimen de subsidios para los propietarios de los predios de acuerdo a los siguientes parámetros.

Los propietarios que demuestren que el nivel de ingresos es de un salario básico unificado el 100% de la contribución especial de mejoras.

Los propietarios de la tercera edad, así como las personas con discapacidades el 50% de la contribución especial de mejoras.

Los propietarios que demuestren que el nivel de ingresos es de hasta dos salarios básicos unificados el 25% de la contribución especial de mejoras.

Para la aplicación de los subsidios, los contribuyentes deberán realizar la solicitud al alcalde de la ciudad, quien dispondrá a Trabajo Social de la entidad, realizar el análisis social y económico; y, emitir el informe correspondiente con la documentación de sustento; documentos que serán remitidos a la Dirección Financiera, Sección de Rentas Municipales y Departamento de Avalúos y Catastros, para el trámite pertinente". Sus consultas tienen por objeto determinar, al amparo del ordenamiento jurídico actualmente vigente, la procedencia jurídica de que el Concejo Municipal de Azogues modifique la clasificación de la contribución especial de mejoras proveniente de la obra de "Construcción del Colector de Descarga de Aguas Lluvias del Centro Parroquial de Javier Loyola", calificada inicialmente como de beneficio sectorial y por la que se han expedido en el año 2008 los correspondientes títulos de crédito, de manera que se reclasifique parte de esa obra como de beneficio local, a fin de que el pago de la contribución de mejoras se efectúe únicamente por los propietarios directamente beneficiados, manteniéndose la calificación de beneficio sectorial para la restante parte de la obra. La consulta tiene como propósito además, determinar si cabe subvencionar parte del pago de la referida contribución especial de mejoras, otorgando los subsidios establecidos en la Ordenanza a la que antes se hizo referencia.

El contenido de sus consultas exige considerar que la Ordenanza sustitutiva para el cobro de la Contribución Especial de Mejoras por obras ejecutadas en el Cantón Azogues, se expidió al amparo de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, derogada por el COOTAD, que rige desde su promulgación.

El numeral 5 del artículo 264 de la Constitución de la República establece que los gobiernos municipales tienen competencia exclusiva para crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras. El artículo 301 *ibidem*, 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 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 servicios públicos; mientras las contribuciones especiales de mejora están destinadas a costear las obras públicas de infraestructura.

En virtud de que sus consultas se refieren a la procedencia de emitir nuevos títulos de crédito que sustituyan a los ya emitidos en el año 2008, y subvencionar el pago de la contribución especial de mejoras, es pertinente analizar las disposiciones de Ley Orgánica de Régimen Municipal, derogada por el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

El artículo 63 numeral 24 de la citada Ley Orgánica derogada, confería al concejo 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 numeral 9 del artículo 64 de la referida Ley Orgánica derogada, prohibía al concejo, "Condonar obligaciones constituidas en favor de la municipalidad".

En relación con la contribución especial de mejoras que motiva su consulta, el artículo 396 de la Ley Orgánica derogada, establecía 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 el artículo 399 *ibidem*, 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 Ley Orgánica derogada 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 citadas se desprende que el artículo 63 numeral 24 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, facultaba al concejo para crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras; y, los artículos 399 y 419 de la misma Ley Orgánica derogada establecían la obligación de pagar la contribución especial de mejoras, disponiendo que los sujetos pasivos de dicho tributo, son los propietarios de todas las propiedades beneficiadas por la ejecución de la obra "sin excepción alguna".

La derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal no preveía la posibilidad de exonerar total o parcialmente del pago de la contribución especial de mejoras, salvo el caso establecido en el artículo 399 de esa Ley, referido a las propiedades catalogadas como monumentos históricos, evento en el que las municipalidades podían absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones totales o parciales que se concedieran a dichas propiedades.

En forma adicional, es pertinente considerar que el numeral 9 del artículo 64 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, prohibía al concejo "condonar obligaciones constituidas en favor de la municipalidad".

Por su parte, el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), en su artículo 55 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 el artículo 57 ibidem, prescribe que corresponde al concejo municipal: "...c) Crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute".

De conformidad con el artículo 186 del COOTAD, los gobiernos municipales y distritos metropolitanos autónomos pueden crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras, generales o específicas; tasas por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad, el uso de bienes o espacios públicos; y, contribuciones especiales de mejoras, en razón de las obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción.

El artículo 569 del COOTAD prevé que los concejos municipales o distritales "podrán disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras en consideración de la situación social y económica de los contribuyentes".

De conformidad con el artículo 575 del citado COOTAD, son sujetos pasivos de la contribución especial de mejora, "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 privada le corresponde al alcalde de conformidad con este Código".

En concordancia, el artículo 591 del COOTAD prescribe que: "Las exenciones establecidas por el órgano normativo competente serán de cargo de las municipalidades o distritos metropolitanos respectivos".

Por su parte, el artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, define como "gasto tributario": "los recursos que el Estado, en todos los niveles de gobierno, deja de percibir debido a la deducción, exención, entre otros mecanismos, de tributos directos o indirectos establecidos en la normativa correspondiente". Agrega la misma norma, con respecto al gasto tributario de los gobiernos autónomos descentralizados que: "la unidad encargada de la administración tributaria de cada gobierno autónomo, lo cuantificará y anexará a la pro forma 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"; mientras que con respecto a la condonación de deudas tributarias, el artículo 54 *ibídem* prevé que: "sólo podrán condonarse o remitirse en virtud de ley, en la cuantía y con los requisitos que en la misma se determinen. Los intereses y multas que provengan de obligaciones tributarias, podrán condonarse por resolución de la máxima autoridad tributaria correspondiente en la cuantía y cumplidos los requisitos que la ley establezca".

Cabanelas define la "CONDONACIÓN" como: "Renuncia gratuita de un crédito. El Perdón o remisión de una deuda u obligación", en tanto que la "EXENCIÓN", la conceptualiza como: "Situación de privilegio o inmunidad que goza una persona o entidad para no ser comprendida en una carga y obligación, para regirse por leyes especiales. En materia fiscal, expresa relevación de un gravamen, por estar comprendido en categoría no imponible o por 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 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 de la Constitución de la República, 55 letra e), 57 letra c), 186, 569, 575 y 591 del COOTAD 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 las obras que ejecuten; y, que 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 pro forma presupuestaria correspondiente.

Del análisis que precede se concluye que no es procedente que la Municipalidad del Cantón Azogues pueda subvencionar, esto es disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras, por obras ejecutadas durante la vigencia de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, respecto de las cuales esa entidad ya emitió títulos de crédito, que los beneficiarios de dichas obras de infraestructura están obligados a pagar, pues ni la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, ni el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización han previsto la posibilidad de condonar obligaciones tributarias.

La obligación de pago de las contribuciones especiales de mejoras, corresponde a todos los propietarios de los inmuebles beneficiados con las obras, y según los artículos 399 y 419 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, entonces vigente, no admitía excepción alguna.

La exención o disminución que actualmente es posible establecer mediante Ordenanza, según los artículos 569 y 575 del COOTAD en vigencia, atento el carácter tributario de la contribución, regiría únicamente para el futuro y por tanto, no podría aplicarse en forma retroactiva, de conformidad con el artículo 300 de la Constitución de la República, que incluye a la irretroactividad entre los principios que rigen el régimen tributario.

En los términos expuestos me pronuncié en oficio No. 02318 de 15 de junio de 2011, en atención a una consulta sobre similar materia, formulada por la Municipalidad del Cantón El Tambo.

En tal sentido, con respecto a su primera consulta se concluye que no es jurídicamente procedente que se modifique la clasificación de la contribución de mejoras, de beneficio sectorial a local, una vez que ya se han expedido los respectivos títulos de crédito, pues

éstos han generado ya obligaciones tributarias cuya condonación no han previsto ni la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal ni el vigente COOTAD.

Por tanto, con respecto a su segunda pregunta se concluye que la Municipalidad de Azoques no está facultada para subvencionar parte del pago de una Contribución Especial por Mejoras establecida durante la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en virtud de que la subvención constituiría una exención esto es una dispensa de la obligación tributaria, según el artículo 31 del Código Tributario, que estaba autorizada por el artículo 399 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, únicamente respecto de las propiedades que hubieren sido calificadas como monumentos históricos, sin que la posibilidad de establecer la exención que los artículos 569 y 575 del vigente COOTAD permiten, pueda ser aplicada en forma retroactiva.

De los artículos 264 numeral 5 de la Constitución de la República, 55 letra e), 57 letra c), 186, 569, 575 y 591 del COOTAD y 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se desprende que a partir de la promulgación del COOTAD, los concejos municipales están facultados para crear, modificar, exonerar o extinguir tasas por los servicios que presten y contribuciones especiales por las obras que ejecuten; y, que 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 pro forma presupuestaria correspondiente.

Es pertinente considerar que el artículo 350 del COOTAD, confiere la potestad coactiva para el cobro de los créditos de cualquier naturaleza que existieran a favor de los gobiernos cantonales, y dispone que se ejercerá por los respectivos tesoreros o funcionarios recaudadores. Según el artículo 352 de citado Código Orgánico, el procedimiento coactivo se ejercerá aparejando el respectivo título de crédito que lleva implícita la orden de cobro.

El COOTAD, no contiene disposiciones relativas a la baja de títulos de crédito por concepto de contribución especial de mejoras, salvo el caso de la baja de créditos incobrables, que en el inciso segundo del artículo 340 del referido Código Orgánico dispone: "La autoridad financiera podrá dar de baja a créditos incobrables, así como previo el ejercicio de la acción coactiva agotará, especialmente para grupos de atención prioritaria, instancias de negociación y mediación. En ambos casos deberá contar con la autorización previa del ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados".

Por tanto, previa la autorización del Alcalde del Cantón Azoques, la autoridad financiera municipal podría dar de baja los créditos incobrables, especialmente de los grupos de atención prioritaria, una vez que se haya agotado el ejercicio de la acción coactiva para el cobro de la contribución especial de mejoras por las obras ejecutadas en ese Cantón.

**OF. PGE. N°: 03604, de 08-09-2011**

## CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS: COBRO DE PORCENTAJES Y AMPLIACIÓN DE PLAZO

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN GONZALO PIZARRO

### CONSULTAS:

“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?”.

“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.

### PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el informe No. 121-PS-GADMCGP-2012 de 9 de abril de 2012 anexado 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 mandato 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

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”.

Cabanelas 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: 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 núm. 1 y 267 núm. 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 núm. 2, 64 núms. 4, 5, 8, 9, 24 y 25; 236, 247 y 418 (derogada).

Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, Arts. 4 lits. 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 de 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 *ibídem*, 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 ibídem, 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 urbanas 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

## **CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS: EXENCIÓN POR APORTE DE LA COMUNIDAD**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Mejía

### **CONSULTA:**

“¿En los casos de obras realizadas por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón con el aporte de la comunidad sea pecuniario o en trabajo, la exención a las que se refieren los Arts. 281 y 570 del COOTAD, es total o solamente hasta el monto de dicho aporte, debiendo el Gobierno Municipal cobrar por contribución especial de mejoras, el saldo hasta completar el valor total de la obra?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 55, 57 lit. c), 186, 264 núm. 5 y 301.  
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 13.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 275, 281, 569, 570, 574, 573, 575 y 576.  
Código Tributario, Arts. 31 y 32.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

En forma previa a atender su requerimiento, mediante oficio No. 12323 de 8 de marzo de 2013, este Organismo le solicitó reformular los términos de la consulta respecto a la inteligencia o aplicación de normas legales y remitir a la Procuraduría General del Estado el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Procurador Síndico de la Entidad Edilicia que usted representa, conteniendo un análisis jurídico de las normas y la posición jurídica institucional en la que se concluya en base a dicho análisis, de conformidad con previsto en el artículo 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y en el artículo 4 de la Resolución No. 17.

Mediante oficio No. 2013-084-AGADMCM de 15 de marzo de 2013, ingresado a esta Procuraduría el 18 de marzo del presente año, usted atendió el oficio No. 12323 de 8 de marzo de 2013, en los siguientes términos:

“Los artículos 281 y 570 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, cuyo texto transcribí en el oficio mediante el cual realicé la consulta, señalan que cuando se realizan obras con el aporte pecuniario o de trabajo de la comunidad, esto es por cogestión, los beneficiarios no pagarán contribución de mejoras, están exentos.

Sin embargo, nuestra duda es si la exención es sobre el monto total de la obra o solamente hasta el monto del aporte de la comunidad, debiendo el Gobierno Municipal del Cantón Mejía, cobrar la contribución de mejoras sobre el saldo. Por tanto, la consulta se refiere al alcance de la aplicación de dichas normas”.

Al efecto, procede a reformular su consulta en los siguientes términos:

“¿En los casos de obras realizadas por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón con el aporte de la comunidad sea pecuniario o en trabajo, la exención a las que se refieren los Arts. 281 y 570 del COOTAD, es total o solamente hasta el monto de dicho aporte, debiendo el Gobierno Municipal cobrar por contribución especial de mejoras, el saldo hasta completar el valor total de la obra?”.

En el referido oficio usted remitió adjunto el criterio jurídico del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Mejía, constante en el informe No. 047-2012-AJ de 23 de mayo de 2012, en el cual se expresa que:

“Si la comunidad aporta o (sic) aportado con la mano de obra en la ejecución de un proyecto, no se debe cobrar contribución especial de mejoras, en la forma como señalan las disposiciones legales citadas”. (Arts. 275 y 281 del COOTAD).

A fin de contar con mayores elementos de juicio para atender su consulta, a través del oficio No. 12473 de 20 de marzo de 2013, esta Procuraduría remitió al Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, copia del citado oficio No. 2013-084-AGADMCM de 15 de marzo de 2013, con el propósito de que nos participe el criterio institucional al respecto.

Con oficio No. AME-DE-2013-0187 de 1 de abril de 2013, recibido en esta Procuraduría el 2 de abril del mismo año, la Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, contestó el oficio No. 12473 de 20 de marzo de 2013, en los siguientes términos:

“Al amparo de la normativa legal citada, se concluye que, los proyectos de servicios básicos realizados por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Mejía con el aporte – sea monetario o en especie- de la comunidad organizada debe ser cuantificado a fin de determinar el monto de la exención que por contribución especial de mejoras tendrían derecho; en tanto que, el saldo en caso de existir debe ser recuperado por la administración tributaria municipal.

Cabe destacar que, corresponde a la administración tributaria municipal ejercer la facultad determinadora de acuerdo a la normativa del Código Orgánico Tributario, emitiendo criterio en base del análisis de normativa legal conforme a la consulta planteada por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Mejía”.

Con tales antecedentes, atiendo la consulta planteada en los siguientes términos:

Con relación a la facultad tributaria de los gobiernos autónomos descentralizados, el numeral 5 del artículo 264 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 301 ibídem, confieren 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.

El inciso primero del artículo 186 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 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 (...)”.

Por su parte, el artículo 569 del COOTAD señala que el objeto del tributo denominado contribución especial de mejoras, es el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública. Se trata de una contribución de carácter real, de un tributo cuyo sujeto activo es, según el artículo 574 ibídem, la municipalidad en cuya jurisdicción se ejecuta la obra; el o los sujetos pasivos tributarios serán, de conformidad con el artículo 575 del Código Orgánico citado, los propietarios de los inmuebles urbanos beneficiados por la ejecución de la obra pública. El beneficio puede ser real o presuntivo, entendiéndose que existe este último cuando una propiedad resulta colindante con una obra pública o está comprendida dentro del área declarada zona de beneficio o influencia por ordenanzas del respectivo concejo, conforme lo establece el artículo 573 del COOTAD.

Establecida la existencia del tributo del que trata la consulta, es necesario señalar que, respecto a la exención o exoneración tributaria, los artículos 31 y 32 del Código Tributario establecen que:

“Art. 31.- Concepto.- Exención o exoneración tributaria es la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social”.

“Art. 32.- Previsión en ley.- Sólo mediante disposición expresa de ley, se podrá establecer exenciones tributarias. En ellas se especificarán los requisitos para su reconocimiento o concesión a los beneficiarios, los tributos que comprenda, si es total o parcial, permanente o temporal”.

De su parte, el Art. 281 del COOTAD, al tratar acerca de las modalidades de Gestión, Planificación, Coordinación y Participación de los gobiernos autónomos descentralizados, dispone:

“Art. 281.- La cogestión de los gobiernos autónomos descentralizados con la comunidad.- En los casos de convenios suscritos entre los gobiernos autónomos descentralizados con la comunidad beneficiaria se reconocerá como contraparte valorada el trabajo y los aportes comunitarios. Esta forma de cogestión estará exenta del pago de la contribución especial por mejoras y del incremento del impuesto predial por un tiempo acordado con la comunidad”.

El artículo citado se refiere a un tipo de cogestión entre los gobiernos autónomos descentralizados con una comunidad organizada, a través de la suscripción de un convenio cuya conveniencia es de responsabilidad de las partes que lo suscriban, en salvaguarda tanto de los intereses de la comunidad organizada, como de aquellos que representa el gobierno autónomo descentralizado que corresponda.

El aporte comunitario, permite la aplicación del Art. 570 del mencionado COOTAD, que dispone:

“Art. 570.- Exención por participación monetaria o en especie.- Los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos podrán desarrollar proyectos de servicios básicos con la participación pecuniaria o aportación de trabajo de las comunidades organizadas, en cuyo caso no pagarán contribución de mejoras”.

Debe entenderse entonces que la exención establecida en el Art. 570 del COOTAD, es aplicable cuando una comunidad organizada aporta en trabajo, en especies o pecuniariamente a la realización de una obra pública, respecto de la cual quepa la determinación de una contribución especial de mejoras habida cuenta del beneficio real o presuntivo a favor de los administrados.

En el caso de que la comunidad organizada aporte el cien por ciento de lo requerido para la realización de la obra, la exención respecto del pago de la contribución especial de mejoras sería total, pues no puede cobrarse ese tributo con relación del beneficio real o presuntivo que provenga de una obra pública construida íntegramente con el aporte de una comunidad. Pero si el aporte comunitario no es suficiente para construir la totalidad de la obra pública, es decir, si la municipalidad ha invertido recursos públicos en su construcción, el artículo 574 del COOTAD constituye al gobierno autónomo descentralizado en sujeto activo de la contribución especial de mejoras, tributo que debe cobrarse respecto de los propietarios de los inmuebles beneficiados real o presuntivamente por el resultado de la inversión municipal, según lo prevén los artículos 575 y 576 ibídem. En ese caso, el cobro del tributo se realizará en directa relación con la inversión municipal y por esta razón la exención prevista por los artículos 281 y 570 del COOTAD, será parcial.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 281 y 570 del COOTAD, en los casos de obras realizadas por los gobiernos autónomos descentralizados municipales con el aporte de la comunidad, sea éste pecuniario o en trabajo, para efectos de establecer la exención de la contribución especial de mejoras a favor de la comunidad, se atenderá a la valoración del mencionado aporte de la comunidad organizada, para restarlo del valor total de la obra. La diferencia, de existir, deberá ser determinada por el gobierno autónomo descentralizado municipal, para el cobro del tributo mencionado a los beneficiarios reales o presuntos, según lo dispuesto por los artículos 574, 575 y 576 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

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°: 13241, de 16-05-2013**

## CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS: SUBSIDIOS, EXONERACIÓN A DISCAPACITADOS Y ADULTOS MAYORES

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE SUCÚA

### CONSULTAS:

1. “Es legal y procedente que la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Sucúa, aplique los subsidios regulados en la “Ordenanza que regula el cobro de las contribuciones especiales de mejoras en la cabecera cantonal y cabeceras parroquiales del cantón Sucúa”, en particular el Título VIII, artículo 36 relacionado con las personas de la tercera edad (60%), personas con discapacidad (60%), las jefas de hogar que sean viudas, divorciadas o madres solteras (60%), y para el caso de contribuyentes que cumplan con dos o más condiciones establecidas en los literales que anteceden, el subsidio será del 80%, a los contribuyentes de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Sucúa, si consideramos que ésta funcionará como sociedad de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales?”.
2. “En el caso de aplicarse subsidios es procedente aplicar un subsidio cruzado y cuáles son los porcentajes a aplicarse, como (sic) se financiaría institucionalmente el subsidio aplicado?”.
3. “Como debe aplicarse las exenciones en el régimen tributario a favor de las adultas y adultos mayores, como de las personas con discapacidad, es decir, debe entenderse la exención tributaria considerando impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejoras en forma total, esto es, en el 100% y vía ordenanza o reglamento debe regularse o reglamentarse mediante rangos desde 0 a 100%? Si consideramos que los (Art. 37 Num. 5) “...El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: ... 5. Exenciones en el régimen Tributario; y (Art. 47, num. 4) “...Se reconoce a las personas con discapacidad, los derechos a: ... 4. Exenciones en el régimen tributario...” de la Constitución de la República del Ecuador?”.

### BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 35, 37 núms. 4 y 5, y 47.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 55 lit. e), 57, 168, 172, 492, 569, 575, 578 y 591.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 16 núm. 6, 63 núms. 16 y 24, 304 y 402 (derogada).

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 3, 6, 9 núm. 4, 11 y 40.

Código Tributario, Arts. 1 y 31.

Ley del Anciano, Art. 14.

Ordenanza que Regula el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras en el Cantón Sucúa, Arts. 1, 4, 5, 36 y 40.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

1. En el informe jurídico del señor Procurador Síndico Municipal se expone que el Título III de la Ordenanza que Regula el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras en el Cantón Sucúa, aprobada por la Municipalidad de ese Cantón, concretamente su artículo 36, establece subsidios en beneficio de las personas de la tercera edad, de los discapacitados y de las mujeres jefas de hogar.

El informe cita los artículos 3 y 11 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que establecen los principios de rentabilidad y eficiencia en la administración de las empresas públicas; y, el artículo 40 de la misma Ley que prevé subvenciones del Estado a las empresas públicas constituidas exclusivamente para brindar servicios públicos, en las que exista preeminencia en la búsqueda de la rentabilidad social.

Sobre dicha base, el informe jurídico concluye que: “No es legal ni procedente” que la EPMAPA-S aplique los subsidios establecidos en la Ordenanza que Regula el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras en el Cantón Sucúa, pues ello “significará desfinanciar su presupuesto anual”.

La Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Sucúa “EPMAPA-S” fue creada mediante Ordenanza, en aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que ordenó que las empresas estatales y municipales, entre otras, para seguir operando, debían adecuar su organización y funcionamiento a las normas de esa Ley.

El artículo 1 de la citada Ordenanza, dispone que la EPMAPA-S se crea “como una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, que opera sobre bases comerciales y cuyo objetivo es la prestación de servicios públicos de agua potable y alcantarillado, sus servicios complementarios, conexos y afines que pudieren ser considerados de interés colectivo...”. El segundo inciso del mismo artículo prevé que la EPMAPA-S “orientará su acción con criterios de eficiencia, racionalidad y rentabilidad social...”.

El artículo 40 de la misma Ordenanza, prevé que son recursos de la empresa, entre otros, los ingresos corrientes que provinieren de las fuentes de financiamiento que se derivaren de su poder de imposición, de la prestación de servicios de agua potable y alcantarillado, otros servicios; contribuciones especiales de mejoras; rentas e ingresos de la actividad empresarial; así como transferencias constituidas por las asignaciones del I. Concejo Municipal, el gobierno central y otras instituciones públicas y privadas.

Entre la documentación que ha sido remitida adjunta a la consulta, consta copia de la Ordenanza que Regula el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras en la Cabecera Cantonal y Cabeceras Parroquiales del Cantón Sucúa, cuyo artículo 1 establece las obras públicas cuya construcción genera beneficio a las propiedades inmuebles, y constituye el hecho generador de la contribución especial de mejoras, materia de consulta.

Los artículos 4 y 5 de la misma Ordenanza prevén que son sujetos pasivos y están obligados al pago de la contribución, “los propietarios de inmuebles beneficiados, sean personas naturales o jurídicas, sin excepción alguna...”; y, sujeto activo de la contribución, la Municipalidad y sus empresas. La base imponible de la contribución, según el artículo 6 de la Ordenanza en análisis, “es igual al costo total de las obras, prorrateado entre las propiedades beneficiarias, en la forma y condiciones que establece la presente ordenanza y la Ley Orgánica de Régimen Municipal”.

El título VIII de la Ordenanza que Regula el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras en el Cantón Sucúa, bajo el título de “Aplicación de subsidios”, en su artículo 36, sobre el que versa la consulta, dispone:

“Art. 36.- De manera previa a la emisión de los títulos o hasta el plazo máximo de sesenta días posteriores a la fecha de emisión, los propietarios que se creyeren beneficiarios de los subsidios sociales, presentarán ante la Dirección Financiera Municipal o de las empresas municipales, en su caso, la solicitud correspondiente con los siguientes documentos justificativos de su derecho:

a) Las personas de la tercera edad, presentarán la copia de la cédula de ciudadanía, información sumaria de sus ingresos mensuales a la fecha de la solicitud, y se exonerará el 60% de la contribución, si sus ingresos mensuales y su patrimonio no exceda las remuneraciones básicas unificadas que establece el Art. 14 de la Ley del Anciano. Si la renta o patrimonio excede de las cantidades antes determinadas, no podrá ser acreedor de dicha exoneración.

b) Las personas discapacitadas, presentarán el carné otorgado por el CONADIS, copia de la cédula de ciudadanía, información sumaria de sus ingresos mensuales a la fecha de la solicitud; y se exonerará el 60% de la contribución, si sus ingresos mensuales y su patrimonio no exceda las remuneraciones básicas que establece el Art. 14 de la Ley del Anciano. Si la renta o patrimonio excede las cantidades antes determinadas, no podrá ser acreedor de dicha exoneración; y,

c) Las jefas de hogar que sean viudas, divorciadas o madres solteras, comprobarán tal condición con la cédula de ciudadanía y las partidas correspondientes del Registro Civil, además deberán presentar una información sumaria de sus ingresos mensuales a la fecha de la solicitud; y se exonerará el 60% de la contribución, si sus ingresos mensuales y su patrimonio no exceda las remuneraciones básicas que establece el Art. 14 de la Ley del

Anciano. Si la renta o patrimonio excede las cantidades antes determinadas, no podrá ser acreedor de dicha exoneración.

Para el caso de contribuyentes que cumplan con dos o más condiciones establecidas en los literales que anteceden, el subsidio será del 80%.

Estos subsidios se mantendrán mientras no cambien las características del contribuyente, que motivaron el subsidio.

Si se comprobare que el beneficiario de este subsidio es propietario de más predios en otros cantones, se realizará el cobro total de la contribución de mejoras”.

La norma transcrita, establece subsidios sociales, consistentes en rebajas en la contribución especial de mejoras, en beneficio de los contribuyentes que en ella se señalan.

La Constitución de la República, en el Título II “DERECHOS”, Capítulo primero, en el artículo 11 que trata sobre los principios que deben regir los derechos consagrados en la Carta Constitucional, en el numeral 5 determina que: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”.

En el mismo Título de la Constitución de la República en el Capítulo Tercero “Derechos de las Personas y grupos de atención prioritaria”, el artículo 35 dispone:

“Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”.

En el caso de los adultos mayores, esto es personas que hayan cumplido 65 años de edad, según el artículo 36 de la Constitución de la República, tienen derecho a rebajas en servicios públicos y exenciones en el régimen tributario, de conformidad con los numerales 4 y 5 del artículo 37 de la Constitución de la República y el artículo 1 de la Ley del Anciano. Iguales derechos reconocen los numerales 3 y 4 del artículo 47 de la Constitución, a las personas con discapacidad.

De lo expuesto, se colige que el artículo 35 de la Constitución de la República establece los grupos de atención prioritaria; y, que dentro de estos, de conformidad con los artículos 37 y

47 *ibídem*, tienen derecho a rebajas en los servicios públicos y exenciones en el régimen tributario, los adultos mayores y los discapacitados.

El estudio de la consulta, impone considerar que las contribuciones especiales o de mejoras son tributos, de conformidad con el artículo 1 del Código Tributario; y, toda vez que la Ordenanza materia de consulta ha sido aprobada y publicada antes de la promulgación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), el análisis debe considerar también las disposiciones de la legislación vigente al tiempo en que dicha Ordenanza se expidió, contenida en la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

La exención, está definida en el artículo 31 del Código Tributario, como “la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social.”; según el artículo 32 *ibídem*, la exención puede ser total o parcial, permanente o temporal.

La letra e) del artículo 55 del COOTAD, asigna como competencia exclusiva del gobierno autónomo descentralizado municipal, la de crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras. Idéntica atribución confería a los Concejos Municipales, el segundo inciso del numeral 16 del artículo 63 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En concordancia, los artículos 186 y 569 del COOTAD, confieren a los gobiernos municipales, atribución para crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras generales o específicas, por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad, el uso de bienes o espacios públicos y en razón de las obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción.

Con respecto al tema específico materia de su consulta, las contribuciones de mejoras, en el citado artículo 569 del COOTAD prevé que graban el beneficio real o presuntivo “proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública”. Similar previsión constaba en los numerales 16 y 24 del artículo 63, y en el artículo 396 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Entre las obras y servicios que generan el pago de contribución especial de mejoras, constan las obras de alcantarillado, según la letra d) del artículo 577 del vigente COOTAD.

El citado artículo 569 del COOTAD determina que: “Los concejos municipales o distritales podrán disminuir o exonerar el pago de la contribución especial de mejoras en consideración de la situación social y económica de los contribuyentes”.

El numeral 6 del artículo 16 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente al tiempo de expedición de la Ordenanza materia de consulta, confería potestad tributaria a las Municipalidades, y les autorizaba a establecer exenciones o rebajas de los tributos destinados al financiamiento de los organismos municipales.

El artículo 402 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal disponía que: “La base de este tributo será el costo de la obra respectiva, prorrateado entre las propiedades beneficiadas, en la forma y proporción que se establecen en esta Ley”; mientras que el artículo 578 del vigente COOTAD contiene idéntica previsión respecto de la base del tributo por la contribución especial de mejoras (que es el costo de la obra respectiva), pero dispone que dicho costo será prorrateado entre las propiedades beneficiadas “en la forma y proporción que se establezca en las respectivas ordenanzas”.

Finalmente, la letra z) de la Primera Disposición Derogatoria del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, deja sin efecto, todas las demás normas legales que sean contrarias al Código en mención.

Sobre la base de similar análisis, este Organismo ya se ha pronunciado en el sentido de que los Concejos Municipales, mediante Ordenanza, sí pueden disminuir el pago por concepto de contribuciones especiales de mejoras, en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes, según lo prevé en forma expresa el artículo 569 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, disminución que debe enmarcarse en la normativa aplicable al caso.

Sin perjuicio de lo anterior, es responsabilidad del Gobierno Municipal, determinar los grupos que en consideración a su situación económica o social se benefician de la disminución o exoneración de las contribuciones especiales de mejoras en su cantón, así como la determinación de los porcentajes de disminución aplicables a cada caso, tomando en cuenta los grupos de atención prioritaria señalados en la Constitución de la República.

2. Sobre la base del artículo 40 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prevé la creación de empresas públicas para la prestación de servicios públicos, en las que prime la búsqueda de rentabilidad social, el informe jurídico del señor Procurador Síndico Municipal concluye que: “No es legal no (sic) procedente que la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Sucúa aplique subsidios peor cruzado por la simple fundamentación jurídica de que la Ley Orgánica de Empresas Públicas no faculta conceder subsidios, por no ser objeto de dicha empresa la búsqueda de la rentabilidad social”.

El artículo 40 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que ha sido citado en el informe jurídico, dispone:

“Art. 40.- RENTABILIDAD SOCIAL Y SUBSIDIOS.- Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, se reconoce la existencia de empresas públicas constituidas

exclusivamente para brindar servicios públicos, en las cuales haya una preeminencia en la búsqueda de rentabilidad social, a favor de las cuales el Estado podrá constituir subvenciones y aportes estatales que garanticen la continuidad del servicio público. Las subvenciones y aportes se destinarán preferentemente para la expansión de los servicios públicos en las zonas en las que exista déficit de los mismos o para los sectores de atención social prioritaria. Los planes anuales de operación deberán considerar los programas de expansión a los que se refiere este artículo.

El antepenúltimo inciso del artículo 36 de la Ordenanza materia de consulta, que fue transcrito al atender su consulta anterior, prevé que para el caso de contribuyentes que cumplan con dos o más condiciones establecidas en los literales de esa norma, el subsidio respecto de las contribuciones especiales de mejora será del 80%, en lugar del 60% que dicha norma establece para el caso en que el sujeto pasivo cumpla con una sola de las circunstancias en que se motiva el subsidio.

El segundo inciso del artículo 1 de la Ordenanza de Creación de la EPMAPA-S, que fue transcrito al atender su primera consulta, prevé en forma expresa que esa empresa “orientará su acción con criterios de eficiencia, racionalidad y rentabilidad social”.

De conformidad con el artículo 575 del COOTAD, “Son sujetos pasivos de la contribución especial los propietarios de los inmuebles beneficiados por la ejecución de la obra pública. Las municipalidades y distritos metropolitanos podrán absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones que por razones de orden público, económico o social se establezcan mediante ordenanza, cuya iniciativa privativa le corresponde al alcalde de conformidad con este Código”.

La letra k) del artículo 57 del COOTAD confiere al Concejo Municipal, atribución para conocer el plan operativo y presupuesto de las empresas públicas y mixtas del gobierno autónomo descentralizado municipal, aprobado por el respectivo directorio de la empresa, y consolidarlo en el presupuesto general del gobierno municipal.

El segundo inciso del artículo 172 del COOTAD, establece que son ingresos propios de los gobiernos autónomos descentralizados, entre otros, los que provienen de impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejoras generales o específicas. En concordancia, el artículo 225 *ibidem*, incluye a las contribuciones especiales de mejoras entre los ingresos tributarios de los GADs.

En cuanto se refiere a las contribuciones especiales de mejoras, el artículo 591 del mismo Código reitera que: “...Las exenciones establecidas por el órgano normativo competente serán de cargo de las municipalidades o distritos metropolitanos respectivos”.

El numeral 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas confiere al Directorio de la respectiva empresa, atribución para aprobar su presupuesto anual; sin embargo, el artículo 218 del COOTAD expedido con posterioridad, confiere al órgano legislativo del respectivo gobierno autónomo descentralizado, esto es el Concejo Cantonal en el caso de las Municipalidades, competencia para conocer los presupuestos de sus empresas públicas o mixtas aprobados por los respectivos directorios.

En armonía con lo analizado al atender su primera consulta, se concluye que toda vez que los Concejos Municipales, mediante Ordenanza, pueden disminuir el pago por concepto de contribuciones especiales de mejoras, en consideración a la situación social y económica de los contribuyentes, según lo prevé en forma expresa el segundo inciso del artículo 569 del COOTAD, es jurídicamente procedente que la EPMAPA-S pueda aplicar el subsidio cruzado, en la forma establecida por el artículo 36 de la Ordenanza materia de consulta, verificando que el contribuyente beneficiario de la rebaja, cumpla con todos los requisitos determinados en ella, para acceder al beneficio.

De conformidad con los artículos 575 y 591 del COOTAD, corresponde a la municipalidad, absorber con cargo a su presupuesto de egresos, el importe de las exenciones a las contribuciones especiales de mejoras, que establezca por ordenanza.

Sin perjuicio de lo anterior, conforme señalé al absolver la primera consulta, es responsabilidad del Gobierno Municipal, determinar los grupos que en consideración a su situación económica o social se beneficien de la disminución o exoneración de las contribuciones especiales de mejoras en su cantón, tomando en cuenta los grupos de atención prioritaria señalados en la Constitución de la República, así como la determinación de los porcentajes o el establecimiento de subsidios cruzados y de los demás requisitos para la aplicación de la Ordenanza que regula el Cobro de las Contribuciones Especiales de Mejoras en el Cantón Sucúa.

3. El informe del Procurador Síndico reitera su criterio en el sentido de que es improcedente “aplicar los subsidios mencionados”, invocando los artículos 3 numeral 3 y 6 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que establecen que dichas empresas se rigen entre otros principios, por aquel que les exige obtener rentabilidad.

Según se analizó al atender sus dos consultas anteriores, la EPMAPA-S de conformidad con el artículo 1 de la Ordenanza que la creó, debe orientar su acción con criterios de eficiencia, racionalidad, pero también de rentabilidad social.

Es pertinente recordar que los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones, de conformidad con el artículo 1 del Código Tributario; y, que el artículo 492 del COOTAD confiere a las Municipalidades, competencia para reglamentar por medio de ordenanzas el

cobro de sus tributos. Idéntica disposición constaba en el artículo 304 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Por el contexto de su consulta, entendemos que está referida a las contribuciones especiales de mejora, así como a las tasas provenientes de la prestación de los servicios públicos a cargo de la EPMAPA-S.

De conformidad con la letra c) del artículo 57 del COOTAD, el Concejo Municipal tiene competencia para: “Crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute”, respectivamente; y, el artículo 186 ibídem, reitera la potestad tributaria de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, previendo que “podrán crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras generales o específicas, por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad, el uso de bienes o espacios públicos y en razón de las obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción...”.

Conforme se analizó al atender su primera consulta, el numeral 6 del artículo 16 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente al tiempo de expedición de la Ordenanza materia de consulta, confería potestad tributaria a las Municipalidades, y les autorizaba a establecer exenciones o rebajas “de los tributos destinados al financiamiento de los organismos municipales”.

Por tanto, el Concejo Cantonal de la Municipalidad de Sucúa, de conformidad con el artículo 492 del COOTAD, tiene competencia para regular mediante Ordenanza, la forma de cobro de los tributos destinados al financiamiento de la Municipalidad y sus empresas, pudiendo establecer rebajas de tasas y contribuciones especiales de mejoras, y estableciendo los requisitos para su reconocimiento a los beneficiarios, si es total o parcial (porcentaje), permanente o temporal.

En atención a los términos de su consulta se concluye que las rebajas de tasas por servicios y contribuciones especiales de mejora, se deberán aplicar verificando que el contribuyente cumpla los requisitos establecidos en la respectiva Ordenanza para cada caso.

Sin perjuicio de lo anterior, es responsabilidad del Gobierno Municipal, determinar los grupos que en consideración a su situación económica o social se beneficien de la disminución o exoneración de las contribuciones especiales de mejoras en su cantón, tomando en cuenta los grupo de atención prioritaria señalados en la Constitución de la República, así como la determinación de los porcentajes de disminución aplicables a cada caso.

**OF. PGE. N°: 00247, de 02-02-2011**

## CONTRIBUCIONES A FAVOR DE LAS COMUNIDADES: IMPROCEDENCIA

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN MONTÚFAR

### CONSULTA:

“¿Los Gobiernos Autónomos Descentralizados están facultados legalmente a realizar construcciones u obras de reparación en iglesias o templos religiosos a favor de las comunidades?”.

### BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 212 núm. 2, 226, 238, 239, 260 y 264.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 4, 55 lit. h) y 165.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 76 y 104.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 3, 31 núms. 3, 6 y 34.

### PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se agrega copia del informe del Procurador Síndico Municipal que consta en el oficio No. 177 DJ- GMM de 29 de noviembre de 2010, quien concluye manifestando que al tenor de lo dispuesto en el literal h) del Art. 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, el Gobierno Municipal de Montúfar no está facultado para la construcción de iglesias o templos religiosos, a favor de la comunidad.

La Constitución de la República en el Art. 238 y respecto de la Organización Territorial del Estado señala que los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera; agregando que constituyen gobiernos autónomos descentralizados entre otros, los concejos municipales.

En el Art. 239 de la Carta Constitucional se determina que el régimen de gobiernos autónomos descentralizados se regirá por la ley correspondiente, que establecerá un sistema nacional de competencias de carácter obligatorio y progresivo.

El Art. 260 de la referida Constitución expresa que el ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno; y, en el Art. 264 se señalan las competencias exclusivas de los gobiernos municipales.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, en el Art. 4 entre los fines de los gobiernos autónomos descentralizados dentro de sus respectivas

circunscripciones territoriales entre otros, en la letra e) le dispone la protección y promoción de la diversidad cultural y el respeto a sus espacios de generación e intercambio; la recuperación, preservación y desarrollo de la memoria social y el patrimonio cultural.

En el Art. 55 del Código Orgánico en estudio entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados en la letra g) le señala planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo de acuerdo con la ley; y, en la letra h) preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines.

El Art. 165 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización dispone que los recursos económicos transferidos, generados y recaudados por los gobiernos autónomos descentralizados son recursos públicos; añade que 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.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010, en el Art. 76 expresa que se entienden por recursos públicos los definidos en el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en el Art. 3 define los recursos públicos en los siguientes términos:

“Art. 3.- Recursos Públicos.- Para efecto de esta ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución, hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio, sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley”.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en el Art. 104 dispone lo siguiente:

“Art. 104.- Prohibición de donaciones.- Prohíbese a las entidades y organismos del sector público realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, con excepción de aquellas que correspondan a los casos regulados por el Presidente de la República, establecidos en el Reglamento de este Código, siempre que exista la partida presupuestaria”.

De conformidad con el principio de legalidad previsto en el Art. 226 de la Constitución de la República, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

Cabe señalar que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el Art. 331 entre las prohibiciones a los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados, en la letra a) le prohíbe arrogarse atribuciones que la Constitución o la ley no le confieran.

De las disposiciones constitucionales y legales citadas, se determina que los concejos cantonales no están facultados para invertir sus recursos en actividades locales particulares, sino en obras y servicios públicos de interés cantonal.

Por lo expuesto, y en atención a los términos de su consulta los gobiernos autónomos descentralizados no están facultados legalmente a realizar construcciones u obras de reparación en iglesias o templos religiosos, a favor de las comunidades.

Se advierte que de entregar recursos públicos el Municipio de Montúfar a personas naturales o a organismos o personas jurídicas de derecho privado contraviniendo las disposiciones legales anteriormente citadas, generarían la imposición de las responsabilidades que le corresponde determinar a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 212 número 2 de la Constitución de la República; y, 31 números 3, 6 y 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

**OF. PGE. N°: 00144, de 22-12-2010**

## CONVENIO DE COFINANCIAMIENTO: AMPLIACIÓN DE PLAZO

**CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN PATATE

### CONSULTAS:

"Considerando que la solicitud de ampliación de plazo del convenio fue presentada por el GAD de Patate dentro del plazo de vigencia del convenio y, por demora en la entrega de los informes requeridos, así como por la falta de recursos de contraparte no se suscribió anteriormente el adenda ampliatorio del plazo, es posible firmar el adenda al convenio en la fecha actual en consideración al cumplimiento en la transferencia de recursos por parte del PDCC ?, y posteriormente realizar el desembolso pertinente.

Conocer las implicaciones que traería el no firmar el adenda y/o justificar plazos al no poder entregar el tercer desembolso a pesar de disponer los recursos y no haber cumplido los objetivos del proyecto, tanto en lo social como en lo económico".

### BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria del Sistema Financiero, Art. 153 y Disp. Trans. Décima.

Código Civil, Arts. 1453 y 1454.

D. E. N° 1668 de 07-04-2009, Art. 5 y Disposición Transitoria Primera.

### PRONUNCIAMIENTOS:

Mediante oficio No. 05601 de 26 de diciembre de 2011, este Organismo solicitó a usted reorientar los términos de su consulta respecto a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico de esa Municipalidad.

Dicho requerimiento ha sido atendido en oficio No. 036-A-GMP de 17 de enero del 2012, recibido el 18 de enero del presente año, por el que reformula la consulta en los siguientes términos:

"Considerando que la solicitud de ampliación de plazo del convenio fue presentada por el GAD de Patate dentro del plazo de vigencia del convenio y, por demora en la entrega de los informes requeridos, así como por la falta de recursos de contraparte no se suscribió anteriormente el adenda ampliatorio del plazo, de conformidad a lo dispuesto por los Arts. 1453 y 1454 del Código Civil, es posible firmar el adenda al convenio en la fecha actual en consideración al cumplimiento en la transferencia de recursos por parte del PDCC, y posteriormente realizar el desembolso pertinente".

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 19-AJ-GMP de 17 de enero de 2012, remitido a pedido nuestro, refiere como antecedente

que con fecha 23 de agosto de 2008, se firmó el "Convenio Especifico de Cofinanciamiento para la Ejecución del Subproyecto Desarrollo Integral del Cantón Patate", entre la Municipalidad de San Cristóbal de Patate y el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, con un plazo de 24 meses, para implementar el Proyecto Integral Patate.

Añade que, el 4 de octubre de 2010, las partes suscribieron un primer adéndum de extensión de plazo por 9 meses; y, que el 15 de junio de 2011, el Alcalde de Patate solicitó al Coordinador Nacional del Proyecto de Desarrollo del Corredor Central, una nueva ampliación del plazo por seis meses más. En la copia certificada del citado oficio, consta que la ampliación se solicitó "en vista de que el convenio finaliza el día 04 de julio del 2011 y por circunstancias de fuerza mayor expuestas en el informe adjunto no se (ha) alcanzado el pleno cumplimiento de algunos resultados". El informe del Procurador Síndico, manifiesta que se insistió en el pedido de ampliación del plazo del convenio, el 11 de julio de 2011 y el 31 de julio de 2011.

El informe cita los artículos 1453 y 1454 del Código Civil, que establecen que los convenios constituyen fuente de obligaciones y que definen al contrato o convenio como "el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

Argumenta que en el caso materia de consulta, la obligación nació con la suscripción del convenio, que contiene un plazo específico y que, sobre la base de ese plazo inicial se suscribió un adéndum ampliando dicho plazo por diez meses. Concluye que: "es procedente que los representantes legales del GAD Municipal del cantón Patate, y el Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria- IEPS, firmen la adenda por el plazo de seis meses, ya que no se ha cumplido con el objeto del presente convenio para el cual fue firmado que es el Desarrollo Integral del Cantón Patate, tanto en lo social como en lo económico".

En atención a nuestro requerimiento se ha remitido copia certificada del Convenio al que se refiere la consulta, denominado Convenio Especifico de Cofinanciamiento para la Ejecución del Subproyecto "Desarrollo Integral del Cantón Patate" (Convenio No. 0031-PDCC-08) suscrito el 13 de septiembre de 2008, entre el Gobierno Municipal del Cantón Patate y el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1668 de 7 de abril del 2009, se crea al Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria, IEPS como entidad de derecho público, adscrito al Ministerio de Inclusión Económica y Social - MIES. El artículo 5 del citado Decreto dispuso:

"El Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria - IEPS, además de las funciones determinadas en el artículo 4 del presente decreto ejecutivo, tendrá a su cargo las asignadas a la Subsecretaría de Desarrollo Social, Dirección de Gestión y Desarrollo

Comunitario, Dirección de Desarrollo Rural y Dirección Nacional de Cooperativas del Ministerio de Inclusión Económica y Social - MIES, Programa de Desarrollo rural Territorial - PRODER y Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca."

En concordancia, la letra b) de la primera Disposición Transitoria del citado Decreto 1668 previó que: "Todos los derechos y obligaciones constantes en convenios, contratos u otros instrumentos jurídicos, nacionales o internacionales, suscritos por la Subsecretaría de Desarrollo Social, Dirección de Gestión y Desarrollo Comunitario, Dirección de Desarrollo Rural y Dirección Nacional de Cooperativas del Ministerio de Inclusión Económica y Social - MIES, Programa de Desarrollo rural Territorial - PRODER y Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, son asumidos por el Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria IEPS".

El artículo 153 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria del Sistema Financiero, dispone que Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria "es una entidad de derecho público, adscrita al ministerio de Estado a cargo de la inclusión económica y social, con jurisdicción nacional, dotado de personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía técnica, administrativa y financiera que ejecuta la política pública, coordina, organiza y aplica de manera desconcentrada, los planes, programas y proyectos relacionados con los objetivos de esta Ley".

La Disposición Transitoria Décima de la misma Ley Orgánica, previó que todos los derechos y obligaciones constantes en convenios, suscritos por la Dirección Nacional de Cooperativas, Consejo Cooperativo Nacional e Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria - IEPS, serán asumidos, previa la suscripción de las adendas respectivas, por el Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria que se crea en esta ley.

De las normas citadas se desprende que los derechos y obligaciones provenientes del Convenio Específico de Co-Financiamiento para la Ejecución del Subproyecto "Desarrollo Integral del Cantón Patate" (Convenio No. 0031-PDCC-08) suscrito el 13 de septiembre de 2008 con el Gobierno Municipal del Cantón Patate por el entonces Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, corresponden al Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria - IEPS.

La Cláusula Primera "antecedentes" del Convenio de Cofinanciamiento al que se refiere la consulta expone que el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central es ejecutado por el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca (actualmente ejecutado por el Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria IEPS), y se financia mediante el Préstamo 650/EC concedido a la República del Ecuador por el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), el aporte del Gobierno Nacional y las contribuciones de los participantes beneficiarios del Proyecto.

Añade la misma Cláusula de antecedentes que, el Proyecto propone mejorar las condiciones económicas y sociales de familias campesinas, pequeños productores y microempresarios.

Según la Cláusula Segunda, el objeto del Convenio es el siguiente: "cofinanciar la ejecución del proyecto "Desarrollo Integral del Cantón Patate", orientado a promover el desarrollo integrado y sostenible del Cantón Patate, con énfasis en la población de bajos ingresos del sector rural, con equidad de género y preocupación medioambiental, a través de rubros productivos y servicios prioritarios determinados por los sectores sociales participantes. Elevar la capacidad de los beneficiarios para emprender actividades de diversificación económica a través de las cadenas productivas de turismo y de cuyes tomando en consideración las condiciones culturales y naturales del área".

La Cláusula Tercera, determina que es obligación del Programa de Desarrollo del Corredor Central, "3.1.1. Co-financiar las actividades previstas del presente convenio. 3.1.4. Solicitar los informes técnicos y contables con la periodicidad que permita conocer el desarrollo del mismo".

Por su parte, es obligación del GAD de Patate, según la Cláusula Tercera "3.2.1. cumplir con la ejecución de las contrapartes registradas en el presente convenio y utilizar los recursos eficiente y oportunamente para alcanzar los objetivos del subproyecto, objeto de este convenio".

El plazo del Convenio, según la Cláusula Cuarta, fue estipulado en 24 meses contados desde la entrega del primer desembolso.

La Cláusula Sexta estipula la composición del financiamiento y prevé que, el GAD Municipal del Cantón Patate aporte con el 33,70% y el Programa de Desarrollo del Corredor Central del MAGAP con el 66,31% de dicho financiamiento; a cada parte corresponde efectuar cuatro desembolsos, conforme al siguiente detalle que consta en el numeral 6.1 de la citada Cláusula Sexta, respecto del financiamiento a cargo del PDCC:

Desembolso	Meses desde	Monto USD	Porcentaje
Primero	La firma del convenio	126.550,00	50%
Segundo	A los ocho meses	75.935,40	30%
Tercero	A los dieciséis meses	25.311,80	10%
Cuarto	Veinte y dos meses	25.311,80	10%
TOTAL		253.118,00	100%

La citada Cláusula Sexta, prevé que la entrega del segundo y tercer desembolso por parte del PDCC "se realizará previa la presentación del informe técnico y económico"; y, el párrafo final de la misma Cláusula Sexta, estipula que: "Los plazos son estimados, en el evento de que se produjeran retardos o adelantos se deberán reprogramar el calendario de desembolsos, informes y justificativos".

La Cláusula Décima Segunda del Convenio, determina las causas por las que el Programa de Desarrollo del Corredor Central (PDCC) lo podrá dar por terminado en forma anticipada; dichas causas son las siguientes:

"12.1 Incumplimiento injustificado de las actividades previstas en el cronograma de actividades.

Inobservancia en la aplicación de normas y procedimientos luego de haber sido detectadas y recomendados los cambios por parte del PDCC.

Uso indebido de los recursos, los valores que el PDCC haya entregado hasta ese momento se convertirán en fondos reembolsables que deberán ser cancelados por el Gobierno Municipal del cantón Patate al PDCC, quien se reserva el derecho de fijar los términos de devolución de estos recursos.

Cuando la terminación anticipada del convenio obedezca a las razones detalladas en el numeral anterior, el PDCC no considerará ninguna otra solicitud de financiamiento que pudiera provenir del Gobierno municipal del cantón Patate con la cual se llegó a adoptar tal medida.

Si por causas de fuerza mayor el PDCC y el Gobierno Municipal del cantón Patate determinaren la imposibilidad de continuar la ejecución del Convenio, las partes deberán definir la suspensión temporal o terminación anticipada del convenio. Si la decisión final fuera la terminación, se procederá a suscribir el Acta de Finiquito correspondiente. Los saldos no utilizados serán revertidos al PDCC.

De no existir acciones que induzcan a la terminación anticipada del Convenio, la relación contractual entre el PDCC y el Gobierno municipal del cantón Patate terminarán normalmente con la suscripción del Acta de Finiquito del convenio aceptada plenamente y a entera satisfacción por parte del PDCC".

Finalmente, la Cláusula Décimo Tercera, prevé que el convenio "puede ser modificado o enmendado por acuerdo expreso y escrito entre las partes".

De las estipulaciones contenidas en el Convenio Específico de Co-Financiamiento para la Ejecución del Subproyecto "Desarrollo Integral del Cantón Patate" suscrito el 13 de

septiembre de 2008, entre el Gobierno Municipal del Cantón Patate y el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca (PDCC) (actual Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria IEPS), se desprende que, tanto el PDCC como la Municipalidad adquirieron obligaciones de financiamiento del Proyecto de Desarrollo Integral del Cantón Patate.

Según se refiere en la Cláusula de antecedentes del referido Convenio, los recursos que constituyen el aporte del Programa de Desarrollo del Corredor Central (PDCC), provienen del Préstamo 650/EC concedido por el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola; y, su entrega se acordó efectuar en cuatro desembolsos, en los plazos estipulados en la Cláusula Sexta del Convenio, que según el párrafo final de la misma Cláusula son plazos estimados que pueden ser reprogramados.

El Adéndum al Convenio materia de consulta, cuya copia también ha sido remitida a pedido nuestro, fue suscrito por los representantes de la Municipalidad del Cantón Patate y del Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria (IEPS). En la Cláusula Primera "antecedentes" del referido Adéndum, se hace referencia al Decreto Ejecutivo No. 1668 de 07 de abril de 2009, que creó el Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria - IEPS, adscrito al Ministerio de Inclusión Económica y Social, que asume todas las competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones del Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, así como también todos los derechos y obligaciones constantes en convenios, contratos y otros instrumentos jurídicos nacionales o internacionales suscritos por esta Institución.

El Adéndum, cuya fecha de suscripción no consta en la copia que ha sido remitida a esta Entidad, según su Cláusula Cuarta rigió "desde el 04 de octubre de 2010 hasta el 04 de julio de 2011".

#### Aportes del IEPS-PDCC

Desembolsos	Meses desde	Monto USD	Porcentaje
Primero	La firma del convenio	126.550,00	50%
Segundo	ocho meses	75.935,40	30%
Tercero	Treinta meses	50.623,60	20%
TOTAL		253.118,00	100%

La Cláusula Segunda del Adéndum amplía el plazo de ejecución del Convenio y modifica el cronograma de desembolsos conforme al siguiente detalle:

La Cláusula Tercera, prevé que los compromisos y obligaciones adquiridos por las partes en el convenio celebrado el 13 de septiembre de 2008, así como las demás estipulaciones constantes en el mencionado documento, se mantienen inalterables y en pleno vigor.

En consecuencia, atenta la declaración que las partes han efectuado en la Cláusula Tercera del Adéndum, de mantener inalterables las estipulaciones del convenio principal, se concluye que los plazos para efectuar los desembolsos, conservaron el carácter de "estimados" y por tanto los desembolsos pueden ser reprogramados, según lo prevé el párrafo final de la Cláusula Sexta del convenio principal que antes fue transcrita.

Entre los documentos que se han remitido en copia certificada a pedido nuestro, consta el oficio No. 505-A de 15 de junio de 2011, dirigido por el Alcalde de la Municipalidad de San Cristóbal de Patate al Coordinador Nacional de PDCC, en el que solicita gestionar un adéndum al convenio materia de consulta "en vista de que el convenio finaliza el día 04 de julio del 2011 y por circunstancias de fuerza mayor expuestas en el informe adjunto no se (ha) alcanzado el pleno cumplimiento de algunos resultados".

Consta también la comunicación dirigida al Alcalde de Patate por el Coordinador del PDCC, de 9 de septiembre de 2011, por la que informa que para realizar el tercer desembolso del convenio solicita que: "los técnicos del Municipio emitan la respectiva solicitud acompañando los informes técnicos y financiero respectivamente, hasta finales del presente mes como plazo máximo".

El Convenio Especifico de Co-Financiamiento para la Ejecución del Subproyecto "Desarrollo Integral del Cantón Patate", sobre el que trata su consulta, según su cláusula de antecedentes, se financia mediante préstamo 650/EC de 16 de marzo de 2007, concedido a la República del Ecuador por el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA), así como por aportes del Gobierno Nacional y contribuciones del beneficiario del proyecto, es decir de la Municipalidad del cantón Patate.

Por su parte, el convenio de préstamo suscrito por la República del Ecuador con el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola FIDA, fue instrumentado el 16 de marzo de 2007, según consta en la Cláusula Primera del Adéndum al Convenio de Cofinanciamiento materia de consulta, celebrado con posterioridad entre la Municipalidad consultante y el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central (actual Instituto de Economía Popular y Solidaria, adscrito al Ministerio de Inclusión Económica y Social).

En consecuencia, el Convenio de Cofinanciamiento sobre el que trata su consulta, está sujeto a los términos acordados en el convenio de préstamo suscrito con el FIDA, del que provienen los recursos cuyo desembolso comprometió el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central (actualmente asumido por el Instituto de Economía Popular y Solidaria) para ser destinados a la ejecución del subproyecto "Desarrollo Integral del Cantón Patate".

En atención a los términos de su consulta, teniendo en cuenta que, de conformidad con el párrafo final de la Cláusula Sexta del Convenio Específico de Co- Financiamiento para la Ejecución del Subproyecto "Desarrollo Integral del Cantón Patate" (Convenio No. 0031-PDCC-08) suscrito el 13 de septiembre de 2008, entre el Gobierno Municipal del Cantón Patate y el Proyecto de Desarrollo del Corredor Central del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca (actual Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria IEPS), que estipula que: "Los plazos son estimados, en el evento de que se produjeran retardos o adelantos se deberán reprogramar el calendario de desembolsos, informes y justificativos", se concluye que es jurídicamente procedente que las partes suscriban un nuevo adendum que tenga por objeto ampliar el plazo de vigencia del convenio principal y reprogramar la fecha del desembolso pendiente, sobre la base de los respectivos informes técnicos.

La determinación de la conveniencia y oportunidad de efectuar la ampliación del plazo del convenio, para efectos de realizar el último desembolso estipulado en el Convenio materia de consulta, le corresponde al Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria, sobre la base de la evaluación de los informes técnicos que la Municipalidad del Cantón Patate hubiere presentado; y, siempre que no se hubiere configurado causal de terminación anticipada del convenio, estipuladas en la Cláusula Décima Segunda del Convenio.

**OF. PGE. N°:** 06680, de 29-02-2012

## **CONVENIO DE MANCOMUNAMIENTO CON-NOR: RÉGIMEN ADMINISTRATIVO Y LABORAL**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** CONSORCIO DE GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS PROVINCIALES Y MUNICIPALES DEL NORTE DEL PAÍS, CON-NOR

### **CONSULTAS:**

"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?"

"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?"

"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?"

“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:**

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:

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;

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;

La publicación del convenio y de las resoluciones habilitantes de cada gobierno autónomo descentralizado en el Registro Oficial; y,

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 4º 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”.

Por su 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.

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

## **CONVENIO DE PAGO: CONTRATO DE ARRENDAMIENTO**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN DE SANTO DOMINGO

### **CONSULTA:**

"¿El GAD Municipal del Cantón Santo Domingo, a fin de cumplir el compromiso generado por la utilización de la propiedad ubicada en el Km. 32 de la vía Santo Domingo-Quinindé, puede firmar un convenio de pago con el actual propietario considerando su calidad actual?"

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 66 y 323.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 329 lit. f).

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 115, 117 núm. 2 y 178.

Ley Orgánica de la Función Legislativa, Art. 163 núm. 7.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1, 59, 62 núm. 2 y 63; y, 64, 66, 110 y 111 de su Reglamento General.

Código Civil, Arts. 702 y 1463.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Mediante oficio No. 05563 de 22 de diciembre de 2011, esta Entidad solicitó a usted la remisión del criterio jurídico del Procurador Síndico y copias certificadas de la documentación relacionada con la consulta, especialmente del contrato de arrendamiento del terreno al que ella alude.

Con oficio No. 05815 de 7 de enero de 2012, se insistió en el envío del criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal, en virtud de que el memorando No. AJ-05001- 2011 de 4 de agosto de 2011, adjunto al oficio inicial de consulta, no contiene un análisis jurídico de las normas y documentos que en él se mencionan.

El requerimiento de esta Procuraduría ha sido atendido mediante oficio No. GADMSD-OA-VZ-2012-029 de 17 de enero de 2012, ingresado el 18 de enero del presente año.

En el oficio inicial de consulta se expone que la Municipalidad del Cantón Santo Domingo, suscribió el 18 de abril de 2009, con la señora Blanca Hipatía Leonor Cabezas Albuja, un "contrato de servicios de arrendamiento de un predio" ubicado en el Km. 19 de la vía Santo Domingo-Quinindé, para ser destinado a la disposición final de desechos sólidos.

Según refiere la consulta, el contrato se celebró "para solucionar el problema de la emergencia sanitaria del cantón"; y, el canon de arrendamiento fue cancelado por adelantado con cargo a la partida denominada "servicios de aseo".

Se agrega que, el plazo del contrato concluyó el 31 de diciembre del 2009 pero que "el GAD Municipal de Santo Domingo, ha continuado utilizando, para el mismo objetivo, el referido predio ubicado en el Km. 19 de la vía Santo Domingo-Quinindé, y lo continúa haciendo hasta los actuales momentos, sin que se haya suscrito otro contrato".

Añade la consulta que, el Dr. Fernando Vélez Cabezas, hijo de la arrendadora señora Blanca Hipatía Leonor Cabezas Albuja, mediante escrito dirigido a la Alcalde de esa Municipalidad y presentado el 21 de julio de 2011, manifiesta que tiene la calidad de propietario del predio, por haber adquirido los gananciales y los derechos y acciones del mismo de su madre y hermanas, mediante escritura registrada en enero del 2010; razón por la cual, solicita el pago del arriendo del inmueble de su propiedad.

De la copia certificada del "contrato de servicios de arrendamiento de terreno", remitida a pedido nuestro, consta que la Municipalidad de Santo Domingo suscribió dicho contrato con la señora Blanca Hipatía Leonor Cabezas Albuja, el 18 de abril de 2009, quien en la Cláusula Primera "Comparecientes", numeral 1.01 consta que interviene como arrendadora, mientras que la Municipalidad comparece como arrendataria.

En la Cláusula Segunda "Antecedentes", el numeral 2.08 expresa: "La Sra. Blanca Hipatía Leonor Cabezas Albuja es propietaria de un inmueble rural ubicado en el Km. 19 de la vía Santo Domingo-Quinindé, margen derecho de 200 hectáreas aproximadamente. Cincuenta hectáreas con título de propiedad legalmente inscrito en el Registro de la Propiedad y 150 hectáreas en posesión por más de 30 años."

El objeto del contrato, según su Cláusula Quinta, fue estipulado en los siguientes términos:

"5.01.- El Arrendador se obliga para con la Entidad Contratante a prestar el servicio de arrendamiento de un terreno alternativo para la disposición final de los desechos sólidos, para solucionar el problema de la emergencia sanitaria del cantón."

"5.02.- El arrendatario se obliga a cumplir con las especificaciones técnicas constantes en los términos de referencia elaborados por la misma entidad contratante; además de la arborización del área del relleno y en residuales para mitigar el impacto ambiental".

"5.03.- El arrendatario se obliga a la construcción del camino en doble sentido hasta el Río Blanco, debido al peso y alto flujo vehicular que deberá soportar la propiedad".

El precio del contrato y la forma de pago, se pactaron en las Cláusulas Sexta y Séptima, respectivamente; en siete mil dólares mensuales, pagaderos el 100% a la suscripción del contrato.

La Cláusula Novena "Plazo", estipula: "El plazo para la ejecución y entrega de la totalidad de los bienes, es del 15 de mayo al 31 de diciembre del 2009"; y, la Cláusula Décima, prevé la prórroga del plazo a pedido del arrendador, en los siguientes casos: "a) Por causa de fuerza mayor o caso fortuito aceptado como tal por la Contratante.; b) Por suspensiones ordenadas por el Arrendatario y que no se deban a causas imputables al arrendador".

El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en memorando No. AJ- 05001-2011 de 4 de agosto de 2011, expone que esa Municipalidad utiliza el predio objeto de arrendamiento "como vertedero a cielo abierto para depositar los desechos sólidos que se producen en la ciudad de Santo Domingo".

Según refiere el oficio No. GADMSD-OA-VZ-2011-577 de 26 de agosto de 2011, el Dr. Fernando Vélez, actual propietario del predio, quien solicita el pago del arriendo, correspondiente a 19 meses de ocupación sin contrato, tiene la calidad de Asambleísta y además es cónyuge de la Dra. Eunice Arce Moncayo, Concejal de la Municipalidad de Santo Domingo.

En memorando No. AJ-04874-2011 de 26 de julio de 2011, el Procurador Síndico Municipal, manifiesta que: "desde el 1° de Abril del 2009, hasta el 15 de mayo del mismo año, el Dr. Fernando Vélez Cabezas, no tenía la calidad de propietario del predio, sino la señora Hipatía Cabezas Albuja, dueña de los gananciales y sus hijos en calidad de herederos".

El citado informe invoca entre otras normas, el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República, que prescribe que: "Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso"; y, sobre dicha base concluye que: "en atención a que se trata de una obligación contraída por una tercera persona, como es la señora Blanca Cabezas Albuja y con anterioridad a los cargos que ostentan los cónyuges Fernando Vélez y Eunice Arce, esta Procuraduría Municipal, considera procedente la realización de un convenio de pago.".

En atención a nuestro requerimiento, en el acápite 2 del oficio No. GADMSD- 0A-VZ-2012-003 de 4 de enero de 2012, esa Municipalidad informa que existe una diligencia previa de

inspección, solicitada por el Dr. Fernando Vélez Cabezas, cuyo conocimiento se ha radicado en el Juzgado Primero de lo Civil de Santo Domingo de los Tsáchilas.

Adjunto al oficio de la referencia, se ha acompañado copia certificada de la diligencia previa descrita en el párrafo precedente, de la que se desprende que tiene por objeto practicar una inspección judicial "con la finalidad de establecer cuál es la realidad física del predio, así como la contaminación, y la destrucción de toda la plantación y el robo y desaparición de todos los árboles de madera, al igual que la contaminación y destrucción del suelo y del medio ambiente". Entre los documentos que han sido remitidos a pedido de este Organismo, consta copia certificada de los siguientes:

El pedido presentado por el Dr. Fernando Vélez Cabezas, dirigido a la Alcaldesa del Cantón Santo Domingo, y recibido en esa Municipalidad el 21 de julio de 2011, por el que solicita lo siguiente:

"a) El cese inmediato de la actividad de depositar los desechos sólidos del Cantón Santo Domingo y de la Concordia dentro de mi propiedad ubicada en el kilómetro 19 de la Vía Santo Domingo-Quinindé, margen derecho.

La salida ipso facto de la maquinaria, minadores, funcionarios municipales y cualquier otra u otro sujeto que implique intromisión municipal dentro de mi propiedad.

El pago del arriendo compuesto de mi propiedad por más de 19 meses sin contrato más sus respectivos intereses, puesto que ningún organismo del Estado puede enriquecerse a costa de un particular.

El pago del saldo pendiente de DIEZ MIL QUINIENTOS DÓLARES por concepto de arriendo de mi propiedad ubicada en el kilómetro 19 de la Vía Santo Domingo-Quinindé, margen derecho, de 45 días impagos desde el 1 de abril de 2009 hasta el 15 de mayo del mismo año".

Memorando No. AJ-04874-2011 de 26 de julio de 2011, dirigido por el Procurador Síndico Municipal a la Coordinadora General, en cuyo acápite IV, manifiesta que: "es de conocimiento público que el señor Dr. Fernando Vélez Cabezas, se desempeña como Asambleísta por la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, y de acuerdo a lo que dispone el numeral 7 del Art. 163 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, los asambleístas no podrán celebrar contratos de ejecución de obra o de prestación de servicios con entidades del sector público; en igual situación se encuentra la cónyuge del mencionado asambleísta, Dra. Eunice Arce Moncayo, quien ostenta la calidad de concejal del GAD Municipal del Cantón Santo Domingo y al respecto, el Art. 329 literal f) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, al referirse a las prohibiciones a los miembros de los legislativos, declara que les está prohibido celebrar contratos con el sector público, por sí o por interpuesta persona natural o jurídica."

Concluye el citado informe que: "en aplicación del principio constitucional de que nadie será obligado a realizar un trabajo forzoso y en atención a que se trata de una obligación contraída por una tercera persona, como es la señora Blanca Cabezas Albuja y con anterioridad a los cargos que ostentan los cónyuges Fernando Vélez y Eunice Arce, esta Procuraduría Municipal, considera procedente la realización de un convenio de pago".

Oficio No. GADMSD-OA-VZ-2011-667 de 10 de octubre de 2011, dirigido al Dr. Fernando Vélez Cabezas por la Alcaldesa de Santo Domingo, en el que manifiesta:

"En atención a los petitorios de fechas 20 de julio del 2011 y 25 de julio del mismo año, que hacen relación a la cancelación de arriendo del terreno de su propiedad ubicado en el Km. 19 de la vía Santo Domingo - La Concordia, en donde el GAD Municipal de Santo Domingo, se encuentra depositando los desechos sólidos que se generan en el cantón, y en base a los informes de Procuraduría Municipal, expedidos según Memorandos No. AJ-04874-2011, de fecha Julio 26 del 2011 y No. AJ-05001, de fecha Agosto 04 del 2011, sírvase presentar la documentación original necesaria, (cédula de ciudadanía, papeleta de votación, escritura y certificado del registro de la propiedad, que justifique la titularidad de la propiedad), a fin de poder suscribir el correspondiente convenio de pago, por el tiempo que se ha ocupado el terreno sin contrato, como así lo sugieren los informes jurídicos; aclarando que, el referido convenio de pago tendrá que ser suscrito por usted y su cónyuge, por tener la calidad de propietarios, siendo de su exclusiva responsabilidad las repercusiones que se pudieren suscitar por la dignidad que ostentan en los actuales momentos."

Certificado de gravámenes otorgado el 14 de octubre de 2011, por el Registro de la Propiedad del Cantón Santo Domingo, en el que consta que el Dr. José Luis Fernando Vélez Cabezas, es titular de dominio del lote de terreno de cincuenta hectáreas, ubicado en el km. 19 de la vía Santo Domingo-Quinindé, margen derecho, de ese Cantón, adquirido "b) Por compra de todos los derechos y acciones a la señora Blanca Hipatía Leonor Cabezas Albuja, viuda, por sus propios derechos, y a nombre y en representación de sus hijas las señoras Patricia Isabel Margarita, casada, María Cristina, divorciada, Susana Maritza Hipatía, casada, y Sandra Catalina Vélez Cabezas, casada; y las señoras Alicia Verónica, divorciada, y Blanca Sonia Josefina Vélez Cabezas, casada, mediante escritura pública celebrada el seis de abril del dos mil nueve, ante el Notario Dr. Edgar Pazmiño, inscrita el veinte y ocho de enero del dos mil diez".

De los antecedentes y documentos citados se desprende que el contrato de "prestación de servicios de arrendamiento" del lote de terreno materia de consulta, fue suscrito por la Municipalidad del Cantón Santo Domingo en calidad de arrendataria, el 18 de abril de 2009, con la señora Blanca Hipatía Leonor Cabezas Albuja; y, que el plazo del contrato venció el 31 de diciembre de 2009, según la Cláusula Novena del referido contrato, pese a lo cual la Municipalidad de Santo Domingo, ha continuado utilizando el predio sin que se

haya suscrito nuevo contrato, según consta en informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en memorando No. AJ-05001-2011 de 4 de agosto de 2011.

Consta además que, el Dr. Fernando Vélez Cabezas, actual propietario del predio, e hijo de la señora Blanca Hipatía Leonor Cabezas Albuja, con quien suscribió el contrato la Municipalidad, ha adquirido la propiedad del referido terreno, mediante escritura otorgada el 6 de abril de 2009 ante el Notario Segundo del Cantón Santo Domingo, inscrita el 28 de enero de 2010 en el Registro de la Propiedad de ese cantón, según los datos consignados en el Certificado de Gravámenes otorgado el 14 de octubre de 2011, por el Registro de la Propiedad del Cantón Santo Domingo, cuya copia certificada se ha remitido.

De lo expuesto en los dos párrafos anteriores, se desprende que el Dr. Fernando Vélez Cabezas adquirió la propiedad del inmueble referido en su consulta, mediante escritura otorgada el 6 de abril de 2009, ante el Notario Segundo del Cantón Santo Domingo, inscrita en el Registro de la Propiedad de ese cantón, el 28 de enero de 2010, es decir, con posterioridad a la celebración del contrato de arrendamiento suscrito el 18 de abril de 2009 por la Municipalidad del Cantón Santo Domingo en calidad de arrendataria, con la señora Blanca Hipatía Leonor Cabezas Albuja como arrendadora, cuyo plazo venció el 31 de diciembre de 2009.

De conformidad con el artículo 702 del Código Civil, la tradición del dominio de bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad.

El arrendamiento de inmuebles, está incluido en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establecido por su artículo 1; y, según el artículo 59 *ibidem*, los contratos de arrendamiento tanto para el caso en que el Estado o una institución pública tengan la calidad de arrendadora como arrendataria se sujetará a las normas previstas en el Reglamento de esa Ley.

Por su parte, el artículo 64 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el procedimiento que las entidades públicas contratantes deben observar para el arrendamiento de inmuebles, previendo que los pliegos que contengan las condiciones mínimas del inmueble requerido deben ser publicados en el portal compras públicas. El artículo 66 *ibidem*, determina que en todo lo no previsto en esa Sección, se aplicarán de manera supletoria y en lo que sea pertinente las normas del Código Civil.

Una vez vencido el plazo del contrato de arrendamiento del terreno sobre el que trata la consulta, la falta de celebración de nuevo contrato de arrendamiento del predio por parte de la Municipalidad, constituye una omisión del procedimiento reglado por los artículos 59 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 64 de su Reglamento.

Sin perjuicio de ello, en virtud de que en el acápite IV del memorando No. AJ- 04874-2011 de 26 de julio de 2011, dirigido por el Procurador Síndico Municipal a la Coordinadora General, al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, se ha manifestado que la Municipalidad ha continuado utilizando el inmueble, y que el Dr. Fernando Vélez Cabezas, su actual propietario (quien adquirió el bien mediante escritura otorgada el 6 de abril de 2009, ante el Notario Segundo del Cantón Santo Domingo, inscrita en el Registro de la Propiedad de ese cantón, el 28 de enero de 2010), tiene la calidad de Asambleísta por la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas y su cónyuge Dra. Eunice Arce Moncayo, ostenta la calidad de Concejal del GAD Municipal del Cantón Santo Domingo, es pertinente examinar las inhabilidades que impiden a los dignatarios y sus familiares celebrar contratos con el Estado y sus instituciones.

La inhabilidad establece un impedimento y por tanto quien incurre en ella tiene una incapacidad especial o particular para contratar, en los términos del inciso final del artículo 1463 del Código Civil, que la define como "la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

Las inhabilidades generales y especiales que impiden celebrar contratos con las entidades del sector público, están establecidas en los artículos 62 y 63 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 110 y 111 de su Reglamento General.

El numeral 2 del artículo 62 de la citada Ley Orgánica, prescribe que no podrán celebrar los contratos previstos en esa Ley con las entidades contratantes: "2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director Ejecutivo y demás funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral".

En concordancia, el artículo 110 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece: "Conforme el texto del primer inciso del artículo 62 de la Ley, la inhabilidad prevista en el número 2 de dicha norma legal, en tratándose de los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad se circunscribe a la entidad contratante en la que intervienen los dignatarios, funcionarios y servidores con los cuales existe el grado de consanguinidad o parentesco".

Por otra parte, el Art. 111 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe que a más de las inhabilidades previstas en el Art. 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no podrán celebrar contrato con la entidad contratante: "1.- Los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de

consanguinidad y segundo de afinidad de los consejeros provinciales, concejales municipales y vocales de las juntas parroquiales de su respectiva jurisdicción."

El numeral 7 del artículo 163 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, prohíbe a los asambleístas de: "7. Celebrar contratos de ejecución de obra o de prestación de servicios con entidades del sector público". Añade la norma que "Quien incumpla alguna de estas prohibiciones perderá la calidad de asambleísta luego del trámite previsto a continuación, sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles y penales a las que hubiere lugar".

Para el caso de los concejales y su cónyuge o parientes, el artículo 329 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, les prohíbe: "f) Celebrar contratos con el sector público, por sí o por interpuesta persona natural o jurídica, salvo los casos expresamente autorizados en la ley".

Los impedimentos para contratar que establecen las normas citadas, tienen por objeto evitar que el servidor, su cónyuge o sus familiares, obtengan ventajas o privilegios en el procedimiento de contratación, pues ello afectaría los principios de trato justo, igualdad y transparencia, determinados por el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Del análisis que precede se desprende que, tratándose de un Asambleísta y además cónyuge de una Concejala de la Municipalidad de Santo Domingo, las inhabilidades que establecen el numeral 7 del artículo 163 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa; el numeral 2 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 110 de su Reglamento; la letra f) del artículo 329 del COOTAD y el numeral 1 del artículo 111 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se configurarían para el caso en que se hubieran suscrito o se fueran a suscribir contratos sujetos al ámbito de esa Ley.

En el presente caso, como antes se concluyó, una vez vencido el plazo del contrato de arrendamiento del terreno sobre el que trata la consulta, la falta de celebración de nuevo contrato de arrendamiento del predio por parte de la Municipalidad, observando el procedimiento reglado por los artículos 59 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 64 de su Reglamento, constituye una omisión de los servidores de esa Municipalidad.

El artículo 323 de la Constitución de la República, dispone que: "Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación."

El artículo 66 de la Constitución de la República, reconoce y garantiza a las personas: "16. El derecho a la libertad de contratación...26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental."

El numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, determina que: "La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos: 2. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo".

Del análisis jurídico que precede, en atención a los términos de su consulta se concluye que, en virtud de que la Constitución de la República prohíbe todo tipo de confiscación y garantiza el derecho a la propiedad y a la libertad de contratación, la ocupación del inmueble materia de consulta por parte de la Municipalidad, que según refiere la consulta se ha realizado sin que se hubiere instrumentado el respectivo contrato, genera obligación de pago. En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el convenio de pago es una vía jurídica para extinguir las obligaciones provenientes de la ocupación del inmueble de actual propiedad del Dr. Fernando Vélez, siempre que exista la correspondiente disponibilidad presupuestaria, en virtud de lo dispuesto en los artículos 115 y 178 del mismo Código Orgánico, y sin perjuicio de las responsabilidades que se deban determinar.

El pago deberá corresponder al período de efectiva ocupación del inmueble por parte de la Municipalidad, a partir de la adquisición de la propiedad por el actual dueño, mediante la inscripción del respectivo título en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el artículo 702 del Código Civil.

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

Son de exclusiva responsabilidad de los funcionarios de esa Municipalidad, los términos en que originalmente fue suscrito el contrato de arrendamiento del inmueble al que se refiere la consulta, su precio y demás condiciones contractuales.

Atenta la inhabilidad especial para celebrar contratos con el Estado, del actual propietario del predio, no es jurídicamente procedente que la Municipalidad suscriba nuevo contrato de arrendamiento del inmueble al que se refiere la consulta, pero tampoco procede que ese gobierno autónomo descentralizado siga ocupando el bien raíz y realizando el pago

mediante la figura del convenio de pago. El mecanismo que adopte la Municipalidad para el pago es de exclusiva responsabilidad de sus personeros, dejándose expresa constancia que el presente pronunciamiento no constituye orden ni autorización de pago.

Corresponde a la Auditoría Interna de la Entidad a su cargo, así como a la Contraloría General del Estado, determinar las eventuales responsabilidades de los funcionarios y servidores por las actuaciones y omisiones relacionadas con el tema que motiva su consulta.

**OF. PGE. N°:** 06194, de 31-01-2012

## **CONVENIO DE PAGO: PRESTACIONES DE BIENES Y SERVICIOS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN PORTOVIEJO

### **CONSULTA:**

“¿Resulta procedente, al amparo de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, suscribir convenios de pago con los prestadores de bienes y servicios que han sido recibidos a entera satisfacción de la entidad municipal pero que han carecido de un contrato o instrumentación previa que contenga la obligación prestada, o existiendo ésta, se encuentra fenecida en cuanto su plazo, pero se ha continuado recibiendo la prestación de estos bienes y servicios, a fin de cancelar los valores adeudados por estos conceptos?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 17, 66 y 212 núm. 2.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 115, 116, 117 núm. 2, 178 y Derogatorias.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 1.

Ley de la Contraloría General del Estado, Arts. 19 y 31 núm. 34.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Al oficio de consulta se anexa copia del criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal Dr. Guillermo Celi Santos que consta del oficio No. POR10LEGALOFI- 680 de 4 de noviembre de 2010, quien manifiesta que en consideración a que dentro de los quehaceres municipales se desarrollan un sinnúmero de actividades que generan o resultan en la prestación de bienes o servicios a favor de la Municipalidad de Portoviejo necesarios para el cumplimiento de sus fines, siendo gran cantidad de ellos de mínima significación presupuestaria.

Agrega el informe del Procurador Síndico que siendo de obligación de la administración municipal honrar deudas devenidas de la recepción de bienes o servicios que han sido prestados y recibidos a satisfacción de la entidad desde administraciones anteriores; pero que han carecido de un contrato o instrumentación previa que contenga la obligación prestada o existiendo ésta, se encuentra fenecida en cuanto su plazo, pero se ha continuado recibiendo la prestación de estos bienes y servicios; y, concluye que con fundamento en el numeral 2 del Art. 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas pueden suscribirse convenios de pago con los prestadores de bienes y servicios que efectivamente hayan sido recibidos a entera satisfacción de la Entidad municipal, haya habido o no compromiso previo.

La Procuraduría General del Estado con el oficio No. 00104 de 17 de diciembre de 2010, le requirió a usted el envío de copias certificadas de la documentación ahí señalada, lo que fue atendido con su oficio No. POR10ALCOFI- 035 de 10 de enero de 2011, con la identificación de las personas naturales o jurídicas que han prestado los bienes y servicios referidos en la consulta, que han carecido de contrato o instrumentación previa que contenga la obligación prestada, así con el detalle de esas prestaciones con los montos respectivos; y, las certificaciones emitidas por los departamentos encargados de la recepción de los bienes y servicios recibidos a satisfacción por la Municipalidad de Portoviejo, con el detalle siguiente:

1. - Señor José Segundo Solórzano Roca pago por concepto de prestación de servicio de un Tanquero año 1992 marca NISSAN Modelo CM- 200 de Placas PZPO688 durante los meses de junio a septiembre de 2010.- Contrato de arrendamiento inicial suscrito el 29 de marzo de 2010, con el objeto de atender en el verano el riego de las plantas ornamentales y árboles en las principales avenidas, parterres, parques y áreas en las parroquias Urbanas y Rurales, así como el baldeado de calles, plazas cívicas, mercados y camales, por el valor mensual de USD. 2.100,00 sin IVA.

Certificación de prestación de los servicios recibidos a satisfacción de fecha 6 de octubre de 2010, emitida por el Director de Higiene y Aseo de la Municipalidad de Portoviejo.

2.- Ingeniero José Fernando Palacios García pago por concepto de prestación de servicio de una Cargadora – rueda marca CATERPILLAR modelo 926 que prestó servicios en la Dirección de Higiene Municipal desde el mes de abril a diciembre de 2010; y, de la retroexcavadora marca KOMATSU año 2004, modelo WB140 por los periodos desde abril a octubre de 2010, utilizadas para la evacuación de desechos sólidos no peligrosos en lugares como mercados, camales, terminal terrestre, hospitales y diferentes sectores de la ciudad por el valor de USD. 104.895,00.

Certificación de prestación de servicios recibidos a satisfacción de fecha 3 de enero de 2011 emitida por el Director de Higiene y Aseo de la Municipalidad de Portoviejo.

3.- Ingeniero Luis Javier Barberán Cedeño pago por concepto de prestación de servicio de una Minicargadora marca VOLVO modelo MC90C que prestó servicio en la Dirección de Higiene y Aseo Municipal en el período del 19 de febrero hasta octubre de 2010, utilizada en el movimiento y desalojo de diferentes sectores de la ciudad, así como el raspado de lodo y desalojo de embanques, entre otros, por una valor de USD. 58.080.

Certificación de prestación de servicios recibidos a satisfacción de fecha 3 de enero de 2011, emitida por el Director de Higiene y Aseo de la Municipalidad de Portoviejo.

4.- Ingeniero Eric Vicente López Vélez, pagó por concepto de prestación de servicio de una Minicargadora marca DAEWOO, modelo 1760XL que prestó servicios en la Dirección de Higiene y Aseo Municipal durante los meses de abril, mayo y junio de 2010, utilizada en la limpieza de cintas goteras y calzada de las calles, embanques de lodo producto de deslaves de las colinas, por un valor de USD. 13.940,00.

Certificación de prestación de servicios recibidos a satisfacción de fecha 3 de enero de 2011 emitida por el Director de Higiene y Aseo de la Municipalidad de Portoviejo.

5.- Compañía TELCONET S. A. pago por servicio de Internet comprendido entre los meses de enero a septiembre de 2010.

Memorando No. POR10DIN- MEM0080, suscrito por el Director de Informática Municipal, certificando que la empresa TELCONET S.A. ha brindado el servicio de Internet (1 E1 simétrico) ininterrumpidamente, desde enero a septiembre de 2010 a satisfacción y sin ningún inconveniente por un valor total de USD. 12.150,00.

6.- Ferretería FERRO-CENTRO, adquisición de materiales para la regeneración de la Terminal Terrestre, Av. del Ejército y Calle Venezuela de la parroquia Andrés de Vera.

Descripción de materiales y presupuesto referencial por rubros por parte del Departamento de Construcción de la Dirección de Obras Públicas Municipales.

Certificación emitida por el Residente de Obra Arq. Pedro Vélez Solórzano que manifiesta que la adquisición de dichos materiales a la mencionada ferretería por el monto de USD. 37.121.38 fue realizada a entera satisfacción a lo solicitado.

Memorando No. POR2011DOPMEM008 mediante el cual el Director de Obras Públicas de la Municipalidad de Portoviejo (E) remite la certificación antes indicada.

7.- Arquitecto Gonzalo Delgado Bravo, trabajos de mano de obra para la regeneración de la Terminal Terrestre, Av. del Ejército y calle Venezuela de la parroquia Andrés de Vera.

Descripción de mano de obra y presupuesto referencial por rubros por parte del Departamento de Construcción de la Dirección de Obras Públicas Municipales.

Certificación emitida por el Residente de Obra Arq. Pedro Vélez Solórzano, quien certifica que los trabajos de mano de obra en dicha regeneración por parte del mencionado profesional, por un monto de USD. 35.253.88 fueron realizados con las normas técnicas requeridas para la misma.

Memorando No. POR2011DOPMEM007 mediante el cual el Director de Obras Públicas de la Municipalidad de Portoviejo (E) remite la certificación indicada.

8.- Empresa ARMILED CIA. LTDA., pago por el servicio de vigilancia del Palacio Municipal y demás dependencias municipales por el mes de abril de 2010.

Contrato inicial celebrado el 15 de mayo de 2009.

Memorando No. POR11DADMEMO004 de 27 de diciembre de 2010, del Director Administrativo Municipal, respecto del servicio recibido por parte de la empresa citada por el mes de abril de 2010, tal como lo certifican los Administradores de cada área, por el valor de USD. 43.050.00 más IVA.

Certificación General de fecha 6 de mayo de 2010, emitida por el Jefe de Guardias y Seguridad del Municipio de Portoviejo, quien certifica “que la Compañía Armiled está prestando servicios de seguridad y vigilancia privada con veintidós turnos de 24 horas y cinco turnos de 12 horas en horario de lunes a domingo en las diferentes áreas del Municipio de Portoviejo”; manifestando que dicho servicio se la ha venido recibiendo de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

Certificación de fecha 6 de mayo de 2010, emitida por el Administrador del Cementerio General de Portoviejo, quien certifica “que la compañía Armiled está prestando servicios de seguridad y vigilancia privada con dos turnos de 24 horas en horario de lunes a domingo en las instalaciones del Cementerio General”; manifestando que dicho servicio se lo ha venido recibiendo de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

Certificación de fecha 3 de mayo de 2010, emitida por el Director del Proyecto del Plan de Agua Potable, quien certifica que la compañía ARMILED CIA LTDA., ha cumplido con el servicio de guardianía las 24 horas del día, en el período comprendido al mes de abril del 2010, habiendo cumplido a cabalidad con el servicio.

Certificación de fecha 6 de mayo de 2010, emitida por el Jefe de Mantenimiento del Parque Automotriz Municipal, quien certifica “que la Compañía Armiled está prestando servicios de seguridad y vigilancia privada con un turno de 24 horas en horario de lunes a domingo en

las instalaciones del Parque Automotor Municipal”; manifestando que dicho servicio se la ha venido recibiendo de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

Oficio No. 00178-CCMP-2010 de fecha 5 de mayo de 2010, emitida por el Administrador del Centro Comercial Municipal, quien certifica que la Compañía de Seguridad ARMILED CIA LTDA., ha cumplido a cabalidad con el servicio de guardiana en el periodo del 01 al 30 de abril del 2010, con 4 turnos de 24 horas.

Certificación de fecha 6 de mayo de 2010, emitida por la Administradora del Terminal Terrestre de Portoviejo, quien certifica “que la Compañía Armiled está prestando servicios de seguridad y vigilancia privada con cuatro turnos de 24 horas en horario de lunes a domingo en las instalaciones del Terminal Terrestre”; manifestando que dicho servicio se lo ha venido recibiendo de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

Certificación del mes de mayo de 2010, emitida por el Administrador del Mercado No. 1 de Portoviejo, quien certifica “que la compañía ARMILED está prestando servicios de seguridad y vigilancia privada”; manifestando que dicho servicio se lo ha venido recibiendo de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

Certificación de fecha 4 de mayo de 2010, emitida por el Administrador del Mercado No. 2 de Portoviejo, quien certifica “que la Compañía Armiled está prestando servicios de seguridad y guardiana privada con un turno de 24h00, de lunes a domingo distribuido, en dos guardia de 12 horas nocturnas”; manifestando que dicho servicio se lo recibió de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

Certificación de fecha 6 de mayo de 2010, emitida por el Jefe de Camales del Municipio de Portoviejo, quien certifica “que la Compañía Armiled está prestando servicios de seguridad y vigilancia privada con un turno de 24 horas en horario de lunes a domingo en las instalaciones del Camal Municipal”; manifestando que dicho servicio se lo ha venido recibiendo de manera normal y satisfactoria por el mes de abril.

9.- Pagos pendientes por servicios recibidos por parte de varios medios de comunicación social:

Memorando No. POR10DCSMEMO355 suscrito por la Directora de Comunicación Social de la Municipalidad de Portoviejo que certifica que EL DIARIO S. A. cumplió durante el año 2010, con la publicación de los avisos ahí detallados y que se encuentran pendientes de pago por el valor de USD. 10.072.73.

Memorando No. POR10DCSMEMO356 suscrito por la Directora de Comunicación Social de la Municipalidad de Portoviejo que certifica que la REVISTA PANORAMA realizó una

publicación en su edición de marzo de 2010, sobre las actividades que realiza la Municipalidad y que se encuentra pendiente de pago por la cantidad de USD. 600.00.

Memorando No. POR10DCSMEMO357 suscrito por la Directora de Comunicación Social de la Municipalidad de Portoviejo que certifica que Diario La Hora Manabita EDIMANABI cumplió durante el año 2010, con la publicación de los avisos ahí detallados y que se encuentran pendientes de pago por el valor de USD. 786,60.

Memorando No. POR10DCSMEMO358 suscrito por la Directora de Comunicación Social de la Municipalidad de Portoviejo que certifica que RADIO

LA VOZ DE PORTOVIEJO cumplió con la difusión de las actividades de la Municipalidad durante el mes de diciembre de 2009; y, que se encuentra pendiente de pago por el valor de USD. 560,00.

De la documentación previamente señalada, que en copias certificadas ha sido remitida a esta Procuraduría, se establece que en los casos referidos en los numerales 6 y 7 del presente, se cuenta únicamente con la certificación del residente de obra, sin que exista constancia del Director de Obras Públicas de la Municipalidad de Portoviejo, de que los bienes adquiridos y los servicios prestados allí señalados, hayan sido recibidos a entera satisfacción por la Municipalidad de Portoviejo. De igual manera, en los casos señalados en el numeral 9 de los antecedentes que se refieren a servicios de medios de comunicación, se establece que éstos han sido efectivamente prestados, pero no se evidencia la constancia por parte de la Directora de Comunicación Social de la recepción a entera satisfacción por la I. Municipalidad de Portoviejo, de dichos servicios.

En tal virtud, es de estricta responsabilidad de la Entidad Edilicia a su cargo la existencia de los documentos suscritos por los funcionarios competentes, en los que consten que los bienes y servicios han sido recibidos a entera satisfacción por parte del Municipio.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, en el Art. 1 establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las entidades sujetas al ámbito de aplicación de esa Ley, entre estas, en el número 4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.

En materia de prestación de servicios, el procedimiento precontractual se determina en función de la naturaleza de los servicios, normalizados o no, así como de la cuantía de la contratación.

La Constitución de la República en el Art. 66 reconoce y garantiza a las personas, en el número 17. “El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley”.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010, derogó entre otras leyes, la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal; la Ley de Presupuestos del Sector Público; el Capítulo I de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, Ley que ya había sido derogada por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010.

El Art. 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone lo siguiente: “Art. 115.- Certificación Presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria”.

El Art. 116 del mencionado Código señala:

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

El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso”.

El Art. 117 del Código en estudio expresa:

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

- 1.- Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el ente rector de las finanzas públicas; y,
- 2.- Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo.

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

Por su parte el Art. 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone que ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria; agrega que los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos, o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.

De la normativa jurídica citada se determina que la erogación de recursos públicos por parte de las instituciones del Estado, debe tener como antecedente una contraprestación real o la correspondiente disposición legal.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, en atención a la consulta formulada por usted, se concluye que en aplicación del principio del Art. 66 número 17 de la Constitución de la República de que nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso; y, de conformidad con lo previsto en los artículos 115, 116 y 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que he citado, es procedente que la Municipalidad de Portoviejo suscriba convenios de pago con los prestadores de bienes o servicios que han sido recibidos a su entera satisfacción, pero que carecen de un contrato o instrumentación previa que contenga la obligación prestada, o existiendo ésta, ha fenecido su plazo, pero que se ha continuado recibiendo la prestación de estos bienes y servicios, para cancelar los valores adeudados por estos conceptos, por la adquisición de bienes y prestación de servicios a las personas naturales y empresas, en las condiciones, términos y precios detallados en el oficio de consulta y que he señalado en líneas anteriores.

Para que proceda el convenio de pago, deberá en dichos instrumentos determinarse: 1) Que existió la necesidad institucional previa de acuerdo con la certificación que otorgue el director del área requirente de conformidad con los planes operativos; 2) Que los precios que fueron pactados son los del mercado a la fecha de prestación de los servicios y de adquisición de bienes; 3) Que hay constancia documentada de que los bienes y servicios fueron recibidos a entera satisfacción por los funcionarios responsables del Municipio; 4) Que los bienes adquiridos y los servicios prestados fueron utilizados en actividades y funciones inherentes a la Municipalidad de Portoviejo.

El mecanismo que adopte la Municipalidad de Portoviejo para el pago de los bienes adquiridos y servicios recibidos, es de exclusiva responsabilidad de sus personeros, dejando constancia que este pronunciamiento no constituye autorización ni orden de pago por no ser de mi competencia.

Es pertinente advertir que el convenio de pago es una figura que se aplica por excepción, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad o decisión de las autoridades competentes de la entidad debidamente justificadas, no hubiere sido posible celebrar un contrato observando todas las formalidades previas, por lo que en lo posterior la Municipalidad de Portoviejo deberá adoptar las medidas adecuadas, a fin de evitar a futuro, que se reciban servicios o se adquieran bienes; en general que se asuman obligaciones, sin el correspondiente respaldo contractual.

En consecuencia la Auditoría de la Municipalidad de Portoviejo, deberá ejercer el control de los procedimientos adoptados con respecto al tema que motiva la consulta que se absuelve con el presente pronunciamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo previsto en el número 2 del Art. 212 de la Constitución de la República, así como de los artículos 19 y 31 número 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado determinar responsabilidades por las acciones u omisiones de los servidores de esa Municipalidad, con relación a la situación consultada.

La Municipalidad de Portoviejo, para efectos de control posterior, deberá informar a la Procuraduría y a la Contraloría General del Estado de cualquier convenio de pago que se celebre teniendo como antecedente la absolución de esta consulta.

**OF. PGE. N°:** 00466, de 16-02-2011

## **CONVENIO DE PAGO: SERVICIOS DE VIGILANCIA PRIVADA**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN SANTO DOMINGO

### **CONSULTA:**

“Considerando que el Gobierno Municipal del Cantón Santo Domingo, recibió el servicio de seguridad y vigilancia, por parte de la Compañía de Seguridad y Vigilancia Privada Oswaldo Loayza Icaza O.L.Y. CIA. LTDA, con el personal a su cargo, dentro del período del 19 de febrero del 2009 al 6 de abril del mismo año; que existe el acta de entrega recepción del servicio prestado por la compañía, inclusive el período final comprendido desde el 1º de agosto al 19 de agosto del 2010, a satisfacción del Gobierno Municipal; que así mismo, existe la disponibilidad económica, según Partida Presupuestaria No. 0.0 00.

E500. 510. 530208. 000. 23. 01. 009. 0000.0000. SERVICIO DE VIGILANCIA; y que, según el numeral 17 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, nadie puede ser obligado a realizar un trabajo gratuito. ¿Puede suscribirse un CONVENIO DE PAGO a efecto de cancelar los valores comprendidos en los dos periodos, por concepto de los servicios prestados por la mencionada compañía, tomando en cuenta que en ningún momento el servicio fue superior a los seis meses estipulados en el contrato?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 66 num.17 y 425.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1, 50, 69; y, 94, 115, 116 y 118 de su Reglamento General.

LOAFYC, Arts. 56, 57 núm. 1) (derogada)

Ley Orgánica de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, Art. 41.

Ley de Presupuestos del Sector Público, Art. 31.

Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (derogado) Arts. 118, 127 y 128.

Res. INCOP N° 1, R. O. S. N° 401 de 12-08-2008.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

En el oficio inicial de consulta se expone que la Municipalidad del Cantón Santo Domingo ha recibido el servicio de seguridad y vigilancia prestado por la Compañía OLY CÍA. LTDA., en dos periodos.

Con posterioridad, en oficio No. ASD-SP-513-2010 de 9 de agosto de 2010, recibido el día 11 de agosto del presente año, en atención al requerimiento efectuado por esta Procuraduría, mediante oficio No. 15549 de 29 de julio de 2010, la Municipalidad aclara que la contratista prestó sus servicios “desde el 19 de febrero del 2009, hasta el día 19 de Agosto del 2009, conforme se desprende del Acta de Recepción Definitiva”; que el contrato se suscribió el 7 de abril del 2009, con un plazo de seis meses, por lo que la contratista “prestó servicios con anterioridad a la firma del contrato, esto es 47 días, (desde el 19 de febrero del 2009 hasta el 6 de abril del 2009)”.

Añade la misma comunicación que la Dirección Financiera ha cancelado planillas “a partir de la firma del contrato, faltando la última, que comprende desde el 1º de Agosto del 2009 al 19 de Agosto del mismo año, fecha en la que concluyó el servicio, según el contenido del acta de recepción definitiva; entonces, están pendientes de pago, tanto los 47 días en los cuales se prestó el servicio de seguridad y vigilancia privada con anterioridad a la suscripción del contrato, (desde el 29 de febrero del 2009 hasta el 6 de abril del 2009), como también los 19 días en los cuales, se prestó el mismo servicio, comprendidos desde el 1º de agosto del 2009 hasta el 19 de agosto del mismo año, computados dentro del plazo del referido contrato.”

En el informe jurídico el señor Procurador Síndico Municipal, contenido en memorando No. AJ-001874-2010 de 25 de marzo de 2010, expone que existe suscrita un acta de recepción definitiva del servicio. El informe jurídico concluye: "...por existir la suscripción del respectivo contrato de servicios de seguridad privada, debidamente presupuestada, el Informe No. 58-SSV-PACE, de fecha 20 de Agosto del 2009, suscrito por el señor Carlos Pinzón, Supervisor de Guardianía, y de manera especial, el ACTA DE RECEPCIÓN DEFINITIVA DEL SERVICIO DE SEGURIDAD PRIVADA, suscrita el día 17 de febrero del 2010, en las oficinas de la Dirección Administrativa del Gobierno Municipal, suscrito entre el señor Ing. Patricio Obando Bedón, Director Administrativo y el señor Oswaldo Leovigildo Loayza Icaza, Gerente General de OLY CÍA. LTDA, y en conformidad con las disposiciones contenidas en los Arts. 56,57 y 58 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control, en concordancia con los literales a) y c) del Art. 35 de la Ley de Presupuestos, esta Procuraduría Municipal, considera procedente, el pago de los valores que se indican y que tengan relación, exclusivamente con el cumplimiento del referido contrato."

En memorando No. AJ-02560-2010 de 21 de abril de 2010, el señor Procurador Síndico del Gobierno Municipal de Santo Domingo, reitera su criterio sobre la procedencia de suscribir un convenio de pago por el servicio prestado por la contratista "desde el 19 de febrero del 2009, hasta el 6 de abril del 2009".

Finalmente, mediante memorando No. AJ-04113-2010 de 23 de junio de 2010, el señor Procurador Síndico Municipal expone "Del expediente remitido a esta Procuraduría Municipal, se desprende que con fecha 20 de Agosto del 2009, se ha suscrito el ACTA DE RECEPCIÓN DEFINITIVA DEL SERVICIO DE SEGURIDAD PRIVADA, entre el señor Oswaldo Leovigildo Loayza Icaza, en su calidad de Gerente General de la Compañía OLY CIA LTDA, y el señor Ing. Patricio Obando Bedón, Director Administrativo, en aquel entonces, en la cual se expresa que una vez terminado el plazo indicado en el contrato de servicios, la Dirección Administrativa, procede a recibir los puestos de guardianía que la empresa de Seguridad OLY Cía. Ltda., cubría con personal de su empresa, existiendo por lo tanto conformidad en las partes." Sobre dicha base, el informe jurídico reitera su opinión sobre la procedencia de que "se efectúe el pago mediante convenio, incluyéndose los dos rubros en un mismo convenio".

Se hace notar que en los informes del señor Procurador Síndico Municipal constan dos fechas distintas con respecto a la suscripción del acta de entrega recepción, correspondiente al contrato materia de análisis; sin embargo, no ha sido remitida a este Organismo copia de la referida acta. En atención a nuestro requerimiento, entre los documentos que han sido remitidos en copias certificadas, constan los siguientes:

1. Los pliegos que sirvieron de base para la invitación No. 001-CTZ-SEG-2009, por la que el Gobierno Municipal de Santo Domingo, invitó a la presentación de ofertas para contratar el servicio de vigilancia y seguridad privada del año 2009. En los Términos de Referencia,

el numeral 4 prevé que “La duración del contrato será por el lapso de seis meses contados a partir de la firma del contrato del año 2009”.

2. La Resolución de Adjudicación No. 007-DP-09, suscrita por el entonces Alcalde de Santo Domingo, el 12 de febrero de 2009, notificada en la misma fecha a los oferentes mediante oficio No. 49-CD-2009.

3. Memorando A-SP-102-KPF de 16 de febrero de 2009, por el que el entonces Alcalde del Cantón se dirige al Director Administrativo de la Municipalidad en los siguientes términos:

“En atención a su memorando DAM-M-737-2009, DISPONGO a usted se sirva iniciar la transición del personal de policía municipal que actualmente se encuentra laborando en la seguridad de los edificios municipales, con la empresa OLY, quien estará brindando el servicio de seguridad y vigilancia a partir del 19 de febrero de 2009, fecha que deberá ser considerada para el proceso de contratación”.

4. El contrato de servicios, suscrito el 7 de abril de 2009, entre la Municipalidad del Cantón Santo Domingo y la Compañía de Seguridad y Vigilancia Privada OLY CÍA. LTDA, de cuya Cláusula Primera, Antecedentes, se desprende que la Municipalidad aplicó el procedimiento precontractual de cotización, regulado por el artículo 50 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 94 del entonces vigente Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El objeto del contrato, estipulado en la Cláusula Tercera, es el suministro del servicio de vigilancia y seguridad privada para la Municipalidad de Santo Domingo. El valor y forma de pago, estipulados en la Cláusula Cuarta del contrato, fue pactado en USD 127.839,66, con el carácter de valor “fijo e inalterable”, a ser pagado mensualmente, previa factura presentada por el contratista e informe favorable de la Dirección Administrativa de la Municipalidad. La Cláusula Quinta estipula que “El plazo de duración es de seis meses contados a partir de la firma del presente contrato”.

5. La Certificación Presupuestaria de 29 de mayo de 2009, por USD \$127,839,66, en cuyo detalle se lee: “Compañía de Seguridad y Vigilancia Privada Oswaldo Loayza IC.- Servicio de Vigilancia y Seguridad Privada para la Municipalidad de Santo Domingo, correspondiente al período de seis meses contados a partir del 19 de febrero del 2009”.

6. Petición de pago de los servicios prestados, formulada por la contratista a la Municipalidad, en oficio de 9 de marzo de 2010, por los siguientes períodos: 19 al 28 de febrero de 2009; 10 al 31 de marzo de 2009, 01 a 6 de abril de 2009; y, 1 al 19 de agosto de 2009.

De los antecedentes referidos se desprende que la Municipalidad de Santo Domingo, invitó a ofertar, observando el procedimiento precontractual de cotización, establecido en el artículo 50 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; adjudicó el contrato el 12 de febrero de 2009; suscribió el contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada con la contratista, el 7 de abril de 2009, por un plazo de seis meses contados desde su suscripción, pero la prestación efectiva del servicio antecedió a la fecha en que el contrato fue firmado, y se inició el 19 de febrero de 2009, por disposición del entonces Alcalde, sin que aquello hubiere sido considerado en el contrato, habiéndose efectuado la prestación hasta el 19 de agosto de 2009, según acta de entrega recepción suscrita el 20 de agosto de ese mismo año, cuya copia certificada no ha sido remitida a este Organismo.

Con los antecedentes referidos, para atender su consulta se considera lo siguiente:

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las entidades sujetas al ámbito de aplicación de esa Ley, determinado en el mismo artículo 1 que incluye en el numeral 1 a los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.

En materia de prestación de servicios, el procedimiento precontractual se determina en función de la naturaleza de los servicios, normalizados o no, así como de la cuantía de la contratación. En el caso materia de la consulta, según consta en la cláusula de antecedentes del contrato, la Municipalidad ha observado el procedimiento de cotización, establecido en el numeral 3 del artículo 50 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que lo prevé para “la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Económico”.

El artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que los contratos deben ser celebrados “dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación”.

Sobre la misma materia, el segundo inciso del artículo 116 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, actualmente derogado y sustituido, pero vigente a la fecha de suscripción del contrato al que se refiere la consulta, establecía el plazo de quince días para la suscripción del contrato, contados desde la notificación de la adjudicación. Idéntico plazo consta en el artículo 113 del vigente Reglamento.

En aplicación del artículo 425 de la Constitución de la República que establece el orden jerárquico de las normas, se concluye que atenta la prevalencia del artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto del artículo 116 del derogado Reglamento a esa Ley, la celebración de los contratos debe efectuarse dentro del término (no plazo) de quince días contados desde la notificación de la adjudicación.

En concordancia, el artículo 118 del derogado Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (idéntica disposición consta en el artículo 115 del vigente Reglamento) preveía para el evento de falta de suscripción del contrato por la entidad contratante, dentro del referido término, lo siguiente:

“Art. 118.- Falta de suscripción por la entidad contratante.- En caso de que la Entidad contratante no cumpla con la suscripción del contrato después de vencido el término de 15 días, el oferente la requerirá mediante comunicación escrita para lo que haga en un nuevo término que no deberá exceder de los diez (10) días. Vencido el plazo sin que la entidad haya suscrito el contrato, el oferente tendrá la opción de solicitar se deje sin efecto la adjudicación realizada a su favor, debiendo la entidad reconocer los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros que acredite el oferente adjudicatario. La entidad podrá repetir contra el o los responsables del retardo por los perjuicios que sufra”.

El derogado Reglamento es aplicable al contrato materia de consulta en virtud de la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, que dispone que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Es pertinente considerar en forma adicional, que la Resolución del INCOP No. 1, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 401 de 12 de agosto de 2008, se expidió considerando que era necesario establecer un período de adaptación para el uso de la nueva ley, respecto de aquellas entidades que no habían hecho uso del portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec) para efectos de incorporar a él tanto la convocatoria como los documentos precontractuales, por lo que respecto de los procedimientos de cotización, como es el que motiva la consulta, el artículo 4 reformado, de la citada Resolución, autorizó que hasta el 30 de abril del 2009, se realicen de conformidad con las disposiciones que emita la máxima autoridad de la entidad contratante.

En aplicación de las normas analizadas, al contrato que motiva la consulta, se desprende que si la Resolución de Adjudicación No. 007-DP-09, suscrita por el entonces Alcalde de Santo Domingo, el 12 de febrero de 2009, fue notificada en la misma fecha a los oferentes mediante oficio No. 49-CD-2009, el término de quince días para suscribir el contrato, establecido por artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, venció el 5 de marzo de 2009, por lo que la Municipalidad de Santo Domingo, como entidad contratante y los funcionarios responsables de la administración del contrato, debieron formalizarlo antes de esa fecha.

A lo dicho es oportuno agregar que el inciso final del citado artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prohíbe la ejecución de los contratos sujetos a esa ley, antes de su formalización. En aplicación de dicha norma, una vez adjudicado, el contrato debe formalizarse en el término legal, y solo entonces puede darse inicio a su ejecución.

En el caso materia de consulta, según se refirió en los antecedentes de este pronunciamiento, el Alcalde adjudicó el contrato el 12 de febrero de 2009, y en atención al pedido del Director Administrativo, dispuso el inicio de la prestación del servicio desde el 19 de febrero de 2009; sin embargo, la formalización del contrato se produjo el 7 de abril de ese año, cuando había vencido en exceso el término para su suscripción, establecido en el artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contravieniéndose además la prohibición contenida en el inciso final de esa misma norma, en tanto la prestación de los servicios se inició antes de la formalización del contrato.

Finalmente, habiendo sido firmada la correspondiente acta de entrega recepción de los servicios provenientes del contrato, sin que este Organismo pueda precisar la fecha en que fue firmada, pues no se ha remitido copia de dicho documento y en los informes jurídicos del Procurador Síndico se hacen constar dos fechas diferentes, conforme antes se hizo notar, en dicha acta debió incluirse la liquidación económica de las obligaciones provenientes del contrato, así como los valores recibidos por el contratista y los pendientes de pago, de conformidad con los artículos 127 y 128 del derogado Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en su orden disponían:

“Art. 127.- 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...”.

“Art. 128.- 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 plazo causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada”.

En consecuencia, en la liquidación que sirvió de base para la suscripción del acta de entrega recepción, debieron ser considerados los valores correspondientes a las prestaciones efectuadas por la contratista durante el período comprendido entre el 1 y el 19 de agosto de 2009, incluido dentro del plazo del contrato, debiendo quedar pendiente únicamente el período anterior a la suscripción del contrato, esto es el comprendido entre el 19 de febrero de 2009, en que se inició la prestación, y el 6 de abril del mismo año, que es el día anterior a la fecha en que se celebró el contrato.

Por otro lado, el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República, reconoce y garantiza a las personas “17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso...”.

El artículo 56 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC) dispone:

“Art. 56.- Compromisos.- La asignación presupuestaria se comprometerá en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo válido, decida adquirir de terceros bienes o servicios, o les encargue la realización de obras.

El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. Sin embargo la misma autoridad que contrajo el compromiso, y mientras éste no se haya convertido en obligación podrá anularlo total o parcialmente...”.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 57 de la misma Ley, la obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva “Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo”.

En concordancia, el primer inciso del artículo 58 *ibídem*, prevé que “Ninguna entidad u organismo del sector público, ni funcionario o servidor de los mismos, contraerá compromisos, celebrará contratos, autorizará o contraerá obligaciones, respecto de recursos financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria y sin que haya disponible un saldo suficiente para el pago completo de la obligación correspondiente”.

En forma similar, el artículo 31 de la Ley de Presupuestos del Sector Público, prescribe que los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva asignación

presupuestaria y el saldo disponible suficiente; y, prohíbe adquirir compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto.

En idéntico sentido, el artículo 41 de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal dispone que los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva asignación presupuestaria y el saldo disponible suficiente. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto. Agrega la misma norma que el compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales o internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso.

En materia de contratación, el artículo 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que: “Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación”.

Del análisis jurídico que precede, en atención a los términos de su consulta se concluye que al amparo de lo dispuesto en los artículos 56, 57 y 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, 31 de la Ley de Presupuestos del Sector Público y 41 de la Ley Orgánica de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, cabría la realización de un convenio de pago para reconocer los valores correspondientes a servicios prestados por la contratista antes de la suscripción del contrato, toda vez que existe constancia escrita de la disposición de la autoridad competente para que se requiera la prestación del servicio; siempre que, además conste por escrito la conformidad de la entidad con los servicios recibidos, y exista disponibilidad presupuestaria. Lo dicho, sin perjuicio de las responsabilidades que se deban determinar, por haberse contravenido por parte de la Municipalidad, la prohibición de ejecutar el contrato sin haberlo formalizado, establecida en el inciso final del artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En cuanto se refiere a las prestaciones efectuadas por la contratista, durante el período comprendido entre el 1 y el 19 de agosto de 2009, como antes se analizó, por haberse ejecutado dentro del plazo contractual y al amparo del contrato, su pago debe efectuarse de conformidad con lo previsto en él, y por tanto debió ser incluido en la liquidación económica que sirvió de base para la suscripción del acta de entrega recepción definitiva de los servicios. En consecuencia, no procede un convenio de pago por tal concepto. De no haberse incluido dicho período en la liquidación, lo jurídicamente procedente es que se revise dicha liquidación.

El mecanismo que adopte la Municipalidad de Santo Domingo, para el pago de los servicios recibidos, es de exclusiva responsabilidad de sus personeros, dejándose expresa constancia que el presente pronunciamiento no constituye orden ni autorización de pago.

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

En consecuencia, corresponde a la Auditoría de la Municipalidad de Santo Domingo, ejercer el control correspondiente de los procedimientos adoptados con respecto al tema que motiva la consulta que se absuelve con el presente pronunciamiento.

**OF. PGE. N°:** 17064, de 13-10-2010

## **CONVENIOS PARA MEJORAMIENTO DE VÍA RURAL: PRESUPUESTO DE AÑOS ANTERIORES**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN ALAUSÍ

### **CONSULTAS:**

"¿Es procedente que la Municipalidad asuma el arreglo de daños emergentes o trabajos de mantenimiento menores justificados, así como apertura de otras vías que se encuentran pendientes y que corresponden al Presupuesto Participativo de años anteriores?"

"¿Es o no procedente que la Municipalidad firme dicho convenio para asumir el mejoramiento y mantenimiento vial rural en el Cantón Alausí?"

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 263 núm. 2 y 267 núm. 3.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 42 lit. b), 65 lit. c), 114, 115, 129, 274, 275, 279 y 280.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

1. El informe inicial del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 055-AJ-GADA de 5 de mayo de 2011, adjunto a la consulta, refiere como antecedente que la Municipalidad del Cantón Alausí, solicitó y obtuvo el financiamiento del Banco del Estado para la adquisición de equipo caminero, mediante dos contratos de financiamiento y fideicomiso suscritos dentro del proyecto Programa de financiamiento de equipo caminero

denominado "PROCECAM". Agrega el mismo informe que, con los recursos provenientes del referido financiamiento, la Municipalidad adquirió equipo caminero.

En atención a nuestro pedido, se han remitido copias certificadas de dos contratos de Financiamiento y Fideicomiso, suscritos entre la Municipalidad del Cantón Alausí en calidad de prestataria y el Banco del Estado.

En el primero de los contratos, celebrado el 19 de abril de 2007, la cláusula quinta "Objeto", estipula que: "El Banco del Estado otorga al municipio de Alausí y este acepta, un crédito por la cantidad de hasta USD \$ 1.180,000.00 (UN MILLÓN CIENTO OCHENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 00/100), con cargo al fondo ordinario, sector vialidad-equipos camineros, destinado a financiar la "Adquisición de Equipo Caminero para el Mejoramiento y Mantenimiento de la Red Vial del Cantón Alausí; equipo compuesto por: dos tractores, dos volquetes, dos rodillos vibratorios, una cargadora, dos camiones cisterna, una motoniveladora y una camioneta 4x4".

El plazo de amortización del préstamo, según la cláusula séptima es de cinco años, sin periodo de gracia, contados a partir de la entrega del primer desembolso.

La cláusula décimo quinta del contrato prevé la constitución de fideicomiso de la totalidad de los ingresos de la entidad deudora en el depositario oficial; y, la cláusula décimo sexta estipula que la adquisición de los bienes se realizará mediante contratación pública de acuerdo con el régimen legal vigente en el país.

En el contrato suscrito el 26 de febrero de 2008, la cláusula primera "Antecedentes" refiere que, mediante Resolución del Directorio del Banco del Estado No. 2008-DIR-014 de 5 de mayo de 2008, se aprobó el "Programa de Crédito para la Adquisición de Equipo Caminero" (PROCECAM), sobre la base de que "un gran número de gobiernos seccionales locales y provinciales, no disponen de equipo caminero en cantidad suficiente y en buen estado, que les permita ejecutar adecuada y oportunamente las obras viales que la comunidad requiere.; Programa que cuenta con el criterio de prioridad otorgado por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, según oficio No. SENPLADES-SIP-dap-2008-119, de 1 de agosto de 2008".

La cláusula segunda del contrato, estipula: "EL BANCO otorga a la Municipalidad de Alausí y ésta acepta el financiamiento del proyecto por la cantidad total de hasta QUINIENTOS VEINTE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO CON 75/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 520.458,75) la suma de hasta CIENTO OCHENTA SIETE MIL, TESCIENTOS SESENTA Y CINCO CON 15/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (USD. 187.365,15) se presta a la Municipalidad de Alausí; la suma de hasta TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL NOVENTA TRES CON 60/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 333.093.60) constituye la asignación presupuestaria que concede el Ministerio de Finanzas a LA

PRESTATARIA; y, la suma de hasta SESENTA MIL TREINTA Y TRES CON 27/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. 60.033,27) constituye el aporte de la prestataria, destinado a financiar adquisición de equipo caminero."

La cláusula cuarta estipula que el préstamo se amortizará en el plazo de cinco años, sin período de gracia, contados a partir de la fecha de entrega del primer desembolso. La cláusula décima prevé la constitución de un fideicomiso de la "totalidad de ingresos de la entidad deudora en el depositario oficio, el Banco Central del Ecuador, pignorarán mediante débito automático, los fondos necesarios de la prestataria para realizar el pago de la totalidad del financiamiento.

El informe jurídico del Procurador Síndico agrega que por su gran extensión geográfica, el cantón Aлаусí adolece de una considerable falta de vías de acceso para mejorar la calidad de vida de sus habitantes, el comercio y transporte de su producción y que por el fuerte invierno "requiere constante mantenimiento de las vías que se encuentran fuera del perímetro urbano de su matriz y parroquias".

Finalmente expone el informe del Procurador Síndico que la Municipalidad "implementó la modalidad del Presupuesto Participativo, a fin de optimizar la construcción de obras y ahorro considerable de recursos económicos, y entre ellas se encuentran "aperturas de vías en el sector rural, pendientes de ejecución".

El citado informe invoca el numeral 2 de artículo 263 de la Constitución de la República y la letra b) del artículo 42 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que confieren al Consejo Provincial, competencia exclusiva para planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya zonas urbanas; y, el numeral 3 del artículo 264 de la Constitución de la República, que confiere a los Municipios competencia para planificar, construir y mantener la vialidad urbana.

Cita también el artículo 260 de la Constitución de la República, que prevé la gestión concurrente entre los distintos niveles de gobierno para la prestación de servicios públicos y sobre dicha base concluye que la Municipalidad "podría ejecutar obras viales rurales mediante la modalidad de Convenio con el Consejo Provincial de Chimborazo; pero en la realidad no existe el apoyo económico ni atención del mencionado organismo competente". El informe jurídico argumenta que se debe tomar en cuenta la inversión que ha efectuado la Municipalidad en maquinaria vial.

En el informe ampliatorio contenido en oficio No. 067-AJ-GADA de 2 de junio de 2011, remitido a pedido nuestro, el Procurador Síndico agrega que considera: "procedente actuar en casos de emergencia debidamente justificados para utilizar la maquinaria vial de la Municipalidad, sobre arreglos menores en los caminos del sector rural o despeje de vías, sobre obstáculos provocados por deslaves o elementos propios de la naturaleza, tomando

en consideración el clamor de los pobladores afectados y que no están recibiendo atención de los organismos competentes".

Pese al requerimiento de este Organismo, efectuado en oficio No. 2029 de 26 de mayo de 2011, la Municipalidad del Cantón Alausí no ha remitido el detalle de las obras incluidas en el presupuesto participativo al que alude la consulta. El informe del Procurador Síndico expone que se trata de la apertura de dos vías y lastrado de otras doce vías en sectores comunitarios del Cantón Alausí, o arreglos en las mismas, que "se han venido efectuando por administración directa con la maquinaria municipal y la participación de la comunidad beneficiaria, lo cual ha permitido el avance oportuno y ahorro económico en beneficio de las mismas...".

Para atender su consulta es necesario determinar las competencias que en materia de vialidad, corresponden a cada nivel de los gobiernos autónomos descentralizados.

El artículo 263 de la Constitución de la República, incluye entre las competencias exclusivas de los gobiernos provinciales, la de: "2. Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas.". Idéntica disposición consta en la letra b) del artículo 42 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD).

Por su parte, el numeral 3 del artículo 264 de la Constitución de la República y la letra c) del artículo 55 del COOTAD, asignan como competencia exclusiva de los gobiernos municipales: "3. Planificar, construir y mantener la vialidad urbana".

Con respecto a las competencias exclusivas de las Juntas Parroquiales Rurales, el numeral 3 del artículo 267 de la Constitución de la República, y la letra c) del artículo 65 del COOTAD, les asignan la de: "3. Planificar y mantener, en coordinación con los gobiernos provinciales, la vialidad parroquial rural."

El artículo 114 del COOTAD, define a las competencias exclusivas como: "... aquellas cuya titularidad corresponde a un solo nivel de gobierno de acuerdo con la Constitución y la ley, y cuya gestión puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno".

Por su parte, con respecto a las competencias concurrentes, el artículo 115 del COOTAD, dispone que: "son aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia, por lo tanto deben gestionarse obligatoriamente de manera concurrente".

El artículo 129 del citado COOTAD, establece que el ejercicio de la competencia en materia de vialidad, atribuida en la Constitución a los distintos niveles de gobierno, se ejercerá de la

siguiente manera: "Al gobierno autónomo descentralizado provincial le corresponden las facultades de planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas.

Al gobierno autónomo descentralizado municipal le corresponde las facultades de planificar, construir y mantener la vialidad urbana. En el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará con los gobiernos parroquiales rurales.

Al gobierno autónomo descentralizado parroquial rural le corresponde las facultades de planificar y mantener, en coordinación con el gobierno autónomo descentralizado provincial la vialidad parroquial y vecinal, para el efecto se establecerán convenios entre ambos niveles de gobierno, donde se prevean las responsabilidades correspondientes de cada uno de ellos".

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

El Título VII del citado COOTAD, "Modalidades de Gestión, Planificación, Coordinación y Participación", en el artículo 274 dispone que los gobiernos autónomos descentralizados "son responsables por la prestación de los servicios públicos y la implementación de las obras que les corresponda ejecutar para el cumplimiento de las competencias que la Constitución y la ley les reconoce, de acuerdo con sus respectivos planes de desarrollo y de ordenamiento territorial".

En concordancia, el artículo 275 *ibidem*, prevé que los gobiernos autónomos descentralizados podrán prestar los servicios y ejecutar la obras que son de su competencia "en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta".

El artículo 279 del COOTAD, regula la delegación de competencias a otros niveles de gobierno, en los siguientes términos: "Los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial, metropolitano o municipal podrán delegar la gestión de sus competencias a otros niveles de gobierno, sin perder la titularidad de aquellas. Esta delegación requerirá acto normativo del órgano legislativo correspondiente y podrá ser revertida de la misma forma y en cualquier tiempo.

Para esta delegación las partes suscribirán un convenio que contenga los compromisos y condiciones para la gestión de la competencia. Ningún nivel de gobierno podrá delegar la prestación de servicios públicos que le hubiere delegado otro nivel de gobierno".

El artículo 280 del COOTAD, prescribe que para ejecutar obras públicas que permitan dar cumplimiento a competencias y gestiones concurrentes, "dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo o de distinto nivel de gobierno podrán celebrar convenios de cogestión de obras". Añade la misma norma que los convenios establecerán los términos de coparticipación de cada una de las partes, el financiamiento de la obra, las especificaciones técnicas y la modalidad de fiscalización y control social; y, que los procesos contractuales y formalidades del convenio observarán lo establecido en la ley.

De los artículos 274, 275 y 280 del COOTAD, se desprende que los Gobiernos Autónomos Descentralizados son responsables de la implementación de las obras que les corresponda ejecutar en cumplimiento de sus competencias exclusivas, pudiendo ejecutarlas en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta; y, en el caso de competencias exclusivas, su gestión puede ser concurrente entre dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo o de distinto nivel de gobierno, para lo que podrán celebrar convenios de cogestión de obras.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 1902 de 20 de mayo de 2011, la Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado en el sentido de que de conformidad con el artículo 55 letra c) del COOTAD, "a los gobiernos autónomos descentralizados municipales les corresponde: 'Planificar, construir y mantener la vialidad urbana' ", por lo que el artículo 129 del indicado Código Orgánico, en lo relacionado a vialidad rural, ha previsto respecto a gobiernos autónomos municipales que: 'En el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará con los gobiernos parroquiales rurales', siendo los gobiernos autónomos parroquiales los facultados para suscribir convenios tanto con los Gobiernos Provinciales como con los Municipales, según el mismo artículo 129 del COOTAD". Del análisis que precede se concluye que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 263 de la Constitución de la República, letra c) del artículo 55 del COOTAD y segundo inciso del artículo 129 del citado Código Orgánico, a la Municipalidad compete planificar, construir y mantener la vialidad urbana.

Adicionalmente, el arreglo de daños emergentes o trabajos de mantenimiento, así como la apertura de vías, siempre que se trate de obras a ser ejecutadas en el área urbana, corresponden a la Municipalidad, que puede ejecutar las obras viales en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta, según lo prevén los artículos 274, 275 y 280 del COOTAD. Tratándose de obras viales a ser ejecutadas en las cabeceras de las parroquias rurales, su ejecución se coordinará por la Municipalidad con los gobiernos

parroquiales rurales, según el quinto inciso del artículo 129 del COOTAD. En el caso de obras viales que requieran las parroquias rurales en zonas que no sean cabeceras, corresponde a la respectiva junta parroquial planificar y mantener, en coordinación con el gobierno provincial, la vialidad parroquial rural, de conformidad con la letra c) del artículo 65 del COOTAD y la letra b) del artículo 42 ibídem, que confiere a los gobiernos autónomos provinciales, competencia para planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial que no incluya zonas urbanas.

2. El informe inicial del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 055-AJ-GADA de 5 de mayo de 2011, expone que el proyecto de convenio elaborado por el Consejo Provincial de Chimborazo, que sería el mecanismo legal para ejecutar el mejoramiento y mantenimiento vial rural, "no establece cuáles son las obligaciones o el aporte de dicha Institución, ni menciona si tienen recursos, ni determinan el fundamento para autorizar a nuestra municipalidad efectuar dichos trabajos, por lo que considero que así no podemos someter a la aprobación del Concejo Municipal, para aprobar la firma del mismo".

El proyecto de Convenio de Cooperación Interinstitucional entre el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Chimborazo y el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Alausí, No. 065-2010-DLM, cuya copia certificada se ha acompañado en atención a nuestro requerimiento, determina en su cláusula tercera que "Objeto del Convenio" es "la ejecución de los proyectos de mejoramiento y mantenimiento vial del cantón Alausí, lo que servirá para el desarrollo económico de la población y de esta manera alcanzar el buen vivir consagrado en la Constitución". La cláusula cuarta, que estipula las obligaciones de las partes, respecto del gobierno provincial, prevé que éste se "compromete a coordinar acciones tendientes a la ejecución por parte de la Municipalidad de los proyectos de mejoramiento y mantenimiento vial, dentro de su jurisdicción cantonal"; mientras que a la Municipalidad corresponde ejecutar los proyectos "para lo cual utilizará los recursos económicos necesarios establecidos dentro de su presupuesto institucional y destinado para el efecto", así como "gestionar la obtención de las licencias ambientales ante el organismo correspondiente".

En el informe del Procurador Síndico contenido en oficio No. 067-AJ-GADA de 2 de junio de 2011, remitido a pedido nuestro, agrega que: "En aplicación del Art. 260 de la Constitución de la República, sobre la gestión concurrente, es factible firmar un Convenio con el Consejo Provincial de Chimborazo, organismo que tiene la obligación y competencia sobre la vialidad rural conforme al Art. 263 numeral 2 de la Carta Magna; pero en el que se establezcan claramente tanto el objetivo así como las obligaciones de cada parte, cuantificándose en lo posible las mismas y haciendo constar la disponibilidad económica y partida presupuestaria para la ejecución correspondiente". Con respecto a las obras del presupuesto participativo pendientes de ejecución, expone el informe del Procurador Síndico que "igualmente se podría ejecutar a través de Convenios tripartitos entre los Gobiernos Autónomos Descentralizados: Provincial, el Municipal y las Juntas Parroquiales

respectivas, éstas últimas conforme a la facultad del numeral 3 del Art. 267 de la Constitución de la República".

Por su parte, el Prefecto de Chimborazo en oficio No. 486-SPGADPCH-11 de 31 de mayo de 2011, ingresado el 6 de junio del presente año, en atención al requerimiento de este Organismo sobre la remisión del criterio institucional de esa entidad sobre las consultas formuladas por la Municipalidad del Cantón Alausí, expone que: "se firmarán los convenios que sean necesarios delegando el mantenimiento vial del cantón y no transfiriendo ya que ni la Institución Provincial recibe esta competencia, constituyendo únicamente un enunciado en la Constitución de la República y Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización".

El artículo 275 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, ya citado al atender su primera consulta prevé que los gobiernos autónomos descentralizados podrán prestar los servicios y ejecutar la obras que son de su competencia "en forma directa, por contrato, gestión compartida, por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta".

De las disposiciones constitucionales y legales que fueron citadas al analizar su primera consulta se desprende que, los gobiernos autónomos descentralizados pueden ejecutar las obras que son de su competencia, y entre ellas las de vialidad, al tenor del artículo 275 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en forma directa, por contrato, gestión compartida o por delegación a otro nivel de gobierno, para lo cual, el artículo 280 del COOTAD permite a los distintos niveles de gobierno celebrar convenios en los que se establezcan los términos de coparticipación de cada una de las partes y su financiamiento.

Sobre idéntica base normativa, en atención a una consulta formulada por el Prefecto de Bolívar, en pronunciamiento contenido en oficio No. 1902 de 20 de mayo de 2011, la Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado en el sentido de que: "En lo que respecta a los gobiernos municipales, el artículo 129 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, citado anteriormente, que establece el ejercicio de la competencia de vialidad atribuida en la Constitución a los distintos niveles de gobierno, no ha previsto la posibilidad de que suscriban convenios sobre vialidad rural entre los gobiernos provinciales y municipales, toda vez que según el artículo 55 letra c) del mismo Código, a los gobiernos autónomos descentralizados municipales les corresponde "Planificar, construir y mantener la vialidad urbana", por lo que el artículo 129 del indicado Código Orgánico, en lo relacionado a vialidad rural, ha previsto respecto a gobiernos autónomos municipales que: "En el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará con los gobiernos parroquiales rurales", siendo los gobiernos autónomos parroquiales los facultados para suscribir convenios tanto

con los Gobiernos Provinciales como con los Municipales, según el mismo artículo 129 del COOTAD".

Por lo expuesto, en atención a su segunda consulta se concluye que no es procedente que la Municipalidad del Cantón Alausí firme un convenio con el Consejo Provincial de Chimborazo, con el objeto de que la Municipalidad asuma el mejoramiento y mantenimiento vial rural en el Cantón Alausí, pues el artículo 129 del COOTAD, ha determinado en forma expresa que en el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará entre la Municipalidad y los gobiernos parroquiales rurales. En consecuencia, los gobiernos autónomos parroquiales son los facultados para suscribir convenios relacionados con el ejercicio de la competencia de vialidad, tanto con los Gobiernos Provinciales como con los Municipales, según el artículo 129 del COOTAD.

Este pronunciamiento se limita a inteligenciar las normas aplicables al tema materia de consulta.

La Procuraduría General del Estado no tiene competencia legal para autorizar o negar la suscripción de convenios o para dar informes previos a su celebración.

**OF. PGE. N°:** 03218, de 11-08-2011

## **CUANTÍA EN CONTRATOS: PROCEDIMIENTO DE MENOR CUANTÍA PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRAS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN DE SANTA ANA

### **CONSULTA:**

¿Si para establecer el monto de la cuantía a que hace referencia el inciso segundo del punto 4 del art. 59 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben considerarse únicamente las contrataciones de menor cuantía, o el total de contrataciones de obras que refleje el contratista cualquiera sea su modalidad?

### **BASES LEGALES:**

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 18, 51 núm. 2, 52 y 69; y, 59 núm. 4 de su Reglamento General.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Mediante oficio No. 05671 de 28 de diciembre de 2011 este Organismo solicitó a usted la remisión del criterio jurídico debidamente fundamentado del Procurador Síndico de esa Municipalidad, en virtud de que en memorando No. 231 DEBM-PS de 19 de diciembre de

2011, que se ha acompañado a la consulta, no contiene un análisis jurídico de las normas mencionadas.

Atenta la materia de la consulta, a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 05672 de 28 de diciembre de 2011, esta Procuraduría solicitó al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, el criterio institucional de esa Entidad sobre el tema.

Los requerimientos de este Organismo han sido atendidos por la Municipalidad consultante, mediante oficio No. 005-FCZ-ASA de 5 de enero de 2012, recibido el 7 de los mismos mes y año; y, por el Instituto Nacional de Contratación Pública mediante oficio No. INCOP-2012-0095-OF de 13 de enero de 2012, suscrito por su Director Ejecutivo, ingresado el 25 de enero del presente año.

La consulta se refiere a las contrataciones de obras, que deben observar el procedimiento de menor cuantía, para cuyo efecto, el segundo inciso del numeral 4 del artículo 59 reformado del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sobre cuya aplicación trata la consulta, dispone: "Art. 59.- Obras.- En los procesos de contratación de obras de menor cuantía, se verificará lo siguiente: Aquellos proveedores que a la fecha de la publicación del procedimiento mantuvieran vigentes contratos de construcción de obra pública cuyas cuantías individuales o acumuladas igualaren o superaren el coeficiente establecido en el numeral 2 del artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no podrán participar en ningún procedimiento de menor cuantía de obras hasta la entrega recepción definitiva de el o los contratos vigentes. Si por efectos de la entrega recepción de uno o varios contratos el monto por ejecutar fuere inferior al coeficiente antes indicado, deberá ser invitado y podrá participar en los siguientes procedimientos de menor cuantía de obras."

Por su parte, el artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al que se remite la norma reglamentaria citada en el párrafo anterior, regula las contrataciones de menor cuantía; y el numeral 2, prevé la aplicación de dicho procedimiento, para las "contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico".

De las normas citadas se desprende que éstas establecen una limitación para los proveedores, que les impide participar en nuevos procedimientos para la contratación de obras por menor cuantía, cuando mantuvieren vigentes contratos de ejecución de obra por cuantías iguales o superiores a la determinada para el procedimiento de menor cuantía.

El informe jurídico del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en memorando No. 001 JAQB-PS (E) de 4 de enero de 2012, manifiesta que mediante oficio circular No. INCOP-DE-2011-0007-C- de 7 de diciembre de 2011, ese Instituto ha

informado a las entidades contratantes, que ha desarrollado un reporte informático para los proveedores adjudicados en los procesos de contratación de obras, a efectos de aplicar el Art. 59 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Copia del oficio circular No. INCOP-DE-2011-0007-C de 7 de diciembre de 2011 al que se refiere el informe del Procurador Síndico, ha sido remitido por la entidad consultante.

La circular del INCOP cita el inciso segundo del numeral 4 del artículo 59 reformado del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y sobre su base expone que:

"el Instituto Nacional de Contratación Pública, ha desarrollado un reporte informático que está disponible en el portal [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec), en la sección Herramientas, con el propósito de facilitar a las entidades contratantes y a los proveedores el cumplimiento de la mencionada disposición.

Con esta herramienta, los usuarios podrán obtener el listado detallado de todos los procesos de ejecución de obra que hubieren sido adjudicados a un proveedor a través del portal [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec) con el objeto de verificar el cumplimiento del artículo 59 del RGLOSNCP."

La misma circular agrega que:

"1. El reporte presenta para cada proveedor consultado, el listado de procesos relacionados con la ejecución de obra pública en los que consta como adjudicatario, siempre y cuando haya superado el límite establecido por los artículos 51 numeral 2 de la LOSNCP y 59 del RGLOSNCP...

2. El reporte corresponde a las adjudicaciones en todos los procesos de contratación bajo las modalidades de menor cuantía, cotización y licitación de obras."

La circular establece el procedimiento que deben observar las entidades contratantes para efectos de calificar a los participantes en procesos de menor cuantía de obras, previendo que antes de calificar a los participantes deben obtener el reporte del portal y "2. Cuando el reporte presenta información que refleja que el proveedor consultado supera el monto límite establecido en los artículos 51 numeral 2 de la LOSNCP y 59 del RGLOSNCP, no habilitará para el sorteo al proveedor."

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante expone que "de los lineamientos establecidos para la contratación en los procesos de menor cuantía por el INCOP, fácilmente se puede establecer, que solo se trata de normar hasta cierto monto para poder contratar los proveedores en procesos de menor cuantía, mas no en los demás

procesos de contratación como licitación, cotización, etc. que bien pueden participar sin ningún impedimento."

Concluye el informe que para establecer el monto de la cuantía a que hace referencia el inciso segundo del numeral 4 del artículo 59 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, "se deberán tomar en cuenta todas las contrataciones de obra realizadas bajo cualquiera de las modalidades establecidas en la Ley; exceptuando las adjudicaciones efectuadas en los procedimientos de régimen especial o por emergencias ya que el reporte del sistema no las considera."

Por su parte, el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, en el oficio No. INCOP-2012-0095-OF de 13 de enero de 2012, al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, manifiesta que ese Instituto publicó en el portal [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec), la circular No. INCOP- DE-2011-007-C en donde se explica el procedimiento a seguir con respecto a las disposiciones del artículo 59 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, así como las consideraciones que las Entidades Contratantes deben observar con relación al reporte de los proveedores adjudicados en los procesos de contratación de obras.

Y agrega: "En relación a su consulta le informo que en las consideraciones del numeral No 2 de la Circular antes mencionada indica: 'El reporte corresponde a las adjudicaciones en todos los procesos de contratación bajo las modalidades de menor cuantía, cotización y licitación de obras'; es decir, dicho reporte considera a todas las modalidades de contratación de obras señaladas anteriormente".

El contenido de la consulta exige considerar que las características del procedimiento de contratación por menor cuantía están determinadas por los artículos 18, 52 y 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El artículo 18 de la citada Ley Orgánica establece una excepción a la regla general de que todo proveedor debe constar inscrito en el Registro Único de Proveedores (RUP) para intervenir en los procesos que regula esa ley. La excepción, aplicable respecto de los procedimientos de menor cuantía, admite que los oferentes no estén inscritos en el RUP, debiéndose efectuar la inscripción únicamente en forma previa a la suscripción de los contratos.

El procedimiento de contratación por menor cuantía, en el caso de obras, está limitado a aquellas obras cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, según el numeral 2 del artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; se instrumentan con factura, según el artículo 69 *ibidem*; y, en el procedimiento de selección se debe dar

preferencia a los profesionales, micro y pequeñas empresas calificados y domiciliados en el cantón en el que se ejecutará la obra objeto del contrato, según el artículo 52 ibídem.

De conformidad con el segundo inciso del numeral 4 del artículo 59 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que fue transcrito en los antecedentes de este pronunciamiento, los proveedores interesados en participar en nuevos procedimientos para la contratación de obras por el sistema de menor cuantía, no deben mantener contratos vigentes de ejecución de obra, cuyas cuantías, en forma individual o sumadas, igualen o superen el límite establecido por la ley para ese tipo de procedimiento, determinado por el numeral 2 del artículo 51 de la Ley Orgánica (valor que resulte de aplicar el coeficiente 0,000007 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico).

En consecuencia, el reporte informático desarrollado por el INCOP, al que se refiere la Circular No. INCOP-DE-2011-007-C de 7 de diciembre de 2011, debe considerar todos los contratos vigentes de los proveedores, cualquiera hubiere sido el procedimiento precontractual, pues la finalidad de dicho reporte es facilitar a las entidades contratantes, la verificación de que los proveedores interesados en participar en un procedimiento de menor cuantía para la ejecución de obras, no mantengan contratos cuyas cuantías individualmente consideradas o sumadas, excedan el valor máximo por el que pueden ser celebrados los contratos de menor cuantía, establecido por el citado numeral 2 del artículo 51 de la Ley de la materia.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, para establecer el monto de la cuantía a que hace referencia el inciso segundo del punto 4 del art. 59 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aplicable en los procedimientos de menor cuantía para la contratación de obras, se deben considerar todas las contrataciones de obras que el respectivo contratista mantenga vigentes, cualquiera sea su modalidad.

**OF. PGE. N°: 06521, de 17-02-2012**

## D

### DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA: COMPETENCIA

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN MEJÍA

**CONSULTA:**

"Si el señor Alcalde en su calidad de Presidente del Concejo Cantonal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía o es el Concejo Cantonal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía en pleno quien tiene la facultad para declarar de utilidad pública un inmueble donde funcionará la casa del Sistema de Protección; además de determinar si deben acogerse obligatoriamente al trámite establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública".

**BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 341.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 58; y, 62 de su Reglamento General.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 54, 57 y 148.

Código de la Niñez y Adolescencia, Arts. 190, 192, 194, 195, 201, 203 y 299.

Res. N° 31 de 8-10-2008, Arts. 1, 8 y 15.

**PRONUNCIAMIENTO:**

De manera previa a atender su petición, mediante oficio No. 04260 de 14 de octubre de 2011, esta Procuraduría le solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado del Procurador Síndico del Municipio de Mejía, en relación con el objeto de su consulta; requerimiento que fue atendido por usted en oficio No. 2011-402-AGDMCM de 31 de octubre de 2011, ingresado a esta Procuraduría en la misma fecha, al que adjunta el informe No. 94-2011-AJ de 24 de octubre del 2011, suscrito por el Procurador Síndico de esa Municipalidad.

En su oficio de consulta manifiesta que, en aplicación estricta de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 201 del Código de la Niñez y Adolescencia, a través de la Ordenanza Sustitutiva que Regula y Organiza el Funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia en el Cantón Mejía, se creó el Concejo Cantonal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía, C.O.P.I.N.A.M., con

autonomía administrativa y financiera; y, que en el presupuesto para el año 2011, el referido Concejo "han planificado la adquisición de un bien inmueble para la sede de sus oficinas por el valor de USD. 63.668,00, con cargo a la partida presupuestaria 8.402.02".

En el informe No. 94-2011-AJ de 24 de octubre de 2011, el Procurador Síndico de la Municipalidad del Cantón Mejía manifiesta que el Concejo de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía "dentro de su presupuesto para este año ha programado la adquisición de un inmueble para al funcionamiento de la casa del sistema".

En dicho informe, el Procurador Síndico hace referencia a varios oficios en los siguientes términos:

"La señora Secretaria Ejecutiva del Concejo Nacional de la Niñez y Adolescencia mediante oficio 0379-SEN-CNNA de 03 de mayo de 2011, informa que el Concejo Cantonal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía en razón de su autonomía orgánico funcional administrativa y financiera debe realizar por sí mismo los procesos en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública mediante oficio INCOP-DE-OF-0280-2011 de 24 de mayo de 2011 informa que para la adquisición de bienes muebles se debe seguir el procedimiento establecido en los artículos 58 de la LOSNCP y 61 al 63 del Reglamento General.

El Director Jurídico Encargado de la Contraloría General del Estado mediante oficio 07970DJDJ de 25 de mayo de 2011, informa que en materia de contratación pública se debe estar a lo dispuesto por el Instituto Nacional de Contratación".

Concluye el Procurador Síndico Municipal de Mejía manifestando que: "1. El Concejo Cantonal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía debe resolver sobre la adquisición del bien inmueble. 2. A mi criterio la máxima autoridad del mencionado Concejo es el presidente y por lo tanto está facultado para declarar de interés social la expropiación del inmueble. Para la adquisición se debe regir al procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública".

El inciso tercero del artículo 341 de la Constitución de la República, prescribe que el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia "será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias".

El artículo 190 del Código de la Niñez y Adolescencia, establece que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia es un conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y servicios, públicos y privados, que definen,

ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia.

El artículo 192 del citado Código, dispone que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, está integrado por tres niveles, entre los cuales constan los Organismos de definición, planificación y evaluación de políticas, conformados por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia.

El artículo 194 del mencionado Código establece que el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia es un organismo colegiado de nivel nacional, integrado paritariamente por representantes del Estado y de la sociedad civil, que goza de personería jurídica de derecho público y autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, "representado legalmente por su Presidente, que es el Ministro de Bienestar Social o su delegado permanente". (Actual Ministra/o de Inclusión Económica y Social)

El artículo 195 de dicho Código, prescribe que son funciones del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia: "...c) Formular las directrices generales, a nivel nacional, para la organización del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral y coordinar su aplicación con los Concejos Cantonales".

El artículo 201 del referido Código determina:

"Los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia son organismos colegiados de nivel cantonal, integrados paritariamente por representantes del Estado y de la sociedad civil, encargados de elaborar y proponer políticas locales al Concejo Cantonal. Gozan de personería jurídica de derecho público y de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria.

Están presididos por los Alcaldes, que serán sus representantes legales. Contarán con un Vicepresidente, que será elegido de entre los representantes de la sociedad civil, quien subrogará al Presidente en caso de ausencia de éste.

La responsabilidad de conformarlos es del Gobierno Municipal.

La conformación de los Concejos Cantonales se hará de manera progresiva de acuerdo a las condiciones y circunstancias de cada cantón.

El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia apoyará la constitución y funcionamiento de los mismos, inclusive con asistencia técnica y financiera". Conforme al artículo 203 del mencionado Código, los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia se constituyen e integran de acuerdo a las normas y procedimientos establecidos por cada Gobierno

Municipal, en el marco de las disposiciones generales aprobadas por el Consejo Nacional. Según el artículo 299 del referido Código de la Niñez y Adolescencia, es obligación de cada Municipio proveer los recursos financieros necesarios para el funcionamiento eficiente del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, no obstante que puede ser financiado por otras fuentes públicas y privadas.

De las normas de la Constitución y del Código de la Niñez y Adolescencia que anteceden se establece que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de los niños y adolescente, el cual está integrado, entre otros, por los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia como organismos colegiados presididos por el alcalde, con autonomía administrativa, funcional y presupuestaria, conformados y financiados por cada municipalidad a nivel cantonal. Mediante Resolución No. 31, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 442 de 8 de octubre de 2008, el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia expidió la "DIRECTRIZ PARA LA CONFORMACIÓN DE LOS CONCEJOS CANTONALES DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA"; y, en su artículo 1 expresa que su objeto es establecer los lineamientos que deben aplicarse en todo el territorio nacional, para la conformación de los concejos cantonales de la niñez y adolescencia, con el fin de asegurar el cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional Descentralizado de protección Integral a la Niñez y adolescencia.

El artículo 8 de la citada Resolución determina que conforme al artículo 201 del Código del Código de la Niñez y Adolescencia, la Ordenanza deberá expresar con claridad que el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia es un organismo colegiado que goza de personería jurídica de derecho público y autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, para lo cual se tomará en cuenta, entre otros criterios, el siguiente: "1. Persona jurídica de derecho público: es un organismo del Estado susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, sus decisiones son tomadas por todos sus miembros y la representación recae en quien la preside".

El artículo 15 de la mencionada Resolución determina que en la ordenanza deberá incluirse normas claras en relación a la participación de los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, puesto que tienen capacidad para tomar las decisiones que corresponden a este organismo; y, ningún miembro, titular, delegado o alterno, puede excusarse de tomar una decisión por no contar con autorización para ello. Agrega que: "Las decisiones del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia se toman en el seno del cuerpo colegiado, y deben ser cumplidas por todos sus miembros. Ningún miembro, ni el Presidente del Concejo, está facultado a desconocer decisiones adoptadas en pleno, o adoptarlas por cuenta propia a nombre del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia".

De las normas de la referida Resolución No. 31 del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, se desprende que las decisiones del Concejo Cantonal de la Niñez y

Adolescencia que se constituya mediante ordenanza municipal, deberán ser tomadas y cumplidas por todos sus miembros, sin que ningún miembro, incluido el presidente del Concejo pueda desconocer las decisiones en pleno o adoptarlas por cuenta propia a nombre de dicho Concejo Cantonal.

El artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, (expedido con posterioridad al Código de la Niñez y Adolescencia y la Resolución No. 31 del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia), establece que son funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal: "j) Implementar los sistemas de protección integral del cantón que aseguren el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, lo cual incluirá la conformación de los consejos cantonales, juntas cantonales y redes de protección de derechos de los grupos de atención prioritaria."

De acuerdo con el artículo 57 del COOTAD, son atribuciones del concejo municipal: "bb) Instituir el sistema cantonal de protección integral para los grupos de atención prioritaria".

El artículo 148 del citado Código Orgánico, respecto al ejercicio de las competencias de protección integral a la niñez y adolescencia dispone:

"Los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán las competencias destinadas a asegurar los derechos de niñas, niños y adolescentes que les sean atribuidas por la Constitución, este Código y el Consejo Nacional de Competencias en coordinación con la ley que regule el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia. Para el efecto, se observará estrictamente el ámbito de acción determinado en este Código para cada nivel de gobierno y se garantizará la organización y participación protagónica de niños, niñas, adolescentes, padres, madres y sus familias, como los titulares de estos derechos".

Considerando que, conforme a los artículos 341 de la Constitución de la República, 192, 201 y 203 del Código de la Niñez y Adolescencia, el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia es el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, el cual está integrado entre otros niveles, por los organismos de definición, planificación, control y evaluación, entre los cuales se encuentran los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia, constituidos como organismos colegiados con personería de derecho público y autonomía orgánica, funcional y presupuestaria, presididos por el Alcalde, se concluye que el Concejo Cantonal de Protección de Derechos del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón Mejía no es una instancia municipal que pertenezca en su estructura orgánica y financiera a esa Municipalidad.

Respeto de la facultad para declarar de utilidad pública un inmueble donde funcionará la casa del Sistema de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía, el inciso primero del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina: "Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, se procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la ley".

El inciso primero del artículo 62 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que salvo disposición legal en contrario, la declaratoria de utilidad pública o de interés social sobre bienes de propiedad privada "será resuelta por la máxima autoridad de la entidad pública, con facultad legal para hacerlo, mediante acto motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará".

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 62 de su Reglamento General, la máxima autoridad de la institución pública puede resolver la adquisición de un determinado bien inmueble necesario para la satisfacción de las necesidades públicas mediante declaratoria de utilidad pública o de interés social, se concluye que corresponde al Alcalde como representante legal del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Mejía, persona jurídica de derecho público, conforme el Art. 201 del Código de la Niñez y Adolescencia, declarar de utilidad pública el bien inmueble en el que funcionará la casa del Sistema de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia de Mejía, siempre y cuando se cuente con la decisión del cuerpo colegiado, Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, para adquirir dicho inmueble, puesto que conforme a los artículos 8 y 15 de la Resolución No. 31 expedida por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia antes citada, las decisiones del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia son tomadas por todos sus miembros, sin que puedan desconocerlas o adoptarlas por cuenta propia a nombre de dicho Concejo Cantonal.

**OF. PGE. N°: 05517, de 19-12-2011**

### **DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA: LOTE DE TERRENO QUE CARECE DE TÍTULO DE PROPIEDAD**

**ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN GUALAQUIZA**

#### **CONSULTAS:**

"¿Es procedente declarar de utilidad pública o interés social, un lote de terreno que carece de título de propiedad, teniendo en cuenta al actual poseedor, ya que el poseedor es

reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo conforme manda el Art. 715 del Código Civil?".

"¿Una vez declarado de utilidad pública o interés social un lote de terreno que carece de título de propiedad, necesariamente se debe iniciar un juicio de expropiación para que el juez en sentencia fije la indemnización, ordene la protocolización e inscripción en el Registro de la Propiedad conforme manda el Art. 793 del Código de Procedimiento Civil, o como se debe proceder?".

"De acuerdo con el Art. 447 inciso tercero del COOTAD, cuando se expropia un inmueble para un gobierno parroquial, este debe pasar a ser de su propiedad, ¿Cuál es el título por el que el gobierno municipal debe entregar el inmueble al gobierno parroquial, puesto que el justo título es constitutivo o traslativo de dominio según el Art. 718 del Código Civil?".

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 323.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 446, 447 inciso tercero, 448, 450, 451, 452, 453 y 459.

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

Código Civil, Arts. 715 y 718.

Código de Procedimiento Civil, Arts. 782, 783, 784, 786, 791, 793 y 797.

Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, Arts. 57 y 101.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

1. En el dictamen legal No. GADMG 011-2011 de 4 de julio de 2011, anexo a su oficio, el Procurador Síndico manifiesta que el Gobierno Municipal de Gualaquiza "requiere adquirir un lote de terreno para la construcción de la casa de la Junta Parroquial de San Miguel de Cuyes; pero el terreno que se considera el apropiado, carece de título de propiedad a favor de la persona que está en posesión. Es decir sobre ese terreno nunca existió un título de dominio".

Expresa el Procurador Síndico que conforme al artículo 715 del Código Civil, el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo. Esa posesión debe ser de buena fe, pública y pacífica y agrega: "Con estos elementos tenemos la vía jurídica de cómo proceder para declarar de utilidad pública o de interés social un bien raíz sobre el cual no existe un título de propiedad, esto es, que para la declaratoria de utilidad pública o de interés social se debe tener en cuenta a la persona que está en actual posesión, o sea, el que tiene el bien con el ánimo de señor y dueño, de manera pública, pacífica y de buena fe. A esta declaratoria se debe acompañar el certificado del Registrador de la Propiedad, aunque indique que sobre ese terreno no existe ningún título de dominio a favor de ninguna persona o del actual poseedor. Administrativamente no se podría llegar a ningún acuerdo sobre el precio, ya que el poseedor no tiene título de propiedad y por ende es imposible

que éste otorgue escritura pública de compraventa. Por lo que necesariamente se tiene que seguir un juicio de expropiación".

Concluye el Procurador Síndico, que una vez que el juez dicte sentencia a favor del Gobierno Municipal de Gualaquiza, "éste debe otorgar escritura pública de donación a favor del Gobierno Parroquial Rural de San Miguel de Cuyes, en aplicación del Art. 447 inciso tercero del COOTAD".

Respecto de la posesión mencionada en su oficio y en el informe del Procurador Síndico Municipal, el artículo 715 del Código Civil, establece que la posesión "es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre".

De conformidad con el artículo 718 del mencionado Código, el justo título es constitutivo o translativo de dominio; y agrega: "Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. Son translaticios de dominio los que, por su naturaleza sirven para transferirlo como la venta, la permuta, la donación entre vivos".

Respecto a los títulos constitutivos de dominio, el tratadista Luis Claro Solar, en su obra "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", Tomo Séptimo "De los Bienes" (pág. 477), manifiesta que: "de los títulos constitutivos de dominio solo la ocupación y la accesión sirven para adquirir la posesión. La prescripción, al contrario, supone la posesión, es resultado de ella cuando ha durado el tiempo señalado por la ley; y por la prescripción basada en la posesión se adquiere el dominio; la posesión es necesariamente anterior a la prescripción y no puede ser a la vez causa y efecto de ella". En cuanto a los títulos translaticios de dominio, el indicado Tratadista, en el Tomo Séptimo (pág. 476), expresa que: "para la validez de este modo de adquirir se requiere un título translaticio, causa remota de la adquisición y en virtud del cual el tradente procede a hacer la entrega de la cosa al adquirente y éste toma la posesión de ella. La propiedad que otorga el modo de adquirir, da al dueño derecho a la posesión de la cosa, posesión que le es imprescindible para poder ejercitar sus derechos de propietario; y por lo mismo los títulos translaticios de dominio sirven al mismo tiempo de causa para la adquisición de la posesión".

En relación con la expropiación, el referido autor, en el Tomo Sexto "De los Bienes" (pág. 451) manifiesta que la expropiación por causa de utilidad pública "requiere tres condiciones para que pueda tener lugar: razón de utilidad pública, calificación de esta utilidad pública por una ley, indemnización previa al propietario". En el mismo Tomo (pág. 454) expresa el Autor lo siguiente: "Declarada la utilidad pública de la expropiación por la ley, para que el propietario pueda ser desposeído es indispensable indemnizarle, pagándole el valor del bien expropiado y perjuicios que se le causen, el justo y exacto equivalente de la cosa expropiada puede ajustarse con el o determinarse en el juicio correspondiente. Aunque el monto de la indemnización sea ajustado con el dueño, el acto de la expropiación no será

un contrato de compraventa y no estará, por lo mismo, sujeto a las disposiciones que rigen el contrato de compraventa, ni a las leyes fiscales que puedan afectar a este contrato. Será siempre una expropiación, una enajenación forzada, en que el consentimiento del expropiante y del expropiado sólo concurren en el monto de la indemnización, que no es precio sino compensación del dominio sacrificado ante el interés público".

El artículo 323 de la Constitución de la República, prescribe que con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, "las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación".

El artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública referido a la adquisición de bienes inmuebles mediante la declaratoria de utilidad pública o de interés social, establece que en el caso de las municipalidades, el procedimiento expropiatorio se regulará por las disposiciones de su propia Ley.

El inciso primero del artículo 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, establece que con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, propiciar programas de urbanización y vivienda de interés social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, los gobiernos municipales, entre otros, "por razones de utilidad pública o interés social, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y el pago de conformidad con la ley".

El inciso primero del artículo 447 del referido Código Orgánico, dispone que para realizar expropiaciones, las máximas autoridades administrativas de los gobiernos municipal, entre otros, resolverán la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará y a la que se adjuntará "el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial establecido, el certificado del registrador de la propiedad, el informe de valoración del bien; y, la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para proceder con la expropiación".

En relación con la expropiación de bienes inmuebles a favor de los gobiernos parroquiales rurales, el inciso tercero del referido artículo 447 del COOTAD prescribe que si el gobierno parroquial requiriera la expropiación de bienes inmuebles "solicitará documentadamente la declaratoria de utilidad pública al alcalde o alcaldesa del respectivo cantón. Dichos inmuebles, una vez expropiados, pasará a ser de propiedad el gobierno parroquial".

Respecto a las notificaciones por la declaratoria de utilidad pública, el inciso primero del artículo 448 el COOTAD, determina que la resolución de la máxima autoridad con la

declaratoria de utilidad pública "se notificará, dentro de los tres días de haberse expedido, a los propietarios de los bienes expropiados, a los acreedores hipotecarios si los hubiere y al registrador de la propiedad".

Según el artículo 450 del referido Código Orgánico, "Los propietarios de los bienes declarados de utilidad pública podrán impugnar la resolución administrativa de expropiación, dentro de los quince días hábiles siguientes".

En relación con el precio, el artículo 451 del indicado Código Orgánico, prescribe que en todos los casos de expropiación "se podrá abonar al propietario, además el precio establecido, hasta un cinco por ciento adicional como precio de afección".

En cuanto a la forma de pago, el inciso primero del artículo 452 del referido Código, determina que la forma de pago ordinaria será en dinero y agrega que: "De existir acuerdo entre las partes podrá realizarse el pago mediante la permuta con bienes o mediante títulos de crédito negociables", debiendo descontarse "los impuestos, tasas y contribuciones que el titular esté adeudando por el inmueble expropiado".

El artículo 453 del mencionado Código Orgánico, expresa que si no fue posible llegar a un acuerdo sobre el precio de los bienes expropiados, la administración podrá proponer juicio de expropiación ante la justicia ordinaria de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, juicio que tendrá como único objetivo la determinación del valor del inmueble. De la normativa citada se desprende que la Sección Séptima del Capítulo VIII, Título VIII del COOTAD, se circunscribe al procedimiento de declaratoria de utilidad pública y de expropiación de bienes inmuebles siempre y cuando exista el titular o propietario del bien inmueble a expropiarse.

El artículo 784 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juicio de expropiación se tramitará ante los jueces de lo civil, competentes por razón del territorio; y agrega: "Si el dueño, o el poseedor del inmueble, a falta de aquél, residiere fuera de la República, o se ignorare su paradero, la demanda de expropiación será presentada ante el juez del territorio donde estuviere el inmueble, y la citación al dueño o poseedor y a quienes tuvieren derechos reales sobre la cosa, se entenderá hecha por publicaciones realizadas de conformidad con el artículo 82 de esta Ley y en el Registro Oficial".

El artículo 786 del mencionado Código Adjetivo, dispone que a la demanda de expropiación se acompañará, entre otros documentos: "2.- Certificado del respectivo registrador de la propiedad para que pueda conocerse quién es el dueño y los gravámenes que pesen sobre el predio de cuya expropiación se trata. De no existir inscripción de la propiedad, el registrador certificará esta circunstancia, y el juicio se seguirá con la intervención del actual poseedor; 3.- Valor del fundo a que se refiera, en todo o en parte, la demanda de expropiación, el que se fijará con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos

expropiados al tiempo de iniciarse el expediente de ocupación, sin tener en cuenta la plusvalía que resulte como consecuencia directa del proyecto que motive la expropiación y sus futuras ampliaciones. Si el fundo no constate en el catastro, el Procurador General del Estado o los personeros de las instituciones del sector público, pedirán a la oficina correspondiente que practique el avalúo para que pueda acompañarse a la demanda".

Téngase en cuenta que, en virtud del principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal "ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley".

Por lo expuesto, toda vez que conforme a los artículos 447, 448, 450, 451 y 452 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los gobiernos municipales pueden resolver la declaratoria de utilidad pública y expropiación de bienes inmuebles, para lo cual se debe notificar con tal declaratoria al titular o propietario del bien inmueble a expropiarse, a los acreedores hipotecarios y al registrador de la propiedad, se concluye que lo procedente es que el Gobierno Municipal de Gualaquiza resuelva la declaratoria de utilidad pública del bien inmueble y la notifique al propietario, aun cuando exista poseedor del mismo.

En el caso de que no exista propietario del bien, hecho que se acredita con el certificado del Registro de la Propiedad del cantón, tampoco existirían acreedores hipotecarios, por lo que en atención a lo dispuesto en los artículos 447, 448 y 450 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, relacionados con la declaratoria de utilidad pública, su notificación y el derecho a impugnarla, que no se refieren a los poseedores de los bienes inmuebles, la notificación del acto administrativo (declaratoria de utilidad pública), se perfecciona una vez efectuada al registrador de la propiedad.

Cumplida la notificación con la resolución que declara de utilidad pública del bien, cabe proponer el juicio de expropiación del mencionado bien inmueble ante los jueces de lo civil competentes por razón del territorio, y citarse al dueño o poseedor y a quienes tuvieren derechos reales sobre el bien inmueble, adjuntando a la demanda de expropiación el certificado del respectivo registrador de la propiedad para que se conozca al dueño y los gravámenes que pesen sobre dicho predio, y en caso de no existir inscripción de la propiedad, adjuntar el certificado del Registrador que certifique dicha circunstancia, y seguirse el juicio con la intervención del poseedor del bien inmueble, por así disponerlos expresamente los artículos 784 y 786 del Código de Procedimiento Civil antes referidos.

2. Al absolver la primera consulta manifesté que los gobiernos municipales pueden efectuar expropiaciones mediante declaratoria de utilidad pública, para lo cual se debe notificar con tal declaratoria al titular o propietario del bien inmueble a expropiarse.

El artículo 459 del COOTAD dispone que, en lo no previsto en esta Sección, se aplicarán las normas de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública y del Código de Procedimiento Civil. El artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, expresa que la tramitación del juicio de expropiación sólo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada "siempre que conste que se trata de expropiación por causa de utilidad pública".

El artículo 783 del mencionado Código Procesal, expresa que la declaración de utilidad pública, para fines de expropiación, sólo puede ser hecha por el Estado y las demás instituciones del sector público.

Según el artículo 784 del mencionado Código Adjetivo, el juicio de expropiación se tramitará ante los jueces de lo civil, competentes por razón del territorio; y agrega: "Si el dueño, o el poseedor del inmueble, a falta de aquél, residiere fuera de la República, o se ignorare su paradero, la demanda de expropiación será presentada ante el juez de territorio donde estuviere el inmueble, y la citación al dueño o poseedor y a quienes tuvieren derechos reales sobre la cosa, se entenderá hecha por publicaciones realizadas de conformidad con el artículo 82 de esta Ley y en el Registro Oficial".

De acuerdo con el artículo 786 del indicado Código de Procedimiento Civil, a la demanda de expropiación se acompañará, ente otros documentos: "2.- Certificado del respectivo registrador de la propiedad para que pueda conocerse quién es el dueño y los gravámenes que pesen sobre el predio de cuya expropiación se trata. De no existir inscripción de la propiedad, el registrador certificará esta circunstancia, y el juicio se seguirá con la intervención del actual poseedor; 3.- Valor del fundo a que se refiera, en todo o en parte, la demanda de expropiación, el que se fijará con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiados al tiempo de iniciarse el expediente de ocupación, sin tener en cuenta la plusvalía que resulte como consecuencia directa del proyecto que motive la expropiación y sus futuras ampliaciones.

Si el fundo no constate en el catastro, el Procurador General del Estado o los personeros de las instituciones del sector público, pedirán a la oficina correspondiente que practique el avalúo para que pueda acompañarse a la demanda".

El artículo 791 del mencionado Código Adjetivo, dispone que el juez dictará sentencia "en ella se resolverá únicamente lo que diga relación al precio que deba pagarse y a los reclamos que hayan presentado los interesados"; en tanto que, el artículo 793 del citado Código, prescribe que la sentencia, "al decretar la expropiación, fijará los linderos de lo expropiado y el precio. Depositado éste, se protocolizará la sentencia y se la inscribirá, para que sirva de título de propiedad".

Según el artículo 797 del indicado Código, cuando se trate de expropiación urgente, considerada como tal por la entidad que la demanda, se procederá a ocupar inmediatamente el inmueble. Esta ocupación será decretada por el juez en la primera providencia del juicio, siempre que, a la demanda, se acompañe el precio que, a juicio del demandante, deba pagarse por lo expropiado".

Con fundamento en lo expuesto y en atención a los términos de su consulta se concluye que una vez que el Municipio de Gualaquiza haya resuelto la declaratoria de utilidad pública del bien inmueble que carece de titular o propietario, deberá iniciar el juicio de expropiación contando con la intervención del poseedor del bien que indica en su consulta; y, una vez que se encuentre ejecutoriada la sentencia que decreta la expropiación y fije el precio del bien expropiado, se deberá protocolizar e inscribir en el registro de la propiedad correspondiente, para que dicha sentencia sirva de título de propiedad.

Se deberá tener en cuenta que, en caso de expropiación urgente, considerada como tal por la Municipalidad, el juez deberá decretar la ocupación inmediata del inmueble que motiva esta consulta, siempre y cuando se acompañe a la demanda, el precio del bien, por así disponerlo expresamente el artículo 797 del Código de Procedimiento Civil antes referido.

3. En dictamen legal No. GADMG 011-2011 de 4 de junio de 2011 anexo a su oficio, el Procurador Síndico manifiesta que el Gobierno Municipal de Gualaquiza "requiere adquirir un lote de terreno para la construcción de la casa de la Junta Parroquial de San Miguel de Cuyes; pero el terreno que se considera el apropiado, carece de título de propiedad a favor de la persona que está en posesión. Es decir sobre ese terreno nunca existió un título de dominio".

El Procurador Síndico manifiesta que esta consulta está relacionada con la consulta inicial en la cual manifesté que, los gobiernos municipales pueden resolver la declaratoria de utilidad pública y expropiación de bienes inmuebles, para lo cual se debe notificar con tal declaratoria al titular o propietario del bien inmueble a expropiarse; y concluí en el sentido de que lo procedente es que el Gobierno Municipal de Gualaquiza resuelva la declaratoria de utilidad pública del bien inmueble y la notifique al propietario, aun cuando exista poseedor del mismo; debiendo proponerse luego el juicio de expropiación del mencionado bien inmueble ante los jueces de lo civil competentes por razón del territorio, y citarse al dueño o poseedor y a quienes tuvieren derechos reales sobre el bien inmueble, adjuntando a la demanda de expropiación el certificado del respectivo registrador de la propiedad para que se conozca al dueño y los gravámenes que pesen sobre dicho predio; y en caso de no existir inscripción de la propiedad, adjuntar el certificado del Registrador que certifique dicha circunstancia, y seguirse el juicio con la intervención del poseedor del bien inmueble, en la forma dispuesta por los artículos 784 y 786 del Código de Procedimiento Civil.

Por otra parte, al absolver la segunda consulta manifesté que una vez que la Municipalidad de Gualaquiza haya resuelto la declaratoria de utilidad pública del bien inmueble que carece de titular o propietario, deberá iniciar el juicio de expropiación contando con la intervención del poseedor del bien y una vez que se encuentre ejecutoriada la sentencia que decreta la expropiación y fije el precio del bien expropiado, se deberá protocolizar e inscribir en el registro correspondiente, para que dicha sentencia sirva de título de propiedad. El inciso tercero del artículo 447 del COOTAD, dispone que si el gobierno parroquial requiriera la expropiación de bienes inmuebles, "solicitará documentadamente la declaratoria de utilidad pública al alcalde o alcaldesa del respectivo cantón. Dichos inmuebles, una vez expropiados, pasará a ser de propiedad del gobierno parroquial".

El artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público en el artículo 57 referido al traspaso de bienes muebles e inmuebles entre entidades del sector público expresa que el traspaso es el cambio de asignación de un bien mueble o inmueble que se hubiere vuelto innecesario o inútil para una entidad u organismos en favor de otro, dependiente de la misma persona jurídica, que lo requiera para el cumplimiento de sus fines, como en el caso de los ministerios de Estado o sus dependencias. Agrega: "Cuando intervengan dos personas jurídicas distintas, no habrá traspaso sino donación y, en este evento, existirá transferencia dominio que se sujetará a las normas especiales de la donación". De acuerdo con el artículo 101 del citado Reglamento, sus normas "se aplicarán supletoriamente para los bienes de las municipalidades, de sus empresas y de los consejos provinciales y sus empresas, en cuanto no se pongan a las leyes orgánicas de Régimen Municipal y Provincial, respectivamente" (actual Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y descentralización).

Por lo expuesto, en el evento de que el bien inmueble que motiva esta tercera consulta pase a ser de propiedad del Municipio de Gualaquiza mediante sentencia ejecutoriada dictada dentro del juicio de expropiación que se inicie, dicha Municipalidad deberá transferir el bien inmueble a la junta Parroquial de San Miguel de Cuyes, en conformidad con el artículo 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización antes referido; transferencia que deberá efectuarse mediante la figura de la donación conforme lo prevé el artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, en concordancia con el Título XIII del Libro III del Código Civil.

**OF. PGE. N°: 03844, de 22-09-2011**

## DELEGACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE: CONSTRUCCIÓN DE TERMINAL TERRESTRE SIN DECLARATORIA DE EXCEPCIONALIDAD

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN MILAGRO

### CONSULTAS:

“¿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?”.

“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 núms. 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 tercero.

Reglamento de Aplicación del Régimen Excepcional de Delegación de Servicios Públicos de Transporte, Arts. 3 núm. 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-CNC2012 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 sí 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 gestión 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 precautelará 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.

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

## **DIETAS: DIGNATARIOS DE ELECCIÓN POPULAR QUE CONFORMAN DIRECTORIOS DE FEDERACIÓN DEPORTIVA**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN LAGO AGRIO

### **CONSULTAS:**

1. “¿Cuál norma es jerárquicamente superior respecto del derecho a percibir dietas por cada sesión a la que asistieren los dignatarios de elección popular de los gobiernos autónomos descentralizados; la que autoriza el Art. 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, o la que prohíbe el ejercicio de este derecho y que se expresa en los artículos 12, 13 y 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público?”
2. “¿Los dignatarios de elección popular: Alcaldes Consejeros y Concejales, tienen derecho a percibir dietas por cada sesión a la que asistieren en los directorios de las Federaciones Deportivas Provinciales de su Jurisdicción?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 425.  
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 1 y 358.  
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 2, 96, 123; y, 260 de su Reglamento General.  
Ley de Cultura Física, Deportes y Recreación, Art. 32 lit. d) (derogada).  
Ley del Deporte, Educación Física y Recreación Art. 36 lit. f); y, 36 de su Reglamento.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

1. La Constitución de la República en el artículo 425, establece que el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: “La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las

ordenanzas distritales; los derechos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”. Agrega la disposición: “La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

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

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

De las normas citadas, se desprende que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización regula el régimen de los diferentes niveles de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales; en tanto que la Ley Orgánica del Servicio Público regula el servicio civil y la carrera administrativa de los funcionarios y servidores de las instituciones del Estado.

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

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

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

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

2. Respecto a los Directorios de las Federaciones Deportivas Provinciales mencionado en su consulta, debo manifestarle que la Ley de Cultura Física, Deportes y Recreación, (derogada por la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación) en el artículo 32 letra d) establecía que el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales se integraba entre otros, por un concejal, representante del concejo cantonal de la capital de la provincia.

De lo expuesto se desprende que, mientras se encontraba vigente la anterior Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales se integraba, entre otros miembros, por un concejal perteneciente al concejo cantonal de la capital de la provincia.

La vigente Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, en el artículo 36 dispone que el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales sujetas al Régimen de Democratización y Participación será conformado, entre otros por: "f) Un representante de los gobiernos autónomos descentralizados que conforman el Consejo Provincial, elegido de entre los alcaldes cantonales de la provincia. En el caso de Galápagos se lo elegirá el Consejo de Gobierno".

El Reglamento General a la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, en el artículo 36 dispone que quienes conformen el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales, de acuerdo a lo establecido en la letra f) del artículo 36 de la Ley, "deberán tener como respaldo de su designación una resolución motivada de la máxima autoridad de cada una de las instituciones señaladas en dicho artículo".

En consecuencia de lo expuesto, debo indicarle que el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales se integra entre otros, por un representante de los gobiernos autónomos descentralizados que conforman el Consejo Provincial, elegido entre los

alcaldes cantonales de la provincia, que cuenten con el respaldo de la máxima autoridad de las instituciones señaladas en el artículo 36 de la Ley del Deporte, Educación Física y recreación.

Con esta aclaración, atiendo la segunda consulta manifestando que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el artículo 358 inciso cuarto dispone:

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

La disposición legal anteriormente citada, con relación a los alcaldes o sus delegados establece que cuando estos actúen en el Consejo Provincial en representación de un Municipio, como en este caso del Municipio de Lago Agrio, el gobierno municipal debe pagar viáticos por las sesiones en que participan como delegados del Municipio en el cuerpo colegiado provincial. En caso que les corresponda a los alcaldes o delegados representar a este nivel de gobierno (consejo provincial) en su condición de consejero provincial recibirá los viáticos o subsistencias del gobierno provincial y no del Municipio de Lago Agrio.

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

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

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

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

Del análisis jurídico que precede se desprende que los Concejales Cantonales, como dignatarios de elección popular, además de su remuneración mensual unificada establecida en la forma determinada por el artículo 358 del COOTAD, podrían percibir viáticos o subsistencias, según el caso, si en esa calidad deben trasladarse temporalmente para cumplir actividades relacionadas con el ejercicio de sus cargos a lugares distintos de aquel en que ejercen esa dignidad habitualmente, siempre que se cumplan las circunstancias establecidas en los Reglamentos que se han citado en este pronunciamiento; y, siempre que los gastos por tal concepto no sean cubiertos por otros organismos. La procedencia del pago en cada caso, corresponde determinar bajo su exclusiva responsabilidad a los personeros de esa Municipalidad, conforme consta en el oficio No. 00477 de 14 de enero de 2011, anteriormente mencionado.

En virtud de lo expuesto, teniendo en cuenta que el artículo 36 letra f) de la vigente la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, dispone que el Directorio de las Federaciones Deportivas Provinciales se integra entre otros miembros, por un representante de los gobiernos autónomos descentralizados que conforman el Consejo Provincial, elegido entre los alcaldes cantonales de la provincia, se concluye que dicho representante tiene derecho al pago de viáticos o subsistencias que correspondan (y no de dietas) a cargo del Consejo Provincial, de conformidad con el inciso cuarto del artículo 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y el artículo 260 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, siempre y cuando en ejercicio de la representación del Gobierno Provincial, se trasladen a un lugar distinto de aquel en que ejercen la función de consejeros provinciales.

En este sentido me pronuncié con motivo de la consulta formulada por el Alcalde de Taisha en la segunda pregunta contenida en el oficio No. 1548 de 27 de abril del 2011.

**OF. PGE. N°: 01779, de 13-05-2011**

## DIETAS: MIEMBROS DEL CONCEJO CANTONAL DE LA NIÑEZ DE OTRA JURISDICCIÓN

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN CUMANDÁ

### CONSULTAS:

1. “Si los 3 miembros que conforman el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia pueden percibir dietas, si pertenecen a otra jurisdicción cantonal”.
2. “Si los mismos, pueden o no seguir perteneciendo al CCNA-C (Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cumandá), ya que estos pertenecen a otra provincia”.
3. “Si es procedente se realice la revocatoria de los nombramientos de los 3 miembros que no pertenecen a la jurisdicción del Cantón Cumandá”.

### BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 242 y 253

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 10 y 20.

Código de la Niñez y Adolescencia, Arts. 2, 192 núm. 1, 194, 201 y 203.

### PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Constitución de la República en el Art. 242, dispone que el Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales.

El Art. 253 de la Carta Constitucional, expresa que cada cantón tendrá un concejo cantonal, integrado por la alcaldesa o alcalde y las concejalas y concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá una vicealcaldesa o vicealcalde; agrega que la alcaldesa o el alcalde será su máxima autoridad administrativa y lo presidirá con voto dirimente.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, en el Art. 10, señala que el Estado ecuatoriano se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales; y, al tenor del Art. 20, los cantones son circunscripciones territoriales conformadas por parroquias rurales y la cabecera cantonal con sus parroquias urbanas, señaladas en la respectiva ley de creación, y por las que se crearen con posterioridad, de conformidad con la presente ley.

El Art. 192 numeral 1 del Código de la Niñez y Adolescencia, determina el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que está integrado por tres niveles: 1. “Organismos de definición, planificación, control y evaluación de políticas”, entre los que se establece la letra a) El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, y en la letra b) Los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia. El inciso final del Art. 194, prevé que las decisiones del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia son de carácter obligatorio para todas las instancias componentes del

Sistema; y, en el Art. 195 letra c), entre las funciones del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia consta la de formular las directrices generales a nivel nacional, para la organización del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral y coordinar su aplicación con los Concejos Cantonales.

En el Art. 201 del Código de la Niñez y Adolescencia, se determina que los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia son organismos colegiados de nivel cantonal, integrados paritariamente por representantes del Estado y de la sociedad civil, encargados de elaborar y proponer políticas locales al Concejo Cantonal; que gozan de personería jurídica de derecho público y de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria; que están presididos por los Alcaldes, que serán sus representantes legales; y, que contarán con un Vicepresidente, que será elegido de entre los representantes de la sociedad civil, quien subrogará al Presidente en caso de ausencia de éste.

Por su parte el Art. 203 del Código citado establece, que los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia se constituirá e integrarán de acuerdo a las normas y procedimientos establecidos por cada Gobierno Municipal, en el marco de las disposiciones generales aprobadas por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia con fecha 17 de septiembre de 2008, expidió la Resolución No. 031- CNNA- 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 442 de 8 de octubre de 2008, que está vigente y que contiene la Directriz para la conformación de los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia, que en el Art. 2 dispone lo siguiente:

“Art. 2.- Ámbito de aplicación.-

Conforme lo previsto en el último inciso del Art. 194 del Código de la Niñez y Adolescencia, las decisiones emanadas del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia son de carácter obligatorio para todas las instancias componentes del Sistema; por lo tanto, las disposiciones previstas en las presentes directrices se aplicarán de manera obligatoria en todo el territorio nacional”.

El Art. 5 de la Resolución *ibídem* determina:

“Art. 5.- Obligatoriedad de la conformación del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia

Conforme a lo previsto en el Código de la Niñez y Adolescencia, la conformación de los concejos cantonales es responsabilidad del Gobierno Municipal”.

El Art. 11 de la Resolución No. 031- CNNA- 2008 en mención, dispone:

“Art. 11. Criterios para la integración del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia

Para la integración de los concejos cantonales de la niñez y adolescencia, cada Municipalidad deberá señalar con claridad en la ordenanza el número de integrantes y de qué organismos o sectores provienen.

1. Para la integración de los representantes del Estado, deberá tomarse en cuenta que sean autoridades cantonales relacionadas con temas de la niñez y adolescencia y que tengan capacidad de decisión en el territorio del cantón.
2. Para la integración de los representantes de la sociedad civil, deberá asegurarse que representen a colectivos o sectores y comunidades y que se domicilien en el territorio del cantón”.

El Art. 12 de la misma Resolución, en cuanto al tiempo de duración de los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, y respecto a los representantes del Estado, en el numeral 1, señala que éstos durarán el período por el cual ocupen su cargo en las instituciones del sector público, debiendo por lo menos cada cuatro años ratificar su representación ante el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia.

Respecto de los Representantes de la Sociedad Civil, el referido Art. 12 de la Resolución No. 031- CNNA- 2008 citada, en el numeral 1, expresa que en la ordenanza se establecerá con claridad el período de duración de los representantes de la sociedad civil, no pudiendo ser inferior de dos años ni superior a cuatro años; y, en el numeral 3, establece que dichos representantes deben tener su domicilio en la jurisdicción territorial del Concejo para el cual serán elegidos.

En el Art. 14 de la mencionada Resolución No. 031 – CNNA- 2008, respecto a las Obligaciones y responsabilidades de los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, manifiesta que los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia tienen la calidad de dignatarios públicos, por lo tanto están sujetos a las obligaciones y responsabilidades previstas en la Constitución de la República para los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos.

Agrega el Art. 14 de la referida Resolución, que los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia al momento de su posesión deberán presentar una declaración juramentada de no incurrir en las causales especiales de inhabilidades e incompatibilidades previstas en el Reglamento al Código de la Niñez y Adolescencia y en las propias ordenanzas.

La Municipalidad del Cantón Cumandá con fecha 10 de diciembre de 2008, expidió la Ordenanza para la Conformación, Funcionamiento de los Organismos del Sistema de

Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en el Cantón Cumandá, que en el Art. 3, conformó el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá como un organismo colegiado de nivel cantonal, integrado paritariamente por representantes del Estado y la Sociedad Civil, que goza de personería jurídica de derecho público, de autonomía orgánica funcional y presupuestaria.

En el Art. 4 de la referida Ordenanza, se integra el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá, paritariamente con cinco miembros representantes del Estado y cinco miembros de la Sociedad Civil.

En el Art. 7 de la Ordenanza en estudio, se establece que la presidencia del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, será ejercida por el Alcalde del cantón Cumandá o su delegado, quien será su representante legal, que contará con un vicepresidente que será elegido de entre los delegados de la sociedad civil, quien deberá residir en la ciudad de Cumandá por lo menos dos años; y, reemplazará al presidente en su ausencia.

Con fecha 8 de junio de 2009, la Municipalidad de Cumandá expidió el Reglamento Transitorio de Elecciones de los Miembros de la Sociedad Civil al Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá, en el Art. 7 numeral 1, entre los requisitos para la elección de los miembros de la sociedad civil del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, le señala ser ecuatoriano/a y/o tener más de dos años de residencia en el cantón.

El Concejo de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cumandá, mediante la Resolución No. 002- 2010 de 31 de marzo de 2010, expidió el Reglamento Interno del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá, que en el Art. 3 dispone que tendrá su sede en la ciudad de Cumandá, con jurisdicción a nivel cantonal; y, en el Art. 4 del Reglamento Interno mencionado, se establece que para el cumplimiento de sus funciones, el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia se regirá por los principios y disposiciones de la Constitución de la República, los Instrumentos Jurídicos Internacionales, el Código de la Niñez y Adolescencia y sus Reglamentos, la Ordenanza que regula y organiza el funcionamiento del Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cumandá y las directrices emanadas del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

Con relación al tema de dietas que es objeto de su consulta, el Art. 56 del Reglamento Interno del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá, expresa que los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá que participen en las sesiones del organismo con voz y voto, tendrán derecho a recibir el pago de dietas, las que se pagarán de acuerdo al Reglamento que para el efecto apruebe ese Concejo en el marco de las disposiciones generales aprobadas por el Ministerio de Relaciones Laborales-ex SENRES.

La Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, en el Art. 117 dispone:

“Artículo 117.- Prohibición de pluriempleo y de percibir dos o más remuneraciones.- Sin perjuicio de lo prescrito por la Constitución de la República, a ningún título, ni aún el de contrato de servicios ocasionales, comisión u honorarios; una autoridad, servidora o servidor percibirá dos o más remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos contemplados en el artículo 3 de esta ley, lo cual incluye a los servidores públicos que por designación o delegación formen parte de cuerpos colegiados por lo que no se procederá al pago de dietas por su participación en los mismos ni al otorgamiento de ningún otro beneficio adicional”.

El Art. 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público, señala lo siguiente:

“Artículo 125.- De las dietas.- Aquellos miembros, que no percibieren ingresos del Estado y que fueran designados como representantes o vocales a directorios, juntas, comités o cuerpos colegiados en general, de las instituciones del Estado, tendrán derecho a percibir dietas de conformidad a las regulaciones que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales”.

Por consiguiente, en atención a la normativa señalada en los artículos 201 y 203 del Código de la Niñez y Adolescencia, que expresan que los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia son organismos colegiados de nivel cantonal integrados paritariamente por representantes del Estado y la Sociedad Civil, que se constituyen de acuerdo con las normas y procedimientos establecidos por cada Gobierno Municipal en el marco de las disposiciones generales aprobadas por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia; y, de los artículos 11 numeral 2 y 12 numeral 3 (referido a los representantes de la sociedad civil), de la Resolución No. 031 – CNNA- 2008, expedida por el mencionado Consejo Nacional, cuyo cumplimiento es obligatorio a nivel nacional, conforme el Art. 2 de dicha Resolución, los cuales establecen que los miembros de la sociedad civil deben estar domiciliados en el cantón, se concluye que las personas que residen en otra jurisdicción cantonal y provincial, no debieron ser designados Miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cumandá por la Asamblea Cantonal Electoral convocada por la Comisión Electoral.

Respecto de la percepción de dietas por parte de los miembros del referido Concejo, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a lo previsto en los artículos 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 56 del Reglamento Interno del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá anteriormente citados, se establece que los miembros de ese Concejo que no perciban ingresos del Estado, tienen derecho a percibir dietas por las sesiones a las que asistan, de conformidad a las regulaciones que emita el Ministerio de Relaciones Laborales.

Sin embargo, en el caso planteado, respecto a los tres miembros de la Sociedad Civil (que no son servidores públicos y que no perciben ingresos del Estado), que conforman el indicado Concejo, como éstos fueron designados en contravención a lo previsto en los artículos 201 y 203 del Código de la Niñez y Adolescencia, puesto que no tienen su domicilio en el Cantón Cumandá, al ser improcedente su designación, también es improcedente el pago de dietas.

2. Como quedó señalado al absolver la primera consulta, la Resolución No. 031- CNNA-2008, expedida el 17 de septiembre de 2008, por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 442 de 8 de octubre de 2008, en el Art. 11 referido a los “Criterios para la integración del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia”, en el numeral 1, respecto a la integración de los representantes del Estado expresa que éstos sean autoridades cantonales que tengan capacidad de decisión en el territorio del cantón; y, el numeral 2, señala que para la integración de los representantes de la sociedad civil deberán representar a colectivos o sectores y comunidades y que se domicilien en el territorio del cantón.

Concordante, el Art. 12 de la mencionada Resolución, respecto a los representantes de la sociedad civil, en el numeral 3, establece que dichos representantes deben tener su domicilio en la jurisdicción territorial del Concejo para el cual serán elegidos.

La Ordenanza para la Conformación, Funcionamiento de los Organismos del Sistema de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia en el Cantón Cumandá, expedida por la Municipalidad de Cumandá el 10 de diciembre de 2008, en el Art. 7, establece que la presidencia del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia será ejercida por el Alcalde del cantón Cumandá o su delegado, quien será su representante legal; contará con un vicepresidente que será elegido de entre los delegados de la sociedad civil con residencia en la ciudad de Cumandá por lo menos dos años.

El Reglamento Transitorio de Elecciones de los Miembros de la Sociedad Civil al Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá, expedido por esa Municipalidad el 8 de junio de 2009, en el Art. 7, entre los requisitos para la elección de los miembros de la sociedad civil del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, le señala ser ecuatoriano y tener más de dos años de residencia en el cantón.

Con los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para absolver la primera consulta, y con fundamento en las normas que he citado previamente, respecto a la segunda consulta, se concluye que, los miembros del Concejo de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cumandá que residen en otro cantón y otra provincia, no pueden continuar integrando el mencionado Concejo Cantonal, por contravenir el Art. 11, numeral 2 y Art. 12 numeral 3 (al referirse a los representantes de la sociedad civil), de la Resolución No. 031-

CNNA- 2008, expedida por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, en concordancia el Art. 7, del Reglamento Transitorio de Elecciones de los Miembros de la Sociedad Civil al Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia de Cumandá.

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

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004, en los artículos 3 letra e), y 13, entre las funciones del Procurador General del Estado le dispone asesorar y absolver las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público.

La consulta formulada por usted, no está relacionada con la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico, sino que está referida a la procedencia de revocar los nombramientos de tres miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón Cumandá, que no pertenecen a esa jurisdicción cantonal, lo cual no es de mi competencia, siendo el asunto consultado de responsabilidad y decisión interna de la Municipalidad de Cumandá.

Por lo expuesto, en cumplimiento de la normativa jurídica citada, me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

**OF. PGE. N°:** 00990, de 22-03-2011

## **DONACIÓN: TRASPASO Y COMODATO EN INSTITUCIONES DEL SECTOR PÚBLICO**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN LA TRONCAL

### **CONSULTAS:**

"Es aplicable la norma del Artículo 57, inciso segundo del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, para que el Concejo Cantonal de La Troncal, autorice la donación de los terrenos solicitados por otras instituciones del Sector Público, entre las cuales está la Dirección Provincial de Salud del Cañar, y la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado del Cantón la Troncal, EP?".

"En caso de ser procedente la donación en aplicación de la norma del Artículo 57, inciso segundo del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, para que el Concejo Cantonal de La Troncal pueda autorizar la donación, al tratarse de bienes de equipamiento comunal se podría realizar el cambio de categoría de bien de uso público a bien de uso privado, siempre y cuando el uso que le pretenda dar la Institución Pública donataria sea orientada a una función social o ambiental, esto en aplicación de la norma del Artículo 423 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?"

"En caso de no ser procedente la donación de cuerpos de terrenos a otras entidades del Sector Público en aplicación de lo dispuesto en el Artículo 57, inciso segundo del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, es procedente que estas Instituciones como el caso de la Dirección Provincial de Salud del Cañar, realice la construcción del nuevo centro de salud urbano cantonal de La Troncal, en un terreno que es área de equipamiento comunal y que fuera otorgada en comodato no precario por parte del Concejo Cantonal de la Troncal?"

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 225 núm. 2.

Constitución Política del Ecuador, Art. 118 (derogada)

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 414, 415, 416, 417 lits. f) y g), 419, 423, 424, 435, 436 y 441.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 58; y, 61 de su Reglamento General.

Código Civil, Arts. 691, 2077 y 2097.

Reglamento Gral. Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, Arts. 57 y 101.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

1. En el memorando No. 2012-054-AJM de 1 de febrero del 2012, el Procurador Síndico Municipal del Cantón La Troncal manifiesta que: "el Artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de los Bienes del Sector Público, en su inciso segundo manifiesta: 'cuando intervengan dos personas jurídicas distintas no habrá traspaso sino donación y, en este evento, existirá transferencia de dominio que se sujetará a las normas especiales de la donación', por lo tanto, existe la norma de derecho público que permite realizar la donación de bienes muebles o inmuebles entre entidades del sector público. Es importante anotar para que se realice la donación en caso de bienes raíces o inmuebles la municipalidad deberá contar con bienes de dominio privado, es decir, de aquellos que no están destinados a la prestación directa de un servicio público conforme lo establecen las normas de los Artículos 419, 435 y siguientes del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Por último, el último inciso del Artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, también nos

abre la posibilidad de realizar la donación de bienes inmuebles entre entidades del sector público".

Concluye el Procurador Síndico Municipal del Cantón La Troncal expresando que: "si es factible la donación de bienes inmuebles privados de la Municipalidad a favor de otra institución del sector público".

El inciso primero del artículo 414 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, prescribe que el patrimonio de los gobiernos autónomos descentralizados, está constituido por los bienes muebles e inmuebles que se determinen en la ley de creación, los que adquieran en el futuro a cualquier título, las herencias, legados y donaciones realizadas a su favor, así como, los recursos que provengan de los ingresos propios y de las asignaciones del presupuesto general del Estado.

El artículo 415 del referido Código Orgánico dispone que son bienes de los gobiernos autónomos descentralizados aquellos sobre los cuales ejercen su dominio y se dividen en bienes de dominio privado y bienes del dominio público; estos últimos subdivididos a su vez, en bienes de uso público y bienes afectados al servicio público.

De conformidad con el artículo 419 del COOTAD, constituyen bienes de dominio privado los que no están destinados a la prestación directa de un servicio público, sino a la producción de recursos o bienes para la financiación de los servicios de los gobiernos autónomos descentralizados. Añade que, constituyen bienes del dominio privado: "a) Los inmuebles que no forman parte del dominio público".

El artículo 436 del citado Código Orgánico prescribe que: "Los consejos, concejos o juntas, podrán acordar y autorizar la venta, permuta o hipoteca de los bienes inmuebles de uso privado, o la venta, trueque o prenda de los bienes muebles, con el voto de los dos terceros de los integrantes. Para la autorización se requerirá el avalúo comercial real considerando los precios de mercado."

Nótese que la norma transcrita autoriza a los GADs la enajenación de inmuebles "de uso privado", refiriéndose en consecuencia exclusivamente a los bienes que integran el dominio privado del respectivo gobierno autónomo y excluyendo a los bienes de dominio público que por su naturaleza son inalienables según el segundo inciso del artículo 416 del COOTAD, esto es intransferibles. Los bienes de uso público están fuera del comercio humano según lo prevé el artículo 417 del COOTAD, norma que en las letras b) y g) incluye en la categoría de bienes de uso público a los siguientes:

"b) Las plazas, parques y demás espacios destinados a la recreación u ornato público.

g) Las casas comunales, canchas, mercados, escenarios deportivos, conchas acústicas y otros de análoga función de servicio comunitario".

El inciso final del citado artículo 417 del COOTAD dispone que "Los bienes considerados en los literales f) y g) se incluirán en esta norma, siempre y cuando hayan sido parte del porcentaje que obligatoriamente deben dejar los urbanizadores en beneficio de la comunidad."

El referido COOTAD, no contiene normativa que faculte a los gobiernos autónomos descentralizados a realizar donaciones de bienes inmuebles a favor de entidades del sector público; no obstante lo cual cabe considerar al respecto el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en su inciso final determina: "Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público, siempre y cuando llegaren a un acuerdo sobre aquella, no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación, de insinuación judicial. Se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos. En caso de que no haya acuerdo la entidad pública que expropia procederá conforme esta Ley. Para su trámite se estará a lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley".

El artículo 61 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que: "Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público que lleguen a un acuerdo para el efecto, se requerirá resolución motivada de las máximas autoridades".

El Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, en el artículo 1 establece su ámbito de aplicación para la gestión de los bienes de propiedad de los organismos y entidades del sector público comprendidos en el artículo 118 de la Constitución Política de la República (actual artículo 225 de la Constitución de la República), entre los que se incluye en el numeral 2, a las entidades del Régimen Seccional Autónomo Descentralizado.

El artículo 101 del citado Reglamento determina que sus normas "se aplicarán supletoriamente para los bienes de las municipalidades, de sus empresas y de los consejos provinciales y sus empresas, en cuanto no se opongan a las leyes orgánicas de Régimen Municipal y Provincial respectivamente". (Actual Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización).

En este sentido, cabe aplicar el artículo 57 del mencionado Reglamento Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, el cual refiere el traspaso de bienes en los siguientes términos:

"Art. 57.- Concepto.- Traspaso es el cambio de asignación de un bien mueble o inmueble que se hubiere vuelto innecesario o inútil para una entidad u organismo en favor de otro,

dependiente de la misma persona jurídica, que lo requiera para el cumplimiento de sus fines, como en el caso de los ministerios de Estado o sus dependencias.

Cuando intervengan dos personas jurídicas distintas no habrá traspaso sino donación y, en este evento, existirá transferencia de dominio que se sujetará a las normas especiales de la donación".

La donación es un título translaticio de dominio, según el artículo 691 del Código Civil, que antecede al modo tradición, según la misma norma; en consecuencia, quien dona transfiere el dominio por tradición al donatario, por lo que el objeto sobre el que recae la donación debe ser enajenable. No pueden ser enajenados los bienes inalienables, que los define la Enciclopedia Jurídica OMEBA, como "los que se hallan fuera del comercio de los hombres por prohibición de la ley, por disposición de última voluntad o por acuerdo entre vivos".

En el caso de bienes municipales, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización distingue los bienes de uso público, que son los que su artículo 417 define y que se encuentran fuera del comercio, los bienes afectados al servicio público y los bienes de dominio privado, que son los que pueden ser objeto de enajenación.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el inciso final del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla la procedencia de realizar donaciones de bienes inmuebles entre entidades del sector público; y, el inciso segundo del artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público determina que cuando intervengan en la transferencia de bienes dos personas jurídicas distintas no habrá traspaso de bienes sino donación, se concluye que es procedente que el Gobierno Municipal Autónomo del Cantón La Troncal done terrenos de dominio privado a otras instituciones del sector público, como son la Dirección Provincial de Salud del Cañar y la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado del Cantón La Troncal EP. referidos en su consulta.

En virtud de que, la donación es un título translaticio de dominio, según el artículo 691 del Código Civil, los inmuebles que la Municipalidad puede donar, son aquellos que pertenecen a su dominio privado, no así los de dominio y uso público por estar fuera del comercio humano, según el segundo inciso del artículo 417 del COOTAD.

La conveniencia de la donación de los terrenos municipales de dominio privado en favor de otras instituciones del sector público será de exclusiva responsabilidad del Gobierno Municipal consultante.

En similares términos me pronuncié en oficios Nos. 02320, 04036, 04545 y 05231, de 15 de junio, 3 de octubre, 28 de octubre y 29 de noviembre de 2011, en su orden, ante consultas formuladas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados de los cantones Sucre, Pangua, Babahoyo y Zamora.

2. En el memorando No. 2012-054-AJM de 1 de febrero de 2012, el Procurador Síndico Municipal del Cantón La Troncal manifiesta que, "La norma del Artículo 423 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, nos abre la posibilidad de cambiar de categoría los bienes de uso público a bienes de uso privado excepcionalmente, por lo que considero procedente el cambio de categoría en caso de presentarse el particular referido".

En su oficio manifiesta que el Director Provincial de Salud del Cañar solicitó a la Municipalidad del Cantón La Troncal, la donación de un área de terreno de la cabida de 3.780 metros cuadrados, con la finalidad de iniciar los trabajos para la construcción del nuevo Centro de Salud Urbano Cantonal; y que el Director de Planificación de esa Municipalidad, mediante Memorando No. 2011-398-DPM de 4 de octubre de 2011 manifiesta que el área solicitada es un área comunal.

Efectivamente, en el memorando No. 2011-398-DPM antes referido, el Director de Planificación del Municipio del Cantón La Troncal señala expresamente lo siguiente: "De acuerdo a los Planos de la Lotización, corresponde a un área Comunal. Es de propiedad municipal y no se encuentra afectado".

Por otra parte, en el oficio No. 045-GG-EAPA-2010 de 9 de noviembre de 2010 anexado a su consulta, el Gerente de la Empresa Pública Municipio de Agua Potable y Alcantarillado de La Troncal, EMAPAT EP., remite la propuesta del Directorio de dicha Empresa al Municipio de La Troncal en la que solicita la donación del terreno para la construcción del edificio de EMAPAT EP, señalando que el terreno "es área verde de la Ciudadela Buena Esperanza (aprobada por el municipio), con un área de 1995.36m con vía de acceso desde la Av. 25 de Agosto, como referencia adicional: es área verde más cercana a la ciudadela Los Regantes".

Respecto del inmueble referido en el párrafo anterior, en el Memorando No. 459- DPM-010 de 9 de diciembre de 2010, suscrito por el Director de Planificación del Municipio de La Troncal, se señala lo siguiente: "Predio de propiedad municipal. No se encuentra afectado. De acuerdo a los planos de la urbanización corresponde a un área verde".

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

La letra b) del citado artículo 417 del COOTAD, incluye en la categoría de bienes de uso público a los parques y demás espacios destinados a la recreación u ornato público (áreas verdes), así como a las casas comunales, canchas, mercados, escenarios deportivos,

conchas acústicas y otros de análoga función de "servicio comunitario" (áreas de equipamiento comunal), que según el inciso final de esa norma, hubieren sido parte del porcentaje que obligatoriamente deben dejar los urbanizadores en beneficio de la comunidad.

El artículo 418 del COOTAD prevé que son bienes afectados al servicio público aquellos que "se han adscrito administrativamente a un servicio público de competencia del gobierno autónomo descentralizado o que se han adquirido o construido para tal efecto". La citada norma incluye en esa categoría de bienes afectados al servicio público, a los edificios y activos fijos y circulantes destinados a servicios públicos de competencia del GAD, así como obras de infraestructura realizadas bajo el suelo.

De las normas citadas se desprende que, las áreas verdes y comunales son bienes de dominio y uso público, en los términos del artículo 417 del COOTAD.

Por su parte, con respecto a los bienes de dominio privado, el artículo 419 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, prescribe que constituyen bienes de dominio privado los que no están destinados a la prestación directa de un servicio público, sino a la producción de recursos o bienes para la financiación de los servicios de los gobiernos autónomos descentralizados. Agrega, que constituyen bienes del dominio privado, entre otros: "a) Los inmuebles que no forman parte del dominio público".

El artículo 423 del COOTAD dispone que los bienes de cualquiera de las categorías establecidas en este Código, pueden pasar a otra de las mismas, previa resolución del órgano de legislación del gobierno autónomo descentralizado con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. Agrega que: "Los bienes de dominio público de uso público podrán pasar a la categoría de adscritos al servicio público, y solo excepcionalmente a la categoría de bienes de dominio privado, salvo las quebradas con sus taludes y franjas de protección, los esteros y los ríos con sus lechos y sus zonas de remanso y protección, parques, canchas, zonas de reserva e instalaciones que se encuentren al servicio directo de la comunidad".

El artículo 424 del COOTAD, "Porcentaje del área verde fraccionada" determina que: "En toda urbanización y fraccionamiento del suelo, se entregará a la municipalidad, mínimo el diez por ciento y máximo el veinte por ciento calculado del área útil del terreno urbanizado o fraccionado, en calidad de áreas verdes y comunales. Tales bienes de dominio y uso públicos no podrán ser cambiados de categoría."

De los artículos 423 y 424 del COOTAD se desprende que, en forma excepcional, los bienes de dominio público pueden cambiar de categoría; sin embargo, las dos normas son

concordantes al prohibir el cambio de categoría de los parques, áreas verdes y comunales, que son bienes de dominio y uso público.

Del memorando No. 2011-398-DPM de 4 de octubre de 2011, suscrito por el Director de Planificación, antes citado se establece que, el terreno cuya donación ha solicitado el Director Provincial de Salud de Cañar, corresponde al área comunal de una lotización; y, según el memorando 459-DPM-010 de 9 de diciembre de 2010, también suscrito por el Director de Planificación, se establece que el inmueble requerido por el Gerente de EMAPAT-EP, corresponde a áreas verdes de la Urbanización "La Buena Esperanza II", es decir se trata de bienes de uso público, cuyo cambio de categoría está prohibida por el artículo 424 del COOTAD, previamente citado.

Los inmuebles que constituyen áreas verdes y equipamiento comunal, a los que se refiere la consulta, al ser bienes de dominio y uso público, destinados al uso de la comunidad en forma directa (en los términos del artículo 417 del COOTAD) son inalienables, esto es intransferibles, por estar fuera del mercado según los artículos 416 y 417 del COOTAD. En consecuencia, conforme quedó establecido al atender su primera consulta, no son susceptibles de donación aun cuando la institución que ha requerido dicha transferencia de dominio pretenda destinarlos a una función social o ambiental; y, en virtud de que las áreas verdes y comunales son bienes de dominio y uso público, su cambio de categoría está prohibido por el artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas legales, mas no a la procedencia de categorizar o recategorizar bienes de propiedad municipal, decisiones que deben ser adoptadas bajo exclusiva responsabilidad del Concejo Municipal de La Troncal.

3. En el memorando No. 2012-054-AJM de 1 de febrero de 2012, el Procurador Síndico Municipal del Cantón La Troncal expresa que, "De conformidad con lo dispuesto en los Artículos 441 y 460 inciso tercero del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en relación con lo prescrito en el Artículo 2077 y siguientes del Código Civil, es factible entregar en comodato no precario o préstamo de uso un bien raíz de equipamiento comunal para que el Ministerio de Salud a través de la Dirección Provincial de Salud del Cañar ejecute dicha obra, aclarando también que se podría donar dicho bien una vez cambiado de categoría en caso de que así lo solicite la Institución de Salud".

Al absolver la primera consulta concluí que conforme a los artículos 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, es procedente que el

Gobierno Municipal Autónomo del Cantón La Troncal done terrenos de su dominio privado a las instituciones del sector público.

El artículo 441 del COOTAD trata sobre el comodato. Dicha norma está ubicada dentro de la Sección Quinta del Capítulo VIII, Título VIII del COOTAD, "Reglas Especiales Relativas a los Bienes de Dominio Privado", y dispone: "Para el comodato de bienes de los gobiernos autónomos descentralizados se observarán, en lo que fuere aplicable, las reglas relativas al comodato establecidas en el Libro IV del Código Civil, con excepción de aquellas que prevén indemnizaciones a favor del comodatario por la mala condición o calidad del bien prestado".

El tratadista Luis Claro Solar, respecto de los bienes de dominio privado del Estado señala lo siguiente: "Sometidos así al derecho común, los bienes que forman el dominio privado del Estado se diferencian de los bienes que constituyen su dominio público en que son comerciables, por los mismo enajenables, y prescriptibles".

El artículo 2077 del Código Civil, citado por el Procurador Síndico Municipal de La Troncal, establece que: "El Comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa".

El Código Civil en el artículo 2097 señala que el comodato es precario cuando el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo. Adicionalmente, el artículo 2098 del mismo Código prevé que se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular, ni se fija el tiempo para su restitución o cuando sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, se tiene una cosa ajena. En todos los demás casos se entiende que el comodato no es precario.

Al absolver la segunda consulta manifesté que, conforme al artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización las áreas verdes y comunales son bienes de dominio y uso públicos que no pueden ser cambiados de categoría, por lo que atento su carácter de inalienables están fuera del comercio humano, según los artículos 416 y 417 del COOTAD, lo que no les hace susceptibles de donación aun cuando la institución que ha requerido la transferencia de dominio pretenda destinar dichos bienes a una función social o ambiental.

En cuanto se refiere al comodato, si bien se trata de un título de mera tenencia, el COOTAD lo limita respecto de bienes de dominio privado, ya que como quedó anotado, el artículo 441 del COOTAD, referido al comodato, forma parte de la Sección Quinta del

Capítulo VIII, Título VIII de ese Código Orgánico, que establece las "Reglas Especiales Relativas a los Bienes de Dominio Privado".

Por lo expuesto, al ser las áreas comunales bienes de dominio y uso público según la letra g) y el inciso final del artículo 417 del COOTAD, cuyo cambio de categoría está prohibida por el artículo 424 del mismo Código, al tratarse de áreas que han sido parte del porcentaje que obligatoriamente deben dejar los urbanizadores para beneficio de la comunidad, se concluye que no es procedente que el Gobierno Municipal Autónomo del Cantón La Troncal, entregue en comodato a la Dirección Provincial de Salud del Cañar, un terreno que constituye área de equipamiento comunal, para que en él se realice la construcción del nuevo centro de salud urbano cantonal de La Troncal.

**OF. PGE. N°: 07303, de 5-04-2012**

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

**ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN PUTUMAYO**

### **CONSULTA:**

"¿El Gobierno Autónomo del Cantón Putumayo de acuerdo con el proyecto de la Dirección de DIDSESA el Departamento Socio Cultural, denominado 'Programa de Apoyo al Fortalecimiento de la Educación para los Centros Educativos del cantón Putumayo', en el que se demuestra de forma fehaciente la realidad de la comunidad estudiantil que tiene que viajar mediante vía fluvial para llegar a los diferentes centros de estudio, procede donar combustible y lubricantes para las escuelas de las riveras de los dos ríos existentes en el Cantón Putumayo para su movilización?".

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 26, 27, 28, 55 lit. g) y 264 núm. 7.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 55 letra g).

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 115.

Ley Orgánica de Educación Intercultural, Arts. 2, 5, 22 y 36 lits. f), g) y h).

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Del contenido del oficio No. 008-S-GMCP-2012 de 6 de enero de 2012, se desprende que su petición va encaminada a la reconsideración del pronunciamiento emitido por esta Procuraduría en oficio No. 5550 de 21 de diciembre de 2011, con motivo de la consulta formulada por usted en oficio sh de 9 de noviembre de 2011.

De manera previa, mediante oficio No. 5981 de 17 de enero de 2012, esta Procuraduría le solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico de la Entidad Edilicia que usted representa respecto del objeto de su consulta; y adicionalmente, enviar copia certificada del Proyecto denominado "Programa de Apoyo al fortalecimiento de la educación para los centros educativos del Cantón Putumayo", y toda la documentación relacionada con su pedido de reconsideración. En respuesta, en oficio PS-GMCP No. 0042012 de 2 de febrero de 2012, ingresado a esta Procuraduría en la misma fecha, el Procurador Síndico del Municipio de Putumayo remite el criterio jurídico, así como copia certificada del "Programa de Apoyo al fortalecimiento de la Educación para los Centros Educativos del cantón Putumayo 2011-2012-2013 y 2014".

En el oficio No. 008-S-GMCP-2012 de 6 de enero de 2012, usted manifiesta que la Municipalidad ha desarrollado un proyecto a través de la Dirección de DIDESEA, denominado "Programa de Apoyo al Fortalecimiento de la Educación para los Centros Educativos del Cantón Putumayo", que tiene como finalidad fortalecer la educación de los niños y los jóvenes que carecen de recursos para movilizarse y que la única forma en el cordón fronterizo "es mediante bote a motor por cuanto la realidad vial del cantón y su geografía no permite tener vías de acceso sino únicamente el acceso es vía fluvial".

En el oficio GLP-SP No. 073-2011 de 9 de enero de 2012, el Procurador Síndico Municipal de Putumayo expresa que en el programa de ayuda a la educación de la niñez y juventud putumayense, se beneficiarían alrededor de cuatro mil niños y adolescentes que están cursando sus estudios y viven en las riberas de los ríos especialmente del río San Miguel, y que para trasladarse a los centros de formación educativa tienen que utilizar transporte fluvial, "por lo que el Municipio ha visto la necesidad de apoyar a estos niños y jóvenes a que puedan trasladarse a estudiar con botes de madera y combustible".

En el oficio PS-GMCP No. 004-2012 de 2 de febrero de 2012, el Procurador Síndico del Municipio de Putumayo hace referencia a los artículos 26, 27 y 28 de la Constitución de la República, relacionados con el derecho a la educación de las personas, y expresa: "Si la Constitución (Política) del Ecuador nos ampara en estos artículos citados que la educación es una prioridad, es un derecho que tienen todos los habitantes del Ecuador, a la preparación de la educación gratuita en las escuelas y colegios en los niveles básicos".

Menciona el Procurador Síndico el artículo 264 numeral 7 de la Constitución de la República, relacionado con la competencia exclusiva de los gobiernos municipales para planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamiento de salud y educación, y manifiesta que "Para atender a estos centros educativos, y así ayudar a este sector de niños y jóvenes sectores muy vulnerables de nuestro país el Gobierno Municipal del Cantón Putumayo se ha acogido a la palabra 'equipar' para proceder a implementar el transporte fluvial a los niños y jóvenes del sector".

Concluye el Procurador Síndico expresando lo siguiente: "A lo manifestado es criterio de la Procuraduría Síndica del Cantón Putumayo que se puede llevar adelante el proyecto de Apoyo al fortalecimiento de la educación para los centros educativos del Cantón Putumayo 2011 al 2014".

En el pronunciamiento de esta Procuraduría contenido en el oficio No. 05550 de 21 de diciembre de 2011 que motiva su reconsideración, se analizó entre otras disposiciones, los artículos 264 numeral 7 de la Constitución de la República y 55 letra g) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, los cuales confieren competencias exclusivas a los gobiernos municipales para planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación.

En dicho pronunciamiento se hizo referencia a los artículos 22 y 36 letras f), g) y h) de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, los cuales confieren competencias exclusivas a la Autoridad Educativa Nacional para proveer recursos educativos y de manera concurrente con los gobiernos autónomos municipales; responsabilizando a estos últimos, para construir la infraestructura educativa y apoyar la provisión de sistemas de acceso a tecnologías de la información y comunicaciones.

Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría se pronunció en el sentido de que "la Municipalidad de Putumayo puede donar, previa resolución del concejo, pupitres, mesas para comedores escolares, anaqueles, escritorios materiales didácticos a las escuelas y centros educativos públicos de dicho Cantón, siempre que cuente con los recursos económicos para tal efecto y con la respectiva certificación presupuestaria conforme lo prescribe el Art. 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, no siendo procedente donar implementos de aseo, insumos para eliminar malezas, combustibles y lubricantes".

Cabe resaltar que, en su consulta inicial formulada en oficio s/h de 9 de noviembre de 2011, no se adjuntó copia del proyecto denominado "Programa de Apoyo al fortalecimiento de la educación para los centros educativos del Cantón Putumayo", ni tampoco se especificó que los combustibles y lubricantes que donaría el Municipio de Putumayo, se utilizarían en el transporte de los estudiantes que viven a orillas de los ríos de la zona; motivo por el cual, el pronunciamiento emitido por esta Procuraduría en oficio No. 5550 de 21 de diciembre de 2011, no fundamentó su análisis con relación al mencionado proyecto.

Con estos antecedentes, atiendo su pedido de reconsideración en los siguientes términos:

De la copia del Proyecto remitido a solicitud de esta Procuraduría denominado "Programa de Apoyo al fortalecimiento de la educación para los centros educativos del Cantón Putumayo 2011-2012-2013 y 2014", se contempla en el Componente No. 4 lo siguiente:

## "5.- PROPÓSITO "FORTALECIMIENTO DE LA MOVILIZACIÓN DE LOS ESTUDIANTES DE LAS ESCUELAS DE LAS RIBERAS DE LOS RÍOS SAN MIGUEL, PUTUMAYO Y CUYABENO.

Un nuevo modelo de gobernabilidad tomando en cuenta la realidad de la situación social y económica de la población de Putumayo; esta administración asume el reto de enfrentar estos problemas sociales, para lo cual dentro de una de sus prioridades de apoyo y trabajo, está el fortalecimiento del área educativa, en este caso a las escuelas hispanas y bilingües de las riberas de los ríos San Miguel, Putumayo y Cuyabeno; las cuales en muchos casos tiene una deserción escolar muy alta, debido a los altos costos que tienen que cubrir sus padres, para que los estudiantes se movilicen a los centros educativos..

### -DECISIÓN POLÍTICA DEL GOBIERNO MUNICIPAL, ASIGNACIÓN DE RECURSOS PARA APOYAR LA MOVILIZACIÓN ESCOLAR EN LOS RÍOS PUTUMAYO, SAN MIGUEL Y CUYABENO.

La decisión política de aprobar el apoyo en la entrega de combustible y lubricantes para la transportación de los estudiantes de los 32 establecimientos educativos de las riberas de los ríos San Miguel, Putumayo y Cuyabeno, por parte de las autoridades de ésta administración, se concreta en la asignación de recursos para ejecutar esta iniciativa. Así mismo, como parte de esta decisión se responsabiliza a la Dirección de Desarrollo Social, Económico y Ambiental 'DIDSEEA', dentro de la cual se encuentran las Jefaturas: Socio Cultural y Nacionalidades indígenas, quienes realizarán el respectivo seguimiento, evaluación e informe de los resultados alcanzados.

### -DEFINICIÓN DE LA METODOLOGÍA DE DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLE Y LUBRICANTES PARA LOS RECORRIDOS DE TRANSPORTE ESCOLAR EN LAS RIBERAS DE LOS RÍOS SAN MIGUEL, PUTUMAYO Y CUYABENO.

Se decidió distribuir el combustible por Escuela, la cantidad será de acuerdo a la distancia que tiene que recorrer cada profesor recogiendo a sus alumnos, cuya distancia de recorrido en la mañana como en la tarde ya se lo calculó para cada una de las 32 escuelas, trabajo realizado por el jefe del área Socio Cultural, además cada profesor tendrá que llenar y entregar en Recursos Humanos del Gobierno Local Putumayense, una hoja de recorrido diario y la cantidad de combustible utilizado, adjunto al mismo alguna observación si la hubiese, con este documento justificativo bien sustentado se podrá retirar la nueva orden para recibir el combustible para el otro mes de recorrido ...

Además se debe dejar muy claro que este recurso económico entregado en combustible y lubricantes, está enfocado a actividades solo de recorrido estudiantil, al comprobarse que se lo ha estado utilizando en otras actividades ajenas a lo programado, se sancionará a la

escuela no entregándole combustible por dos meses, gastos que tendrán que asumir el responsable del manejo del motor y los padres de familia".

En el numeral 20 del Compite No. 4 del referido Proyecto, consta el financiamiento del combustible y lubricantes para el año 2011 - 2012, con el cual se beneficiarán 524 alumnos distribuidos en 20 escuelas bilingües y 12 escuelas hispanas.

El artículo 26 de la Constitución de la República establece que la educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Agrega que "Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen del derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo".

El inciso segundo del artículo 27 de la citada Constitución prescribe que la educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional.

El inciso primero del artículo 28 de la indicada Constitución determina que la educación responderá al interés público y no al servido de intereses individuales y corporativos. Agrega que: "Se garantizará el acceso universal, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente".

La Ley Orgánica de Educación Intercultural en el artículo 2 prescribe que la actividad educativa se desarrolla atendiendo a los siguientes principios generales que son los fundamentos filosóficos, conceptuales y constitucionales que sustentan, definen y rigen las decisiones y actividades en el ámbito educativo: "...hh. Acceso y permanencia.- Se garantiza el derecho a la educación en cualquier etapa o ciclo de la vida de las personas, así como su acceso, permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna".

El inciso primero del artículo 5 de la referida Ley Orgánica dispone que el Estado "tiene la obligación ineludible e inexcusable de garantizar el derecho a la educación, a los habitantes del territorio ecuatoriano y su acceso universal a lo largo de la vida, para lo cual generará las condiciones que garanticen la igualdad de oportunidades para acceder, permanecer, movilizarse y egresar de los servicios educativos".

De los citados artículos 26, 27 y 28 de la Constitución de la República y los artículos 2 letra hh) y 5 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, se establece que la educación es un derecho de las personas, un deber ineludible e inexcusable del Estado y eje estratégico para el desarrollo nacional, con igualdad de oportunidades para acceder, permanecer, movilizarse y egresar de los servicios educativos en cuanto a los recursos educativos, el

artículo 20 de la citada Ley Orgánica establece que la asignación y distribución de los recursos destinados a la educación combina y articula los principios constitucionales de equidad social, poblacional y territorial. Agrega que: "Se tomarán medidas que favorezcan a segmentos sociales "que están en situación de abandono o riesgo, para compensar las desigualdades derivadas de factores económicos, geográficos, sociales o de cualquier otra índole".

De conformidad con el artículo 22 de la indicada Ley Orgánica de Educación Intercultural, la competencia sobre la provisión de recursos educativos la ejerce de manera exclusiva la Autoridad Educativa Nacional (Ministro/a de Educación) y de manera concurrente con los distritos metropolitanos y los gobiernos autónomos municipales y parroquiales.

En consecuencia de lo expuesto, se ratifica el pronunciamiento contenido en el oficio No. 05550 de 21 de diciembre de 2011, en el siguiente sentido: "la Municipalidad de Putumayo puede donar, previa resolución del Concejo, pupitres, mesas para comedores escolares, anaqueles, escritorios, materiales didácticos a escuelas y centros educativos públicos de dicho Cantón, siempre que cuente con los recursos económicos para tal efecto y con la respectiva certificación presupuestaria conforme lo prescribe el Art. 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, no siendo procedente donar implementos de aseo e insumos para eliminar malezas".

Adicionalmente, ya que con posterioridad al pronunciamiento antes mencionado se remitió a esta Procuraduría la copia del Proyecto denominado "Programa de Apoyo al fortalecimiento de la educación para los centros educativos del Cantón Putumayo 2011-2012-2013 y 2014", adjunto a su oficio PS-GMCP No. 004-2012 de 2 de febrero de 2012 y que en dicho Proyecto se contempla la asignación de recursos del Gobierno Municipal de Putumayo para apoyar la movilización escolar en los ríos Putumayo, San Miguel y Cuyabeno, se reconsidera el referido pronunciamiento en el sentido de que el Gobierno Municipal de Putumayo puede donar además combustible y lubricantes a las escuelas públicas existentes en las riberas de los ríos del referido Cantón Putumayo para la movilización de sus estudiantes, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que prevé que la asignación y distribución de recursos educativos deberá tomar en cuenta medidas que favorezca a segmentos sociales en situación de abandono o riesgo, para compensar desigualdades derivadas de factores económicos, geográficos, sociales o de cualquier otra índole. Será de responsabilidad del Gobierno Municipal de Putumayo, que el combustible y lubricantes que done a las escuelas de las riveras de los ríos existentes en el Cantón Putumayo, sean utilizados exclusivamente para la transportación de los estudiantes de dichas entidades educativas.

**OF. PGE. N°: 06644, de 27-02-2012**

## **DONACIÓN DE INMUEBLES: ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES MINORISTAS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN QUEVEDO

### **CONSULTA:**

Solicita reconsiderar el contenido del oficio No. 12507 de 22 de marzo de 2013, en el que este Organismo manifestó que, el tema de consulta fue materia de pronunciamiento en oficio No. 00484 de 14 de enero de 2011, por lo que, no procedía emitir un nuevo análisis.

La consulta inicialmente formulada por la Municipalidad de Quevedo en oficio No. 0750-AQ de 14 de marzo de 2013 tuvo el siguiente tenor:

“¿Es procedente o cuál sería la salida legal para que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Quevedo a través del Concejo Municipal entregue en donación el predio signado con la c.c. #010103300100, de 1.556.80 metros cuadrados de superficie ubicado en las calles Décima Segunda entre 7 de Octubre y Bolívar declarado de utilidad pública e interés social para la construcción de un centro comercial para el comercio informal a favor de la Asociación de Comerciantes Minoristas del Centro Comercial Tacajaló, constituida explícitamente con ese único objeto, que es la construcción de un centro comercial y de ese modo pueda cumplir con la misma finalidad por la cual fue expropiado el terreno, contribuyendo el tema de ordenamiento urbano, salubridad y seguridad en beneficio de toda la colectividad quevedeña y se cumplan los programas de desarrollo socio productivos y de capacitación empresarial para el comerciante minorista, así como la financiación para el desarrollo que promueve el Gobierno a través de Ministerio de Industrias, la Corporación Financiera Nacional y la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 264.

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

Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, Arts. 1, 2, 128, 129 y 130.

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

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 4, 54 lits. a) y b), 331 lit. a).

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Arts. 23 y 24.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

El pronunciamiento contenido en oficio No. 00484 de 14 de enero de 2011, al que se refirió este Organismo, trata sobre la inteligencia y aplicación del artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que prohíbe a las entidades públicas realizar

donaciones a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, con excepción de aquellas que correspondan a los casos regulados por el Presidente de la República en el Reglamento.

El Reglamento del Artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, está publicado en el Registro Oficial No. 329 de 26 de noviembre de 2010.

Sobre dicha base normativa, el pronunciamiento de la referencia concluyó:

“(…) de lo dispuesto en el Art. 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que prohíbe a las entidades y organismos del sector público realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado; y, de la prohibición al ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados señalada en el Art. 331 letra a) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización de arrogarse atribuciones que la Constitución o la ley no le confieran, el Consejo Provincial de Cotopaxi no puede invertir sus recursos públicos en la adquisición de inmuebles a favor de entidades privadas sin fines de lucro constituidas, a través del MIES, CODENPE y entidades públicas similares, para la construcción de sedes sociales”.

En el pedido de reconsideración, la Municipalidad de Quevedo argumenta que el pronunciamiento contenido en oficio No. 00484 de 14 de enero de 2011 “(…) no es similar al tema que nosotros estamos consultando, ya que en esta resolución se solicita un pronunciamiento respecto a transferir recursos públicos del gobierno provincial a favor de entidades privadas constituidas por MIES, CODENPE cuya finalidad era la construcción de una sede social, no siendo la colectividad el beneficiario final, en cambio el GAD de la ciudad de Quevedo, en sesión ordinaria del 10 de noviembre de 2011 resolvió: ‘Declarar de utilidad pública e interés social con fines de expropiación y ocupación inmediata el predio signado con la c.c. #010103300100, de 1.556.80 m2 de superficie ubicado en las calles Décima Segunda entre 7 de Octubre y Bolívar de propiedad de la Compañía AGRIPAC S.A., para la construcción de un mercado minorista con visión de centro Comercial para el comercio informal’.”

Añade el pedido de reconsideración que “Siendo el interés y necesidad del GAD de Quevedo el de ordenar la ciudad retirando a los señores informales de las calles, brindándoles las herramientas para que puedan seguir trabajando en un sitio digno como manda la constitución (...). No solo va a beneficiar a los comerciantes informales sino también a toda la ciudadanía, hombres, mujeres y niños que quieren vivir en una ciudad libre de comercio informal y sus impactos adversos (...)”.

Con los antecedentes expuestos, analizo su pedido como una nueva consulta.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad de Quevedo, contenido en oficio No. 044-AJ-2013 de 6 de marzo de 2013, que se acompañó al oficio inicial de consulta, refiere como antecedente que:

“La máxima autoridad del GAD Municipal de Quevedo, resolvió sobre la necesidad de adquirir un bien inmueble determinado con la clave catastral No. 010103300100, según escrituras (1.308,00 m.2.) y según plano actualizado el área actual es de 1.551,37 metros cuadrados de superficie, ubicado en las calles Siete de Octubre entre Décima Segunda y Bolívar, de la parroquia Central o Matriz de Quevedo, ciudad y cantón Quevedo, Provincia de Los ríos, con el objeto de construir un centro comercial para el comercio informal (...)”.

Agrega que la Asociación de Comerciantes Minoristas TACAJALO, ha solicitado se les entregue en donación el referido inmueble “(...) para entregarlo como garantía a la Corporación Financiera Nacional (CFN), en un crédito cuyo monto es de US\$ 2.160.000,00, a diez años plazo, con un interés de 8%, para la construcción de un Centro Comercial, para que sea utilizado por los integrantes de la asociación y administrado por los directivos de la Asociación, y se financiará con el pago diario de USD\$3,83, lo que equivale a un monto mensual de USD\$115,00 por cada puesto, para 383 locales comerciales”.

El referido informe cita entre otras normas los artículos 435 y 436 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y su Reglamento; y, sobre su base concluye:

“El pronunciamiento jurídico (...) es que procede la transferencia en donación del bien requerido para que se ejecute el proyecto ‘Centro Comercial TACAJALO’, basado en la función de los diversos ramos de la administración municipal, de los principios y potestades públicas, que permite la participación ciudadana, a fin de garantizar la gestión compartida y solidaria de proyectos públicos, de acuerdo con la Constitución y la Ley, que contribuyan a promover el desarrollo sustentable de la circunscripción territorial, para la realización del buen vivir, como lo dispone el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) Art. 54 literales a) y b)”.

En la comunicación que contesto se invoca adicionalmente el artículo 130 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, y se adjunta la Ficha Técnica del “Proyecto Mercado Minorista con Visión de Centro Comercial Tacajaló”.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario define a la economía popular y solidaria como “(...) 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”.

El artículo 2 de la citada Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, incluye en su ámbito de aplicación a todas las personas naturales y jurídicas, y demás formas de organización que, de acuerdo con la Constitución, conforman la economía popular y solidaria y el sector financiero popular y solidario, así como a las instituciones públicas encargadas de la rectoría, regulación, control, fortalecimiento, promoción y acompañamiento. El segundo inciso de la misma norma prevé que: “Las disposiciones de la presente Ley no se aplicarán a las formas asociativas gremiales, profesionales, laborales, culturales, deportivas, religiosas, entre otras, cuyo objeto social principal no sea la realización de actividades económicas de producción de bienes o prestación de servicios”.

Según los artículos 128 y 129 de la citada Ley Orgánica, corresponde al Estado otorgar incentivos a las personas y organizaciones amparadas por esa Ley, “(...) con el objetivo de fomentar e impulsar su desarrollo y el cumplimiento de sus objetivos en el marco del sistema económico social y solidario”, para cuyo efecto se deben adoptar medidas de acción afirmativa a su favor, tendientes a reducir las desigualdades económicas, sociales, étnicas, generacionales y de género.

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 128 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, los incentivos que se reconoce a las personas y organizaciones a las que se refiere esa Ley, son los contemplados en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones para todas las personas naturales y jurídicas y demás formas asociativas que desarrollen una actividad productiva, esto es incentivos de orden tributario según los artículos 23 y 24 de ese Código, consistentes en reducción del impuesto a la renta y deducciones adicionales; facilidades de pago en tributos al comercio exterior, entre otros.

Para acceder a los beneficios que establece esa Ley, el cuarto inciso de su artículo 128 dispone que las personas y organizaciones deberán constar en el Registro Público, al que se refiere el artículo 6 de esa Ley, esto es, en los registros sociales a cargo del Ministerio de Inclusión Económica y Social, según el subnumeral 3.1.3 del artículo 22 del Estatuto por Procesos de esa Cartera de Estado, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 21 de marzo de 2013.

En tal contexto, el artículo 130 de la citada Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, que ha citado la Municipalidad de Quevedo, prescribe lo siguiente:

“Art. 130.- Coordinación.- Las instituciones del Estado y los Gobiernos Autónomos Descentralizados, para la promoción, fomento e incentivos a las organizaciones sujetas a esta Ley deberán coordinar entre sí el otorgamiento de estos beneficios a favor de las personas y organizaciones con el propósito de evitar duplicidad.

Las instituciones del Estado, que desarrollen medidas de fomento, promoción e incentivos a favor de las personas y organizaciones amparadas por esta Ley presentarán al Comité Interinstitucional informes sobre tales medidas, recursos asignados o invertidos y resultados obtenidos”.

En consecuencia, por su ámbito de aplicación y los incentivos específicos de orden tributario que establecen la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria del Sistema Financiero y el Código Orgánico de la Producción; Comercio e Inversiones, sus disposiciones no son aplicables al tema materia de consulta, tendiente a determinar si la donación de un inmueble en beneficio de una asociación privada de comerciantes minoristas, se enmarca en la excepción a la prohibición de efectuar donaciones que establece el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Para atender la consulta es pertinente considerar que, el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado define el concepto de recursos públicos de la siguiente manera:

“Art. 3.- Recursos Públicos.- Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley”.

Por otro lado, es pertinente señalar que el artículo 264 de la Constitución de la República, establece como una de las competencias exclusivas de los gobiernos municipales, aquella relacionada con la planificación del desarrollo cantonal y la correspondiente formulación de planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con la finalidad de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural.

El artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), desarrolla con amplitud las funciones que, con carácter privativo, corresponden a los gobiernos municipales. De entre ellas, conviene en consideración al caso citar las siguientes: “a) Promover el desarrollo sustentable de su circunscripción territorial cantonal, para garantizar la realización del buen vivir a través de la implementación de políticas públicas cantonales, en el marco de sus competencias constitucionales y legales; (...) l) Prestar servicios que satisfagan necesidades colectivas respecto de los que no exista una explícita reserva legal a favor de otros niveles de gobierno, así como la elaboración, manejo y expendio de víveres; servicios de faenamamiento, plazas de mercado y cementerios; (...) p) Regular, fomentar, autorizar y controlar el ejercicio de actividades económicas, empresariales o profesionales, que se desarrollen en locales ubicados en la circunscripción territorial cantonal con el objeto de precautelar los derechos de la colectividad”.

Por lo tanto, de conformidad con los artículos 4 y 54 letras a) y p) del COOTAD, corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales la regulación y fomento del ejercicio de actividades económicas en su circunscripción territorial.

El artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prohíbe a las entidades públicas efectuar donaciones en beneficio de personas, naturales o jurídicas de derecho privado, pero prevé el establecimiento de excepciones mediante Reglamento. La norma citada tiene el siguiente tenor: “Art. 104.- Prohibición de donaciones.- Prohibase a las entidades y organismos del sector público realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, con excepción de aquellas que correspondan a los casos regulados por el Presidente de la República, establecidos en el Reglamento de este Código, siempre que exista la partida presupuestaria”.

Por su parte, el artículo 1 del Reglamento del Artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, expedido por Decreto Ejecutivo No. 544, prescribe:

“Art. 1.- Los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones del sector público podrán realizar transferencias directas de recursos públicos a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, exclusivamente para la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad.

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

Es decir que, de acuerdo con el artículo 1 del Reglamento del Artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, por excepción se faculta a las entidades públicas a efectuar transferencias en beneficio de personas naturales o jurídicas de derecho privado, destinadas a la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad. En el caso de los gobiernos autónomos descentralizados, la norma reglamentaria prevé que, mediante resolución, los consejos regionales, provinciales, y los concejos municipales o metropolitanos establezcan criterios y orientaciones de carácter general que permitan viabilizar la transferencia directa de recursos públicos, en beneficio de personas naturales o jurídicas de derecho privado, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 104 del código orgánico ya citado, y su correspondiente reglamentación.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, según la excepción establecida por el artículo 1 del Reglamento al Artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, es facultad de las municipalidades el efectuar donaciones o transferencias directas de recursos públicos en beneficio de personas naturales o jurídicas de derecho privado, exclusivamente para la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad. Para el efecto y en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que expresamente se han establecido con relación de los gobiernos autónomos municipales, corresponde a sus respectivos concejos el establecimiento de los criterios y orientaciones generales que deberán observarse para efectivizar las donaciones o transferencias directas señaladas.

Es de exclusiva responsabilidad del gobierno autónomo descentralizado, a fin de aplicar la excepción establecida por el artículo 1 del Reglamento del Artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, antes citada, evaluar que los programas o proyectos de inversión a favor de las personas naturales o jurídicas de derecho privado tengan como propósito generar un beneficio directo a la colectividad.

**OF. PGE. N°:** 12882, de 19-04-2013

## **DONACIONES: RECURSOS PÚBLICOS PARA DIFUSIÓN CULTURAL Y ACTIVIDADES DEPORTIVAS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN CASCALES

### **CONSULTA:**

"¿Faculta la Constitución y la ley a destinar recursos del GAD municipal de Cascales, previamente asignados en el presupuesto institucional, a efecto de auspiciar, fomentar y difundir las diversas formas de manifestación cultural del Cantón, así como en actividades deportivas y de recreación para la población, conforme el cronograma de actividades

detalladas en el oficio No. 003 DDS, de fecha 10 de enero del 2012, suscrito por el Prof. Wilfrido Rojas, en su calidad de Jefe de Desarrollo Social del GAD Municipal de Cascales, adjunto al presente?"

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 22, 23, 24 y 264 núm. 8.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 4 lit. e), 54 lit. q), 55 lit. h), 60 lit. f), 144 y 165.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 115 y 178.

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

Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, Arts. 90 y 92.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Mediante oficio No. 06530 de 17 de febrero de 2012, esta Entidad solicitó a usted la remisión del informe del Procurador Síndico de esa Municipalidad, de conformidad con el segundo inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Dicho requerimiento ha sido atendido con oficio No. 130-GADM-C.A.2012 de 14 de marzo de 2012, ingresado el 16 de marzo del presente año.

A la consulta se ha acompañado el oficio No. 003/DDS de 10 de enero de 2012 dirigido por el Jefe de Desarrollo Social al Alcalde de la Municipalidad de Cáscales, en el que se detallan las actividades que ese GAD pretende realizar en el área cultural, y que incluyen entre otras que citó como ejemplo: "Encuentros deportivos, música, danza, exposiciones, artesanías, platos típicos." para cuya realización el GAD requiere efectuar gastos correspondientes a: "transporte, sonido y artistas de las nacionalidades, refrigerios, material de publicidad y difusión".

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante cita entre otras normas los artículos 22, 23 y 24 de la Constitución de la República que establecen los derechos a la cultura y su ejercicio en espacios públicos, así como el derecho a la recreación y esparcimiento y a la práctica de deportes.

En cuanto se refiere a las competencias de las municipalidades, el Procurador Síndico invoca el numeral 8 del artículo 264 de la Constitución de la República que les confiere a los GADs municipales atribución para construir espacios públicos y para preservar, mantener y difundir el patrimonio cultural del respectivo cantón, así como la letra q) del artículo 54 del COOTAD que les asigna competencia para promover y patrocinar las culturas, las artes, actividades deportivas y recreativas en beneficio de la colectividad del cantón.

El informe del Procurador Síndico cita además los artículos 90 y 92 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, que establecen como obligación de todos los niveles del

Estado, programar, planificar, ejecutar e incentivar las prácticas deportivas y recreativas, así como el impulso de programas para fomentar actividades deportivas, físicas y recreativas; y, los artículos 1 y 44 de la Ley de Cultura que establece el sistema institucional de la cultura ecuatoriana. Sobre dicha base, el informe concluye que:

"... es pertinente el destinar recursos públicos del GAD Municipal de Cascales para eventos culturales, deportivos de esparcimiento y recreativos, siempre que se encuentren debidamente estructurados en un proyecto y previamente programados y financiados dentro del Presupuesto Institucional, conforme a las normativas contenidas en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas."

La letra e) del artículo 4 del Código de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) establece que son fines de los gobiernos autónomos descentralizados: "e) La protección y promoción de la diversidad cultural y el respeto a sus espacios de generación e intercambio; la recuperación, preservación y desarrollo de la memoria social y el patrimonio cultural". la letra q) del artículo 54 del COOTAD, asigna a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, atribución para "promover y patrocinar las culturas, las artes, actividades deportivas y recreativas en beneficio de la colectividad del cantón".

En concordancia, la letra h) del artículo 55 ibídem, establece como competencia exclusiva del gobierno autónomo descentralizado municipal, "h) Preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines".

Al efecto, la letra f) del artículo 60 del COOTAD, asigna al Alcalde atribución para dirigir la elaboración del plan cantonal de desarrollo y el de ordenamiento territorial, en concordancia con el plan nacional de desarrollo y los planes de los gobiernos autónomos descentralizados, en el marco de la plurinacionalidad, interculturalidad y respeto a la diversidad, con la participación ciudadana y de otros actores del sector público y la sociedad; para lo cual presidirá las sesiones del consejo cantonal de planificación y promoverá la constitución de las instancias de participación ciudadana establecidas en la Constitución y la ley;

Con respecto a la preservación y difusión del patrimonio cultural, el artículo 144 del COOTAD prevé que se trata de una competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, circunscrita a: "formular, aprobar, ejecutar y evaluar los planes, programas y proyectos destinados a la preservación, mantenimiento y difusión del patrimonio arquitectónico, cultural y natural, de su circunscripción y construir los espacios públicos para estos fines."

La misma norma prescribe que: "la difusión procurará la propagación permanente en la sociedad de los valores que representa."

El artículo 165 del citado COOTAD, dispone que los recursos económicos transferidos, generados y recaudados por los gobiernos autónomos descentralizados son recursos

públicos; y, el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, define a los recursos públicos en los siguientes términos:

"Art. 3.- Recursos Públicos.- Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales. Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley".

Por otra parte, el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prescribe que ninguna entidad u organismo público podrá contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contratar obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria, cuya omisión acarrea las sanciones previstas en el artículo 178 del Código citado.

De las normas citadas se desprende que la promoción de la cultura, el arte y las actividades recreativas en beneficio de la colectividad del cantón, es competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, de conformidad con los artículos 4 letra e), 54 letra q) y 144 del COOTAD, que en materia de preservación y difusión del patrimonio cultural, asigna a las Municipalidades atribución para formular, aprobar, ejecutar y evaluar los planes, programas y proyectos destinados a la preservación, mantenimiento y difusión del patrimonio cultural de su circunscripción.

Para ello, compete al Alcalde, dirigir la elaboración del plan cantonal de desarrollo y el de ordenamiento territorial, en concordancia con el plan nacional de desarrollo y los planes de los gobiernos autónomos descentralizados, en el marco de la plurinacionalidad, interculturalidad y respeto a la diversidad, con la participación ciudadana y de otros actores del sector público y la sociedad, según la letra f) del artículo 60 ibidem.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el gobierno autónomo descentralizado municipal tiene competencia para auspiciar, fomentar y difundir las diversas formas de manifestación cultural del Cantón, así como actividades deportivas y de recreación para la población, de conformidad con los artículos 4 letra e), 54 letra q) e inciso segundo del artículo 144 del COOTAD.

Para efectos de comprometer recursos públicos en el desarrollo de las actividades de fomento y difusión cultural, la Municipalidad deberá observar las disposiciones del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuyos artículos 115 y 178 prohíben y sancionan contraer compromisos, celebrar contratos, autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

El contenido de las actividades de fomento y difusión cultural que la Municipalidad consultante resuelva auspiciar y promover, es de exclusiva responsabilidad de los personeros de esa entidad.

**OF. PGE. N°:** 07252, de 2-04-2012

## **DONACIONES PARA EVENTOS SOCIALES POR ANIVERSARIO INSTITUCIONAL: PROHIBICIÓN**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN PALANDA

### **CONSULTAS:**

1. Podrá la Municipalidad hacer gastos que permitan cancelar el transporte para movilizar estudiantes desde diferentes parroquias hacia la ciudad de Palanda, para que participen en el desfile cívico- Militar el día del Aniversario Institucional.
2. Podrá la Municipalidad solventar los gastos de alimentación y transporte, para movilizar desde la ciudad de Zumba hasta Palanda, al personal uniformado de Militares, que participen del desfile Cívico – Militar, en día de aniversario institucional, tomando en cuenta que el Batallón de Selva Nro. 17 Zumba, no dispone de vehículos.
3. Podrá la Municipalidad, solventar los gastos que permitan contratar artistas nacionales, discomóvil, luces, el día de aniversario Institucional.
4. Podrá la Municipalidad, solventar parte de los gastos de las señoritas que participan en el evento galante de la Reina del Cantón.
5. Podrá la Municipalidad solventar los gastos del transporte para movilizar las especies que participan, en el aspecto agrícola, con ocasión de las fiestas de aniversario.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 212 núm. 2, 226, 238 y 239.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 468 (derogada).

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 4, 55, 165 y 331.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 1, 104, 115, 178 y 276.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 3, 31 núms. 3, 6 y 34.

## **PRONUNCIAMIENTOS:**

Las consultas formuladas por usted están referidas a la procedencia que la Municipalidad del Cantón Palanda pueda efectuar gastos para el transporte de estudiantes; de alimentación y transporte de militares para que participen en el desfile Cívico Militar en el día del aniversario institucional; solventar gastos para contratar artistas nacionales, discomóvil, luces; gastos de las señoritas que participan en la elección de Reina; así como gastos para transportar especies que participan en el aspecto agrícola con ocasión de las fiestas de aniversario de ese Cantón.

Al oficio de consulta se anexa copia del informe del Procurador Síndico Municipal de fecha 18 de octubre de 2010, en cuyo análisis jurídico se determina que las consultas propuestas tienen relación con la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 453 de 17 de marzo de 1983; al Reglamento al Art. 17 *ibídem*, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 498 de 31 de diciembre de 2008; y, a la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Concluye expresando el criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal que, se puede realizar gastos del presupuesto, pero de conformidad con el Art. 468 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (actualmente derogada), realizando actos, recepciones y eventos oficiales únicamente en las efemérides patrias del Cantón Palanda, en vista de estar debidamente presupuestado tales gastos.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, entre las Reformas y Derogatorias – Primera - , en la letra a) derogó la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Codificación 2005- 016, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 159 de diciembre 5 de 2005; y en la letra i) derogó la Ley 122- Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 453 de 17 de marzo de 1983.

Al respecto, y por considerar que los temas consultados son similares, y están relacionados con el gasto público, las atiendo en los siguientes términos:

La Constitución de la República en el Art. 238 y respecto de la Organización Territorial del Estado dispone que los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera; agregando que constituyen gobiernos autónomos descentralizados entre otros, los concejos municipales.

En el Art. 239 de la Carta Constitucional se determina que el régimen de gobiernos autónomos descentralizados se regirá por la ley correspondiente, que establecerá un sistema nacional de competencias de carácter obligatorio y progresivo.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el Art. 4 entre los fines de los gobiernos autónomos descentralizados dentro de sus respectivas circunscripciones territoriales entre otros, en la letra e) le señala la protección y promoción de la diversidad cultural y el respeto a sus espacios de generación e intercambio; la recuperación, preservación y desarrollo de la memoria social y el patrimonio cultural; y, el artículo 54, letra q) del mismo Código Orgánico, entre las funciones del Gobierno Municipal, establece la de promover y patrocinar las culturas, las artes, actividades deportivas y recreativas en beneficio de la colectividad del cantón.

El Art. 55 del Código Orgánico de la referencia, entre las competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal en la letra h) le dispone preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines.

El Art. 165 del Código Orgánico en estudio expresa que los recursos económicos transferidos, generados y recaudados por los gobiernos autónomos descentralizados son recursos públicos; añade que 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.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010, en el Art. 76 expresa que se entienden por recursos públicos los definidos en el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en el Art. 3 define a los recursos públicos en los siguientes términos:

“ Art. 3.- Recursos Públicos.- Para efecto de esta ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución, hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese

patrimonio, sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley”.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en el Art. 104 señala lo siguiente:

“Art. 104.- Prohibición de donaciones.- Prohibase a las entidades y organismos del sector público realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, con excepción de aquellas que correspondan a los casos regulados por el Presidente de la República, establecidos en el Reglamento de este Código, siempre que exista la partida presupuestaria”.

Mediante el Decreto Ejecutivo No. 544 de 11 de noviembre de 2010, publicado en el Registro Oficial No. 329 de 26 de noviembre de 2010, se expidió el Reglamento del Artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que en el Art. 1 expresa lo siguiente:

“Artículo 1.- Los ministerios, secretarías nacionales y demás instituciones del sector público podrán realizar transferencias directas de recursos públicos a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, exclusivamente para la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad.

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

El Art. 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas prevé que ninguna entidad u organismo público podrá contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

Por su parte el Art. 178 *ibidem* determina que ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria; añade que los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.

De la normativa jurídica citada se establece que la entrega de recursos públicos a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, debe tener como antecedente la fuente de financiamiento correspondiente, contar con la respectiva certificación presupuestaria; y, que los concejos cantonales no están facultados para invertir sus recursos públicos en actividades particulares, sino en obras y servicios de interés cantonal.

La derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, que estuvo vigente hasta el 18 de octubre de 2010, en el Art. 468 disponía que la municipalidad no podrá utilizar sus fondos en diversiones o regocijos públicos, o actos conmemorativos, sino de conformidad con las asignaciones presupuestarias que se hubieren previsto para efemérides patrias o para perpetuar la memoria de personajes ilustres vinculados a la historia nacional.

De conformidad con el principio de legalidad previsto en el Art. 226 de la Constitución de la República, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

Por su parte el Art. 331 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, entre las prohibiciones a los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados, le señala en la letra a): Arrogarse atribuciones que la Constitución o la ley no le confieran.

Por lo expuesto, con fundamento en el análisis jurídico que antecede y en atención a las consultas formuladas por usted, en cumplimiento al principio de legalidad previsto en el Art. 226 de la Constitución de la República, por el cual las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley; de lo dispuesto en el Art. 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que prohíbe a las entidades y organismos del sector público realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado; y de la prohibición al ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados señalada en el Art. 331 letra a) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización de arrogarse atribuciones que la Constitución o la ley no le confieran, el Municipio de Palanda no puede efectuar gastos destinados a la realización de eventos relacionados con el aniversario de creación de ese Cantón, entre estos los gastos para el transporte de estudiantes; de alimentación y transporte de militares para que participen en el desfile Cívico Militar en el día del aniversario institucional; solventar gastos para contratar artistas nacionales, discomóvil, luces; gastos de las señoritas que participan en la elección de Reina; así como gastos de movilización de especies agrícolas que motivaron su consulta, estándole además prohibido destinar recursos para agasajos, fiestas, diversiones o regocijos públicos.

Se advierte que de entregar recursos públicos el Municipio de Palanda a personas naturales o a organismos o personas jurídicas de derecho privado contraviniendo las disposiciones legales anteriormente citadas, generaría la imposición de las responsabilidades que le corresponde determinar a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 212 número 2 de la Constitución de la República; y , 31 números 3, 6 y 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

**OF. PGE. N°: 00220, de 28-12-2010**

# E

## **EMERGENCIA: RESPONSABILIDAD DE LA MÁXIMA AUTORIDAD MUNICIPAL PARA LA CONTRATACIÓN**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN CAYAMBE

### **CONSULTA:**

Pone en conocimiento de este Organismo la Resolución Municipal de Emergencia No. 001-2011 adoptada por unanimidad por el Concejo Cantonal de la Municipalidad del Cantón Cayambe, por el que autoriza a "la máxima autoridad municipal, dicte, bajo su responsabilidad, medidas de carácter urgente."

### **BASES LEGALES:**

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 6 núm. 31 y 57.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 60 lit. p).

Código Civil, Art. 30.

Res. N° 045-2010, R. O. N° 254 de 10-8-2010.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

En ejercicio de la competencia de asesoramiento que confiere el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República a la Procuraduría General del Estado, cúmplame expresar a usted lo siguiente:

Del tenor literal de la parte considerativa de la Resolución Municipal, cuya copia certificada se ha remitido a este Organismo, se desprenden los siguientes antecedentes:

Según el considerando noveno: "el 8 de abril de 2011, mediante oficio No. 05330-DIRESDDR, suscrito por el Dr. Wilson Vallejo Bazante- Subcontralor General del Estado, determina responsabilidades y comunica las glosas y responsabilidad administrativas, notificando sobre las desviaciones administrativas detectadas, que hacen mérito para el establecimiento de responsabilidades administrativas, mediante la imposición de multas y destitución, a todas las autoridades y directores de área de la administración anterior".

El considerando décimo expone: "Que el 31 de agosto de 2011, el Concejo Municipal de GAD del Cantón Cayambe, en sesión ordinaria, ante la propuesta de la alcaldía, respaldó y

aprobó por unanimidad se declare en emergencia al Gobierno Municipal del Cantón Cayambe, y dicte las medidas urgentes y necesarias; para contratar, firmar convenios y más acciones necesarias, con la finalidad de solucionar y resolver los problemas del Patronato Municipal y de la Unidad Educativa Municipal del Cantón Cayambe, la ausencia de obra y gestión pública, la ineficiente ejecución presupuestaria y la presunción de irregulares en los procesos de contratación de personal, los inconvenientes suscitados en los procesos de contratación pública, las complicaciones de la EMAPAAC, la inexistencia de estudios técnicos y el PAC; así como los demás conflictos existentes en la Municipalidad, debido al cambio de Alcalde y de sus autoridades; lo cual generó una crisis institucional, una conmoción social interna y un estado de transición municipal; para lo cual, los Directores y Administración Municipal, presentarán los respectivos informes justificatorios".

Sobre dicha base, la parte resolutive expresa:

"Por renuncia irrevocable y voluntaria del Alcalde Diego Bonifaz, y la remoción de los directores departamentales, debido al Informe Especial de Auditoría de la Contraloría General del Estado, en el cual se determinan glosas, multas y responsabilidades administrativas y la destitución del Alcalde; lo cual generó a nivel cantonal e institucional, una grave conmoción interna, proveniente de fuerza mayor y caso fortuito y que derivó en una crisis interna municipal, en un estado de transición y en un cambio de administración, con las respectivas consecuencias en los procesos de contratación pública, en las presuntas irregulares en los procesos de contratación de personal, en las posibles desviaciones administrativas y financieras, etc.; en tal virtud, y por Resolución Unánime del Concejo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Cayambe, efectuada en sesión ordinaria del 31 de agosto del 2011 y ratificada en sesión extraordinaria de 05 de septiembre del 2011: SE DECLARA LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA EN EL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE CAYAMBE, al amparo de lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para que la máxima autoridad municipal, dicte, bajo su responsabilidad, medidas de carácter urgente y de cuenta de ellas al concejo municipal y a todas las autoridades de control, en concordancia con lo establecido en el artículo 60 literal p) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización".

Del Acta No. 45-SG-CM-GMC-2011 correspondiente a la Sesión Ordinaria del Concejo Cantonal de Cayambe de 31 de agosto de 2011, que ha sido remitida como anexo a la comunicación que contesto, por la que se aprobó la Resolución Municipal No. 001-2011, que fue citada, se desprende que el Alcalde propuso una "declaratoria de emergencia que sea general porque en ésta va a estar involucrada el Municipio de Cayambe con todos sus entes adscritos" (pág. 4 del acta); y, tiene por objeto invertir los recursos que constan en el presupuesto de ese Gobierno Autónomo Descentralizado, según se desprende de la exposición del Ejecutivo de ese Gobierno, que consta en la página 6 de la misma acta: "a

fin de servirles inmediatamente vamos a cumplir y a darle uso valga la redundancia de forma emergente e inmediata los recursos que están en la cuenta del Municipio de Cayambe".

En virtud de que la Resolución del Concejo Municipal, aprobada por el Concejo Cantonal de la Municipalidad de Cayambe, en Sesión Ordinaria de 31 de agosto de 2011, a la que se refiere la comunicación que contesto, ha sido adoptada invocando una situación de emergencia, con fines de contratación, es pertinente examinar las normas que rigen esa materia.

El numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, define a la emergencia en los siguientes términos:

"31. Situaciones de Emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva".

En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.

Por su parte, el artículo 57 de la citada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el procedimiento aplicable para las contrataciones en situación de emergencia; dicha norma dispone:

"Art. 57.- Procedimiento.- Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS.

La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato".

El Instituto Nacional de Contratación Pública, mediante Resolución No. 0452010, publicada en el Registro Oficial No. 254 de 10 de agosto de 2010, ha expedido "Disposiciones para

las Contrataciones en Situaciones de Emergencia". El artículo 1 de la citada Resolución del INCOP, reitera el concepto de emergencia, como una situación excepcional; y, dispone:

"Art. 1.- La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, podrá declarar la emergencia únicamente, para atender las situaciones definidas en el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, observando el procedimiento que consta en el artículo 57 de la LOSNCP.

Se consideran situaciones de emergencia, exclusivamente las señaladas en el numeral 31 del artículo 6 de la LOSNCP; cuando se refieran a situaciones que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, se detallará el motivo, que tendrá relación con la definición que consta en el artículo 30 de la Codificación del Código Civil. Se deberá considerar que los elementos que definen una situación como emergente y que deben resaltarse en la motivación de la correspondiente resolución, son la inmediatez e imprevisibilidad, debiendo ser concreta, objetiva y probada. Cualquier declaratoria de emergencia, y sus consecuentes contrataciones, que no se ajusten a lo indicado, se considerarán elusión de procedimientos precontractuales".

El artículo 30 del Código Civil, al que se remite la Resolución del INCOP que fue citada anteriormente, define por fuerza mayor o caso fortuito "al imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público".

Del tenor de las normas citadas se desprende que el procedimiento que establece el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es aplicable para efectuar la contratación de bienes, obras o servicios, que requiera la entidad contratante, exclusivamente para superar una emergencia, definida en el numeral 31 del artículo 6 ibídem, como una situación concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, proveniente de caso fortuito o fuerza mayor, por lo que cualquier declaratoria de emergencia y sus consecuentes contrataciones, que no se ajusten a tales premisas, se consideran elusión de procedimientos precontractuales, de conformidad con el inciso segundo del artículo 1 de la Resolución No. 045-2010 del INCOP.

Conforme el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, citado en líneas anteriores, los Municipios están facultados para utilizar los recursos económicos de su presupuesto para solucionar los problemas emergentes que surjan de manera imprevista, obviando el procedimiento precontractual ordinario previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, siempre y cuando concurren las condiciones de emergencia antes referidas. Superada la situación de emergencia el Alcalde deberá publicar en el Portal COMPRASPUBLICAS, un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos, por así disponerlo el Art. 57 de la Ley invocada.

En similares términos a los que constan en el párrafo anterior, se ha pronunciado esta Procuraduría mediante oficios Nos. 06269 y 10520 de 27 de febrero y 23 de noviembre de 2009, en su orden.

Por tanto, la situación de emergencia no tiene alcance general; es decir que no es aplicable respecto de todas las contrataciones que requiera efectuar la entidad, sino que por el contrario, se limita a una situación específica.

Es de responsabilidad del ejecutivo de la Municipalidad, determinar con precisión y en forma motivada, la causa que justifique en cada caso específico, la aplicación del procedimiento de contratación por emergencia. Dicha causa debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, de conformidad con el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

**OF. PGE. N°:** 05107, de 23-11-2011

## **EMPRESA PÚBLICA: COMPRA DE ACCIONES EN COMPAÑÍA ESCINDIDA**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA DE RESIDUOS SÓLIDOS RUMIÑAHUI-ASEO EPM

### **CONSULTA:**

“(…) si bajo la aplicación del artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Empresa Pública Municipal de Residuos Sólidos Rumiñahui-Aseo, EPM estaría facultada para realizar inversiones como lo es la compra de acciones de una compañía escindida”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 315 y 316.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 35 y 36.

Ordenanza de Creación de la Empresa Pública Municipal de Residuos Sólidos Rumiñahui-Aseo EPM, R.O. N° 352 de 30-12-2010.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

El informe jurídico de la Asesora de la empresa pública consultante, contenido en memorando No. AJ-EPMR-2014-028 de 18 de marzo de 2014, refiere como antecedente que inicialmente la Empresa de Manejo de Desechos Sólidos de Rumiñahui, se constituyó como compañía de economía mixta y que en tal calidad suscribió un contrato de prestación de servicios con la compañía Global Parts S.A. según la copia que se ha acompañado a la consulta, el objeto de dicho contrato, protocolizado el 3 de diciembre de 2008 ante el Notario Primero del Cantón Quito, es el transporte de desechos sólidos del cantón Rumiñahui, alquiler de contenedores y camión lava contenedores y mantenimiento de

dichos equipos; y, su plazo según la cláusula quinta, es de diez años contados desde el 24 de septiembre de 2008.

Agrega el informe de la entidad consultante que, con ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 352 de 30 de diciembre de 2010, se creó la Empresa Pública Municipal de Residuos Sólidos Rumiñahui-Aseo EPM; y, que según la disposición general tercera de la mencionada Ordenanza, dicha empresa pública asume todos los derechos, obligaciones y actividades de la extinta Empresa de Manejo de Desechos Sólidos de Rumiñahui EMDES CEM, manifiesta además que:

“El oficio No. GP/UIO-021-2013 de 18 de abril de 2013, suscrito por la Gerente General de la Compañía GLOBAL PARTS, quien pone en conocimiento de la Empresa Pública de Residuos Sólidos que se ha iniciado un proceso de escisión de la compañía a fin de separar los activos de la operación del cantón Rumiñahui y, en razón de la intención de esta Empresa Pública de realizar inversiones nuevas en el área de contenerización y de emprender la operación directa del sistema de recolección, pone en consideración la posibilidad de vender las acciones de la nueva empresa resultante del proceso de escisión”.

Entre los documentos que se han acompañado a la consulta, consta copia del oficio al que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, en el que la Gerente de Globalparts S.A., manifiesta que:

“(…) La empresa escindida tendrá idénticas características y accionistas que la empresa original Globalparts.

Entre los activos que se escinden en la nueva sociedad están los equipos de recolección contenerizada y el contrato de servicios que mantiene con la Empresa Pública que usted dirige, por lo que este proceso no tendrá afectación alguna en la prestación de los servicios de alquiler de equipos y transporte de desechos que actualmente presta nuestra empresa”.

El criterio institucional de la empresa pública consultante, cita los artículos 315 y 316 de la Constitución de la República; 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que confieren a esos entes capacidad asociativa y les autoriza a efectuar inversiones para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales. Sobre dicha base concluye:

“De las normas citadas y principalmente del Art. 36 de la LOEP, se establece la posibilidad de expansión y crecimiento de las empresas públicas al prever, entre otras, la compra de acciones y/o participaciones, lo que faculta legalmente a la Empresa Pública Municipal de Residuos Sólidos Rumiñahui-Aseo EPM, cuyo giro específico de negocio es la recolección y el transporte de residuos sólidos, la adquisición del paquete accionario de la compañía

GLOBALPARTS S.A., siguiendo para ello el procedimiento establecido en la Ley de Compañías.

La compra de dicho paquete accionario permitiría a la Empresa Municipal de Residuos Sólidos Rumiñahui-Aseo EPM mejorar y manejar íntegramente el sistema de recolección de los residuos sólidos del cantón”.

Los artículos 315 y 316 de la Constitución de la República del Ecuador, que han sido citados por la empresa pública consultante, en su orden, prescriben lo siguiente:

“Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos”.

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

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

El artículo 315 de la Constitución de la República, establece la capacidad del Estado para constituir 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; mientras que, el artículo 316 *Ibidem*, permite la delegación para la participación en sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria y solo por

excepción, la delegación de estas actividades a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria.

Por su parte, el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, regula la capacidad asociativa de dichas empresas, en los siguientes términos:

“Art. 35.- CAPACIDAD ASOCIATIVA.- Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del Artículo 316 de la Constitución de la República.

Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y se requerirá concurso público, y para perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio.

Para el caso de empresas públicas encargadas de la gestión del agua, se estará a lo dispuesto en el Artículo 318 de la Constitución de la República”.

El artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sobre cuya aplicación trata la consulta, dispone:

“Art. 36.- INVERSIONES EN OTROS EMPRENDIMIENTOS.- Para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos de sus actividades, las empresas públicas gozarán de capacidad asociativa, entendida ésta como la facultad empresarial para asociarse en consorcios, alianzas estratégicas, conformar empresas de economía mixta en asocio con empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, constituir subsidiarias, adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras y en general optar por cualquier otra figura asociativa que se considere pertinente conforme a lo dispuesto en los Arts. 315 y 316 de la Constitución de la República.

Las empresas públicas ecuatorianas podrán asociarse con empresas estatales de otros países, con compañías en las que otros Estados sean directa o indirectamente accionistas mayoritarios. En todos estos casos se requerirá que el Estado ecuatoriano o sus instituciones hayan suscrito convenios de acuerdo o cooperación, memorandos o cartas de intención o entendimiento.

En general los acuerdos asociativos e inversiones previstas en el inciso anterior deberán ser aprobados mediante resolución del Directorio en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales presentados mediante informe motivado y no requerirán de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio para perfeccionar la asociación o inversiones, respectivamente.

Las inversiones financieras y en los emprendimientos en el exterior serán autorizadas por el respectivo Directorio de la Empresa Pública”.

El artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, previamente citado, en el contexto de la capacidad asociativa reconoce a esas personas jurídicas de derecho público, la facultad de constituir cualquier tipo de asociación; mientras que, el artículo 36 de la misma Ley les autoriza a las empresas públicas a efectuar inversiones para ampliar sus actividades y acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos, para el efecto les faculta tanto asociarse como adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras.

Es decir que, el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas faculta expresamente a esas entidades, la adquisición de acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras, como mecanismo de inversión, lo que guarda concordancia con el artículo 42 de la misma Ley que prevé que las empresas públicas podrán percibir “(...) rentas de cualquier clase que produzcan los activos, acciones, participaciones”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, faculta a dichas empresas a realizar inversiones para ampliar sus actividades y acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos, para el efecto les faculta tanto asociarse como adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación del artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; el modelo de negocio o asociación que adopte la empresa pública, o la decisión de comprar acciones o participaciones de una compañía para el cumplimiento de sus fines empresariales, es de responsabilidad de la empresa pública.

**OF. PGE. N°:** 17402 de 21-05-2014

### **EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL: APLICACIÓN DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE ASEO DE MACHALA, EMAM-EP

## **CONSULTA:**

“¿Es legal y procedente que la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala, cuyo objetivo es la prestación de servicios públicos de barrido, limpieza, recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos sólidos no peligrosos y peligrosos en el Cantón Machala; contrate la prestación del servicio de barrido y limpieza de calles en su jurisdicción, al amparo de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables; y, no se considere lo establecido en el último inciso del Art. 3 del Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Número 8 que suprime la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral y la contratación por horas?”

## **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 313, 314, 315, 316 y 317.

Mandato Constituyente N° 8, Arts. 1, Disposición Transitoria Quinta.

Ley Orgánica del Servicio Público, Disposición General Décima Sexta.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 2.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 1, 4 y 34 núm. 2

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 54 lit. f), 55 lit. d), 275, 277, 282 y 283.

Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Número 8 que suprime la Tercerización de Servicios Complementarios, la Intermediación Laboral y la Contratación por Horas, Art. 3 inciso final.

Ordenanza Municipal N° s/n, Registro Oficial N° 232, 09-07-2010.

## **PRONUNCIAMIENTO:**

En su oficio de consulta señala como antecedentes que la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala, dentro de su gestión ha previsto realizar el o los procedimientos de contratación de servicios de barrido y limpieza de calles en diferentes sectores de la jurisdicción del cantón Machala, en sujeción a lo dispuesto en el Art. 34 numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Añade que, esta facultad para la contratación, se fundamenta en el último inciso del Art. 3 del Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Número 8 que suprime la tercerización; y, prescribe que: “(...) De igual manera, todos los trabajos de aseo y limpieza de calles, veredas, y de mantenimiento de parques no podrán ser catalogados como actividades complementarias sino como labores cuya contratación de personal deberá realizarse de modo directo y bilateral (...)”.

El informe jurídico de la Empresa consultante consta en el oficio No. 102-AJ-EMAM-EP-2012 de 13 de diciembre de 2012, suscrito por la Asesora Jurídica de dicha Entidad, quien cita el artículo 3 del Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Número 8 y 34 numeral 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Con el propósito de cumplir con sus fines y objetivos, es potestad de la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala, considerar la contratación del Barrido y Limpieza de calles en el Cantón Machala, independientemente que el objetivo y competencia de la EMAM EP, entre otros, sea la prestación de forma directa del servicio de barrido y limpieza de desechos sólidos en el Cantón Machala, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; por cuanto el referido artículo no realiza excepción alguna respecto al servicio directo o no que tenga que prestar, en este caso la EMAM EP, hecho que faculta a la entidad para contratar la prestación del servicio referido.

En cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, se seleccionará a un proveedor a través de la aplicación de procedimientos legalmente previstos para el efecto, donde cuyo propósito principal es contratar la prestación del servicio de Barrido y Limpieza de Calles de la Ciudad de Machala, para lo cual se seleccionará la oferta, en la que se deberá incluir los costos de mano de obra, equipos, materiales y todo lo necesario para la ejecución del objeto de la contratación, misma que cumpliendo con todas las disposiciones, requerimientos técnicos, financieros y legales debidamente exigidos por al EMAM EP, ofrezca a la empresa pública, el precio más bajo”.

En cuanto al régimen de contratación de las empresas públicas, el numeral 2 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, citado en el criterio jurídico de Empresa consultante, dispone lo siguiente:

“(…) 2. REGIMEN COMUN.- Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables.

Las empresas públicas procurarán adquirir productos de origen nacional siempre y cuando se encuentren en la misma condición técnica y calidad de los productos importados, para este efecto se aplicarán las resoluciones que emita el Instituto Nacional de Contratación Pública”.

La antes referida norma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General. En consonancia con lo anterior, el artículo 1 de la referida Ley Orgánica determina su objeto y ámbito de la siguiente manera:

“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:

(...) 6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos”.

Es procedente puntualizar que el ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, está dirigido a la adquisición de bienes, ejecución de obras prestación de servicios para la entidad pública, lo cual es distinto de la prestación de servicios públicos de competencia de una entidad pública, conforme analizo a continuación.

En el contexto señalado, 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”.

El artículo 315 de la Carta Constitucional, referido a las empresas públicas, preceptúa:

“Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos”.

El artículo 316 de la Constitución de la República, prevé:

“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”.

La Corte Constitucional interpretó los artículos 313, 315 y 317 de la Constitución de la República, según consta de la Sentencia No. 001-12-SIC-CC de 5 de enero de 2012, en lo referente a los sectores estratégicos y servicios públicos de competencia del Estado Central.

Cabe tener presente que, la provisión de servicios de barrido, limpieza, recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos sólidos, es una competencia asignada a los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos y municipales, al tenor del artículo 264 de la Constitución de la República.

Concordante con la disposición constitucional citada en último término, el artículo 54 letra f) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dentro de las funciones de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, les asigna la siguiente:

“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 artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé las competencias de dichos gobiernos, y entre ellas, la siguiente:

“d) Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley”.

Por su parte, el artículo 283 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone:

“Art. 283.- Delegación a la economía social y solidaria y a la iniciativa privada.- La delegación a la economía social y solidaria se realizará para promover la naturaleza social y solidaria del sistema económico nacional. Se requerirá que se justifique que la organización o el emprendimiento económico corresponde a este sector de la economía y que se establezcan con claridad los mecanismos de solidaridad o redistribución correspondientes.

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 consonancia con la previsión constitucional del artículo 316 de la Norma Suprema, que permite por excepción la delegación de servicios públicos, el artículo 283 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, antes citado, establece que corresponde al respectivo gobierno autónomo descentralizado, justificar la falta de capacidad para efectuar la prestación del servicio, mediante acto normativo; y, seleccionar al prestador del mismo, a través de concurso público, a fin de que se delegue, el servicio público.

De la disposición legal que se analiza se desprende que, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal como entidad encargada de la provisión de servicios públicos de su competencia, puede delegar, de manera excepcional, la prestación de dichos servicios 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, al amparo del 283 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Como ha quedado señalado, la delegación de servicios públicos procede al amparo de las normas anteriormente referidas y no en base a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, la competencia de dicha delegación le corresponde al gobierno autónomo descentralizado, de conformidad con el inciso segundo del artículo 283 *ibidem*.

En el caso de que los gobiernos autónomos descentralizados presten los servicios que son de su competencia, cabe referirse al artículo 275 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que prevé como modalidades de gestión:

“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.

Los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales prestarán sus servicios en forma directa, por contrato o gestión compartida mediante la suscripción de convenios con los gobiernos provinciales, municipales y con las respectivas comunidades beneficiarias”.

El artículo 275 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, previamente transcrito, señala 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. En este contexto, el artículo 277 ibídem, determina la facultad de los gobiernos autónomos descentralizados para crear empresas públicas, mediante acto normativo del órgano de legislación del gobierno autónomo descentralizado, en los siguientes términos:

“Art. 277.- Creación de empresas públicas.- Los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal podrán crear empresas públicas siempre que esta forma de organización convenga más a sus intereses y a los de la ciudadanía: garantice una mayor eficiencia y mejore los niveles de calidad en la prestación de servicios públicos de su competencia o en el desarrollo de otras actividades de emprendimiento.

La creación de estas empresas se realizará por acto normativo del órgano de legislación del gobierno autónomo descentralizado respectivo y observará las disposiciones y requisitos previstos en la ley que regule las empresas públicas.

La administración cautelará la eficiencia, eficacia y economía, evitando altos gastos administrativos a fin de que la sociedad reciba servicios de calidad a un costo justo y razonable”.

En concordancia con las normas antes citadas, el tratadista argentino Roberto Dromi, al referirse al régimen jurídico administrativo del servicio público, en cuanto a las prerrogativas estatales en este ámbito, señala lo siguiente:

“1. Prerrogativas estatales. La prestación del servicio público supone que el Estado ejerce sus prerrogativas de poder, ya sea que lo preste por sí, directamente, o por medio de terceros, indirectamente”.

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

gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos y a la prestación de servicios públicos.

En base de las atribuciones que le confiere nuestro ordenamiento jurídico, el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Machala adoptó como modalidad de gestión para el servicio público de aseo en el cantón, la creación de una empresa pública, por lo que, mediante Ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 232 de 9 de julio de 2010, creó la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala “EMAM – EP”, cuyo objetivo es “la prestación de servicios públicos de barrido, limpieza, recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos sólidos no peligrosos y peligrosos”, según establece el artículo 1 de la citada Ordenanza.

De lo hasta aquí señalado, se infiere que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, permite la prestación de servicios públicos mediante empresas públicas.

De otra parte, el Mandato Constituyente No. 8, que introdujo reformas al Código del Trabajo y derogó la Ley Reformativa que reguló la intermediación laboral y la tercerización de servicios complementarios, dispone en su artículo 1, lo siguiente:

“Art. 1.- Se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador”.

De la Disposición General Décima Sexta de la Ley Orgánica del Servicio Público, se evidencia la vigencia de las normas del Mandato Constituyente antes citadas. La indicada Disposición, prevé lo siguiente:

“Décima Sexta.- En aplicación de lo establecido en el Mandato Constituyente 8, se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de las instituciones, organismos y empresas del Estado, o cualquier otra que afecte los derechos de las servidoras y servidores.

El incumplimiento de esta disposición constituirá una causal de destitución”.

Adicionalmente, la Disposición Transitoria Quinta del Mandato Constituyente No. 8 previó que el mismo sea reglamentado por el Presidente de la República, por lo que, en ejercicio de dicha atribución, mediante Decreto Ejecutivo No. 1121 se expidió el “Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Número 8 que Suprime la Tercerización de Servicios Complementarios, la Intermediación Laboral y la Contratación por Horas”, que en su artículo 3, dispone:

“Art. 3.- Contratación directa y bilateral.- El personal de controles y filtros de seguridad de los aeropuertos y puertos marítimos que no utiliza armas, será contratado de manera directa y bilateral por las entidades o administradores a cargo de los mismos por cuanto esas actividades son propias y habituales en sus operaciones. En los demás casos, la vigilancia-seguridad de aeropuertos y puertos marítimos podrá ser contratada con empresas autorizadas para realizar estas actividades.

Para el caso de los servicios de alimentación de hoteles, clínicas y hospitales, los empleadores podrán contratar directamente a los trabajadores, con quienes tendrán una relación laboral directa y bilateral; así como también podrán contratar dichos servicios a compañías mercantiles, personas naturales u organizaciones de la Economía Popular y Solidaria que presten actividades complementarias.

Las labores de desbroce, roce, mantenimiento de canales de riego, limpieza de bananeras, cañaverales y otra clase de plantaciones, y todas las similares que se desarrollan en las actividades agrícolas, bajo ningún concepto serán consideradas como actividades complementarias sino como propias y habituales de dicha rama productiva y por consiguiente todo el personal encargado de las mismas deberá ser contratado en forma directa y bilateral.

De igual manera, todos los trabajos de aseo y limpieza de calles, veredas, y de mantenimiento de parques no podrán ser catalogados como actividades complementarias sino como labores cuya contratación de personal deberá realizarse de modo directo y bilateral”.

En consecuencia, en el evento de que las entidades públicas competentes para tales actividades, según el artículo 264 de la Constitución de la República y 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, decidan prestar directamente dichos servicios públicos, deben acatar lo previsto en el artículo 3 del “Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Número 8 que Suprime la Tercerización de Servicios Complementarios, la Intermediación Laboral y la Contratación por Horas” y contratar directamente el personal para el efecto.

Así mismo, los gobiernos autónomos descentralizados pueden adoptar distintos mecanismos de gestión para la prestación de los servicios que son de su competencia, ya sea directamente o a través de empresas públicas, de conformidad con el artículo 277 del mismo Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD.

En el ámbito anterior, los gobiernos autónomos descentralizados, en un esquema de gestión directa, pueden ya sea por sí o a través de sus empresas públicas, brindar directamente los servicios públicos de barrido, limpieza, recolección, tratamiento y

disposición final de residuos, por lo que en atención a su consulta, les corresponde a dichas entidades cumplir con el inciso cuarto del artículo 3 del Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Número 8, que determina expresamente que todos los trabajos de aseo y limpieza de calles, veredas y de mantenimiento de parques no podrán ser catalogados como actividades complementarias sino como labores cuya contratación de personal deberá realizarse de modo directo y bilateral.

En el evento de que los gobiernos autónomos descentralizados municipales, determinen que para la optimización del servicio público a su cargo, que actualmente le corresponde a una empresa pública municipal, es conveniente que la prestación del servicio de barrido y limpieza de calles en su jurisdicción la realice un tercero, como en el caso que motiva su consulta, el Gobierno Autónomo Descentralizado, de conformidad con el inciso segundo del artículo 283 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es el competente para efectuar la delegación pertinente, al amparo de la normativa que ha sido analizada. En tales circunstancias, le corresponde al delegatario cumplir con el inciso cuarto del artículo 3 del Reglamento para la Aplicación del Mandato Constituyente Número 8.

**OF. PGE. N°:** 12425, de 18-03-2013

## **EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL: CRÉDITO CON ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL MERCADO DE PRODUCTORES AGRÍCOLAS “SAN PEDRO DE RIOBAMBA”, EP-EMMPA

### **CONSULTA:**

“Si la EP-EMMPA, puede contraer financiamiento con entidades públicas o privadas, tanto locales como nacionales, para cumplir con estos fines?”.

### **BASES LEGALES:**

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

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 1, 4, 42, 44 y Disposición Transitoria Primera.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 4, 34 y 116.

Ordenanza N° 010-2010, que crea la Empresa Pública Municipal Mercado de Productores Agrícolas San Pedro de Riobamba “EP-EMMPA”, Arts. 2 y 7 lit. g).

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Mediante oficio No. 00808 de 10 de marzo de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión del criterio del Asesor Jurídico de esa empresa y copia certificada de la ordenanza de creación de la EP-EMMPA, de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la

Procuraduría General del Estado, toda vez que el criterio constante en memorando No. 2011-10-AJ de 24 de enero de 2011, remitido como anexo a su comunicación inicial, no contiene un análisis jurídico de las normas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sobre cuya aplicación trata su consulta. Dicho requerimiento ha sido atendido mediante oficio No. 096-EP-EMMPA-GG de 18 de marzo de 2011, ingresado el 19 de marzo del presente año.

En los antecedentes de su consulta señala que la Empresa Pública Municipal Mercado de Productores Agrícolas San Pedro de Riobamba “EP-EMMPA”, con el propósito de cumplir su objetivo de proporcionar instalaciones físicas adecuadas y funcionales para el desarrollo del comercio mayorista en la ciudad, tiene previsto el trámite de financiamiento bancario para cumplir con dicho propósito.

La Empresa Pública Municipal Mercado de Productores Agrícolas San Pedro de Riobamba “EP-EMMPA”, fue creada mediante Ordenanza No. 010-2010 aprobada por el Concejo Cantonal de la Municipalidad de Riobamba en sesiones de 1 y 15 de abril de 2010, aprobada por el Alcalde de ese Cantón el 19 de abril de 2010, según consta en la copia certificada de la Ordenanza, que ha sido remitida en atención a nuestro requerimiento.

Dicha Ordenanza se expidió en aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que previó que las empresas municipales existentes, para seguir operando, debían adecuar su organización y funcionamiento a las normas de esa Ley.

De conformidad con el artículo 2 de la citada Ordenanza, el objeto social de la EP-EMMPA, es la organización, administración, regulación y control del sistema de comercialización de los productos agrícolas que expandan directamente los productores de ese cantón.

La letra g) del artículo 7 de la Ordenanza, confiere al Directorio de esa Empresa Pública, atribución para: “g) Autorizar la contratación de los créditos o líneas de crédito, así como las inversiones que se consideren necesarias para el cumplimiento de los fines y objetivos empresariales, cuyo monto será el definido en el Reglamento General de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y por el Directorio. Las contrataciones de crédito, líneas de crédito o inversiones inferiores a dicho monto serán autorizadas por la o el Gerente General de la Empresa”.

El informe de la Asesora Jurídica de esa Empresa Pública Municipal, contenido en memorando No. 2011-50-AJ de 18 de marzo de 2011, remitido a pedido nuestro, cita los artículos 42 y 44 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que regulan las formas de financiamiento a las que pueden recurrir las empresas públicas para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales, y determinan que el nivel de endeudamiento estará

acorde a la capacidad real de pago de la empresa y se sujetarán a la ley y a las políticas del Comité de Deuda Pública.

El mismo informe invoca además el artículo 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que establece que los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria.

Sobre dicha base normativa concluye el informe jurídico que las empresas públicas: “al tener autonomía económica, financiera, administrativa y de gestión tienen la facultad o potestad de acceder o contraer el respectivo financiamiento con entidades públicas, como privadas, locales, nacionales con el objeto de cumplir a cabalidad los objetivos y fines de su creación”.

El artículo 1 de Ley Orgánica de Empresas Públicas, incluye en el ámbito de aplicación de dicho cuerpo normativo, a las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establece los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre las empresas públicas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República.

Al tenor del inciso primero del artículo 4 de la misma Ley, las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión y destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

El Capítulo II de la Ley Orgánica en mención, en su artículo 42 trata sobre las normas de financiamiento y dispone:

“Las empresas públicas sus subsidiarias y filiales podrán adoptar las formas de financiamiento que estimen pertinentes para cumplir sus fines y objetivos empresariales, tales como: ingresos provenientes de la comercialización de bienes y prestación de servicios así como de otros emprendimientos; rentas de cualquier clase que produzcan los activos, acciones, participaciones; acceso a los mercados financieros, nacionales o internacionales, a través de emisión de obligaciones, titularizaciones, contratación de créditos; beneficio de garantía soberana; inyección directa de recursos estatales, reinversión de recursos propios; entre otros. Para el efecto se requerirá la resolución favorable del Directorio de la empresa y el cumplimiento de los requisitos previstos en esta

y otras leyes, así como en la normativa aplicable, en función de la naturaleza del financiamiento al que se acceda”.

El artículo 44 del mismo Cuerpo Legal, establece que el nivel de endeudamiento de las empresas públicas se regulará en observancia de los Planes Nacional y Local de Desarrollo y con sujeción a las políticas que, de conformidad con la ley, emita el Comité de Deuda Pública y a los requisitos y límites legales que permitan mantener niveles de endeudamiento acordes a la capacidad real de pago del Estado, de la empresa pública o del gobierno autónomo descentralizado, respectivamente.

De conformidad con el artículo 4 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, las empresas públicas se encuentran sujetas a dicho cuerpo legal y el artículo 34 del mismo Código Orgánico, determina que el Plan Nacional de Desarrollo es la máxima directriz política y administrativa para el diseño y aplicación de la política pública y todos los instrumentos, dentro del ámbito definido en este Código; dispone que su observancia es obligatoria para el sector público e indicativa para los demás sectores, y que los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados y sus empresas públicas se sujetarán a sus propios planes, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y sin menoscabo de sus competencias y autonomías. El Plan Nacional de Desarrollo articula el ejercicio de las competencias de cada nivel de gobierno.

El artículo 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone que los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto.

De las disposiciones citadas, en atención a los términos de su consulta se concluye que es procedente que la Empresa Pública Municipal Mercado de Productores Agrícolas San Pedro de Riobamba “EP-EMMPA”, pueda solicitar financiamiento a entidades públicas o privadas, tanto locales como nacionales, para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales, acorde a su capacidad de pago. El endeudamiento deberá enmarcarse dentro del marco de los Planes Nacional y Local de Desarrollo y con sujeción a las políticas que emita el Comité de Deuda Pública, de conformidad con el artículo 44 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Los recursos para pagar tales créditos deben ser debidamente presupuestados según dispone el artículo 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, y los créditos se deben destinar a los objetivos empresariales para los que fueron contratados.

El monto y los términos de los contratos de crédito que llegaren a suscribir la Empresa a su cargo, son de responsabilidad de la misma.

En similares términos se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado, en pronunciamiento contenido en oficio No. 017665 de 29 de noviembre de 2010, dirigido a la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo.

**OF. PGE. N°:** 1520, de 26-04-2011

## **EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL: OBTENCIÓN DE CRÉDITO AUTORIZACIÓN DEL CONCEJO MUNICIPAL**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE CUENCA

### **CONSULTA:**

“Si al tenor de lo dispuesto en el Art. 60, letra n) del COOTAD, y considerando lo dispuesto en el Art. 2 de la ‘Ordenanza que Regula la Celebración de Contratos, Convenios e Instrumentos que comprometan el Patrimonio Institucional’; puede o no el alcalde del GAD Municipal de Cuenca, garantizar a una empresa pública municipal la obtención de un crédito, requiriendo para el efecto la autorización o no del Concejo Municipal, para la suscripción de dicha garantía”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225 y 237 núm. 3

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 4, 5 núm. 2; 10, 42 y 44.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), Arts. 59 y 60 lits. a) y n), 212, 267 y 277.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 34 inciso cuarto, 59 inciso segundo, 60 núm. 1, 123, 125.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

La consulta se formuló inicialmente con oficio No. 2868 de 19 de noviembre de 2014, ingresado a la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado en Azuay el 19 de noviembre de 2014, y recibido en este Despacho el 25 de noviembre de 2014; y, mediante oficio No. 19754 de 28 de noviembre de 2014, este Organismo se abstuvo de atenderla por no estar referida a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de competencias de esta Entidad, previstas en los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República, 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

Con oficio No. 3155 de 9 de diciembre de 2014, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 15 de diciembre de 2014, la Municipalidad de Cuenca solicitó la reconsideración

de la abstención contenida en oficio No. 19754 y replanteó la consulta; no obstante, mediante oficio No. 19996 de 16 de diciembre de 2014, esta Entidad solicitó a la Municipalidad de Cuenca, reformular los términos de la consulta respecto a la inteligencia o aplicación de una norma y remitir en texto independiente el criterio jurídico del Procurador Síndico sobre la consulta reformulada, que contenga un análisis de las normas aplicables y la posición institucional. Con oficio No. 20201 de 7 de enero de 2015, se insistió en dicho requerimiento, que fue atendido mediante oficio No. 0078 de 9 de enero de 2015, referido en los antecedentes.

A fin de contar con mayores elementos de análisis sobre el tema materia de consulta, mediante oficio No. 19997 de 16 de diciembre de 2014, este Organismo requirió el criterio institucional del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas. Con oficio No. 20202 de 7 de enero de 2015, se insistió en dicho requerimiento, que ha sido atendido mediante oficio No. 003-P-2015 de 8 de enero de 2015, recibido el 9 de enero del presente año.

El informe del Procurador Síndico contenido en oficio sin número de 8 de enero de 2015, refiere como antecedente que la Empresa Pública Municipal de Urbanización y Vivienda de Cuenca (EMUVI EP), está gestionando un crédito con el Banco del Estado y que “El Banco del Estado requiere que el GAD Municipal de Cuenca garantice el endeudamiento de la Empresa EMUVI EP (...)”.

El citado informe invoca entre otras normas, los artículos 59 y 60 letras a) y n) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que confieren al Alcalde el carácter de primera autoridad del ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado municipal, su representante legal, y atribución para suscribir instrumentos que comprometan a la municipalidad, previendo que los convenios de crédito o aquellos que comprometan el patrimonio institucional requerirán autorización del Concejo. Sobre dicha base, el Procurador Síndico argumenta y concluye que:

“(...) la misión de la Empresa EMUVI EP está en relación con las funciones del GAD Municipal de Cuenca y por lo tanto forma parte del GAD Municipal de Cuenca, tanto más que de acuerdo al Art. 225 de la Constitución de la República las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos forman parte del sector público; **sin que el reconocimiento** como una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica y administrativa y de gestión, pueda ser entendido que no forma parte del GAD Municipal de Cuenca.

(...) Por el análisis realizado es procedente en derecho que el Concejo Municipal de Cuenca, conforme el Artículo 60 del COOTAD, autorice al señor Alcalde de Cuenca, garantice el endeudamiento que la Empresa Pública Municipal de Urbanización y Vivienda

de Cuenca EMUVI EP, está gestionando con el Banco del Estado por un valor de USD. 3.457.286,10; recursos destinados al financiamiento del proyecto 'ADQUISICIÓN DEL TERRENO PARA EL EMPLAZAMIENTO DEL PROYECTO DE VIVIENDA SOLIDARIA PARA LA CIUDAD DE CUENCA ETAPA I', toda vez que se está en el monto y caso previsto en el Art. 2 de la 'ORDENANZA QUE REGULA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS, CONVENIOS E INSTRUMENTOS QUE COMPROMETAN EL PATRIMONIO INSTITUCIONAL".

Por su parte, el Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, cita entre otras normas el artículo 44 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que regula el nivel de endeudamiento de esas entidades, así como la Ordenanza que regula la suscripción de instrumentos que comprometan el patrimonio institucional de la Municipalidad de Cuenca y manifiesta:

"En conclusión, el Gobierno Municipal del Cantón Cuenca está en plena capacidad de buscar y viabilizar los mecanismos de financiamiento y garantías de ser el caso, para ser efectivo el derecho al acceso a la vivienda.

(...) El Municipio aprueba una ordenanza por la cual le permite o reglamenta la facultad del Alcalde a suscribir convenios de crédito y todos aquellos contratos, convenios e instrumentos que comprometan el patrimonio institucional y que no estén, determinados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por sumas que no superen el 0.12 del presupuesto de la Municipalidad, en caso contrario requerirá autorización del Concejo Municipal; la aplicación de la disposición es clara en el caso materia de la consulta".

Según refiere el oficio inicial de consulta, la Empresa Pública Municipal de Urbanización y Vivienda de Cuenca fue creada por acto normativo de ese gobierno autónomo.

La consulta tiene por propósito determinar, si las Municipalidades están jurídicamente facultadas para garantizar el endeudamiento de sus empresas públicas, por lo que para el análisis del tema corresponde examinar además de las disposiciones del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que han invocado tanto la entidad consultante como la Asociación Ecuatoriana de Municipalidades, las contenidas en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que es el cuerpo normativo que regula el endeudamiento público, así como la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

De acuerdo con los artículos 4 y 10 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dichas entidades pertenecen al Estado y tienen el carácter de "(...) personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión"; la representación legal de la empresa corresponde a su Gerente General.

La creación de empresas públicas por los gobiernos autónomos descentralizados, mediante acto normativo se prevé por los artículos 277 del COOTAD y 5 numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

De acuerdo con el artículo 212 del COOTAD, “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”. Según el artículo 267 del citado Código Orgánico, los presupuestos de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, son anexos del presupuesto general del respectivo gobierno y deben contener las partidas para cubrir amortización e intereses de los préstamos; dicha norma dispone:

“Art. 267.- De las empresas públicas.- Los presupuestos de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, sean de servicios públicos o de cualquier otra naturaleza, se presentarán como anexos en el presupuesto general del respectivo gobierno; serán aprobados por sus respectivos directorios y pasarán a conocimiento del órgano legislativo correspondiente. Entre los egresos constarán obligatoriamente las partidas necesarias para cubrir el servicio de intereses y amortización de préstamos”.

De acuerdo con los artículos 267 del COOTAD y 9 numerales 5 y 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, compete al Directorio de la respectiva empresa pública, la aprobación del presupuesto de la empresa, así como autorizar la contratación de créditos.

Los artículos 42 y 44 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, confieren a esas entidades atribución para adoptar las formas de financiamiento que estimen pertinentes para cumplir sus fines y objetivos empresariales, entre ellas la contratación de créditos, previendo para ese caso que el nivel de endeudamiento de las empresas, se regulará conforme a la capacidad de pago de la empresa o del gobierno autónomo descentralizado. Al respecto, el citado artículo 44 dispone:

“44.- ENDEUDAMIENTO DE LAS EMPRESAS.- El nivel de endeudamiento de las empresas públicas se regulará en observancia los Planes Nacional y Local de Desarrollo y con sujeción a las políticas que, de conformidad con la ley, emita el Comité de Deuda Pública y a los requisitos y límites legales que permitan mantener niveles de endeudamiento acordes a la capacidad real de pago del Estado, de la empresa pública o del gobierno autónomo descentralizado, respectivamente”.

Por su parte, según los artículos 34 cuarto inciso y 59 segundo inciso del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados y sus empresas públicas se rigen por sus propios planes de inversión, formulados en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y priorizados por el Directorio de la respectiva empresa, según el numeral 1 del artículo 60 *Ibidem*.

De acuerdo con el artículo 123 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el endeudamiento público comprende la deuda pública de todas las entidades del sector público, provenientes entre otras fuentes de los contratos de mutuo; y, según el tercer inciso de esa norma, “Para el caso de las empresas públicas se excluyen todos los contratos de mutuo del tipo crédito con proveedores que no requieran garantía soberana”.

El artículo 125 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, regula los límites al endeudamiento para los gobiernos autónomos descentralizados, y dispone:

“Art. 125.- Límites al endeudamiento para gobiernos autónomos descentralizados.- Para la aprobación y ejecución de sus presupuestos, cada gobierno autónomo descentralizado deberá observar los siguientes límites de endeudamiento:

1. La relación porcentual calculada en cada año entre el saldo total de su deuda pública y sus ingresos totales anuales, sin incluir endeudamiento, no deberá ser superior al doscientos por ciento (200%); y,
2. El monto total del servicio anual de la deuda, que incluirá la respectiva amortización e intereses, no deberá superar el veinte y cinco por ciento (25%) de los ingresos totales anuales sin incluir endeudamiento.

Se prohíbe a las instituciones públicas y privadas conceder créditos a los gobiernos autónomos descentralizados que sobrepasen estos límites, debiendo estos últimos someterse a un plan de fortalecimiento y sostenibilidad fiscal que será aprobado por el ente rector de las finanzas públicas”.

Es atribución del Alcalde, según la letra n) del artículo 60 del COOTAD, “n) Suscribir contratos, convenios e instrumentos que comprometan al gobierno autónomo descentralizado municipal, de acuerdo con la ley. Los convenios de crédito o aquellos que comprometan el patrimonio institucional requerirán autorización del Concejo, en los montos y casos previstos en las ordenanzas cantonales que se dicten en la materia”.

Del análisis jurídico efectuado se desprende que, de acuerdo con el artículo 9 numeral 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, corresponde al Directorio de la respectiva empresa pública, aprobar su presupuesto; el artículo 267 del COOTAD prevé que el presupuesto de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, constituye anexo del presupuesto del respectivo gobierno autónomo; que el artículo 125 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece los límites de endeudamiento de los gobiernos autónomos; y, que el artículo 44 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece una relación entre el nivel de endeudamiento de las empresas públicas y el límite de endeudamiento del respectivo gobierno autónomo descentralizado, con la finalidad de que dichos gobiernos puedan respaldar el servicio de la deuda de sus empresas.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 44 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y 125 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, los gobiernos autónomos descentralizados pueden garantizar el endeudamiento de sus empresas públicas, pues según esas normas dicho endeudamiento debe ir acorde a la capacidad real de pago de la empresa pública o del gobierno autónomo descentralizado y adicionalmente debe observar el límite de endeudamiento del respectivo gobierno autónomo descentralizado. De conformidad con la letra n) del artículo 60 del COOTAD, corresponde al Alcalde suscribir los instrumentos que comprometan el patrimonio del gobierno autónomo descentralizado municipal, entre ellos las garantías que afiancen los créditos de las empresas públicas municipales, debiendo observar al efecto las respectivas Ordenanzas que establezcan los montos y casos, en que el Ejecutivo cantonal requiera autorización del Concejo.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. Es de exclusiva responsabilidad de las respectivas entidades públicas resolver los casos particulares.

Los términos y condiciones de los créditos y las respectivas garantías que llegaren a contratar la respectiva empresa pública y a avalar la municipalidad, son de exclusiva responsabilidad de esas entidades.

**OF. PGE. N°:** 00045 de 10-02-2015

## **EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL MANCOMUNADA DE ASEO INTEGRAL DE LA CUENCA DEL JUBONES: SUBROGACIÓN AL PRESIDENTE DEL DIRECTORIO**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL MANCOMUNADA DE ASEO INTEGRAL DE LA CUENCA DEL JUBONES

### **CONSULTA:**

“¿Quién debería ser quien subrogue al Presidente del Directorio de la EMMAICJ-EP, en los casos de ausencia temporal del Presidente, que por razones de licencia deba salir de la jurisdicción de la Empresa Pública Municipal Mancomunada de Aseo Integral de la Cuenca del Jubones EMMAICJ-EP?”.

### **BASES LEGALES:**

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 4 y 8.

Ordenanzas Sustitutivas a la Ordenanza de Constitución de la Empresa Pública Municipal Mancomunada de Aseo Integral de la Cuenca del Jubones, Arts. 11, 13, 19, 21 y 22 lit. a).

## PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su requerimiento, mediante oficio No. 11659 de 23 de enero de 2013, esta Procuraduría le solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Asesor Legal de la Entidad consultante, el cual fue atendido por usted en oficio No. 0019-EMMAICJ-EP-2013 de 29 de enero de 2013, ingresado a la Dirección Regional de este Organismo en Azuay el 5 de febrero de 2013 y remitido a este Despacho el 8 de febrero de 2013, al que adjunta el oficio No. 084-JMB-EMMAICJ-EP-2012 de 26 de diciembre de 2012, suscrito por el Asesor Jurídico de la empresa de su representación, en el que manifiesta que la Empresa Pública Municipal Mancomunada de Aseo Integral de la Cuenca del Jubones, EMMAICJ-EP, se creó por acto normativo de los Gobiernos Municipales de Girón y Santa Isabel, cuyo objeto es la administración del Sistema de Gestión de Barrido, Recolección, Limpieza, Tratamiento, Transporte y Disposición Final de Desechos.

Expresa el Asesor Jurídico que, en cumplimiento de la Ordenanza de constitución de la referida Empresa Pública Municipal y considerando que viene ejerciendo la Presidencia del Directorio de la EMMAICJ - EP el señor Alcalde del Gobierno Municipal del Cantón Girón y la Vicepresidencia el señor Alcalde del Gobierno Municipal de Santa Isabel, corresponde “ejercer la Presidencia en el caso de ausencia temporal del señor Alcalde que esté ejerciendo la Presidencia; al señor Alcalde que ejerce la Vicepresidencia en estos momentos, de conformidad con lo que dispone el Art. 22 de la Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza de Constitución de la Empresa Pública Municipal Mancomunada de Aseo integral de la Cuenca del Jubones EMMAICJ-EP”.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas en el artículo 4 prescribe que las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, destinadas, entre otras actividades, a la prestación de servicios públicos, como es el caso que motiva su consulta.

El artículo 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas referido a la presidencia del directorio de las empresas públicas, expresa en lo pertinente que: “En el caso de empresas creadas por más de un gobierno autónomo descentralizado, la presidencia del Directorio estará a cargo de la autoridad que designen los representantes legales de dichos gobiernos”.

La “Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza de Constitución de la Empresa Pública Municipal Mancomunada de Aseo Integral de la Cuenca del Jubones: ‘EMMAICJ - EP’.” en su artículo 11 dispone que el Directorio de dicha empresa estará integrado, entre otros, por los Alcaldes de Girón, Santa Isabel o sus delegados que sólo podrá ser el vicealcalde o concejales, “correspondiendo en todo caso ejercer la Presidencia del Directorio a uno de

los Alcaldes o Alcaldesas en forma alternada por los períodos fijados en esta ordenanza de conformidad con lo que dispone el Art. 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

El artículo 13 de la citada Ordenanza, dispone que: “La Presidencia del Directorio, será ejercida, en todo tiempo, de modo alternativo por los Alcaldes o Alcaldesas de Girón, Santa Isabel y los Alcaldes de los GADs Municipales que se integren en lo posterior; y, por períodos de un año cada uno y le corresponde ejercer la vicepresidencia al Alcalde de uno de los cantones fundadores de la EMMAICJ”.

En forma concordante, el artículo 19 de la indicada Ordenanza expresa que la Presidencia del Directorio “le corresponde en todo caso ejercer a uno de los Alcaldes o Alcaldesas de los gobiernos Municipales socios, en forma alternada por un período de un año cada uno”.

Conforme al artículo 21 de la mencionada Ordenanza, la Vicepresidencia del Directorio “le corresponde ejercer a los Alcaldes o Alcaldesas de los Gobiernos Municipales fundadores de la EMMAICJ, en forma alternada a quien no ejerce la Presidencia del Directorio por un período de un año”.

El artículo 22 de la “Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza de Constitución de la Empresa Pública Municipal Mancomunada de Aseo Integral de la Cuenca del Jubones: ‘EMMAICJ - EP’ ”. Referida por el Asesor Jurídico en el oficio No. 084-JMB-EMMAICJ-EP-2012 de 26 de diciembre de 2012 antes referido, contempla entre los deberes y atribuciones del Vicepresidente del Directorio: “a) Ejercer la Presidencia en ausencia temporal o definitiva del titular”.

De lo expuesto se desprende que, conforme a los citados artículos 11, 13, 19 y 21 de la Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza de Constitución de la Empresa Pública Municipal Mancomunidad de Aseo Integral de la Cuenca del Jubones, EMMAICJ-EP, le corresponde ejercer la Presidencia del Directorio en todo tiempo, a uno de los Alcaldes de Girón, Santa Isabel y los Alcaldes de los GAD Municipales que se integren en lo posterior, por períodos de un año cada uno; en tanto le corresponde ejercer la Vicepresidencia al Alcalde de los cantones Girón y Santa Isabel, fundadores de dicha empresa, en forma alternada, por períodos de un año cada uno.

Además, conforme a la letra a) del artículo 22 de la referida Ordenanza, al Vicepresidente del Directorio le corresponde ejercer la Presidencia en ausencia temporal o definitiva de su titular.

En atención a su consulta, en virtud de que el artículo 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas dispone que la presidencia del directorio de las empresas públicas creadas por más de un gobierno autónomo descentralizado estará a cargo de la autoridad que designen los representantes legales de dichos gobiernos; y, que conforme al artículo 22 de la

Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza de Constitución de la Empresa Pública Municipal Mancomunada de Aseo Integral de la Cuenca del Jubones, “EMMAICJ-EP, es atribución del Vicepresidente del Directorio ejercer la Presidencia en ausencia temporal o definitiva del titular, se concluye que, en los casos en que el Presidente del Directorio de la referida empresa pública, por razones de licencia deba ausentarse temporalmente de su jurisdicción, le corresponde subrogar en dichas funciones al Vicepresidente del Directorio, por el tiempo que dure la licencia de su titular.

**OF. PGE. N°:** 12169, de 26-02-2013

### **EMPRESAS PÚBLICAS: COMPETENCIAS DE DIRECTORIOS, ESCALA REMUNERATIVA, CONTRATOS DE SERVICIOS OCASIONALES, COMISIÓN DE SERVICIOS**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA

#### **CONSULTAS:**

1.- “¿La competencia de los directorios de las empresas públicas, considerada en el artículo 17, inciso segundo, de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, para regular los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano comprendido en los literales a) y b) del artículo 18 subsiguiente, se inscribe en la institucionalidad y articulado de la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento, que estos deben aplicar, con salvedad de aquello que con el carácter de régimen especial dispone la Ley Orgánica de Empresas Públicas en el Título IV De la gestión del talento humano de las empresas públicas?”.

2.- “¿Las escalas de remuneraciones de las empresas públicas deben ajustarse a la escala de remuneraciones unificadas de los servidores públicos, una vez que el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público dispone que todos los organismos previstos en el artículo 225 de la Constitución de la República se sujetarán obligatoriamente a lo establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios?”.

3.- “¿Procede el ingreso al servicio público en las empresas públicas mediante contrato de servicios ocasionales, figura contemplada en el artículo 16 la Ley Orgánica del Servicio Público?”.

4.- “¿Las comisiones de servicio previstas en los artículos 30 y 31 de la Ley Orgánica del Servicio Público pueden cumplirse en las empresas públicas?”.

5.- “¿Los servidores públicos de las empresas públicas pueden cumplir comisiones de servicio en otras instituciones del Estado?”.

6.- “¿Las relaciones de servicio público de los servidores de carrera pueden terminar en el marco del Derecho administrativo disciplinario, previo sumario administrativo; con

aplicación de las normas de procedimiento que obran de la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento; y, el ejercicio de la potestad sancionadora está sujeto a la caducidad contemplada en el artículo 92 de la Ley Orgánica del Servicio Público?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 inciso final, 16 y 83 lit. k); y, 113, lit. b), Disposición General Sexta de su Reglamento General.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 17, 18, 19 núms. 1, 2 y 3; 20, 23 y 32

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

1.- La Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 11163, de 20 de diciembre de 2012, dirigido a la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala, cuya copia adjunto, ya se ha pronunciado sobre la competencia de los directorios de las empresas públicas para regular la administración del talento humano en dichas empresas, en los siguiente términos, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto:

“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”.

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

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

Además, respecto de los procesos de ingreso, ascenso y promoción del talento humano, tampoco amerita un nuevo pronunciamiento por parte de la Procuraduría General del Estado, puesto que con oficio No. 14487 de 28 de agosto de 2013, dirigido a la Empresa

Pública de Desarrollo Productivo y Agropecuario del Sur DEPROSUR S.A., este Organismo concluyó:

“De las disposiciones que han sido analizadas, de conformidad con el inciso final del Art. 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público e inciso segundo del Art. 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, corresponde al Directorio de DEPROSUR EP, la expedición de las normas internas de administración del Talento Humano, atendiendo los requerimientos específicos de la empresa y 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, como así lo manifesté en el Oficio No. 11163 de 20 de diciembre de 2012”.

2.- El artículo 229 de la Constitución de la República prevé:

“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.

El artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ubicado en su Título IV, “Gestión del Talento Humano de las Empresas Públicas”, prevé:

“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”.

Por su parte, el artículo 20 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas determina los principios que orientan la administración del talento humano en las empresas públicas y entre ellos se destacan los siguientes:

“(…) 3. Equidad remunerativa, que permita el establecimiento de remuneraciones equitativas para el talento humano de la misma escala o tipo de trabajo, fijadas sobre la base de los siguientes parámetros: funciones, profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia:

4. Sistemas de remuneración variable, que se orientan a bonificar económicamente el cumplimiento individual, grupal y colectivo de índices de eficiencia y eficacia, establecidos en los reglamentos pertinentes, cuyos incentivos económicos se reconocerán proporcionalmente al cumplimiento de tales índices, mientras éstos se conserven o mejoren, mantendrán su variabilidad de acuerdo al cumplimiento de las metas empresariales. El componente variable de la remuneración no podrá considerarse como inequidad remunerativa ni constituirá derecho adquirido. El pago de la remuneración variable se hará siempre y cuando las empresas generen ingresos propios a partir de la producción y comercialización de bienes y servicios”.

Además, la Disposición General Sexta del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en cuanto a los ingresos complementarios en las empresas públicas determina:

“SEXTA: De los ingresos complementarios para las empresas públicas.- En lo referente a los ingresos complementarios establecidos y regulados por la LOSEP y este Reglamento General, las Empresas Públicas se regirán obligatoriamente por lo establecido en los Mandatos Constituyentes, de acuerdo a la vigencia y en los términos establecidos en los mismos.

En lo que no esté contemplado en los Mandatos Constituyentes, se regulará por lo establecido en la LOSEP y en este Reglamento General”.

De otra parte, la letra b) del artículo 113 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en cuanto a las competencias de verificación del Ministerio de Relaciones Laborales en las empresas públicas dispone:

“Art. 113.- Del sistema de verificación, inspección, supervisión y evaluación de la gestión administrativa.- El Ministerio de Relaciones Laborales ejecutará actividades de monitoreo, control y evaluación de la gestión de las Unidades de Administración del Talento Humano del Sector Público, considerando los siguientes aspectos:

b) En las Empresas Públicas, el Ministerio de Relaciones Laborales, a través de personas naturales o jurídicas externas especializadas realizará el control posterior (ex post) de la administración del talento humano y remuneraciones conforme a las normas y principios previstos en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la LOSEP y las demás normas que regulan la administración pública”.

Por lo expuesto, con fundamento en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), que en su último inciso determina que las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio se rigen por el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, así como de los artículos 17 y 20 de la Ley Orgánica de Empresas

Públicas, que norman la administración del talento humano en éstas, se concluye que las empresas públicas tienen la potestad de establecer sus escalas remunerativas, conforme a las normas y principios previstos en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la LOSEP y las demás normas que regulan la administración pública, sin perjuicio de que el Ministerio de Relaciones Laborales a través de personas naturales o jurídicas especializadas, realice el control posterior correspondiente.

3.- El artículo 16 de la Ley Orgánica del Servicio Público, referido en su consulta, dispone:

“Art. 16.- Nombramiento y posesión.- Para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora.

El término para posesionarse del cargo público será de quince días, contados a partir de la notificación y en caso de no hacerlo, caducarán”.

El inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, citado al atender su segunda consulta, determina que:

“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 expuesto, con fundamento en el inciso segundo del artículo 17 antes citado, es competencia del Directorio de cada empresa pública expedir las normas internas, en las que se regule los mecanismos de ingreso a la empresa.

4 y 5.- Conforme quedó señalado al atender su tercera consulta, de conformidad con el inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, corresponde al Directorio de las empresas públicas expedir las normas internas de administración del talento humano, por lo que en atención a sus consultas, con fundamento en la referida norma se concluye que es competencia del directorio establecer las normas relacionadas con la administración del Talento Humano de las empresas públicas.

6.- La Procuraduría General del Estado ya ha analizado el régimen jurídico aplicable a las empresas públicas, en los términos que constan en el oficio No. 11004 de 11 de diciembre de 2012 emitido con motivo de la consulta formulada por la Empresa Pública Estratégica Hidroeléctrica Coca Codo Sinclair Cocasinclar EP y cuya parte pertinente transcribo, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto:

“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. 007-1 1-SCN-CC6, respecto del régimen jurídico aplicable a los servidores de las empresas públicas, manifestó que:

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

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”.

**OF. PGE. N°:** 14861, de 27-09-2013

## **EMPRESAS PÚBLICAS: NATURALEZA JURÍDICA, EXENCIÓN DE TRIBUTOS, PROCESO COACTIVO E IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO MUNICIPAL DEL CANTÓN EL GUABO

### **CONSULTAS:**

1. “¿La Ley Orgánica de Empresas Públicas está comprendida dentro del Derecho Público, que establece que solo se debe hacer o cumplir con lo que está escrito?”.
2. “¿Es aplicable la Ley Orgánica de Empresas Públicas a una Corporación Estatal, que no ha cumplido con lo determinado en la misma Ley de convertirse en empresa pública?”.
3. “¿Puede una ley sea cual fuere su jerarquía, contraponerse a lo prescrito en el Art. 7 del Código Civil que establece que ninguna ley tiene efecto retroactivo?”.
4. “¿Si la Ley Orgánica de Empresas Públicas se encuentra comprendida dentro del Derecho Público, puede quedar sin efecto un juicio especial de coactivas por la falta de pago de una tasa municipal, en aplicación del numeral 10.4 de la Décima Disposición Transitoria, cuando esta solo se refieren a que se suspenda “toda clase de juicios contenciosos tributarios derivados de cualquier acto administrativo de determinación tributaria”, más no se refiere a juicios coactivos?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 315.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 1, 4, 41, Disp. Gen. Octava y Trans.: Segunda y Décima núm. 10.4.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 567.

Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 7, 10, 31, 217 núm. 10, 219 núm. 8 y 222 núm. 1.

Código Tributario, Arts. 35 núm. 2 y 217.

Mandato N° 15, Disposición Transitoria Tercera.

Código Civil, Art. 7.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

1. El artículo 315 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de

servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas; y, dispone que las empresas públicas funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone que esa Ley regula la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local.

El artículo 4 *ibidem*, define a las empresas públicas como: “entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión”, destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

El mismo artículo se refiere además a las empresas subsidiarias y filiales de las empresas públicas, y a las agencias y unidades de negocio, creadas para desarrollar sus actividades o prestar servicios de manera desconcentrada.

Por su parte, el artículo 226 de la Constitución de la República, establece el principio de legalidad que rige en Derecho Público, y dispone que: “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

De las normas citadas se desprende que las empresas públicas pertenecen al Estado y son personas jurídicas de derecho público, según las define el citado artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que en sus Transitorias ha dispuesto la transformación de las sociedades anónimas de propiedad del Estado, previendo un régimen de excepción aplicable a las sociedades anónimas de propiedad del Estado que operan en el sector eléctrico, conforme se analizará al atender su segunda consulta.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que la Ley Orgánica de Empresas Públicas es un cuerpo normativo que contiene normas de Derecho Público, cuya aplicación se sujeta al principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República.

2. El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 016-DJMG-2011 de 3 de febrero de 2011, que se ha acompañado a la consulta, cita entre otras normas el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que en su segundo inciso establece una exención al pago de tributos en beneficio de las empresas públicas que prestan servicios públicos; y, la Disposición General Octava de la misma Ley, que les confiere derecho de uso gratuito de vías; así como la Transitoria Segunda que ordena la transformación de las sociedades anónimas en las que el Estado sea accionista, en empresas públicas.

El citado informe invoca además el artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que dispone que las empresas públicas o privadas que utilicen u ocupen vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para la colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo, la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación.

En cuanto se refiere a la Corporación Nacional de Electricidad, Regional de El Oro, el informe del Procurador Síndico Municipal manifiesta que se trata de una entidad del Estado pero que “aún no se ha convertido en empresa pública para que pueda acogerse a los beneficios que concede dicha Ley”.

En el análisis de la materia sobre la que trata su consulta, es pertinente considerar que el numeral 2 del artículo 35 del Código Tributario, establece exenciones generales, exclusivamente para el pago de impuestos y no de tasas ni de contribuciones especiales, en beneficio de “2. Las instituciones del Estado, las municipalidades u otras entidades del gobierno seccional o local, constituidos con independencia administrativa y económica como entidades de derecho público o privado, para la prestación de servicios públicos”.

De conformidad con el numeral 15 del artículo 326 de la Constitución de la República y el artículo 6 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, la prestación de los servicios de energía eléctrica constituye un servicio público, cuyo titular es el Estado.

La Disposición Transitoria Tercera del Mandato 15, determinó que para la gestión empresarial de las empresas eléctricas y de telecomunicaciones en las que el Fondo de Solidaridad era accionista mayoritario, esa Institución podrá ejecutar los actos societarios que sean necesarios para la reestructuración de dichas empresas. Para el efecto, el Mandato autorizó reformar estatutos sociales, fusionar, conformar nuevas sociedades, resolver la disolución de compañías.

La citada Transitoria Tercera del Mandato 15, excluyó de la reestructuración dispuesta, hasta que se expida el nuevo marco normativo del sector eléctrico y de empresas públicas,

a las siguientes empresas: Empresa Eléctrica Quito S.A., Empresa Eléctrica Centro Sur, Empresa Eléctrica Regional del Sur, Empresa Eléctrica Azogues, Empresa Eléctrica Regional del Norte, Empresa Eléctrica Ambato, Empresa Eléctrica Cotopaxi, Empresa Eléctrica Riobamba.

Conforme se desprende del texto de la Disposición Transitoria Tercera del Mandato 15, la Empresa Eléctrica de El Oro, no fue excluida de su aplicación y en consecuencia estuvo sujeta a la reestructuración societaria establecida en dicha Transitoria, por lo que se fusionó con otras empresas eléctricas de propiedad del extinguido Fondo de Solidaridad y varios gobiernos autónomos, constituyéndose la CNEL Corporación Nacional de Electricidad S.A., que según se desprende del oficio No. 438-DM-SJ-2011-1399 de 1 de abril de 2011, del Ministro de Electricidad y Energía Renovable, “se constituyó mediante escritura pública otorgada por el Notario Trigésimo Octavo del cantón Guayaquil, Dr. Humberto Moya Flores, el 15 de en diciembre de 2008, e inscrita en el Registro Mercantil del cantón Guayaquil el 16 de enero de 2009; fecha desde la cual presta el servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica a la provincia de El Oro, como una persona jurídica de derecho privado, cuyo objeto social es la generación, distribución y comercialización de energía eléctrica, cuyo paquete accionario corresponde a entidades públicas”.

Con posterioridad a ello, se promulgó la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuya Disposición Transitoria Segunda, establece el procedimiento de transformación en empresas públicas de las sociedades anónimas en las que el Estado, a través de sus entidades y organismos, sea accionista, señalando que dicha transformación deberá cumplirse en un plazo máximo de noventa días, contados a partir de la expedición de la precitada Ley, que fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009.

El Ministro de Electricidad y Energía Renovable, en su oficio No. 438-DM-SJ-2011-1399 de 1 de abril de 2011, manifiesta que sobre las empresas cuyo accionista mayoritario es el Estado, entre las que se incluyen las sociedades anónimas del sector eléctrico, el numeral 2.2.1.4. de la Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece un régimen de excepción. Dicho numeral dispone: “2.2.1.4. Régimen de excepción.- Si dentro del plazo previsto en el número 2.2.1.2 no se cumpliere el proceso de compra de acciones que permita que las sociedades anónimas de generación, transmisión, distribución y comercialización eléctrica con más de un socio queden en propiedad de un solo accionista, hasta que se expida el nuevo marco jurídico del sector eléctrico, esas empresas seguirán operando como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos de orden societario. Para los demás aspectos tales como el régimen tributario, fiscal, laboral, contractual, de control y de funcionamiento de las empresas se observarán las disposiciones contenidas en esta Ley. Las acciones de estas compañías no podrán ser transferidas al sector privado”.

Sobre dicha base normativa, concluye el Ministro de Electricidad y Energía Renovable que “CNEL es una sociedad anónima legalmente constituida, sin embargo por disposición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se rige bajo la normativa del Derecho Público, por lo que no compartimos con el criterio del Gobierno Municipal del Cantón El Guabo”.

Del texto del numeral 2.2.1.4 de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que antes fue transcrito se desprende que, con respecto a las compañías anónimas de propiedad del Estado que operan en el sector eléctrico, únicamente para los asuntos societarios siguen reguladas por la Ley de Compañías, mientras que en los demás aspectos, tales como el tributario, están sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que, las sociedades anónimas de propiedad del Estado, que operan en el sector eléctrico, están sujetas al régimen de excepción establecido por el numeral 2.2.1.4 de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que les permite seguir operando como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos de orden societario, mientras que para los demás aspectos, tales como el régimen tributario, esas empresas observarán las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Sobre las exenciones de impuestos, el artículo 35 del Código Tributario prevé:

“Art. 35.- Exenciones generales.- Dentro de los límites que establezca la ley y sin perjuicio de lo que se disponga en leyes orgánicas o especiales, en general están exentos exclusivamente del pago de impuestos, pero no de tasas ni de contribuciones especiales:

1. El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales, las entidades de derecho público, las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y las entidades de derecho privado con finalidad social o pública;
2. Las instituciones del Estado, las municipalidades u otras entidades del gobierno seccional o local, constituidos con independencia administrativa y económica como entidades de derecho público o privado, para la prestación de servicios públicos”.

En materia tributaria, el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone:

“Art. 41.- REGIMEN TRIBUTARIO.- Para las empresas públicas se aplicará el Régimen Tributario correspondiente al de entidades y organismos del sector público, incluido el de exoneraciones, previsto en el Código Tributario, en la Ley de Régimen Tributario Interno y demás leyes de naturaleza tributaria. Para que las empresas antes mencionadas puedan beneficiarse del régimen señalado es requisito indispensable que se encuentren inscritas en el Registro Único de Contribuyentes, lleven contabilidad y cumplan con los demás deberes formales contemplados en el Código Tributario, esta Ley y demás leyes de la República.

Las empresas públicas que presten servicios públicos estarán exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes”.

Adicionalmente, la Disposición General Octava de la misma Ley Orgánica prevé:

“OCTAVA: USO DE INFRAESTRUCTURA PARA PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS.- Las Empresas Públicas prestadoras de servicios públicos gozarán del derecho de uso gratuito de vías, postes, ductos, veredas e infraestructura similar de propiedad estatal, regional, provincial, municipal o de otras empresas públicas, por lo que, estarán exentas del pago de tributos y otros similares por este concepto.

El uso de dicha infraestructura se hará previa coordinación con el respectivo dueño de los bienes, quien priorizará las necesidades propias de su servicio o ejecución de sus actividades y que exista la capacidad técnica de la infraestructura”.

Sobre la aplicación del artículo 41, la Disposición General Octava de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el artículo 567 del COOTAD, en atención a una consulta formulada con respecto a las empresas públicas, la Procuraduría General del Estado se pronunció en el oficio No. 987 de de 21 de marzo de 2011, en el siguiente sentido:

“...la Ley Orgánica de Empresas Públicas regula los aspectos relacionados con este tipo de empresas y dentro de este contexto, el artículo 41 y la Disposición General Octava de la indicada Ley, han previsto exenciones tributarias en lo que atañe exclusivamente a las empresas públicas que prestan servicios públicos; mientras que, la previsión del inciso segundo del artículo 567 del COOTAD, corresponde aplicarse a las demás empresas públicas y privadas en general, de lo que se concluye que no existe una contraposición entre las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas públicas y el COOTAD que motivan su consulta.

En virtud de lo expresado en el párrafo anterior, toda vez que las normas que motivan su solicitud no se contraponen entre sí, se aprecia que el inciso segundo del artículo 567 del COOTAD, no afecta la vigencia del inciso segundo del artículo 41 y de la Disposición General Octava de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Por las consideraciones expuestas, con fundamento en el análisis jurídico precedente, se concluye que las empresas públicas que presten servicios públicos están exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, conforme lo prevé el artículo 41 inciso segundo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y además, gozarán del derecho

de uso gratuito de vías, postes, ductos, veredas e infraestructura similar de propiedad estatal, regional, provincial, municipal o de otras empresas públicas, por lo que, estarán exentas del pago de tributos y otros similares por este concepto, al tenor de la Disposición General Octava de la misma Ley Orgánica.

Sin perjuicio de lo expuesto, en virtud de que las exenciones que he señalado en el párrafo precedente se aplican únicamente a las empresas públicas que prestan servicios públicos, al tenor de las normas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, referidas en el mismo párrafo, con respecto a las empresas Públicas que no prestan servicios públicos y a las empresas privadas, se aplica el inciso segundo del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que establece que, las empresas públicas (debiendo entenderse aplicable a las que no presten servicios públicos) o las empresas privadas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para la colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación”.

Posteriormente, el Ministro de Energía y Recursos Renovables, mediante oficio No. 409-DM-SJ-2011-1372 de 1 de abril de 2011, solicitó a este Despacho una ampliación del pronunciamiento contenido en oficio No. 00987 de 21 de marzo de 2011, con relación a las empresas privadas del sector eléctrico, a las que se refieren el Mandato Constituyente No. 15 y al Ley Orgánica de Empresas Públicas, en concordancia con el pronunciamiento que sobre dichas empresas emitió este Organismo mediante oficio No. 14666 de 14 de junio de 2010.

Con respecto a la solicitud citada en el párrafo precedente, según consta del oficio No. 1808 de 16 de mayo de 2011, la Procuraduría General del Estado se pronunció en el siguiente tenor:

“De conformidad con el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y del numeral 2.2.1.4 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica ibídem, que trata sobre las sociedades anónimas en las que el Estado a través de sus entidades y organismos sea accionista mayoritario, constituidos con anterioridad a la expedición de esta Ley, cuyo objeto social sea la generación, transmisión, distribución de energía eléctrica, así como también del numeral 2.2.1.5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que trata sobre las empresas incluidas en el Mandato Constituyente No. 15, de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente No. 15, expedido por la Asamblea Nacional Constituyente, se concluye que las empresas privadas referidas en los indicados numerales 2.2.1.4 y 2.2.1.5 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prestan el servicio público de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, están sujetas al mismo régimen tributario de las empresas

públicas y por lo tanto gozan de las mismas exenciones que las empresas públicas, contenidas en la indicada Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En tal virtud, las empresas privadas señaladas en los numerales 2.2.1.4 y 2.2.1.5 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, están exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, conforme lo prevé el artículo 41 inciso segundo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y además, gozarán del derecho de uso gratuito de vías, postes, ductos, veredas e infraestructura similar de propiedad estatal, regional, provincial, municipal o de otras empresas públicas, según la Disposición General Octava de la misma Ley Orgánica, por lo que el cobro de la tasa referida en el inciso segundo del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública por parte de los gobiernos autónomos descentralizados no se aplica a las empresas públicas que prestan servicios públicos, ni a las empresas privadas referidas en los numerales 2.2.1.4 y 2.2.1.5 del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que están sujetas a régimen tributario de excepción dispuesto en la indicada Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Queda aclarado en los términos precedentes el pronunciamiento constante en el oficio No. No. 00987 de 21 de marzo de 2011, respecto de lo cual ya me había pronunciado mediante oficio No. 14666 de 14 de junio 2010”.

Con los antecedentes expuestos, en atención a su segunda consulta, se concluye que de conformidad con el numeral 2.2.1.4 de la Disposición Segunda del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que establece el régimen de excepción aplicable a las sociedades anónimas de propiedad del Estado, cuyo objeto social sea la generación, transmisión, distribución de energía eléctrica, esas empresas seguirán operando hasta que se expida el nuevo marco jurídico del sector eléctrico, como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos societarios, debiendo observar en los demás aspectos, tales como el tributario, las normas de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Conforme señalé en líneas anteriores, según la Disposición Transitoria Tercera del Mandato 15, la Empresa Eléctrica de El Oro, no fue excluida de la reestructuración prevista en dicha transitoria, por lo que se fusionó con otras empresas eléctricas de propiedad del extinguido Fondo de Solidaridad y varios gobiernos autónomos, constituyéndose la CNEL Corporación Nacional de Electricidad S.A., entidad sujeta al régimen de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, por disposición del numeral 2.2.1.4 de la Disposición Segunda del Régimen Transitorio de la Ley Orgánica de Empresas.

3 y 4. En el informe jurídico del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 016-DJMG-2011 de 3 de febrero de 2011, cita el artículo 7 del Código Civil, que establece el principio de irretroactividad de la ley, y con respecto al numeral 10.4 de la Décima Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que deja sin efecto todo proceso de determinación tributaria que se hubiere iniciado contra las empresas sujetas al ámbito de esa Ley, incluyendo los iniciados antes de su vigencia, concluye que: “no es aplicable en el proceso coactivo que emprende el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón El Guabo contra la Corporación Nacional de Electricidad S.A. Regional El Oro”.

El numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prescribe:

“10.4. Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 41 de esta Ley, queda sin efecto todo proceso de determinación directa, complementaria o presuntiva que se hubiere iniciado en contra de cualquiera de las personas jurídicas que como consecuencia de la expedición de esta Ley, están sujetas a su ámbito de aplicación, incluyendo aquellos procesos iniciados contra sociedades cuyos pasivos han sido asumidos por la empresa pública, mediante la instrumentación de cualesquier figura mercantil o societaria permitida por la Ley, incluso antes de la vigencia de la misma; quedando por tanto sin efecto toda orden de determinación, acta borrador, acta definitiva y en general toda otra clase de actos administrativos vinculados o conexos, así como toda clase de juicios contenciosos tributarios derivados de cualquier acto administrativo de determinación tributaria.

El Director General del Servicio de Rentas Internas dictará la o las resoluciones correspondientes para dar de baja los títulos de crédito emitidos con ocasión de los procesos de determinación directa, complementaria o presuntiva antes referidos, originados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, respecto de las personas jurídicas señaladas en el inciso anterior.

Igualmente, en forma complementaria, el Director General del Servicio de Rentas Internas ordenará el archivo de toda causa que se encuentre ventilando dentro de la jurisdicción coactiva de la entidad a su cargo, iniciada en contra de las personas jurídicas señaladas en el inciso primero de este numeral”.

Según expone el Ministro de Electricidad y Energía Renovable en el oficio No. 438-DM-SJ-2011-1399 de 1 de abril de 2011, los Municipios de los distintos cantones han emitido títulos de crédito a cargo de las Empresas de Distribución de Energía Eléctrica por concepto de tributos, “y han procedido a determinar obligaciones tributarias, liquidar, impulsar y ejecutar procesos coactivos que incluso se encuentran en etapa de ejecución, esto con el propósito de cobrar los valores por los tributos...”.

El Ministro de Electricidad y Energía Renovable cita el numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y sobre su base concluye que: “los gobiernos autónomos descentralizados, entre ellos el Gobierno Municipal del Cantón El Guabo, deben dejar sin efecto todo proceso de determinación directa, complementaria o presuntiva iniciado en contra de las distribuidoras de energía”.

El Ministerio cita el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, contenido en oficio No. 14666 de 14 de junio de 2010, en el que sobre la aplicación del numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se analizó que el legislador le confirió retroactividad en forma expresa a dicha norma, sobre la base del artículo 120 de la Constitución de la República, que en su numeral 7 dispone que corresponde a la Asamblea Nacional, crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los gobiernos autónomos descentralizados.

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

El pronunciamiento anteriormente citado, contenido en el oficio No. 14666 de 14 de junio de 2010, se refirió a la procedencia de que se dejen sin efecto juicios coactivos derivados de los impuestos motivo de dicha consulta.

Al atender su segunda consulta, se analizó que las sociedades anónimas de propiedad del Estado que operan en el sector eléctrico, están sujetas al régimen de excepción establecido por el numeral 2.2.1.4 de la Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en virtud del cual pueden seguir operando como sociedades anónimas reguladas por la Ley de Compañías exclusivamente en el aspecto societario, mientras que para las demás materias, incluida la tributaria están sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuyo artículo 41 primer inciso, determina que les sea aplicable el régimen tributario correspondiente a las entidades y organismos del sector público.

Se ha analizado también que de conformidad con los artículos 41 primer inciso de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el numeral 2 del artículo 35 del Código Tributario, a la CNEL Corporación Nacional de Electricidad S.A., que presta el servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica, le es aplicable el régimen tributario correspondiente al de las entidades y organismos del sector público.

En consecuencia, con respecto de su tercera consulta, se concluye que la Asamblea Nacional ha dado efecto retroactivo al numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima

de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en ejercicio de la competencia que le asigna el artículo 120 de la Constitución de la República, que en su numeral 7, dispone que corresponde a la Asamblea Nacional, crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los gobiernos autónomos descentralizados.

En su cuarta consulta señala que el numeral 10.4 de la Décima Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se refiere a que se suspenda “toda clase de juicios contenciosos tributarios derivados de cualquier acto administrativo de determinación tributaria” pero que no se refiere a juicios coactivos.

El artículo 217 del Código Tributario, se refiere al juicio contencioso tributario en los siguientes términos: “Art. 217.- Concepto y límites de la jurisdicción.- La Jurisdicción contencioso - tributaria consiste en la potestad pública de conocer y resolver las controversias que se susciten entre las administraciones tributarias y los contribuyentes, responsables o terceros, por actos que determinen obligaciones tributarias o establezcan responsabilidades en las mismas o por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de leyes, reglamentos o resoluciones de carácter tributario”.

El Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 7, referido a los principios de legalidad, jurisdicción y competencia, determina que la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley; agrega, que “Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos”.

Por su parte, el artículo 10 del indicado Código Orgánico, prescribe que de conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, “ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”.

En el artículo 31 de referido Código Orgánico, se determina que las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, “no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional”.

Al tenor del artículo 217 numeral 10 del citado Código, corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo, conocer los juicios de “excepciones a la coactiva” en materia no tributaria; en tanto que, en su artículo 219 numeral 8, se establece que corresponde a las juezas y jueces que integran las salas de lo contencioso tributario, conocer de la “excepciones al procedimiento de ejecución”. En este último caso, el Código Tributario en el artículo 222 numeral 1, establece la competencia de la jueza o

juez de lo contencioso tributario, para el conocimiento de las excepciones al procedimiento de ejecución.

El numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que he citado en líneas anteriores, claramente se refiere a: ...“y en general toda otra clase de actos administrativos vinculados o conexos, así como toda clase de juicios contenciosos tributarios derivados de cualquier acto administrativo de determinación tributaria”.

Esta Procuraduría ya se ha pronunciado sobre la inexistencia de los jueces de coactiva, toda vez que el procedimiento coactivo constituye un procedimiento administrativo y por lo tanto se tratan de actos administrativos no jurisdiccionales, según consta del pronunciamiento contenido en el oficio No. 11654 de 12 de enero de 2010, con motivo de una consulta efectuada por el Superintendente de Compañías, que en su parte pertinente señala: “Conforme a las normas legales citadas, se desprende que la acción coactiva para el cobro de créditos no tributarios y tributarios, se ejerce privativamente por la Administración Pública, con sujeción a las disposiciones antes referidas del Código de Procedimiento Civil o del Código Tributario, según corresponda; aclarando que este ejercicio tiene únicamente fuero administrativo...”.

En relación a su cuarta consulta, del análisis jurídico precedente y en armonía con lo referido al atender su segunda consulta, se concluye que los procesos coactivos iniciados por la Municipalidad del Cantón El Guabo, para el cobro de impuestos y tasas municipales conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 35 del Código Tributario y en el inciso segundo del artículo 41 y Disposición General Octava de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a las sociedades anónimas de propiedad del Estado, que prestan servicios de energía eléctrica, como es el caso específico de la CNEL S.A, están sujetos a la aplicación del numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y por lo tanto deben quedar sin efecto los procedimientos coactivos derivados de impuestos y tasas conforme a lo previsto en el numeral 10.4 de la Disposición Transitoria Décima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en concordancia con el número 2 del artículo 35 del Código Tributario, el inciso segundo del artículo 41 y Disposición General Octava de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, antes referidos.

**OF. PGE. N°: 01906, de 20-05-2011**

## EMPRESAS PÚBLICAS: RÉGIMEN LABORAL Y ADMINISTRATIVO DE SUS SERVIDORES

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA PROVINCIAL DE VIVIENDA, COVIPROV E.P.

### CONSULTAS:

- 1.- “¿Si el personal administrativo de carrera a los que se refiere el Art. 18, literal b) de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, (profesionales, secretarias, asistentes, técnicos en sus distintas especialidades, de jefatura y personal operativo que no son de libre remoción y de los niveles estructurales de la empresa) que labora en la Empresa Pública Provincial de Vivienda COVIPROV E.P. (a quienes se les designó CON ACCIONES DE PERSONAL, NOMBRAMIENTO, CONFORME A LAS NORMAS INTERNAS DE ADMINISTRACIÓN DEL TALENTO HUMANO Y NO POR CONTRATO, anexo la normativa interna), son servidores públicos, sujetos a la LOEP o están sujetos a la normativa de la Codificación del Código del Trabajo, del Ministerio de Relaciones Laborales o deben presentar sus reclamos al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo?”; y,
- 2.- “Si el personal determinado en el Art. 18, literal c) de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, personal operativo de la Empresa está sujeto a la normativa de la Codificación del Código del Trabajo y si sus relaciones están bajo competencia y jurisdicción de los Jueces Laborales y del Ministerio de Relaciones Laborales?”.
- 3.- “¿Si el personal que labora en la Empresa Provincial de Vivienda E.P. sus reclamos laborales deben ser sometidos a Resolución del Ministerio de Relaciones Laborales, Inspección del Trabajo de Pichincha y Jueces del Trabajo de Pichincha en relación A LA ADMINISTRACIÓN O a la terminación de sus relaciones laborales A TRAVÉS DE LA NOTIFICACIÓN DE DESAHUCIO O VISTO BUENO SOLICITADO POR EL EMPLEADOR O POR EL TRABAJADOR O PETICIÓN DE VISTO BUENO SOLICITADO POR EL EMPLEADOR (EMPRESA PÚBLICA)?”; y,
- 4.- “¿Si al personal administrativo determinado en el Art. 18 literal, b) (servidores de carrera) para ser sancionados o separados de sus cargos, debe previamente tramitarse EL SUMARIO ADMINISTRATIVO O SOLICITARSE EL RESPECTIVO VISTO BUENO O TRAMITARSE LA PETICIÓN DE DESAHUCIO PEDIDO POR EL TRABAJADOR O POR PARTE DEL EMPLEADOR ANTE EL INSPECTOR DEL TRABAJO PARA DAR POR TERMINADAS LAS RELACIONES LABORALES?”.

### BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 17, 18 lit. b), c), 23, 32 y 33.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 inciso final y 83 lit. k).

Código del Trabajo, Arts. 169 núm. 8 y 9; 172, 173, 184, 185, 188, 624 y 625.

Normas Internas de Administración de Talento Humano de la Empresa Provincial de Vivienda, COVIPROV EP, Arts. 64 y 67.

## PRONUNCIAMIENTOS:

1 y 2.- Mediante oficios Nos. 11004 y 11163 de 11 y 20 de diciembre de 2012, esta Procuraduría se ha pronunciado respecto de los temas materia de sus dos primeras consultas, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

3 y 4.- El criterio institucional contenido en memorando No. 0043-MM-OJ-EPV-2013 de 18 de febrero de 2013, manifiesta:

“El personal que labora en la Empresa Pública Provincial de Vivienda determinado en el Art. 18 literal b) de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, son servidores públicos, sujetos a la normativa de la Administración Pública, por consecuencia para dar por terminadas las relaciones laborales para sancionarlos o terminar las relaciones laborales (sic) debe tramitarse el sumario administrativo conforme a las normas exclusivas de la LOEP, las Normas Internas de Administración del Talento Humano aprobado por el Directorio de la Empresa y demás normas que regulan la administración pública”.

Agrega el criterio institucional que:

“Para sancionar y separar al personal de obreros, determinados en el Art. 18, literal c) en cambio debe sancionárselos con lo prescrito por la Codificación al Código del Trabajo en armonía con las Normas Internas de la Empresa aprobado por el Directorio de la Institución y separarlos previa petición de Desahucio solicitado por el empleador o trabajador o por Visto Bueno, con competencia para conocerlo administrativamente el Ministerio de Relaciones Laborales y los Jueces del Trabajo de Pichincha”.

Por su parte, la Viceministra de Trabajo y Empleo, del Ministerio de Relaciones Laborales cita entre otras normas, los artículos 18, 23, 32 y 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que establecen el régimen jurídico aplicable a los servidores y obreros de las empresas públicas; así como los artículos 184, 185, 188 del Código del Trabajo que regulan el desahucio y el despido intempestivo. Sobre dicha base, manifiesta la Viceministra que:

“El artículo 32 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece como norma supletoria al Código del Trabajo, este cuerpo normativo prevé para dar por terminadas las relaciones laborales las figuras del desahucio, el visto bueno y el despido intempestivo, que se aplican de acuerdo a las condiciones o los hechos ocurridos que originan la terminación de la relación laboral. Sin embargo no contempla la figura del sumario administrativo, razón por la cual no debe aplicarse”.

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; y, 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.

El segundo inciso del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, asigna al Directorio de la respectiva empresa, atribución para expedir “(...) 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”. El inciso final de la misma norma prescribe:

“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”.

El régimen jurídico aplicable a los servidores de las empresas públicas está determinado en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que prescribe:

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

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

- a. Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción.- Aquellos que ejerzan funciones de dirección, representación, asesoría y en general funciones de confianza;
- b. Servidores Públicos de Carrera.- Personal que ejerce funciones administrativas, profesionales, de jefatura, técnicas en sus distintas especialidades y operativas, que no son de libre designación y remoción que integran los niveles estructurales de cada empresa pública; y,
- c. Obreros.- Aquellos definidos como tales por la autoridad competente, aplicando parámetros objetivos y de clasificación técnica, que incluirá dentro de este personal a los cargos de trabajadoras y trabajadores que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y de especialización industrial de cada empresa pública.

Las normas relativas a la prestación de servicios contenidas en leyes especiales o en

convenios internacionales ratificados por el Ecuador serán aplicadas en los casos específicos a las que ellas se refieren”.

De acuerdo con 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”, 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 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”.

Respecto de las controversias que se originaren en las relaciones entre las empresas públicas y el personal que labora en ellas, los artículos 29 y 32 de la citada Ley Orgánica de Empresas Públicas disponen que, sean resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo.

Concordante el artículo 33 de la citada Ley Orgánica de Empresas Públicas establece que, en materia de administración del talento humano, se esté 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 el 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”.

Sobre dicha base, 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”.

Sobre la misma materia, en oficio No. 11163 de 20 de diciembre de 2012, me pronuncié en el siguiente sentido:

“(…) 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”.

Considerando que el personal de servidores y obreros de las empresas públicas se encuentra sujeto al régimen laboral establecido en el Código del Trabajo, de acuerdo con los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y los pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 11004 y 11163 de 11 y 20 de diciembre de 2012, previamente referidos, el procedimiento de sumario administrativo que establecen la LOSEP y su Reglamento General no es aplicable a dicho personal.

El desahucio y el visto bueno son causas para la terminación del contrato individual de trabajo según los artículos 169 numerales 8 y 9, 172 y 173 del Código del Trabajo.

Las Normas Internas de Administración del Talento Humano de la Empresa Provincial de Vivienda, COVIPROV EP, cuya copia certificada se ha remitido adjunta a la consulta, establecen las sanciones aplicables a los servidores en su artículo 64, y el procedimiento

para la aplicación de dichas sanciones a partir de su artículo 67, pero no prevé la sustanciación de sumario administrativo.

Según concluí en mi pronunciamiento contenido en oficio No. 11163 de 20 de diciembre de 2012, "(...) 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".

Por lo expuesto, en atención a los términos de sus consultas se concluye que, en virtud de que la relación de las empresas públicas con sus servidores de carrera y obreros está sujeta al Código del Trabajo, la terminación de dicha relación está igualmente sometida a las disposiciones de ese cuerpo legal, así como a la normativa interna de la respectiva empresa expedida conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En consecuencia, la relación laboral de los servidores y obreros de las empresas públicas terminará por desahucio conforme a los artículos 184, 624 y 625 del Código del Trabajo, cuando el Inspector del Trabajo, a pedido de una de las partes notifique a la otra su voluntad de dar por terminada la relación laboral; mientras que, si se configura alguna de las causales establecidas en los artículos 172 y 173 del Código del Trabajo, se deberá solicitar el visto bueno al Inspector del Trabajo.

**OF. PGE. N°:** 13275, de 20-05-2013

## **ENERGÍA ELÉCTRICA: COMPENSACIÓN POR PRIVACIÓN DE DERECHO DEL 2% AL MUNICIPIO DE GUAYAQUIL**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN DE GUAYAQUIL

### **CONSULTA:**

Solicita ampliación del pronunciamiento contenido en oficio No. 17605 de 24 de noviembre de 2010, en el siguiente tenor:

"Lo anterior me lleva a plantearle la necesidad de que usted, máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado amplíe el texto de la absolución de la consulta contenida en el oficio No. 17605 (emitido con motivo de la consulta formulada por el Gerente General de la Unidad de Generación, Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica de Guayaquil – Eléctrica de Guayaquil) incorporando la necesidad de que el Estado

ecuatoriano reconozca al Municipio de Guayaquil una compensación por la privación de su derecho al 2% varias veces referido y que ha venido cumpliendo regularmente el Estado ecuatoriano. Ello es totalmente coherente y consecuente con el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que proclama nuestra vigente Constitución de la República”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 270, 272 y 274.

Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, Arts. 163 y 171.

Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 16 núm. 4 (derogada)

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 1, 5, 70, 71 y 74.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

A fin de contar con mayores elementos de juicio para atender su solicitud, mediante oficio No. 00210 de 27 de diciembre de 2010 se requirió el criterio del Ministerio de Finanzas, habiendo recibido respuesta del Ministro de Finanzas, en oficio No. MF-CGJ-2011-064 de 10 de enero de 2011, ingresado a esta Procuraduría el 11 de enero de 2011.

De igual manera, mediante oficio No. 00211 de 27 de diciembre de 2010, e insistencia constante en oficio No. 00505 de 14 de enero de 2011, se solicitó el criterio de la Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, solicitud que fue atendida mediante oficio No. SENPLADES- SNPD-2011-0048 de 19 de enero de 2011, ingresado en la misma fecha.

El Coordinador General Jurídico del Ministerio de Finanzas, en oficio No. MF-CGJ-2011-064 de 10 de enero de 2011, emite el siguiente criterio:

“Los Arts. 270 y 274 de la Constitución de la República, establecen las rentas que deben recibir el Estado, los gobiernos autónomos descentralizados GADs, cuya distribución será regulada conforme a la ley de acuerdo el (sic) Art. 272 ibidem.

Por su parte el Art. 163 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, señala que conforme lo previsto en la Constitución los GADs generarán sus propios recursos financieros y como parte del Estado participarán en sus rentas conforme los principios de subsidiaridad, solidaridad y equidad interterritorial, taxativamente el Art. 171 determina los tipos de recursos financieros a recibir.

Visto el criterio técnico de la Subsecretaría de Presupuestos contenido en el oficio No. MF-SP-DE-GE-2011-0035 de 10 de enero de 2011, me permito manifestar que, desde el punto de vista presupuestario, en el vigente Presupuesto General del Estado no se ha incorporado recursos que posibiliten reconocer al Municipio de Guayaquil una compensación por concepto del 2% sobre los ingresos por el servicio público de

distribución y comercialización de energía eléctrica para el área de concesión de Guayaquil.

De las disposiciones constitucionales, legales e informe técnico referido, a criterio de esta Secretaría de Estado, la obligación contractual habría fenecido, así como no existe fundamento legal para que el Municipio de Guayaquil reciba compensación alguna por ese concepto”.

Por su parte, el Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo, en su oficio No. SENPLADES-SNPD-2011-0048 de 19 de enero de 2011, cita los artículos 226 de la Constitución de la República que establece el principio de legalidad de los actos de poder público, el inciso segundo del artículo 293 de la Constitución de la República que determina el sometimiento de los gobiernos autónomos descentralizados a las reglas fiscales y de endeudamiento interno análogas a las del Presupuesto General del Estado, de acuerdo con la ley; y, los artículos 163 y 171 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización COOTAD que disponen que los gobiernos autónomos descentralizados generarán sus propios recursos y la participación de las rentas del Estado y determinan los recursos financieros de los gobiernos autónomos descentralizados, respectivamente y emite un criterio sobre la procedencia del pago del 2% sobre los ingresos por el servicio público de energía eléctrica en Guayaquil, sin referirse específicamente al tema central que motiva la solicitud del M. I. Municipio de Guayaquil, de que se amplíe el pronunciamiento emitido por esta Procuraduría mediante oficio No. 17605 de 24 de noviembre de 2010, incorporando la necesidad de que el Estado ecuatoriano reconozca al Municipio de Guayaquil una compensación por tal concepto.

El criterio SENPLADES, concluye en los siguientes términos:

“En virtud de lo expuesto esta Secretaría de Estado considera que la Unidad de Generación, Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica de Guayaquil, Eléctrica Guayaquil, no debería pagar el 2% sobre los ingresos que por el servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica para el área de concesión de Guayaquil, que establecía como compensación el Contrato firmado el 29 de octubre de 1925, entre la M.I. Municipalidad de Guayaquil y la Empresa Eléctrica del Ecuador Inc. por cuanto no existe sustente legal ni contractual para que se realice dicho pago”.

En el oficio que contesto, en el que se solicita la ampliación del pronunciamiento contenido en oficio No. 17605 de 24 de noviembre de 2010, se señala que la Municipalidad de Guayaquil ha recibido el 2% sobre la facturación por concepto de distribución y comercialización de energía eléctrica para el área de concesión de Guayaquil, por parte de la empresa eléctrica concesionaria, luego por parte de la administración temporal de la CATEG y posteriormente por la Unidad de Generación, Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica de Guayaquil, ya que con la expedición de la Ley Básica de

Electrificación del año 1973, se exceptuó expresamente la percepción de los beneficios económicos a que tuvieron derecho los municipios.

Continúa el oficio No. AG-2010-40194 de 17 de diciembre de 2010, suscrito por el Alcalde Guayaquil en el siguiente tenor:

“Esa vigencia formal que reconoció el CONELEC, esto es el ente gubernamental competente en materia eléctrica y quien extinguió la concesión con EMELEC el 23 de marzo de 2000 se reconoció también materialmente a través de los cíclicos pagos de la CATEG al Municipio de Guayaquil. Es, pues, absolutamente claro que el derecho municipal al 2% había nacido contractualmente en el año 1925, pero luego se independizó y se convirtió en un ingreso regular para el Municipio de Guayaquil.

Nosotros no hemos sostenido que una Ley haya definido ese derecho al 2% ni hemos afirmado que el contrato con EMELEC sigue vigente. Hemos expresado con total razón una realidad: el Estado ecuatoriano ha reconocido el derecho al 2% y lo ha hecho a través de los entes que asumieron en el ámbito de Guayaquil el rol estatal en materia de servicio público eléctrico.

Por ello estimamos equivocada la mención al COOTAD, puesto éste cuerpo legal no puede contener una referencia al 2% varias veces referido, nacido del contrato de concesión de 1925 y que sobrevivió aún luego de su extinción...

El Municipio de Guayaquil no es autor de la forma jurídica por la cual se reconoció la supervivencia jurídica del 2% a favor del mismo. En todo caso, señor Procurador General del Estado, respecto del reconocimiento del varias veces referido derecho económico municipal existe absoluta coherencia estatal. En efecto, antes del acta firmada por el Gobernador de la Provincia del Guayas en representación del Presidente de la República de la época, por el CONELEC y por el Municipio de Guayaquil, entre otros, acta del 26 de junio de 2003- ratificada el 8 y 15 de julio de 2003, según refiere el Procurador General del Estado Subrogante – y que consagró que “El nuevo ente público y las empresas que se subroguen a éste deberán continuar en el cumplimiento de las obligaciones para con la ciudad de Guayaquil” (la cita pertenece al acta de 26 de junio de 2003)...Le hago notar señor Procurador que el acta referida habla del “ente público”. Sin nuevo concesionario que reemplace a EMELEC el Estado ha venido reconociendo y materializando efectivamente el derecho del Municipio de Guayaquil al 2%”.

Concluye el oficio que contesto, citando el artículo 16, numeral 4 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que establecía que salvo lo prescrito por la Constitución de la República y dicha Ley Orgánica, ninguna Función del Estado ni autoridad extraña a la Municipalidad podrá interferir con su administración propia, estándoles especialmente prohibido privar al Municipio de alguno o parte de sus ingresos,

así como hacer participar de ellos a otra entidad, sin resarcirle con otra renta equivalente en su cuantía, duración y rendimiento que razonablemente puede esperarse en el futuro; por lo que, con fundamento en la indicada norma, solicita a esta Procuraduría lo siguiente:

“Lo anterior me lleva a plantearle la necesidad de que usted, como máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado amplíe el texto de la absolución de la consulta contenida en el oficio No. 17605, incorporando la necesidad de que el Estado ecuatoriano reconozca al Municipio de Guayaquil una compensación por la privación de su derecho al 2% varias veces referido y que ha venido cumpliendo regularmente el Estado ecuatoriano. Ello es totalmente coherente con el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que proclama nuestra vigente Constitución de la República”.

El pronunciamiento contenido en el oficio No. 17605 de 24 de noviembre de 2010, emitido en atención a la consulta formulada por la Unidad de Generación, Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica de Guayaquil – Eléctrica Guayaquil, que motiva su solicitud de ampliación, textualmente concluye:

“En virtud del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su consulta, la Unidad de Generación, Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica de Guayaquil –Eléctrica de Guayaquil, no debe pagar el 2% sobre los ingresos por el servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica para el área de concesión de Guayaquil, que establecía como compensación el Contrato firmado el 29 de octubre de 1925, entre la M.I. Municipalidad de Guayaquil y la Empresa Eléctrica del Ecuador Inc., por no existir sustento legal ni contractual para tal pago”.

El pedido de ampliación que contesto, tiene por objeto que la Procuraduría General del Estado amplíe el texto del pronunciamiento contenido en el oficio No. 17605 de 24 de noviembre de 2010, incorporando la necesidad de que el Estado ecuatoriano reconozca al Municipio de Guayaquil una compensación por el no pago del 2% sobre la facturación de energía eléctrica en Guayaquil, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 16, numeral 4 de la Codificación de la Ley de Orgánica de Régimen Municipal, vigente a la fecha en que se presentó a este Organismo, la consulta contenida en el oficio No. 69-2010 de 16 de julio de 2010.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, contiene la normativa que regula el ejercicio de las competencias de planificación y el ejercicio de la política pública en todos los niveles de gobierno, el Plan Nacional de Desarrollo, los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, la programación presupuestaria cuatrienal del Sector Público, el Presupuesto General del Estado, los demás presupuestos de las entidades públicas; y, todos los recursos públicos y demás instrumentos aplicables a la Planificación y

las Finanzas Públicas, conforme dispone el inciso segundo del artículo 1 del indicado Código Orgánico.

El artículo 5 *ibidem* establece los principios comunes para la aplicación de sus disposiciones y en su numeral 1 determina que la programación, formulación, aprobación, asignación, ejecución, seguimiento y evaluación del Presupuesto General del Estado, los demás presupuestos de las entidades públicas y todos los recursos públicos, se sujetarán a los lineamientos de la planificación del desarrollo de todos los niveles de gobierno, en observancia a lo dispuesto en los artículos 280 y 293 de la Constitución de la República.

El artículo 70 del mismo Código Orgánico establece el Sistema Nacional de Finanzas Públicas (SINFIP) y en su inciso segundo dispone que todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225 (en el que se incluyen las entidades del régimen autónomo descentralizado), 297 y 315 de la Constitución de la República se sujetarán al SINFIP, en los términos previstos en el indicado código, sin perjuicio de la facultad de gestión autónoma de orden administrativo, económico, financiero, presupuestario y organizativo que la Constitución o las leyes establecen para determinadas entidades.

Al tenor del artículo 71 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la rectoría del Sistema Nacional de Finanzas Públicas SINFIP le corresponde a la Presidenta o Presidente de la República, quien la ejercerá a través del Ministerio a cargo de las finanzas públicas, que será el ente rector del SINFIP.

Adicionalmente, conforme el artículo 74 del Código citado, el ente rector del SINFIP, como ente estratégico para el país y su desarrollo, tiene entre otras, la competencia de asignar recursos públicos a favor de entidades de derecho público en el marco del Presupuesto General del Estado, conforme a la reglamentación correspondiente.

En virtud del análisis jurídico precedente, con relación a su solicitud de que este Organismo amplíe el pronunciamiento contenido en oficio No. 17605 de 24 de noviembre de 2010 "...incorporando la necesidad de que el Estado ecuatoriano reconozca al Municipio de Guayaquil una compensación por la privación de su derecho al 2% varias veces referido y que ha venido cumpliendo regularmente el Estado ecuatoriano...", es de señalar que de conformidad con la normativa previamente citada, en concordancia con el principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República, esta Procuraduría carece de competencia para determinar que el Estado ecuatoriano reconozca al Municipio de Guayaquil una compensación por el no pago del 2% sobre la facturación de energía eléctrica en Guayaquil. La competencia en materia de asignaciones presupuestarias, le corresponde al Ministerio de Finanzas ya que al tenor del artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, tal atribución le compete al ente rector del Sistema Nacional de Finanzas Públicas SINFIP; y, por disposición del artículo 71

ibídem la rectoría del Sistema Nacional de Finanzas Públicas SINFIIP es atribución del Presidente de la República a través del Ministerio a cargo de las Finanzas Públicas.

**OF. PGE. N°:** 00394, de 10-02-2011

## **ESTATUTO ORGÁNICO FUNCIONAL DE POSICIÓN DE PROCESOS Y MANUAL DE FUNCIONES DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN CHAMBO: APROBACIÓN Y CONOCIMIENTO**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal Del Cantón Chambo

### **CONSULTA:**

“¿Es procedente o No, La aprobación y conocimiento del Estatuto Orgánico Funcional de posición de procesos y manual de funciones del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Chambo, de acuerdo a lo que manifiesta el art. 60 literal i) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, ya que la ley es de aplicación mas no de interpretación?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 226.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 57 lits. f), k), 60 lit. i), 267, 354 y 360.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 9 núm. 5.

Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, Arts. 3, 62, Disposición General Sexta; y, 173 de su Regl. Gral.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 162 (derogada).

Norma Técnica del Subsistema de Clasificación de Puestos del Servicio Público, Art. 2.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 2.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 213-GADM-CH-2013 de 22 de abril de 2013, que se ha remitido adjunto a la consulta, cita los artículos 60 letra i) y 354 del COOTAD y concluye lo siguiente:

“(…) una vez que se les hecho conocer en sesión del concejo a los Señores Concejales la ESTRUCTURA ORGÁNICO FUNCIONAL DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL, mi criterio que es apegado a estricto cumplimiento a lo que establece el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y

Descentralización COOTAD, se debe aprobar este instrumento a través de lo que manifiesta el art. 60 literal i”.

De su consulta se desprende que, ésta tiene por objeto determinar si la estructura orgánica funcional de esa municipalidad y el manual institucional de puestos, deben ser aprobados por el concejo municipal de ese gobierno autónomo descentralizado.

De acuerdo con los artículos 354 y 360 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), los servidores públicos de los gobiernos autónomos descentralizados se rigen por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa.

El servicio público se encuentra regulado por la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), que en su artículo 3 establece su ámbito de aplicación y al efecto 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 artículo 162 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, confería en forma expresa al concejo, competencia para aprobar el reglamento orgánico funcional de la municipalidad. Dicha norma tenía el siguiente tenor: “Art. 162.- Las áreas municipales cumplirán las funciones asignadas en el reglamento orgánico funcional, que será aprobado por el concejo”.

Por su parte, el artículo 57 del COOTAD, que establece las atribuciones del concejo municipal, asigna a ese órgano colegiado competencia para: “f) Conocer la estructura orgánica funcional del gobierno autónomo descentralizado municipal”.

Mientras que, respecto de otras atribuciones del Concejo el citado artículo 57 del COOTAD, le asigna expresamente competencia para “aprobar”, por ejemplo, en las letras e) y g) que en su orden prescriben:

“Art. 57.- Atribuciones del concejo municipal.- Al concejo municipal le corresponde:

(...) e) Aprobar el plan cantonal de desarrollo y el de ordenamiento territorial formulados participativamente con la acción del consejo cantonal de planificación y las instancias de participación ciudadana, así como evaluar la ejecución de los mismos;

(...) g) Aprobar u observar el presupuesto del gobierno autónomo descentralizado municipal, que deberá guardar concordancia con el plan cantonal de desarrollo y con el de ordenamiento territorial; así como garantizar una participación ciudadana en el marco de la Constitución y la ley. De igual forma, aprobará u observará la liquidación presupuestaria del año inmediato anterior, con las respectivas reformas”.

De acuerdo con el principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República, “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...).”

Sobre dicha base, este Organismo ha analizado las competencias que el artículo 57 del COOTAD asigna al Concejo Municipal, distinguiendo aquellas en las que ese órgano debe “aprobar”, de aquellas en las que solo le corresponde “conocer” determinadas materias, en virtud de que la competencia para aprobar está asignada a otro órgano.

Así por ejemplo, en pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 03293 de 18 de agosto de 2011 y 13056 de 7 de mayo de 2013, respecto de la atribución establecida en la letra k) del artículo 57 del COOTAD, que asigna al Concejo Municipal competencia para “Conocer el plan operativo y presupuesto de las empresas públicas y mixtas del gobierno autónomo descentralizado municipal, aprobado por el respectivo directorio de la empresa, y consolidarlo en el presupuesto general del gobierno municipal”, concluí lo siguiente:

“Los presupuestos de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, aprobados por el Directorio de la respectiva empresa según el artículo 9 numeral 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, deben ser conocidos por el Concejo Municipal y consolidados como anexos del presupuesto general del respectivo GAD según los artículos 57 letra k) y 267 del COOTAD.”

Sobre la estructura orgánica funcional de la municipalidad, que es la materia sobre la que trata la consulta, el artículo 60 del COOTAD, confiere al Alcalde atribución para:

“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”.

Según el tenor de la norma transcrita, corresponde al Alcalde expedir la estructura orgánica funcional de la municipalidad, “previo conocimiento del concejo”.

Es decir que los artículos 57 letra f) y 60 letra i) del COOTAD, concuerdan al disponer que es atribución del Concejo Cantonal conocer la estructura orgánica funcional de ese GAD, pero no asignan a ese órgano normativo competencia para aprobar dicha estructura, como establecía el artículo 162 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En cuanto se refiere al manual institucional de clasificación de puestos, el COOTAD no contiene ninguna norma al respecto; mientras que, el artículo 62 de la LOSEP asigna al Ministerio de Relaciones Laborales atribución para diseñar el subsistema de clasificación de puestos del servicio público, cuyo uso es obligatorio para las entidades sujetas a esa Ley, según prevé esa norma, cuyo inciso final prescribe:

“En el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, diseñarán y aplicarán su propio subsistema de clasificación de puestos”.

Conforme se desprende del texto del inciso final del artículo 62 de la LOSEP, los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, tienen atribución para diseñar su propio subsistema de clasificación de puestos; mientras que, las restantes entidades sujetas al ámbito de aplicación de esa Ley, determinado en el artículo 3 de la LOSEP, están sujetas en forma obligatoria al subsistema de clasificación de puestos diseñado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

El artículo 173 del Reglamento General a la LOSEP, dispone que: “Las UATH, en base a las políticas, normas e instrumentos de orden general, elaborarán y mantendrán actualizado el Manual de descripción, valoración y clasificación de puestos de cada institución, que será expedido por las autoridades nominadoras o sus delegados”. Por tanto, en el caso de los GADs, la elaboración del Manual Institucional de Clasificación de Puestos, corresponde al Alcalde como ejecutivo del GAD y autoridad nominadora de sus servidores, según los artículos 59 y 60 letras b) e i) del COOTAD.

De acuerdo con el artículo 2 de la Norma Técnica del Subsistema de Clasificación de Puestos del Servicio Público, inicialmente aprobada por la extinguida SENRES mediante Resolución publicada en el Registro Oficial No. 103 de 14 de septiembre de 2005 y reformada por el Acuerdo No. 2012-0563 del Ministerio de Relaciones Laborales, publicado en el Registro Oficial No. 815 de 23 de octubre de 2012, su ámbito de aplicación comprende a todas las instituciones, entidades, organismos y empresas del Estado.

La Disposición General Sexta de la LOSEP, prescribe lo siguiente:

“SEXTA.- El incumplimiento de las políticas, normas e instrumentos técnicos por parte de las instituciones, organismos y dependencias del Estado, será comunicado inmediatamente por el Ministerio de Relaciones Laborales, a la respectiva autoridad nominadora y a la Contraloría General del Estado, a efectos de que se determinen las responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar.

En el caso de los Gobiernos Autónomos y Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, el control se efectuará por parte de la Contraloría General del Estado”.

De acuerdo con el segundo inciso del citado artículo 173 del Reglamento General de aplicación de la LOSEP, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales aprobar el Manual de descripción, valoración y clasificación de puestos institucional de las entidades que integran la administración pública central e institucional, que son aquellas a las que se refiere el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que dispone:

“Art. 2.- ÁMBITO.- Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

- a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;
- b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;
- c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado; y,
- ch) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.

Los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.

La organización, funcionamiento y procedimiento de las otras administraciones públicas; de las Funciones Legislativa, Judicial y Electoral; y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva se regulan por sus leyes y reglamentos especiales.

En cualquier caso en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente estatuto”.

Sobre la aplicación del artículo 173 del Reglamento a la LOSEP, cuyo segundo inciso confiere al Ministro de Relaciones Laborales atribución para aprobar los manuales institucionales de clasificación de puestos de las entidades de la administración pública central e institucional de la Función Ejecutiva, en pronunciamiento contenido en oficio No. 13839 de 10 de julio de 2013, al atender una consulta formulada por la Universidad de Guayaquil, concluí lo siguiente:

“(…) los establecimientos públicos de educación superior no integran la administración pública central e institucional, por lo que de acuerdo con el segundo inciso del artículo 173

del Reglamento General a la LOSEP, no requieren que el Ministerio de Relaciones Laborales apruebe su Manual de descripción, valoración y clasificación de puestos; sin embargo, para la elaboración de dicho Manual, de conformidad con el artículo 62 de la Ley Orgánica del Servicio Público, están obligados a observar el subsistema de clasificación de puestos diseñado por el Ministerio de Relaciones Laborales, contenido en la Norma Técnica que se ha citado en este pronunciamiento”.

Idéntico criterio se consignó en pronunciamiento contenido en oficio No. 14580 de 4 de septiembre de 2013, en el que expuse que: “El Consejo Nacional Electoral integra la Función Electoral y por tanto, no es parte de la administración pública central e institucional, descrita por el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva” y concluí:

“(…) de conformidad con el primer inciso del artículo 173 del Reglamento de la LOSEP, la aprobación y expedición del Manual institucional de clasificación de puestos del Consejo Nacional Electoral corresponde al Presidente de ese Consejo, como autoridad nominadora de sus servidores según los artículos 32 numeral 1 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia; y, 8 numeral 1.2. letra a) y b.1 sublitera a) del Estatuto Orgánico por Procesos del Consejo Nacional Electoral”.

Los gobiernos autónomos descentralizados no integran la administración pública central e institucional, descrita por el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; en consecuencia, les es aplicable igual criterio al contenido en los pronunciamientos previamente citados.

Es decir que, según el artículo 2 de la Norma Técnica del Subsistema de Clasificación de Puestos del Servicio Público, reformada por Acuerdo No. 2012-0563 del Ministerio de Relaciones Laborales, publicado en el Registro Oficial No. 815 de 23 de octubre de 2012, las Municipalidades están incluidas en su ámbito de aplicación, por lo que para la elaboración de sus manuales institucionales de clasificación de puestos están obligadas a observar dicha Norma Técnica. Por lo tanto, a pesar de que los gobiernos autónomos descentralizados no integran la administración pública central e institucional, según el segundo inciso del artículo 173 del Reglamento General a la LOSEP, deben remitir su Manual institucional de puestos al Ministerio de Relaciones Laborales aunque no requieran someterlo a su aprobación.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 60 letra i) del COOTAD, corresponde al Alcalde expedir el Estatuto Orgánico por Procesos de la Municipalidad, después de ponerlo en conocimiento del Concejo; y, el Manual institucional de Clasificación de Puestos del GAD Municipal, elaborado por la Unidad de Administración del Talento Humano de esa Entidad, debe ser aprobado y expedido por el Alcalde como autoridad nominadora, según el artículo 173 del Reglamento a la LOSEP.

**OF. PGE. N°: 14746, 20-09-2013**

## EXPROPIACIÓN: OCUPACIÓN DE PREDIOS DECLARADOS EN UTILIDAD PÚBLICA

**ENTIDAD CONSULTANTE:** Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas

### CONSULTA:

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

### BASES LEGALES:

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

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

Código de Procedimiento Civil, Art. 797.

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

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

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

### PRONUNCIAMIENTO:

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

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

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

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

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

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

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

Para efectivizar el referido Derecho, mediante Ordenanza el Concejo Metropolitano de Quito aprobará el Plan de Ordenamiento Vial y los proyectos viales emblemáticos de la ciudad, en la que constará la declaración de vías de uso público y a las que se aplicará el ‘Derecho de Vía’ ”.

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

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

“Art. 129.- Ejercicio de la competencia de vialidad.-El ejercicio de la competencia de vialidad atribuida en la Constitución a los distintos niveles de gobierno, se cumplirá de la siguiente manera:

Al gobierno central le corresponde las facultades de rectoría, normativa, planificación y ejecución del sistema vial conformado por las troncales nacionales y su señalización.

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

Al gobierno autónomo descentralizado provincial le corresponde las facultades de planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas.

Al gobierno autónomo descentralizado municipal le corresponde las facultades de planificar, construir y mantener la vialidad urbana. En el caso de las cabeceras de las parroquias rurales, la ejecución de esta competencia se coordinará con los gobiernos parroquiales rurales.

Al gobierno autónomo descentralizado parroquial rural le corresponde las facultades de planificar y mantener, en coordinación con el gobierno autónomo descentralizado provincial la vialidad parroquial y vecinal, para el efecto se establecerán convenios entre ambos niveles de gobierno, donde se prevean las responsabilidades correspondientes de cada uno de ellos. Las tareas y obras de mantenimiento se ejecutarán mediante gestión directa, a través de empresas públicas, o la delegación a empresas de la economía popular y solidaria y la cogestión comunitaria”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el día y hora indicados para la ocupación en la nota de aviso, se constituirá en el lugar el representante de la Dirección General de Obras Públicas o de la entidad a cuyo cargo este la obra, pudiendo concurrir los interesados y hacer sus observaciones. Se levantará

acta en la que se describirá el terreno materia de la ocupación, sus cultivos, construcciones y demás detalles que se estimen necesarios para calcular los perjuicios.

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

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

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

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

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

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

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

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

El derecho de vía al que se refieren los artículos 3 de la Ley de Caminos y 4 de su Reglamento, da lugar a que las propiedades en las que recae queden afectadas o destinadas al fin predeterminado en el ordenamiento jurídico que es “la construcción, conservación, ensanchamiento, mejoramiento o rectificación de caminos”, por lo que los particulares titulares de dominio de las superficies de suelo en las que se ha declarado el derecho de vía, quedan jurídicamente sujetos a limitaciones en el uso de dichas superficies de terreno, en las que se prohíbe construir, plantar árboles o realizar cualquier obra excepto cerramientos. De acuerdo con el artículo 42 de la misma Ley, las sanciones aplicables para quienes inobservan las prohibiciones que implica el derecho de vía, consisten en “(...) destruir las obras realizadas; y, en general, a volver las cosas a su estado anterior”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Según el artículo 448 del COOTAD, notificada la declaratoria de utilidad pública a los propietarios de los bienes a expropiar, la entidad debe buscar un acuerdo sobre el precio sobre la base del avalúo del bien, de acuerdo con el artículo 449 ibidem; y, de no obtener dicho acuerdo, la entidad debe proponer juicio de expropiación ante la justicia ordinaria, según el artículo 453 del COOTAD, cuyo texto tiene el siguiente tenor:

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

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

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

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

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

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

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en ejercicio de la competencia exclusiva que los artículos 264 numeral 3 de la Constitución de la República y 129 quinto inciso del COOTAD confieren a las Municipalidades para planificar, construir y mantener la

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

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

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

**OF. PGE. N°:** 18196 de 25-07-2014

## **EXPROPIACIÓN: TRANSFERENCIA DE DOMINIO DE BIENES INMUEBLES - DERECHOS NOTARIALES-**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

### **CONSULTA:**

"¿Las escrituras públicas que tienen por objeto la transferencia de dominio de bienes inmuebles que se han expropiado por parte del Municipio son actos jurídicos que se producen como consecuencia del procedimiento de expropiación y por lo tanto no generan derechos notariales?"

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 199.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 103, 447, 448, 449, 456 y 534 lit. e).

Código Orgánico de la Función Judicial, Disposición Transitoria Séptima.

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

Ley Notarial, Arts. 18 núm. 1 y 26.

Código Civil, Arts. 702 y 1716.

Res. N° 17 del Consejo Nacional de la Judicatura, R.O. S. N° 575 de 14-11-2011, Art. 56.

## **PRONUNCIAMIENTO:**

Mediante oficios No. 05415 y 05600 de 13 y 26 de diciembre de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión de copias certificadas de la documentación referida en su consulta; dichos requerimientos han sido atendidos con oficio No. 1041 A de 30 de diciembre de 2011, ingresado en la misma fecha. Los requerimientos de documentación, se realizaron de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y del artículo 4 de la Resolución No. 17 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, cuyo artículo 4 dispone que: "al oficio de consulta se adjuntará obligatoriamente el criterio escrito y en texto independiente del Asesor Jurídico de la institución, sobre el asunto materia de la consulta, así como todos los documentos relacionados con la misma, en copias certificadas por autoridad competente".

El informe del Procurador Metropolitano, contenido en oficio sin número de 14 de diciembre de 2011, refiere como antecedente que, con el propósito de realizar la transferencia de dominio de los inmuebles que se han expropiado, las dependencias municipales remiten las minutas al Colegio de Notarios, a fin de que se proceda con el sorteo, incluyendo en la cláusula de gastos, la previsión del artículo 456 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que dispone:

"Art. 456.- Tributos y derechos.- En los procedimientos de expropiación, a partir de la notificación de la declaratoria, no se generarán sobre el bien, impuestos, tasas, derechos o cualquier otra prestación patrimonial de registro, inscripción o protocolización de los documentos que produzcan o de los actos jurídicos que se produzcan."

Añade el informe del Procurador Metropolitano que mediante oficio de 24 de octubre de 2011, dirigido al Asesor Jurídico de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas (EPMOP), el Presidente del Colegio de Notarios de Pichincha ha manifestado que los artículos 18 y 26 de la Ley Notarial diferencian la escritura pública de la protocolización; y, por tanto considera que: "la disposición del Art. 456 del COOTAD no tiene alcance para las escrituras públicas, por cuanto limita, de acuerdo al texto literal, a las protocolizaciones, por lo que, la cláusula en las minutas para ser elevadas a escrituras públicas las transferencias de dominio por expropiación, relacionada a gastos no se encuentra exenta de los derechos notariales, en consecuencia estimo que deben rectificarse dichas minutas que fueron remitidas para el respectivo sorteo." Compulsa certificada de dicho oficio se ha remitido a pedido nuestro.

El informe del Procurador Metropolitano cita entre otras normas, el artículo 456 del COOTAD, sobre cuya aplicación trata la consulta, así como el artículo 26 de la Ley Notarial que define a la escritura pública como "el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo." Sobre dicha base normativa, concluye el Procurador Metropolitano que:

"Las escrituras públicas de transferencia de dominio de los inmuebles objeto de las expropiaciones constituyen actos jurídicos que se producen como consecuencia del procedimiento de expropiación, razón por la cual y en estricta aplicación del artículo 456 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, estos documentos no deberían generar derechos notariales, más aún cuando el artículo 199 de la Constitución de la República señala que los servicios notariales son públicos."

Entre los documentos cuya compulsua certificada se ha remitido a pedido de esta Entidad, constan los siguientes:

El oficio No. 0538 AJ-EXP de 12 de noviembre de 2011, por el que el Asesor Jurídico de la Empresa Pública de Movilidad y Obras Públicas (EPMMOP) se dirige al Procurador Metropolitano, y expone que la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas se encuentra realizando la legalización de las declaratorias de utilidad pública con fines de expropiación de los inmuebles afectados para la ejecución de importantes proyectos impulsados por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

En el mismo oficio referido en el párrafo anterior se agrega que, cuando existe la aceptación expresa de los propietarios de los predios afectados, sobre el valor establecido por la entidad, la EPMMOP en sujeción a lo que dispone la Ley Notarial respecto a los actos o contratos que provengan del sector público, remite las minutas al Colegio de Notarios a fin de que se proceda con el respectivo sorteo, incluyendo en la cláusula de gastos, el contenido del artículo 456 del COOTAD, mientras que "La EPMAPO, en las minutas que remite a las Notarías para legalización, expresamente señala que: "los gastos que demande la presente escritura pública son de cuenta de la Empresa Pública."

Oficio No. 0291-DRH.I-DJ 339 de 31 de octubre de 2011, dirigido al Presidente del Colegio de Notarios de Pichincha, por la Directora Jurídica Encargada de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, en el que cita el artículo 456 del COOTAD y expresa:

"En virtud de la disposición invocada, en la cláusula Cuarta, del contrato de la referencia y en todos los contratos de transferencia de dominio por declaratoria de utilidad pública, se está incluyendo el texto del Art. 456 del COOTAD, debido a que dichos contratos podrían generar tasas, contribuciones, impuestos, etc., de los cuales el sector público está expresamente exonerado."; y, añade:

"Sobre los derechos por servicios notariales por la celebración de escrituras públicas, usted advertirá que en la parte inicial de la Cláusula precedentemente citada, expresamente se señala "los gastos que demande la presente escritura pública son de cuenta de la Empresa Pública, estipulación que cubre los derechos de los notarios para este tipo de contratos."

El contenido de la consulta exige considerar que el procedimiento de adquisición de inmuebles mediante declaratoria de utilidad pública está reglado por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyos incisos sexto, octavo y undécimo disponen en su orden:

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

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

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

Del tenor del inciso octavo del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se desprende que, la transferencia de inmuebles adquiridos por declaratoria de utilidad pública, está exenta del pago del impuesto de plusvalía y de aquellos que correspondan a la transferencia de dominio, esto es del impuesto municipal de alcabala establecido por el artículo 527 del COOTAD que graba la transferencia de inmuebles.

En concordancia, la letra e) del artículo 534 del COOTAD establece idéntica exoneración del pago del impuesto de alcabala, para el caso de adquisiciones efectuadas por expropiación.

Por su parte, la Sección Séptima del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, (COOTAD), bajo el título de "Expropiaciones", establece el "Procedimiento Único" aplicable por los gobiernos autónomos descentralizados, entre ellos los municipales y metropolitanos, para declarar la expropiación de bienes por razones de utilidad pública o interés social, previa justa valoración, indemnización y pago.

El artículo 447 del citado COOTAD, establece que para realizar expropiaciones, la máxima autoridad administrativa del respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado, resolverá la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará.

De conformidad con el artículo 448 del COOTAD, la resolución de la máxima autoridad con la declaratoria de utilidad pública se notificará, dentro de tres días de haberse expedido, a

los propietarios de los bienes expropiados, a los acreedores hipotecarios si los hubiere y al registrador de la propiedad. El inciso segundo del citado artículo 448 del COOTAD prevé que la inscripción de la declaratoria de utilidad pública traerá como consecuencia que el Registrador de la Propiedad se abstenga de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo que sea a favor del gobierno autónomo descentralizado que requiere la declaración de utilidad pública.

El artículo 449 del COOTAD establece que el valor del bien a ser expropiado se fijará mediante avalúo del inmueble, y que dicho avalúo "sirve de base para buscar un acuerdo sobre el precio del mismo.". El artículo 452 *ibidem* prescribe que: "De existir acuerdo entre las partes podrá realizarse el pago mediante la permuta con bienes o mediante títulos de crédito negociables.", mientras que de no ser posible llegar a un acuerdo sobre el precio de los bienes expropiados, la administración podrá proponer juicio de expropiación ante la justicia ordinaria, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, juicio que tendrá como único objetivo la determinación del valor del inmueble, según el artículo 453 del mismo Código Orgánico.

El artículo 456 del COOTAD, que ya fue transcrito en los antecedentes de este pronunciamiento, dispone que en los procedimientos de expropiación, a partir de la notificación de la declaratoria, "no se generarán sobre el bien, impuestos, tasas, derechos o cualquier otra prestación patrimonial de registro, inscripción o protocolización de los documentos que produzcan o de los actos jurídicos que se produzcan".

La exoneración que establece el artículo 456 del COOTAD, aplicable a los procedimientos de expropiación que efectúan los GADs y entre ellos las municipalidades, es una exención amplia, referida al pago de impuestos, tasas, derechos o cualquier prestación patrimonial que provengan en forma directa de los actos jurídicos que se produzcan en el procedimiento de expropiación, mientras que la exención que establece el octavo inciso del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la adquisición de inmuebles mediante declaratoria de utilidad pública, se limita a la exoneración del pago de los impuestos municipales de plusvalía y los que correspondan a la transferencia de dominio, esto es alcabala, previendo en forma expresa que cualquier otro tributo impago se deduzca del precio de venta.

El procedimiento de expropiación se inicia mediante la declaratoria de utilidad pública según el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados debe ser expedida por la máxima autoridad administrativa del respectivo GAD, según el artículo 447 del COOTAD. De haber acuerdo entre las partes, dicho procedimiento concluye con la transferencia de dominio del inmueble expropiado que se formaliza en la respectiva escritura pública y se inscribe en el Registro de la Propiedad, según el sexto inciso del citado artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La solemnidad de escritura pública es aplicable a la transferencia de dominio de inmuebles, sea mediante venta o permuta, de conformidad con el inciso segundo del artículo 1740 del Código Civil, que dispone: "La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.", en concordancia con el artículo 1840 ibídem que prevé que las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permuta en todo lo que no se opongan a la naturaleza de este contrato; y que, cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que da, y el justo precio de ella a la fecha del contrato se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio.

De conformidad con el artículo 702 del Código Civil, la tradición del dominio de bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad.

De las normas citadas se desprende que en la adquisición de inmuebles por declaratoria de utilidad pública, los títulos se deben instrumentar en escritura pública y luego inscribir en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el inciso sexto del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En consecuencia, la instrumentación del título mediante el otorgamiento de la escritura pública, constituye un acto jurídico que proviene en forma directa del procedimiento de expropiación.

El numeral 1 del artículo 18 de la Ley Notarial, que ha citado el Presidente del Colegio de Notarios de Pichincha, en el oficio de 24 de octubre de 2011, dirigido al Asesor Jurídico de la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, que fue referido en los antecedentes de este pronunciamiento, confiere a los Notarios, atribución para autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras.

El artículo 26 de la citada Ley Notarial define a la escritura pública como "el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo". La misma norma dispone en el inciso segundo que: "Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por voluntad de los interesados."

Sobre la misma materia, el artículo 1716 del Código Civil dispone que instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado; y que, otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

La letra d) de la Disposición Transitoria Séptima del Código Orgánico de la Función Judicial, confiere al Consejo Nacional de la Judicatura competencia para fijar "las cuantías exigibles para las tasas notariales y remuneración por servicios notariales previo informe motivado de la unidad correspondiente, así como las demás resoluciones o instrucciones

generales necesarias para el funcionamiento del sistema de tasas y mecanismos de remuneraciones por servicios notariales."

La Resolución No. 17 del Consejo Nacional de la Judicatura, publicada en el Suplemento del Registro oficial No. 575 de 14 de noviembre de 2011, establece las tasas por servicios notariales. El quinto considerando de la citada Resolución manifiesta que "el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, artículos 103 y 456, se prevé tratamientos especiales en el cobro de tasas por servicios notariales."; y, sobre dicha base, el artículo 56 de la citada Resolución dispone: "Art. 56.- En los procedimientos de expropiación, a partir de la notificación de la declaratoria de utilidad pública, no se generarán sobre el bien, tasas por protocolización de los documentos o de los actos jurídicos que se produzcan".

El artículo 456 del COOTAD sobre cuya aplicación trata su consulta, exonera a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, del pago de toda clase de derechos y prestaciones patrimoniales, respecto de los actos jurídicos que se produzcan a partir de la declaratoria de utilidad pública. Las escrituras públicas que instrumentan la transferencia de dominio de los inmuebles expropiados, son actos jurídicos derivados en forma directa de la declaratoria de utilidad pública.

Del análisis jurídico que precede se concluye que la adquisición de inmuebles por parte de instituciones del sector público mediante expropiación, está exenta del pago de los impuestos municipales de plusvalía y alcabala de conformidad con el octavo inciso del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la letra e) del artículo 534 del COOTAD; mientras que, aquellas expropiaciones efectuadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, gozan además de la exención que establece a su favor el artículo 456 del COOTAD, por lo que están exoneradas del pago de impuestos, tasas, derechos o cualquier prestación patrimonial de registro, inscripción, o protocolización de los documentos o de los actos jurídicos a los que dé lugar la expropiación.

En consecuencia, en atención a los términos de su consulta se concluye que, las escrituras públicas que tienen por objeto la transferencia de dominio de bienes inmuebles que se han expropiado por parte de la Municipalidad y sus empresas, son actos jurídicos que se producen como consecuencia de la declaratoria de utilidad pública que da inicio al procedimiento de expropiación; y, por lo tanto no generan el pago de derechos notariales por parte de la Municipalidad, que está exenta del pago de toda prestación patrimonial por tal concepto, de conformidad con los artículos 456 del COOTAD y 56 de la Resolución No. 17 del Consejo Nacional de la Judicatura, publicada en el Suplemento del Registro oficial No. 575 de 14 de noviembre de 2011.

**OF. PGE. N°: 06019, de 19-01-2012**

## EXTINCIÓN DE LOS PATRONATOS: TRANSFERENCIA DE PATRIMONIO Y TRASLADO DE PERSONAL AL RESPECTIVO GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DE LA PROVINCIA DE PICHINCHA.

### CONSULTA:

“¿La reforma de la disposición general octava del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, insertada por el artículo 62 de la Ley Orgánica Reformatoria publicada en el Registro Oficial 166, Suplemento, de 21 de enero de 2014, solamente es aplicable a los patronatos que no cumplieron con el proceso de transformación a personas jurídicas de derecho público, a raíz de la promulgación del Código en el Registro Oficial 303, Suplemento, de 19 de octubre de 2010, y que actualmente conservan aun la forma y régimen de organizaciones de la sociedad civil, personas jurídicas de derecho privado?”.

### BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 3, 26, 32, 141, 154, 225 núm. 4, 260 y 261. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 4 lit. h), 41 lit. g), 57 lit. bb), 138, 249, 275, 338 y Disposición General Octava. Ordenanza de creación del Patronato del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha, Arts. 1, 2 y 5.

### PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis, con oficios Nos. 16493 y 16494 de 6 de marzo de 2014, este Organismo solicitó el criterio institucional del Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales (CONGOPE), y de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), respectivamente.

Nuestros requerimientos han sido atendidos por la Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas mediante oficio No. AME-DE-2014-0073 de 11 de marzo de 2014, recibido el 12 de marzo del presente año; y, por el Director Ejecutivo del Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales con oficio No. 2014-00033-DEC de 12 de marzo de 2014, ingresado el 13 de marzo del presente año, al que acompaña el memorando No. 035-2014 DAJ de 11 de marzo de 2014, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica del CONGOPE.

La Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, cita el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 01259 de 16 de abril de 2011, cuyo extracto está publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 471 de 16 de junio de 2011, en el que se analizó la disposición general octava del

COOTAD, que previó que los gobiernos autónomos descentralizados conserven los patronatos como entidades de derecho público.

En su oficio la Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, manifiesta que: “(...) los Patronatos Municipales son entidades de derecho público creadas por ordenanza municipal, para trabajar sobre la base de políticas sociales”. Invoca además de la disposición general octava del COOTAD, el artículo 249 de ese Código Orgánico, según el cual el presupuesto del gobierno autónomo descentralizado debe contener una asignación de: “(...) por lo menos, el diez por ciento (10%) de sus ingresos no tributarios para el financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria”. Sobre dicha base concluye:

“Se está confundiendo los roles del Ministerio de Inclusión Social y las nuevas dependencias administrativas de servicio social que sustituyen a los patronatos en los Municipios, pues tanto el Ministerio como los patronatos brindan asistencia social, sin embargo debe considerarse que el Ministerio cumple un rol de organismo rector al nivel social con políticas sociales dentro de este ámbito así lo dispone el Art. 141 y 154 de la Constitución; y, los Gobiernos Autónomos Descentralizados a través de la asistencia social delimita políticas sociales cantonales para el sector vulnerable, he ahí la diferencia y por tanto no hay duplicidad de roles ni de funciones, son actividades totalmente distintas.

(...) De lo expuesto se infiere que, los Gobiernos Autónomos Descentralizados provinciales, metropolitanos y municipales deben aplicar literalmente las últimas reformas al COOTAD publicadas en el R.O.S. No. 166 de 21 de enero de 2014, respecto de los patronatos dispuesta en la DISPOSICIÓN GENERAL OCTAVA”.

El Director Jurídico del CONGOPE, cita los artículos 225 de la Constitución de la República que establece la forma en que se integra el sector público y 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que confiere autonomía política, administrativa y financiera a los gobiernos autónomos descentralizados; y, sobre dicha base normativa concluye:

“En tal sentido preservando la autonomía de los gobiernos provinciales, e intereses comunes institucionales, garantizando la participación de las funciones ejecutiva y legislativa de los gobiernos autónomos descentralizados correspondientes; manifiesto que la reforma legal en la disposición general octava del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no debe entenderse como una imposición para aquellos patronatos que cuentan con personería jurídica de derecho público de acuerdo a su reconocimiento legal ya establecido previo a la reforma del COOTAD de 21 de enero de 2014”.

Por su parte, el informe del Procurador Síndico de la entidad consultante, contenido en memorando No. MEM-133-DGS-14 de 17 de febrero de 2014, refiere como antecedente que el Consejo Provincial de Pichincha constituyó el Patronato para la gestión de las políticas sociales del Gobierno Provincial, al amparo de la disposición general octava del COOTAD y que la ordenanza provincial respectiva, consta publicada en el Registro Oficial No. 413 de 25 de marzo de 2011. Agrega que, “(...) la persona jurídica de derecho público Patronato Provincial de Pichincha se inscribe en el marco de la Constitución de la República, numeral 4 del artículo 225, en tanto persona jurídica creada por acto normativo del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha para la prestación de servicios públicos”.

El referido informe cita los artículos 275 y 338 del COOTAD que, en su orden, establecen los modelos de gestión que los gobiernos autónomos descentralizados pueden adoptar para la prestación de servicios y ejecución de las obras de su competencia y les confieren atribución para establecer la estructura administrativa que requieran para el cumplimiento de sus fines.

Respecto de la reforma introducida a la disposición general octava del COOTAD, por la Ley Orgánica reformativa publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, el informe del Procurador Síndico manifiesta que: “La reforma, incluye la sustitución de la disposición general octava del código; y esta, se encuentra motivada en la objeción parcial del Presidente de la República al proyecto de Ley aprobado por la Asamblea Nacional, conforme Oficio No. T.4570-SGJ-13-1111 de 16 de diciembre de 2013”. El texto de la objeción del Ejecutivo, se cita en el acápite 2.4 del informe, cuyo tenor es el siguiente: “(...) *la existencia de patronatos, entendidos estos como organizaciones de la sociedad civil que tienen el cargo de cumplir obras de beneficencia con auspicio de recursos públicos*”.

Finalmente, el Procurador Síndico expone y concluye que:

“La fundamentación expuesta en el Oficio No. T.4570-SGJ-13-1111 de 16 de diciembre de 2013, antes mencionado, permite conocer el Espíritu del Legislador y la ratio legis de la reforma; e ineludiblemente conduce a definir su alcance, circunscribiendo los efectos a los patronatos que no han adoptado la organicidad y régimen de personas de derecho público. (...) aquellos patronatos que hubieren cumplido el mandato de la Ley, transformándose en instituciones de derecho público, no ingresan en la hipótesis lógica de la norma, aunque circunstancialmente conserven en su nombre o razón social el sustantivo ‘patronato’.”

Respecto de los patronatos de los gobiernos autónomos descentralizados, la Disposición General Octava del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), inicialmente previó lo siguiente:

“OCTAVA.- Patronatos.- Los gobiernos provinciales, metropolitanos y municipales conservarán los patronatos como instituciones de derecho público, regidas e integradas por las políticas sociales de cada gobierno”.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 01853 de 18 de mayo de 2011, este Organismo emitió criterio sobre la aplicación de la disposición general octava del COOTAD, antes transcrita, que ordenó que los gobiernos autónomos descentralizados conserven los patronatos como entidades de derecho público.

Dicho pronunciamiento examinó que los artículos 3, 26 y 32 de la Constitución de la República garantiza en forma amplia los derechos a la salud y a la educación, de las personas que integran los grupos de atención prioritaria, entre ellos los adultos mayores, los niños y las personas con discapacidad; y, que los artículos 260 y 261 numeral 6 de la Constitución de la República y 138 del COOTAD, concuerdan al determinar que la rectoría de las políticas en materia de salud y educación es competencia exclusiva del Estado Central, pero prevén en forma expresa que los distintos niveles de gobierno pueden colaborar en la prestación de los servicios públicos. Sobre dicha base, el pronunciamiento concluyó que:

“(…) de conformidad con la citada Disposición General Octava del COOTAD, el Patronato Municipal de Amparo Social del Cantón Santiago de Pillaro, debe regirse e integrarse a las políticas sociales del Municipio de Gonzalo Pizarro, y organizarse como una institución de derecho público, debiendo por tanto armonizar la Ordenanza que regula el Funcionamiento del Patronato Municipal de Amparo Social de Santiago de Pillaro, aprobada por el Concejo de esa Municipalidad en sesiones de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1996 conforme a la derogada Ley de Régimen Municipal, al vigente COOTAD.

(…) las actividades en las áreas de salud y educación que presta el Patronato, deberán ser debidamente planificadas, constar en el sistema cantonal de protección integral para grupos de atención prioritaria, que debe instituir el Concejo Municipal por mandato de la letra bb) del artículo 57 del COOTAD; por lo que en el presupuesto municipal, el Concejo deberá asignar recursos para el funcionamiento del Patronato, de aquellos establecidos en el artículo 249 del COOTAD, para la ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria”.

Según los artículos 1 y 14 de la Ordenanza de creación del Patronato del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha, publicada en el Registro Oficial No. 413 de 25 de marzo de 2011, ese patronato se constituyó como: “(...) institución de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio y autonomía de gestión financiera y administrativa (...); y, su representación legal corresponde al Presidente del Directorio del Patronato.

Los objetivos y fines de ese patronato, de acuerdo con el artículo 2 de la Ordenanza incluyen, entre otros: “(...) b) Servicios públicos, en concurrencia, colaboración y complementariedad con entidades de otros niveles de Gobierno para la efectiva vigencia de los derechos sociales de las personas, mediante la celebración de convenios o el otorgamiento de otros instrumentos administrativos; y”, “(...) e) La protección de grupos vulnerables de la población”. De conformidad con el artículo 5 de la Ordenanza, son recursos del Patronato Provincial de Pichincha: “a) Las asignaciones presupuestarias y transferencias de recursos que reciba del Gobierno Autónomo de la Provincia de Pichincha y de otros niveles de Gobierno”.

La disposición general segunda de la citada Ordenanza, establece que el Patronato, como institución de derecho público asume la administración de los bienes, recursos, proyectos y actividades del patronato que se extingue como persona jurídica de derecho privado; y, respecto del talento humano, la disposición general tercera de Ibídem, prevé que: “Por Ministerio de la Ley que dispone la transformación del Patronato en persona jurídica de derecho público, en su nueva condición de institución del Estado, asume las relaciones con el talento humano que actualmente tiene el Patronato Provincial de Pichincha, sin solución de continuidad (...)”.

De las normas citadas de la Ordenanza se desprende que, en aplicación de la disposición general octava del COOTAD, que ordenó que los gobiernos provinciales, metropolitanos y municipales conserven los patronatos como instituciones de derecho público, el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha adecuó la naturaleza jurídica de su patronato y lo constituyó como institución de derecho público, asignándole recursos para la prestación de los servicios públicos a su cargo, relacionados con la protección de grupos vulnerables, en armonía con los fines y atribuciones que en esa materia le asignan los artículos 4 y 41 letra g) del COOTAD, a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales.

La actual consulta, trata sobre la aplicación de la reforma introducida por el artículo 62 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, que sustituyó la Disposición General Octava por la siguiente:

“OCTAVA.- En el plazo de 1 año contado desde la fecha de publicación de esta ley, los patronatos pertenecientes a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, metropolitanos y municipales deberán extinguirse.

Para tal efecto, los patronatos deberán transferir a título gratuito todo su patrimonio a los gobiernos autónomos descentralizados correspondientes.

El personal que se encuentre prestando sus servicios en los patronatos, lo continuará haciendo en el gobierno autónomo descentralizado respectivo.

Si el gobierno autónomo descentralizado requiere implementar nuevas estructuras organizacionales que conlleven la supresión de partidas u otras figuras permitidas para la administración del talento humano, se procederá conforme a la Ley, con la liquidación y pago de las indemnizaciones que correspondan.

Los gobiernos autónomos descentralizados afectados por esta disposición, destinarán el presupuesto que les correspondía a los patronatos a su dependencia administrativa de servicio social o la que haga sus veces, quien realizará las funciones y atribuciones del extinto patronato que legalmente puedan ser asumidas”.

Según su tenor, la disposición establece el plazo de un año para la extinción de los patronatos “(...) pertenecientes a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, metropolitanos y municipales”; al efecto, ordena la transferencia del patrimonio y presupuesto de los patronatos y el traslado de su personal al respectivo gobierno autónomo; y, de requerirlo, faculta a los gobiernos autónomos la creación de una dependencia administrativa de servicio social, en su estructura administrativa para que realice las funciones y atribuciones del patronato.

Para inteligenciar la disposición general octava reformada del COOTAD, corresponde considerar como antecedente que, su texto original previó que los gobiernos autónomos descentralizados conserven los patronatos como instituciones de derecho público, aunque no se previó un plazo para el cumplimiento de la norma a través de una disposición transitoria.

En tal contexto, los dos últimos incisos de la disposición reformada facultan a los gobiernos autónomos descentralizados para implementar, si lo requieren, nuevas estructuras organizacionales o dependencias administrativas de servicio social que asuman las funciones de los patronatos, es decir si su actual estructura administrativa no contempla una entidad o dependencia pública que cumpla con las funciones de protección social que asigna a esos gobiernos el artículo 4 letra h) del COOTAD, establecida en armonía con las modalidades de gestión que establece el artículo 275 Ibídem. Una inteligencia diferente de la norma, daría lugar a que patronatos creados como entidades públicas deban extinguirse para trasladar sus funciones y patrimonio, a otra dependencia también pública que forme parte del mismo gobierno autónomo descentralizado.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la reforma de la disposición general octava del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, introducida por la Ley Orgánica Reformatoria publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, que ordena la extinción

de los patronatos, la transferencia de su patrimonio y el traslado de su personal al respectivo gobierno autónomo descentralizado, mediante la creación de una dependencia administrativa que asuma sus funciones, es aplicable a los GADs que no cumplieron con el proceso de transformación de sus patronatos en personas jurídicas de derecho público, previsto por la inicial disposición general octava de ese Código.

**OF. PGE. N°:** 16828, de 31-03-2014

