



EXTRACTOS DE CONSULTAS
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
SUBDIRECCIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA
ABRIL 2011

**ALIMENTACIÓN: RECONOCIMIENTO ECONÓMICO A LOS SERVIDORES
DE LA ORQUESTA SINFÓNICA DE CUENCA
-ACREDITACIÓN A LAS CUENTAS BANCARIAS-**

OF. PGE. N°: 01253, de 06-04-2011

CONSULTANTE: ORQUESTA SINFÓNICA DE
CUENCA

CONSULTAS:

1.- “ ¿Si es legal, pertinente o no, que la Orquesta Sinfónica de Cuenca, proceda a reconocer el beneficio del servicio de alimentación a cada servidor y servidora de esta Institución que presten sus servicios en jornada ordinaria, conforme lo previsto en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público, la misma que se cumple por ocho horas diarias efectivas y continuas, de lunes a viernes y durante cinco días de cada semana, con cuarenta horas semanales, con un periodo de descanso de 30 minutos para el almuerzo, que no está incluido en la jornada de trabajo, de conformidad con la Disposición Transitoria Décimo Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público, (sic) ya que cuenta con la presupuestaria (sic) No. 530,801.01.01.001, para reconocer el pago del beneficio de alimentación para los servidores de la Institución?”.

2.- “En caso de ser positiva la respuesta a la consulta número 1, ¿Es procedente reconocer que el valor del servicio de alimentación sea acreditado directamente en las cuentas bancarias de los servidores y servidoras de esta Institución por los días efectivamente laborados, debido que la Orquesta Sinfónica de Cuenca no dispone de infraestructura adecuada necesaria para brindar el servicio de alimentación, esta acreditación se la realizará hasta que el Ministerio de Relaciones Laborales emita la norma que regule el particular?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Los servidores de la Orquesta Sinfónica de Cuenca que laboren en jornada ordinaria o especial, podrían beneficiarse del servicio de alimentación que otorgue esa entidad, de conformidad con la Disposición General Décima Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público, en la forma que lo regule el Ministerio de Relaciones Laborales, no siendo de mi competencia pronunciarme sobre el monto o valor que corresponda al refrigerio y siempre que exista la respectiva asignación presupuestaria, de conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

SEGUNDA CONSULTA.-

En armonía con el análisis efectuado al atender su primera consulta, se concluye que toda vez que el refrigerio no integra la remuneración mensual unificada, ni constituye un ingreso complementario a ella, en los términos del Art. 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público, sino que constituye un beneficio que puede otorgarse a los servidores al amparo de la Disposición General Décima Cuarta de dicha Ley, siempre que la entidad cuente con presupuesto para ello, la determinación de la forma en que el beneficio de refrigerio pueda ser prestado, corresponde establecer al Ministerio de Relaciones Laborales, en la norma que expida para regular esta materia, sobre la base de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público.

**COMISIÓN DE SERVICIOS SIN REMUNERACIÓN: FUNCIONARIO DE NIVEL
JERÁRQUICO SUPERIOR**

OF. PGE. N°: 01564, de 28-04-2011

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

CONSULTAS:

1.- “Si a un funcionario de la Escala del Nivel Jerárquico Superior, de período fijo se le puede conceder comisión de servicios sin remuneración”.

2.- “¿Si la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, es una Ley con mayor jerarquía que la LOSEP; toda vez que el artículo 65 inciso segundo, establece que en el caso de que las comisionadas y comisionados que fueren servidores públicos estarán obligados a solicitar previamente comisiones de servicios sin sueldo por el período que duren sus funciones en la Comisión de Selección?”.

3.- “¿Si en el caso específico que nos ocupa el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial debe o no conceder la Comisión de Servicios al Director Provincial de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial de Orellana?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- El cargo de Director Provincial de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que constaba en el artículo 29 numeral 3 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial se eliminó con la reforma a dicha Ley Orgánica publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo del 2011. Sin perjuicio de aquello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica del Servicio Público, concordante con el artículo 51 de su Reglamento, se concluye que la comisión de servicios sin remuneración es aplicable únicamente a los servidores públicos de carrera; y

por lo tanto, no cabía conferir comisión de servicios sin remuneración al ex Director Provincial de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, puesto que ocupaba un cargo que estaba excluido del sistema de carrera del servicio público, conforme al artículo 83 letra a) de la Ley Orgánica del Servicio Público.

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

3.- Al haber absuelto las dos consultas anteriores sobre la procedencia de la comisión de servicios sin remuneración únicamente a favor de los servidores públicos de carrera, es innecesario un pronunciamiento adicional sobre esta tercera consulta.

CONCEJAL: RENUNCIA VOLUNTARIA Y EXCUSA

OF. PGE. N°: 01445, de 19-04-2011

CONSULTANTE: MUNICIPALIDAD DEL CANTÓN
CHUNCHI

CONSULTA:

“Si es procedente que los Señores Concejales presenten excusa al ejercicio de sus funciones, y si es factible normar a través de una Ordenanza Municipal los casos de excusa que se llegaran a presentar”.

PRONUNCIAMIENTO:

Sin perjuicio de los impedimentos previstos en el artículo 329 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y del procedimiento de remoción del artículo 334 del mismo Código, los señores Concejales del Cantón Chunchi tienen también derecho a que presenten su renuncia voluntaria a la dignidad de Concejal ante el propio Concejo Municipal, sin que ésta requiera seguir el procedimiento de remoción aplicable a los casos de impedimento ya referidos.

Con relación a la renuncia de los concejales, me pronuncié en términos similares, mediante oficio No. 00753 de 4 de marzo de 2011, con motivo de una consulta formulada por el Alcalde de Riobamba.

**CONCEJALES: INCOMPATIBILIDAD, REMUNERACIONES, VOTO
DIRIMENTE Y LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL**

OF. PGE. N°: 01549, de 27-04-2011

CONSULTANTE: MUNICIPALIDAD DEL CANTÓN
PORTOVIEJO

CONSULTAS:

Reconsideración del pronunciamiento emitido por esta Procuraduría en oficio No. 00521 de 18 de febrero de 2011, en relación con el voto dirimente del alcalde, lo que fue materia de la primera consulta atendida en el pronunciamiento de la referencia.

PRONUNCIAMIENTO:

En dicho pronunciamiento, se absolvieron dos de las tres consultas formuladas por usted en el oficio No. POR11ALCOFI-2269 de 30 de octubre de 2010, y quedó pendiente la tercera, relacionada con la aplicación del artículo 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que regula las remuneraciones de los concejales, que será objeto de análisis al final de este pronunciamiento.

En consecuencia, además de las prohibiciones específicas determinadas respecto de los concejales en el artículo 329 del COOTAD, dichos dignatarios en su calidad de servidores públicos están sometidos al marco general regulado en la Ley Orgánica del Servicio Público según lo dispone el artículo 354 del COOTAD y, por tanto, están sujetos a las prohibiciones también generales, establecidas en el artículo 24 de esa Ley Orgánica, entre ellas la determinada en la letra b) de ese artículo que prohíbe el desempeño de actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo.

En cuanto se refiere al tema específico materia de su consulta, que tiene por objeto determinar si los concejales pueden o no ejercer su profesión, se considera que la prohibición general establecida en la letra b) del artículo 24 de la LOSEP, no comprende a las actividades profesionales en el ejercicio libre de una profesión que se realicen fuera del horario de trabajo.

Para el caso de los abogados, el numeral 6 del artículo 328 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece una “incompatibilidad para patrocinar” por razones de su función, por la que se prohíbe a los alcaldes y a los funcionarios y empleados del régimen seccional y autónomo, patrocinar causas, a excepción de aquellas controversias en las que intervengan defendiendo intereses de la institución a la cual pertenecen, sin perjuicio de que: “estos funcionarios puedan ejercer su propia defensa o representación judicial”, según el último inciso del mismo artículo.

Tratándose de una incompatibilidad para patrocinar, establecida en razón de la función de concejal, su finalidad es evitar que se produzca un conflicto de intereses con la Municipalidad, evento en el que el dignatario, siendo un funcionario municipal, tiene la obligación legal de abstenerse de intervenir, conforme lo dispone el segundo inciso del artículo 232 de la Constitución de la República, que prescribe: “Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios”.

La Disposición General Décimo Octava de la Ley Orgánica del Servicio Público, define las distintas clases de servidores públicos y establece que dignatario *“es la persona elegida por votación popular por un período fijo para ejercer las funciones establecidas en la Constitución y en la Ley”*.

La promulgación del COOTAD modificó el régimen jurídico aplicable a los concejales con respecto a su retribución, lo que ha determinado que se les hagan extensivos los derechos y beneficios generales establecidos por las leyes respecto de los servidores públicos, quedando igualmente sujetos a los deberes y prohibiciones también generales.

Por lo expuesto, con respecto a la posibilidad de que los concejales puedan ejercer su profesión, en aplicación de la letra b) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que prohíbe desempeñar actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores, con las excepciones señaladas en la misma norma, en concordancia con el artículo 355 y 58 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se concluye que los concejales no están impedidos de ejercer su profesión fuera del horario fijado por el Concejo Municipal para el desempeño de sus funciones de concejales, con excepción de asuntos relacionados con la municipalidad que representan o en los que tengan interés ellos o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en virtud de la prohibición expresa de la letra a) del artículo 329 del indicado Código Orgánico.

Lo dicho sin perjuicio de las prohibiciones o incompatibilidades de orden general o especial que fueren aplicables a los servidores públicos.

En el caso específico de concejales que sean abogados, quedan también sujetos a la incompatibilidad para patrocinar causas determinada por el numeral 6 del artículo 328 del Código Orgánico de la Función Judicial, evento en el que están obligados a abstenerse de intervenir de conformidad con el artículo 232 de la Constitución de la República, salvo que su intervención fuere en defensa de la Municipalidad, o en su propia defensa.

**CONCEJALES: REMUNERACIÓN, DÉCIMOS
LIQUIDACIÓN, AFILIACIÓN AL IESS Y FONDOS DE RESERVA**

OF. PGE. N°:

01465, de 20-04-2011

CONSULTANTE:

MUNICIPALIDAD DEL CANTÓN
SAN FRANCISCO DE MILAGRO

CONSULTAS:

“1.- Los Concejales o Concejaldas, previo al pago de la remuneración establecida en el Art. 358 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, deben presentar factura o simplemente cobrarán con la respectiva certificación del Secretario Municipal de asistencia a dichas sesiones?”.

2.- Los Concejales o Concejaldas, tienen derecho a que se le pague los beneficios de ley señalados en los Arts. 96 al 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público, esto es, Décimo Tercera y Cuarta Remuneración, afiliación al Seguro Social y Fondos de Reserva?”.

3.- “¿Al finalizar el período para el cual fueron electos los Concejales o Concejaldas; o, en el caso que cesen definitivamente en sus funciones en la forma señalada en el artículo 47 letra g) de la Ley Orgánica del Servidor (sic) Público, tienen derecho a que se le realice la respectiva liquidación?”.

4.- “¿Al no estar expresamente normado lo relativo a las dos preguntas anteriores, esto es, los beneficios de ley y liquidaciones por culminación de sus períodos, podría el Concejo Cantonal de Milagro normar mediante Ordenanza dichos beneficios, siempre que exista la respectiva partida presupuestaria?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

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

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.

2.- 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.

3.- Cualquiera sea la causa de cesación definitiva en sus funciones, los concejales, como servidores públicos, tendrían derecho a que se liquiden sus remuneraciones y demás beneficios de ley, que hubieren sido devengados.

Se tomará en cuenta que los Concejales, al estar excluidos de la carrera del servicio público, de conformidad con la letra c) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, no gozan de los beneficios que corresponden exclusivamente a los servidores de carrera.

El citado artículo 358 del COOTAD, dispone que los concejales percibirán remuneración; el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social, extiende la protección de la seguridad social a toda persona que perciba ingresos por la prestación de servicios; el artículo 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece el derecho a los fondos de reserva para los servidores públicos; y, por otro lado, el artículo 47 de la Ley Orgánica del Servicio Público, determina las causas de cesación definitiva de los servidores públicos.

4.- Al estar regulado por la Ley tanto lo relacionado con la remuneración y demás beneficios que corresponden a los concejales, entre ellos fondos de reserva, así como las causas de cesación definitiva en funciones, no se requiere normar mediante Ordenanza dichas materias pues la liquidación a la que tengan derecho los Concejales en el evento de cesación definitiva de funciones, se deberá practicar observando las citadas disposiciones legales.

**CONCEJALES: REMUNERACIONES, HORARIOS DE TRABAJO,
BENEFICIOS SOCIALES Y DIETAS**

OF. PGE. N°:

01484, de 21-04-2011

CONSULTANTE:

MUNICIPALIDAD DEL CANTÓN
GONZALO PIZARRO

CONSULTAS:

1.- “¿Ante el vacío legal de que no existe un Reglamento de Aplicación del COOTAD, puede mediante (sic) el Concejo Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Gonzalo Pizarro mediante RESOLUCIÓN fijar la remuneración mensual de los concejales, siempre y cuando exista la disponibilidad de recursos para dicho fin a pesar de que no existe una Ordenanza que reforme el pago de las dietas?”.

2.- ¿En la COTAAD (sic) se establece que los señores Concejales percibirán una Remuneración Mensual, pero no se refiere si son considerados como SERVIDORES PÚBLICOS; deben los miembros del Cuerpo Colegiado Municipal cumplir con un horario establecido de 8 horas diarias o ser funcionarios a tiempo completo como lo es el Alcalde como funcionario de elección popular?”.

“3.- Les corresponde a los señores Concejales recibir mensualmente los beneficios sociales y adicionales que por ley corresponden a los servidores públicos”.

4.- “Puede cancelarse a los señores Concejales mediante dietas los meses de Noviembre y Diciembre del 2010, y a partir de enero del 2011 cancelarles como Remuneración Mensual, conforme a sugerencia del Director Financiero Municipal”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- De conformidad con la disposición expresa del artículo 358 del COOTAD, corresponde al Gobierno Municipal expedir una ordenanza (y no Resolución) que determine la remuneración mensual de los concejales, en la que además se determine su fuente de financiamiento.

2.- 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.- 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.

4.- Es improcedente continuar reconociendo dietas a los concejales municipales al amparo de 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 la 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.

Por las consideraciones señaladas y en base del análisis jurídico realizado al atender la primera consulta, con respecto a la cuarta consulta, se concluye que no puede cancelarse a los señores Concejales mediante dietas los meses de noviembre y diciembre del 2010, y a partir de enero del 2011 cancelarles como remuneración mensual, sino que hasta que el Ministerio de Relaciones Laborales haya determinado los techos y pisos de las remuneraciones del ejecutivo y de los concejales que 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, será el propio Ministerio de Relaciones Laborales, como ente rector en materia de remuneraciones el que determine mecanismo o fórmula de pago a los concejales por el ejercicio de sus funciones.

**CONSEJO MUNICIPAL, SESIONES, VOTO DEL ALCALDE Y
DESIGNACIÓN DE VICEALCALDE**

OF. PGE. N°: 01262, de 07-04-2011

CONSULTANTE: MUNICIPALIDAD DEL CANTÓN
PUYANGO

CONSULTAS:

“1.- El o la representante ciudadano forma parte del quórum del concejo municipal y además, puede intervenir en asuntos que no son de interés general de la comunidad, sino de interés político como en el caso de la designación de vicealcalde o vicealcaldesa, de las comisiones del concejo municipal u otros similares?”.

“2.- El alcalde o alcaldesa forma parte del quórum para las sesiones del concejo municipal?”.

“3.- El alcalde o alcaldesa tiene derecho a votar en todas las decisiones del concejo municipal o solamente cuando con el voto de los demás integrantes se hubiere producido empate, en cuyo caso debería repetirse la votación en una segunda sesión y de repetirse el empate, el alcalde o alcaldesa debe votar para dirimir?”.

“4.- Si el alcalde o alcaldesa tiene derecho y el deber de votar en todas las decisiones del concejo municipal, si con su voto se produce empate, debe volver a votar o simplemente se entiende que la decisión del concejo ha sido adoptada en el sentido del voto del alcalde o alcaldesa?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- El representante ciudadano que ocupa la silla vacía debe ser convocado para tratar temas de interés general, y no de carácter político como son la designación de vicealcalde, o la integración de las comisiones del concejo municipal, u otros similares, cuya elección corresponde a los miembros del Concejo Municipal, al tenor de las letras o) y r) del Art. 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.

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 en el artículo 320 del COOTAD.

2.- El Alcalde, como miembro del Concejo Municipal, al tenor del Art. 56 del COOTAD, forma parte del quórum de instalación y del quórum decisorio en las sesiones de los gobiernos municipales autónomos.

3 Y 4.- Respecto a las dos consultas citadas, esta Procuraduría se ha pronunciado reiteradamente, sin que sea necesario un nuevo pronunciamiento. Para su conocimiento, adjunto copias de los pronunciamientos constantes en oficios Nos. 00521 de 18 de febrero de 2011 y 00909 de 16 de marzo de 2011.

CUERPO DE BOMBEROS: EMPRESA MUNICIPAL

OF. PGE. N°: 01563, de 28-04-2011

CONSULTANTE: MUNICIPALIDAD 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?”.

PRONUNCIAMIENTO:

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.

EMPRESAS PÚBLICAS: FINANCIAMIENTO CON ENTIDADES PÚBLICAS O PRIVADAS

OF. PGE. N°: 01520, de 26-04-2011

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?”

PRONUNCIAMIENTO:

Si 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.

EMPRESAS PÚBLICAS: PROCESOS PRECONTRACTUALES, OMISIÓN DE FORMALIDADES Y FACULTAD DE LA COMISIÓN TÉCNICA -CONVALIDACIÓN DE ERRORES-

OF. PGE. N°:

01377, de 14-04-2011

CONSULTANTE:

ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DEL LITORAL, ESPOL, ENC.

CONSULTAS:

1.- ¿Corresponde a las entidades contratantes, entre ellas las empresas públicas, verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 17 y 18 de la Resolución INCOP-046-2010 de 17 de agosto del 2010, que establecen las solemnidades que deben cumplir los compromisos de asociación y los consorcios o asociaciones ya constituidos, en los procesos precontractuales y contractuales que lleven adelante?

2.- ¿La omisión de las formalidades previstas en el artículo 17 de la Resolución INCOP-046-2010 dentro de un proceso precontractual en trámite

constituye un error sustancial que ocasionaría el rechazo de una oferta, en conformidad con la Sección III.- CONDICIONES GENERALES, de los pliegos aprobados por el INCOP, que en su numeral 3.9.- Rechazo de Ofertas, dispone que “la Comisión Técnica rechazará una oferta, entre otras causas: a) Si no cumplieren los requisitos exigidos en las Condiciones Generales y Específicas de estos pliegos; ...; y, c) Cuando las ofertas contengan errores sustanciales o evidentes, que no puedan ser convalidados por no ser considerados errores de forma o mediante corrección aritmética y que afecten notoriamente el monto total de la oferta”?

3.- En concordancia con la consulta anterior ¿La Comisión Técnica tiene facultad legal y reglamentaria para considerar que el incumplimiento del artículo 17 de la Resolución INCOP-046-2010 constituye un error de forma factible de convalidar, y por tanto permitir al oferente incurso en dicha omisión que dentro de la etapa de convalidación de errores prevista en los pliegos aprobados por el INCOP subsane dicho incumplimiento?.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- De lo expuesto, se desprende que es obligación de las entidades contratantes observar las disposiciones contenidas en los artículos 17 y 18 de la Resolución No. INCOP-046-2010, en los procesos precontractuales y de contratación que participen consorcios o asociaciones, de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para contratar obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, ya sea que se presenten con compromiso de asociación o consorcio o éste se encuentre ya constituido.

En lo referente a las empresas públicas, el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al referirse a los procesos de contratación que corresponde llevar adelante a estas empresas, en el numeral 2 REGIMEN COMUN, prevé lo siguiente: “2. RÉGIMEN COMÚN.- *Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables.*” Por tanto, es también obligación de las empresas públicas sujetarse estrictamente a las disposiciones legales, reglamentarias y normativas que rigen la contratación pública, entre ellas, los artículos 17 y 18 de la Resolución No. INCOP-046-2010, cuando se trate de participación de asociaciones o consorcios en las contrataciones de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, que lleven adelante como parte del giro de sus actividades empresariales, conforme lo manifiesta el INCOP en el oficio No. DAJ-3353-2011 de 25 de marzo del 2011, antes citado.

2 y 3.- Se desprende que la omisión o incumplimiento de cualquiera de los requisitos para presentarse como compromiso de asociación o consorcio, previstos en la Resolución del INCOP ya señalada, no puede ser subsanada o convalidada como errores de forma.

Por tanto, daría lugar a la descalificación del respectivo oferente y al rechazo de la oferta que se haya presentado con compromiso de asociación o consorcio, por incumplimiento de las condiciones generales y específicas determinadas en el Art. 17 de la Resolución No. INCOP-046-2010.

Bajo dicha premisa fundamental, la Comisión Técnica no tiene facultad legal, reglamentaria o previsión de los pliegos obligatorios elaborados por el INCOP, que le permita convalidar tal omisión o incumplimiento en la presentación de la oferta, como un error de forma.

Se aclara que, conforme lo establece el inciso tercero del artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la responsabilidad sobre el proceso de calificación o descalificación de una oferta y la convalidación de errores de forma, es de la máxima autoridad de la entidad contratante, así como de los funcionarios o servidores que integran la Comisión Técnica encargada del proceso de selección correspondiente.

FIDEICOMISO MERCANTIL: ALIANZAS ESTRATÉGICAS DE INVERSIÓN

OF. PGE. N°: 01388, de 14-04-2011

CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA
HIDROELÉCTRICA DE ZAMORA
CHINCHIPE, HIDROZACHIN EP

CONSULTAS:

1.- “Se considera una alianza estratégica de inversión la que realice el IESS, HIDRELGEN S.A. e “HIDROZACHIN” E.P., para desarrollar el Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla”.

2.- “Puede “HIDROZACHIN” E.P, invertir fondos provenientes de un crédito otorgado por el Banco del Estado o cualquier ente financiero público o privado nacional o internacional, en el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla (PHS), siendo propietario o dueño del mismo la compañía HIDRELGEN S.A. con una concesión emitida por el CONELEC, de carácter privado”.

“Es factible la conformación de un Fideicomiso Mercantil para que administre los fondos destinados a la construcción, operación, amortización de crédito y distribución de utilidades del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla (PHS), y provenientes del IESS, HIDRELGEN S.A. e “HIDROZACHIN” E.P. como inversionistas”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Las inversiones de recursos públicos en el desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, que son el objeto de la carta de intención suscrita por HIDROZACHIN EP, con HIDRELGEN S.A., no reúne las características de una alianza estratégica, como una de las formas en que se puede

instrumentar la capacidad asociativa que el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas reconoce a dichas empresas, pues para instrumentar dicha capacidad asociativa, la alianza estratégica o cualquier sistema de asociación, debe tener por objeto el cumplimiento de los fines y objetivos empresariales de la empresa pública y por tanto no se extiende a actividades de inversión de fondos públicos, en actividades distintas de aquellas que desarrolle la respectiva empresa pública en forma directa.

En consecuencia, coincido con el criterio expuesto tanto por el CONELEC como por el Ministerio de Energía y Recursos Renovables, en el sentido de que HIDROZACHIN EP, debería asumir directamente la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, o en su defecto conformar una empresa de economía mixta, en la que el Estado tenga mayoría accionaria, en los términos previstos en los artículos 316 de la Constitución de la República y 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prevé la realización de un concurso público para la selección de socios privados.

2.- Se concluyó que las alianzas estratégicas que las empresas públicas pueden formar de conformidad con la capacidad asociativa que les confiere el artículo 35 de su Ley rectora, tiene por objeto el cumplimiento de los fines y objetivos empresariales de la empresa pública y no se extiende a actividades de inversión de fondos públicos en actividades distintas de aquellas que desarrolle en forma directa la respectiva empresa pública. En consecuencia, el financiamiento al que las empresas públicas pueden recurrir según el artículo 42 de la misma Ley, tampoco puede ser destinado a la inversión en actividades que la empresa pública no desarrolle en forma directa.

Por tanto, en atención a los términos de su segunda consulta se concluye que no es jurídicamente procedente que HIDROZACHIN E.P. invierta fondos provenientes de un crédito otorgado por el Banco del Estado o cualquier ente financiero público o privado, nacional o internacional en HIDRELGEN S.A.

3.- No es jurídicamente procedente que HIDROZACHIN EP, participe en la constitución y aporte fondos públicos a un Fideicomiso Mercantil destinado a la construcción, operación, amortización de crédito y distribución de utilidades del Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla (PHS), mientras el desarrollo de dicho proyecto corresponda a una empresa privada, pues el artículo 315 de la Constitución de la República, admite solo en forma de excepción que se delegue a la iniciativa privada el ejercicio de actividades relacionadas con la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos, que según dicha norma constitucional, deben ser gestionados por empresas públicas.

Las decisiones que HIDROZACHIN EP adopte respecto a su participación en el Proyecto Hidroeléctrico Sabanilla, la forma asociativa y la forma de financiamiento, son de exclusiva responsabilidad de la empresa pública consultante, que además deberá asegurarse de que el proyecto cumpla con todos los requisitos legales que correspondan a la actividad de generación hidroeléctrica.

**JUBILACIÓN: RETIRO OBLIGADO DEL SERVICIO PÚBLICO DE LA
FUNCIÓN JUDICIAL**

OF. PGE. N°: 01446, de 19-04-2011

CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE LA
JUDICATURA

CONSULTA:

“Es aplicable para las servidoras y servidores de la Función Judicial, el inciso final del Art. 81 de la Ley Orgánica de Servicio Público, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 06 de octubre de 2010, que contempla la obligación de retirarse del servicio público”.

PRONUNCIAMIENTO:

El inciso final del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que establece 70 años de edad como límite para el retiro obligatorio del servicio público, sí es aplicable a los servidores de carrera judicial administrativa de la Función Judicial, de conformidad con el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el inciso segundo del artículo 43 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Los jueces, en las distintas materias y grados, son servidores judiciales que ejercen funciones jurisdiccionales y por tanto no pertenecen a la carrera judicial administrativa, lo que determina que estén excluidos de la carrera del servicio público de conformidad con la letra d) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el artículo 42 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, por lo que no les es aplicable el inciso final del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

No me pronuncio respecto de los alcances que, de acuerdo con su consulta, usted le da a lo dispuesto en el Art. 170 de la Constitución de la República, por no ser de mi competencia la interpretación de las normas constitucionales, facultad privativa de la Corte Constitucional.

**JUBILACIÓN: SEGURO ESPECIAL Y PENSIONES MENSUALES VITALICIAS
DE EX SERVIDORES PÚBLICOS JUBILADOS**

OF. PGE. N°: 01199, de 01-04-2011

CONSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE
COMPAÑÍAS

CONSULTAS:

1.- “¿En aplicación del Decreto Ejecutivo No. 172, de 7 de diciembre de 2009, que creó la ‘transferencia solidaria’ a favor de los ex servidores públicos o jubilados de las entidades del sector público, entre las cuales se encuentra la Superintendencia de Compañías, la Institución que represento debe pagar por ese concepto únicamente el porcentaje de los valores que anualmente la Superintendencia de Compañías, entregaba a los jubilados, a través del Seguro Especial, en cumplimiento de la Resolución No. SC-SE-2006 de 7 de diciembre de 2006, mismo que, de acuerdo con el Decreto No. 172, la Superintendencia de Compañías, pagará a los jubilados en forma igualitaria, de manera directa, unilateral y vitalicia, con cargo al respectivo presupuesto institucional?”.

2).- ¿Para el supuesto caso de que el pago de la ‘transferencia solidaria’, en la forma indicada en la pregunta que antecede, no se ajustare a los principios, derechos y garantías constitucionales, a la Ley y al Decreto Ejecutivo No. 172, cuál sería el procedimiento que debe aplicar la Superintendencia de Compañías para el cálculo del monto de las pensiones mensuales y vitalicias que debe satisfacer la Entidad?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Teniendo en cuenta que el Decreto Ejecutivo No. 172, publicado en el Registro Oficial No. 90 de 17 de diciembre del 2009, es aplicable a los ex servidores o jubilados de las entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre del 2008, venían percibiendo una pensión jubilar ya sea de fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía, bajo cualquier denominación que estos tuvieran o directamente del presupuesto institucional, se concluye que la Superintendencia de Compañías debe pagar a sus ex servidores jubilados que a diciembre de 2008, han venido percibiendo una renta vitalicia por parte de la compañía de seguros EQUIVIDA, únicamente el valor correspondiente de la denominada “*transferencia solidaria*” de manera mensual, directa, unilateral y vitalicia por así disponerlo expresamente el artículo 1, del mencionado Decreto Ejecutivo No. 172, pago que además deberá efectuarse de manera igualitaria conforme a lo previsto en el artículo 24 letra b), del Reglamento General del Seguro Especial de los Servidores de la Superintendencia de Compañías.

Dicha “*transferencia solidaria*” deberá realizarse con cargo al respectivo presupuesto institucional, teniendo en cuenta para el efecto, el valor que cada ex servidor jubilado venía percibiendo a diciembre de 2008, por parte de la Superintendencia de Compañías a través del Seguro Especial de los Servidores de esa Entidad.

Se deberá tener en cuenta que el pago de la indicada “*transferencia solidaria*” deberá efectuarse a los ex servidores jubilados por la Superintendencia de Compañías que hayan cumplido con los requisitos para la jubilación previstos en los artículos 184 y siguientes de la Ley de Seguridad Social, y en la Resolución expedida por el Consejo Directivo del IESS No. C.D. 100, publicada

en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006, el cual contiene el “Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte”.

2.- Teniendo en cuenta que la Superintendencia de Compañías debe pagar a sus ex servidores jubilados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social la referida “*transferencia solidaria*”, el procedimiento que se deberá aplicar para el cálculo de dicha transferencia solidaria, será el previsto en el artículo 2 del mencionado Decreto Ejecutivo No. 172; para lo cual, como se indicó al absolver la primera consulta, se deberá tomar en cuenta, el valor que cada ex servidor jubilado venía percibiendo a diciembre del 2008, por parte del Seguro Especial de los servidores de esa Entidad, conforme prescribe el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 172, publicado en el Registro Oficial No. 90 de 17 de diciembre de 2009.

JUBILACIÓN VOLUNTARIA: TRABAJADOR QUE LABORO MEDIO TIEMPO

OF. PGE. N°: 01521, de 26-04-2011

CONSULTANTE: MUNICIPALIDAD DEL CANTÓN
PÍLLARO

CONSULTAS:

1.- “¿Puede un trabajador que laboró únicamente a medio tiempo recibir valor alguno por concepto de jubilación voluntaria?”.

2.- “¿Puede la municipalidad fundamentándose en su autonomía, pagar tres salarios mínimos vitales (sic) por concepto de estímulo para la jubilación voluntaria, al encontrarse vigente la Reforma a la Ordenanza que establece el régimen de estímulos para la jubilación voluntaria de las empleadas/empleados y trabajadoras/ Trabajadores de la Ilustre Municipalidad de Santiago de Pillaro?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- La Procuraduría General del Estado mediante oficio No. 00451 de 15 de febrero de 2011 se abstuvo de atender su primera consulta, de conformidad con el numeral 3 del Art. 237 de la Constitución de la República que faculta al Procurador General del Estado absolver las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos; y en cumplimiento del numeral 1 del Art. 542 de la Codificación del Código del Trabajo que atribuye a los Directores Regionales del Trabajo, la facultad de absolver las consultas de las autoridades y funcionarios del trabajo de las empresas y trabajadores de su jurisdicción en todo lo que se relacione a las leyes y reglamentos del trabajo.

2.- El primer inciso del Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público y los artículos 288 y 289 de su Reglamento General de Aplicación, que prevén el beneficio de jubilación para los servidores de las entidades y organismos comprendidos en el Art. 3 de esta Ley, entre los que se incluyen a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, se concluye que no es procedente que la Municipalidad de Pillaro pague tres salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio por concepto de estímulo para la jubilación voluntaria de sus servidores, en base a la Reforma a la Ordenanza que quedó citada en líneas precedentes, que actualmente es inaplicable, por ser un tema regulado por una norma superior.

JUNTAS PARROQUIALES: ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE, MOCIÓN DEL VOCAL, VOZ Y VOTO, SUSCRIPCIÓN DE CONVENIOS, ACTA DE SESIÓN Y ORDEN DEL DÍA

OF. PGE. N°: 01519, de 26-04-2011

CONSULTANTE: JUNTA PARROQUIAL DE CONOCOTO

CONSULTAS:

1.1. ¿En las sesiones de la Junta Parroquial, si el presidente tiene atribuciones para elevar a moción y/o apoyar la moción de algún vocal?

1.2. ¿Si el presidente tiene atribuciones para intervenir con voz y voto en las sesiones de la Junta Parroquial; o tiene únicamente voto dirimente en caso de empate?

2.- ¿Si el presidente está facultado para suscribir convenios y contratos administrativos o necesita autorización de la Junta?

3.1. El presidente del gobierno autónomo parroquial convoca a los vocales a sesión ordinaria y un vocal solicita por escrito permiso, faltando pocas horas para la instalación de la sesión, el presidente convoca al vocal suplente a reemplazar al titular. ¿Es legal la intervención del vocal suplente?

3.2. En la próxima sesión asiste el vocal titular y se niega aprobar el acta de sesión anterior y pide la nulidad. El presidente niega la petición y suspende el punto del orden del día para consultar al Procurador General del Estado. ¿Es legal la suspensión del orden del día, dispuesta por el presidente?

PRONUNCIAMIENTOS:

1.1.- Si el Presidente de la Junta Parroquial es parte del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural, con derecho a voto, entendido aquel como la exteriorización de un legítimo derecho político, dicho derecho le genera

implícitamente el derecho a mocionar propuestas relacionadas con temas específicos y a apoyarlas.

1.2.- En contestación a los términos de esta consulta se concluye que, al Presidente de la Junta Parroquial le corresponde convocar y presidir las sesiones de dicha Junta con voz y voto, y su presencia conformará el quórum de instalación en las sesiones de los gobiernos parroquiales rurales y en caso de empate en la votación, su voto tendrá el carácter de dirimente conforme los artículos 66 y el segundo inciso del Art. 321 del COOTAD.

2.- El Presidente de la Junta Parroquial de Conocoto está facultado para suscribir convenios y contratos administrativos previa autorización de la Junta Parroquial del mismo nombre.

3.1.- Es legal la intervención del vocal suplente del gobierno autónomo parroquial, convocado por el Presidente de la junta parroquial para que reemplace al vocal titular en una sesión ordinaria por excusa del vocal titular.

3.2.- Los temas a tratarse en el orden del día de las sesiones de los gobiernos autónomos descentralizados, no pueden ser modificados una vez que ha sido instalada la sesión. Con respecto a la suspensión de un punto a tratarse en el orden del día, éste caso no ha sido previsto en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, por lo tanto, cada gobierno autónomo parroquial rural, deberá reglamentar dichos casos no previstos en la ley, de conformidad con la letra a) del Art. 67 del COOTAD, que dispone como atribución de la Junta Parroquial Rural: *“Expedir acuerdos, resoluciones y normativa reglamentaria en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural, conforme este Código”*.

Debe tomarse en cuenta, en todo caso, que cualquier decisión del gobierno parroquial debe adoptarse observando la mayoría prevista en el artículo 323 del COOTAD.

La absolución de esta tercera consulta se limita a la inteligencia de la ley y no al caso particular planteado por el consultante.

**MULTA: COMPENSACIÓN DE VALORES, ACTA DE ENTREGA DE
RECEPCIÓN PROVISIONAL Y TERMINACIÓN UNILATERAL DEL
CONTRATO**

OF. PGE. N°: 01256, de 06-04-2011

CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE
SUCUMBÍOS

CONSULTAS:

1.- "...Si es factible realizar una compensación de valores y liberar de las multas a los contratistas y de esta manera realizar el acta de entrega recepción provisional y entregar a las seis comunidades los sistemas de agua potable"; y,

2.- "Es factible que las multas sean objeto de compensación de valores entre el contratante y el contratista, previo acuerdo mutuo de las partes".

PRONUNCIAMIENTOS:

El contrato que motiva esta consulta, conforme quedó establecido, se suscribió el 2 de febrero de 2009, entre el Gobierno Provincial de Sucumbios y la Ing. Marit Patricia Macas Romero; es decir, en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

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

En el Art. 121 del Reglamento citado, se prevé que en todo contrato la entidad contratante designará de manera expresa un administrador del mismo, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato; adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar.

En el Art. 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre las cláusulas obligatorias se establece que en los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo, el que no podrá exceder del término de treinta (30) días; y, que las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimiento de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso; y, concluye la norma citada que las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.

El inciso final del Art. 74 de la Ley Orgánica en estudio, expresa que con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

Como causa de terminación anticipada y unilateral del contrato por parte de la entidad contratante, el Art. 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece lo siguiente:

“Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

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

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

El Art. 95 ibidem determina el trámite para proceder a la terminación unilateral del contrato.

De la documentación remitida a esta Procuraduría, no consta que la entidad contratante hubiere otorgado prórrogas a la contratista y de conformidad con el memorando No. 252- FIS-OO.PP –CONSTRUC-2010 de 15 de noviembre de 2010, suscrito por el Fiscalizador de la obra y citado en líneas anteriores, se establece una demora de la contratista Ing. Marit Patricia Macas Romero, en la culminación de la obra de 422 días.

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el Art. 116 norma que para la determinación de multas que se podrían imponer al contratista se considerará el valor total del contrato incluyendo el reajuste de precios que corresponda y sin considerar los impuestos.

A su vez, el artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que en la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban 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; y, que los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada, sin perjuicio de que quede como remanente un saldo a favor de cualquiera de ellas. (El resaltado me pertenece)

Del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su segunda consulta, de conformidad con el artículo 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se concluye que es factible que las multas sean objeto de compensación de valores entre el contratante y el contratista, previo acuerdo mutuo de las partes, en los montos en que sean recíprocamente deudoras la entidad contratante y la contratista. Al igual que en la primera parte de esta absolución de consulta, se aclara que la compensación es una forma de extinguir las obligaciones, prevista en el numeral 6, del artículo 1583 del Código Civil, que equivale al pago, de manera que no implica en ningún caso, una condonación.

Adicionalmente a lo señalado, de conformidad con la Cláusula Octava del contrato suscrito entre el Gobierno Provincial de Sucumbíos y la Ing. Macas Romero, y los artículos 74 y 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la contratista ha rendido garantía de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo, correspondiendo la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, al tenor del numeral 8.03 de la Cláusula Octava del contrato, numeral 1, a) *“Cuando la Contratante declare anticipada y unilateralmente terminado el contrato por causas imputables al contratista”*.

Según consta del memorando No. 231-PS-GPS-10 de 25 de mayo de 2010, referido en los antecedentes de esta consulta, suscrito por el Procurador Síndico Provincial, anexo al oficio de consulta, el Gobierno Provincial de Sucumbíos inició el proceso de terminación unilateral del contrato materia de este análisis, al amparo de los numerales 1 y 4 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En tal virtud, corresponde a la Prefectura continuar con el procedimiento previsto en el artículo 95 ibídem y resolver si procede o no la terminación unilateral del contrato y, de ser procedente, establecer el avance físico de la obra, su liquidación financiera y contable. En la liquidación del contrato, según dispone el artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se puede realizar la compensación de valores que las partes se adeuden mutuamente, sin que esto implique una condonación no permitida por la ley.

Sobre la devolución de garantías, el artículo 77 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé:

“Art. 77.- Devolución de las Garantías.- En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato”.

En cuanto se refiere a la garantía de buen uso del anticipo, el Gobierno Autónomo Descentralizado a su cargo deberá asegurarse previamente, en la liquidación económica final que practique por concepto de los trabajos que han sido efectivamente ejecutados, que los valores que entregó por tal concepto han sido devengados en su totalidad y, de haber valores no amortizados en obra, procederá, en primer término, a descontarlos de cualquier pago pendiente que tenga respecto de la obra efectivamente ejecutada, y si no alcanzaren dichos valores para efectuar el descuento requerido procederá a ejecutar la garantía de buen uso del anticipo, en la parte no devengada, conforme lo prevé el último inciso del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 146 del Reglamento General de la indicada Ley Orgánica.

Igualmente, es aplicable al caso el artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, citado al atender en la primera consulta, que determina que los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos hasta el momento de ser devengados.

Adicionalmente, y sin perjuicio de la competencia de la Contraloría General del Estado para determinar responsabilidades en base del último inciso del Art. 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y los numerales 12 y 34 del artículo 31 de la misma Ley, para evitar que se vuelvan a suscitar circunstancias como las analizadas en este pronunciamiento, deberá instruirse a los funcionarios y fiscalizadores del Gobierno Provincial, sobre la necesidad de alertar oportunamente sobre los eventuales incumplimientos en los plazos de ejecución de los contratos, para que de conformidad con las normas que rigen la contratación pública, la Autoridad pueda proceder de manera oportuna a arbitrar las medidas que fueren pertinentes, en salvaguarda del interés público.

**NEPOTISMO: DOCENTES NO TITULARES
-ATRIBUCIONES DEL RECTOR-**

OF. PGE. N°:	01263, de 07-04-2011
CONSULTANTE:	UNIVERSIDAD ESTATAL DE MILAGRO
CONSULTA:	

“Puede el Rector de la Universidad Estatal de Milagro, firmar los contratos de docentes no titulares que han ingresado por un concurso de selección y contratación que están comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con alguno de los integrantes del órgano colegiado académico superior es decir el H. Consejo Universitario”.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el Art. 230 numeral 2, de la Constitución de la República, y la Disposición General Tercera de la LOSEP, que en el ejercicio del servicio público prohíben el nepotismo; y, del Art. 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que prohíben a toda autoridad nominadora designar, nombrar, posesionar y/o contratar en la misma entidad, institución, organismo o persona jurídica, a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho; prohibición que, como lo prevé el inciso segundo del Art. 6 citado, se extiende a los parientes de los miembros de cuerpos colegiados de la respectiva institución, se concluye que el Rector como primera autoridad ejecutiva y que preside el órgano colegiado académico superior de la Universidad Estatal de Milagro, no puede designar, contratar ni suscribir contratos de docentes no titulares que han ingresado por un concurso de selección y contratación, que tengan vínculos de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, matrimonio o unión libre, con él mismo y/o con alguno de los integrantes del órgano colegiado académico superior, es decir con el Consejo Universitario.

NEPOTISMO: HERMANO DE CONSEJERA

OF. PGE. N°:

01196, de 01-04-2011

CONSULTANTE:

CONSEJO PROVINCIAL DE
PASTAZA

CONSULTA:

“¿Existe o no algún impedimento legal para que el hermano de una consejera pueda ser designado como asesor de la Entidad?”.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con los incisos primero y segundo del Art. 6 de la LOSEP, existe impedimento legal para que el hermano de una consejera del Consejo Provincial de Pastaza pueda ser designado como Asesor directo del Prefecto Provincial del mismo nombre, por existir parentesco en segundo grado de consanguinidad con la referida consejera provincial, que forma parte del Consejo Provincial (Cuerpo Colegiado).

**NEPOTISMO: PARIENTES DE CONCEJAL
-TRABAJADORES-**

OF. PGE. N°: 01311, de 08-04-2011

CONSULTANTE: MUNICIPALIDAD DEL CANTÓN
QUINSALOMA

CONSULTAS:

1. Si existe nepotismo entre un concejal y su tío materno y primo paterno, los dos últimos ingresaron a trabajar en la administración anterior y continuaron laborando en la administración actual desde su inicio, esto es, en agosto del 2009, cuando no estaba vigente la Ley Orgánica del Servicio Público, que se la promulgó el 06 de octubre de 2010. Los dos parientes prestan sus servicios como operadores de equipo pesado, a jornal.

2.- Si existe nepotismo entre una concejala del Municipio de Quinsaloma y el hermano de su esposo que se desempeña como trabajador del Departamento de Agua Potable, quien desde hace cinco años venía prestando sus servicios en la Junta Administradora de Agua hasta el mes de septiembre del 2010, a partir del cual la Municipalidad asumió la competencia del servicio de agua, de conformidad con la Constitución, pasando este trabajador a laborar en el Municipio de Quinsaloma bajo un contrato de prueba, por un convenio con el MIDUVI.

3.- Si de conformidad con el quinto inciso del Art. 6 de ley Orgánica del Servicio Pública, se constituye la figura del nepotismo entre la Jefa de Talento Humano del Municipio de Quinsaloma, quien firmó, conjuntamente con el Alcalde la acción de personal por la cual se otorga nombramiento a la psicóloga Alexandra Catalina Soto Sanabria, como miembro Principal de la Junta de Protección de la Niñez y Adolescencia, luego de haber ganado el respectivo concurso de méritos y oposición, profesional que es hermana de la señora Jefa de Talento Humano del Municipio de Quinsaloma; y en caso de constituirse el nepotismo, que es lo que se debe hacer para solucionar el conflicto de intereses.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- A la fecha de celebración del referido contrato ya se encontraba en funciones de concejal el señor Liandry Lara Llanos, primo paterno del señor Carlos Alberto Murillo Lara. Por lo tanto, al tenor del segundo inciso del Art. 7 de la derogada LOSCCA, vigente al tiempo de celebración del mencionado contrato, que disponía que **también constituye nepotismo** cuando el acto ilegal, beneficie o favorezca a personas vinculadas en los términos indicados, a miembros del cuerpo colegiado del que sea parte el dignatario, autoridad o funcionario del que emanó dicho acto, como es el caso de los concejales que conforman un cuerpo colegiado. En este contrato **sí se configuró el nepotismo**, en razón de que se celebró un contrato con el primo paterno del concejal Liandry Lara Llanos.

2.- En razón de que el señor Erin Jarinton Franco Basantes, es hermano del esposo de la concejala del Municipio de Quinsaloma, Narcisa Alarcón, estaría incurso en la causal de nepotismo, ya que, el mencionado señor es cuñado de la citada concejala Narcisa Alarcón, es decir que tienen una relación de parentesco en segundo grado de afinidad, prevista en el segundo inciso del Art. 6 de la Ley Orgánica del Servicio Público, vigente a la fecha de suscripción del referido contrato, por el cual, la prohibición establecida para la autoridad nominadora de **designar, nombrar, posesionar** y/o contratar en la misma entidad, institución, a sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho, se extiende también a los parientes de los miembros de los cuerpos colegiados o directorios de la respectiva institución.

En relación al impedimento para que el Alcalde contrate bajo el régimen del Código del Trabajo, a los parientes de los señores concejales comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a su cónyuge o con quien mantenga unión de hecho, esta Procuraduría se manifestó mediante oficio No. 00290 de 30 de diciembre de 2010.

3.- Con relación al hecho de que la señora Lorena Soto Sanabria, Jefa de Talento Humano del Municipio de Quinsaloma, haya firmado la Acción de Personal por la cual se otorgó el nombramiento a su hermana como miembro Principal de la Junta de Protección de la Niñez y Adolescencia, con fundamento en el análisis jurídico realizado al atender esta consulta, ha quedado claramente establecido que al ser competencia del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia el nombramiento de los miembros de la Junta de Protección de la Niñez y la Adolescencia, la Acción de Personal expedida por el Municipio de Quinsaloma no constituye el acto administrativo por el cual se nombró a la psicóloga Alexandra Catalina Soto Sanabria como miembro de dicha Junta, sino que lo es la Resolución No. 003-CCNA-QL del Concejo Cantonal de la Niñez y la Adolescencia de Quinsaloma.

En tal virtud, la firma de la Acción de Personal por parte de la señora Lorena Soto Sanabria es un acto de trámite que no representa responsabilidad en dicha designación, sino únicamente en la expedición de la indicada Acción de Personal, que explica en su texto que ésta obedece a un nombramiento efectuado por el Concejo Cantonal de la Niñez y la Adolescencia de Quinsaloma mediante concurso de méritos.

La determinación de las responsabilidades que pudieran existir en la contratación o nombramiento de personas que se encuentren en los casos de nepotismo previstos en la ley, son de competencia de la Auditoría Interna de la entidad consultante y de la Contraloría General del Estado.

**PATRONATO MUNICIPAL DE AMPARO SOCIAL: ENTREGA GRATUITA DE
MEDICINAS A GRUPOS VULNERABLES**

OF. PGE. N°: 01259, de 06-04-2011

CONSULTANTE: MUNICIPIO GONZALO PIZARRO

CONSULTA:

“¿El Patronato Municipal de Amparo Social, puede entregar medicinas de carácter gratuito a toda la población que recibe asistencia médica en el Patronato, incluido servidores públicos o su entrega gratuita se debe hacer solo para las personas pertenecientes a grupos vulnerables?”.

PRONUNCIAMIENTO:

Analizados los fines establecidos en el artículo 2 de la Ordenanza Sustitutiva de Creación del Patronato Municipal de Amparo Social del Gobierno Provincial del Cantón Gonzalo Pizarro, y en aplicación del Art. 37 numeral 1, de la Constitución de la República, el cual dispone que el Estado garantizará a las personas adultas mayores el derecho a la atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas, y de conformidad con la Disposición General Octava del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que establece que los patronatos se registrarán e integrarán a las políticas sociales de cada Gobierno Autónomo Descentralizado, es procedente que el Patronato Municipal de Amparo Social del Gobierno Municipal del Cantón Gonzalo Pizarro, como entidad adscrita al Municipio del mismo nombre, entregue medicinas de carácter gratuito a los grupos vulnerables, definidos en la Constitución como de “atención prioritaria”, que reciban asistencia médica en el Patronato, servicio que, de ser el caso se extenderá a los funcionarios públicos exclusivamente cuando se encuentren dentro del grupo de personas vulnerables o de atención prioritaria.

De conformidad con la Disposición General Octava del COOTAD, el Patronato Municipal de Amparo Social de Gonzalo Pizarro debe registrarse e integrarse a las políticas sociales del Municipio de Gonzalo Pizarro y en tal virtud, la entrega gratuita de medicinas y demás actividades a cargo del Patronato, deberá ser debidamente planificada y constar en el sistema cantonal de protección integral para grupos de atención prioritaria, que debe instituir el Concejo Municipal, por mandato de la letra b), del artículo 57 del COOTAD, así como en el Plan de Desarrollo del Cantón, que según determina la letra d), del artículo 295 del mismo Código, comprende los programas y proyectos con metas concretas y mecanismos de evaluación y rendición de cuentas, que ejecute cada gobierno autónomo descentralizado.

ORDENANZA TRIBUTARIA: VIGENCIA

OF. PGE. N°: 01254, de 06-04-2011

CONSULTANTE: MUNICIPALIDAD DEL CANTÓN
PAUTE

CONSULTA:

“...si es procedente la vigencia de una Ordenanza Tributaria luego de la publicación en la página Web, es decir cumpliendo los dos primeros requisitos que establece el Art. 324 del COOTAD”.

PRONUNCIAMIENTO:

Las ordenanzas tributarias que expidan los Gobiernos Autónomos Municipales, tendrán vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial, de conformidad con el primer inciso del Art. 324 del COOTAD. Por lo tanto, no es procedente que el Municipio de Paute disponga como único requisito para la vigencia de sus ordenanzas tributarias, la publicación de aquellas en la página web de la Municipalidad de Paute.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de la ley, sin perjuicio de la facultad de interpretación de la ley que corresponde exclusivamente a la Asamblea Nacional.

PLAN TARIFARIO DE AGUA POTABLE EN PORTOVIEJO

OF. PGE. N°: 01387, de 14-04-2011

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

CONSULTA:

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

PRONUNCIAMIENTO:

Si bien el Directorio de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo tuvo competencia para aprobar el plan tarifario de agua potable para la ciudad de Portoviejo, sin la necesidad de Ordenanza Municipal, al amparo del artículo 191 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, a partir de la promulgación del Código Orgánico de Organización

Territorial, Autonomía y Descentralización, la modificación de dicho plan tarifario deberá efectuarse mediante Ordenanza, en los términos que disponen los artículos 186 y 566 del COOTAD. Hasta tanto, se aplicarán las tarifas establecidas por el Directorio de esa Empresa Pública.

PRESUPUESTO: COMPETENCIA PARA SU APROBACIÓN DE LA CFN

OF. PGE. N°: 01347, de 12-04-2011

CONSULTANTE: BANCO CENTRAL DEL ECUADOR

CONSULTA:

Solicita la reconsideración del pronunciamiento de este Organismo contenido en oficio No. 00758 de 4 de marzo de 2011, sobre la aplicación de las normas que regulan la aprobación del presupuesto de esa Corporación, y que tuvo por finalidad determinar si existe pugna entre lo previsto en la letra h), del artículo 60 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado que confiere al Banco Central competencia para aprobar el presupuesto de las instituciones financieras del sector público; y, la letra t), del artículo 15 y en el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional, que asignan al Directorio de la CFN atribución para aprobar el presupuesto de esa Corporación, y a su Gerente competencia para ejecutar el presupuesto aprobado por el Directorio de la CFN, sin ningún otro requisito.

PRONUNCIAMIENTO:

La fundamentación del pedido de reconsideración ratifica lo expresado en el informe No. SE-350-2011 de 9 de febrero de 2011, suscrito por usted, que contiene el criterio institucional, cuyo análisis ya fue considerado e incluido en el pronunciamiento emitido por este Organismo, y no agrega nuevos elementos de juicio, como afirma el Asesor Jurídico del Banco Central del Ecuador en la conclusión de su oficio AL-DEB-191-I de 22 de marzo de 2011.

En consecuencia, al no haber variado los fundamentos de derecho en que se motivó mi pronunciamiento, su reconsideración es improcedente.

Con relación al oficio No. MCPE-DM-2011-0282-O de 26 de marzo de 2011, suscrito por la Ministra de Coordinación de la Política Económica, al que antes se ha hecho referencia, conforme ha concluido este Organismo, en el pronunciamiento cuya reconsideración ha solicitado el Banco Central del Ecuador, es competencia del Directorio de la Corporación Financiera Nacional aprobar el presupuesto de esa Corporación, al tenor de los artículos 15 letra t) y 60 de la Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional, pero en el citado pronunciamiento no se le excluye a esa entidad de la obligación de observar las directrices que para la aprobación de las proformas presupuestarias de la banca pública hubiere determinado el Directorio del

Banco Central del Ecuador, así como de requerir el informe del Ministerio Coordinador de la Política Económica, de conformidad con el Decreto Ejecutivo No. 1358 publicado en el Registro Oficial No. 444 de 13 de octubre de 2008.

Se les recuerda a las instituciones relacionadas con el asunto materia de la consulta, la obligación que tienen de coordinar entre ellas las acciones que correspondan al cumplimiento de sus competencias, de conformidad con lo previsto en el Art. 226 de la Constitución de la República.

REAJUSTE DE PRECIOS: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

OF. PGE. N°: 01522, de 26-04-2011

CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE
SANTO DOMINGO DE LOS
TSÁCHILAS

CONSULTA:

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

PRONUNCIAMIENTO:

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

La remuneración de los trabajadores en general, aplicable para el año 2011, fue determinada por el Ministerio de Relaciones Laborales mediante Acuerdo Ministerial No. 00255, de fecha 24 de diciembre del 2010, esto es antes de la

realización de la puja, que tuvo lugar el 27 de diciembre de ese año, y por tanto debió ser considerado por los oferentes por ser un costo directamente relacionado con la prestación del servicio de vigilancia objeto del contrato. En consecuencia, en el caso específico del contrato que motiva su consulta, no se cumplen los requisitos para el reajuste de precios establecidos en la cláusula décima del contrato, y los artículos 82 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 126 y 140 de su Reglamento, sin que por tanto proceda su reconocimiento durante la vigencia del contrato.

SUBROGACIÓN DE FUNCIONES: VICEALCALDE, LICENCIA Y HORARIO DE TRABAJO

OF. PGE. N°: 01485, de 21-04-2011

CONSULTANTE: MUNICIPALIDAD DE 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?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

- 1.- 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.- 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 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.

**TASAS: COBRO DEL 4% POR FISCALIZACIÓN DE CONTRATO
MEDIANTE ORDENANZA MUNICIPAL**

OF. PGE. N°: 01308, de 08-04-2011

CONSULTANTE: MUNICIPALIDAD DE LOJA

CONSULTA:

“¿Si se debe cobrar la tasa del 4% de fiscalización, como lo establece la Ordenanza para el cobro de la tasa por fiscalización de contratos de construcción, a pesar de no estar expresamente incluido en el contrato suscrito entre las partes?”.

PRONUNCIAMINETO:

Es improcedente que el Municipio del Cantón Loja cobre la tasa del 4% de fiscalización en los contratos de construcción de obras que celebre, en aplicación del artículo 1 de la “Ordenanza Municipal para el cobro de la tasa por fiscalización de contratos de construcción, del Municipio de Loja”, publicada en el Registro Oficial No. 201 de 25 de noviembre de 1997, en razón de que dicha normativa quedó derogada, de conformidad con el numeral 7 de las Derogatorias de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que se encontraba vigente a la fecha de suscripción del contrato que motiva la presente consulta.

TASAS: 4% DE FISCALIZACIÓN

OF. PGE. N°: 01309, de 08-04-2011

CONSULTANTE: EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL

DE AGUA POTABLE,
ALCANTARILLADO Y
SANEAMIENTO AMBIENTAL DEL
CANTON AZOGUES, EMAPAL EP

CONSULTA:

“Si es procedente que la EMAPAL EP descuenta en los contratos de ejecución de obras, sea con personas naturales o jurídicas, el 4% del monto total del contrato por concepto de servicios de Fiscalización”.

PRONUNCIAMIENTO:

Es improcedente que la Empresa Pública Municipal de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento Ambiental del Cantón Azoques, EMAPAL EP, a partir de la publicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, descuenta en los contratos de ejecución de obras, sea con personas naturales o jurídicas, el 4% del monto total del contrato por concepto de servicios de Fiscalización en aplicación del artículo 1 de la “Ordenanza que Reglamenta el Cobro de Valores por Servicios de Fiscalización de las Obras que Contrate la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Azogues”, discutida por la corporación edilicia del mencionado Cantón, con fechas 18 de marzo y 22 de abril del 2002, en su orden, en razón de que dicha normativa quedó derogada de conformidad con el numeral 7, de las Derogatorias de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dejó sin efecto en forma expresa, toda contribución que gravaba a los contratos suscritos por las instituciones del sector público.

**UNIVERSIDAD: COGOBIERNO ESTUDIANTIL
PORCENTAJES A EMPLEADOS Y TRABAJADORES**

OF. PGE. N°: 01593, de 29-04-2011

CONSULTANTE: UNIVERSIDAD NACIONAL DE
LOJA

CONSULTAS:

“1. En razón de que con fecha 12 de octubre de 2010 se publicó la nueva Ley Orgánica de Educación Superior, en la cual en su Art. 60 reforma sustancialmente el nivel de participación de los estudiantes, empleados y trabajadores a los organismos de cogobierno, consulto a usted señor Procurador si la Universidad Nacional de Loja, debe seguir actuando con el cogobierno estudiantil del 50%; y en el caso de los empleados y trabajadores con el cogobierno del 10%; o, en forma inmediata, se debe proceder a integrar los organismos de gobierno en los porcentajes como lo dispone el Art. 60 y 62 de la Ley ibídem”.

“2. En vista de que estatutariamente en la Universidad Nacional de Loja se permitía la participación con voz en los organismos de gobierno a las Asociaciones Generales de Profesores, Empleados y Trabajadores; consulto a usted, si estos gremios y asociaciones pueden seguir participando en los organismos de gobierno de la Universidad Nacional de Loja a partir de la promulgación de la nueva Ley de Educación Superior promulgada en el mes de octubre del 2010”.

“3. Por cuanto en la Universidad Nacional de Loja los organismos de gobierno han emitido resoluciones y otros actos administrativos, integrados de conformidad a lo establecido en el Estatuto Orgánico del 2002, consulto a usted, si las mismas son ilegítimas o no”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- A partir del vencimiento del plazo de 180 días establecidos en la disposición Transitoria Décima Séptima de la Ley Orgánica de Educación Superior, la Universidad Nacional de Loja, no debe seguir actuando con el cogobierno estudiantil del 50% establecido en el artículo 90 de su Estatuto; y, en el caso de los empleados y trabajadores con el cogobierno del 10%, sino que debió adecuar su Estatuto a la nueva Ley Orgánica de Educación Superior de manera que los organismos de gobierno de esa Universidad se integren en los porcentajes que disponen los artículos 60 y 62 de esa Ley.

2.- Los gremios y asociaciones de profesores, estudiantes y obreros y trabajadores, pueden seguir siendo reconocidos por los Estatutos de la Universidad Nacional de Loja, en atención al derecho de asociación garantizado por el numeral 13 del Art. 66 de la Constitución, y si bien podrían participar como invitados en los organismos de gobierno de esa Universidad si los Estatutos lo prevén, a partir de la promulgación de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, no podrán tener representación ante los organismos de gobierno de esa Universidad, en virtud de la integración de los organismos de gobierno universitarios, dispuesta en los artículos 60 y 62 de la actual Ley Orgánica de Educación Superior.

3.- Considerando exclusivamente la integración de los órganos colegiados de gobierno de esa Universidad y no las decisiones que hubieren expedido, se concluye que las resoluciones y actos administrativos que hubieren adoptado dentro del plazo de 180 días contados a partir de la promulgación de la nueva Ley Orgánica de Educación Superior, establecido por su Transitoria Décima Séptima, son válidos. Vencido dicho plazo, los órganos colegiados deberán integrarse en la forma prevista en la nueva Ley, y de no hacerlo sus actos serán nulos y no tendrán efecto, según lo dispone el inciso segundo del artículo 63 de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior.

Este organismo no se pronuncia con respecto a los demás requisitos de validez de las resoluciones adoptadas por los órganos colegiados de la Universidad Nacional de Loja, sino exclusivamente sobre aquello que ha sido materia de consulta, referido a su integración.

UTILIDADES: BANCO DEL PACÍFICO S.A. A FAVOR DEL BANCO CENTRAL DEL ECUADOR

OF. PGE. N°: 01242, de 06-04-2011

CONSULTANTE: BANCO CENTRAL DEL ECUADOR

CONSULTA:

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

PRONUNCIAMIENTO:

El Banco Central del Ecuador es titular de las acciones y por tanto propietario del Banco del Pacífico S.A., por mandato del artículo 135 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, que dispuso que el Banco Central del Ecuador podrá mantener la propiedad de las acciones de cualquier institución financiera, que le sean entregadas en canje o sustitución de las acciones del Banco Continental que el Banco Central a su vez adquirió de conformidad con el artículo 1 de la Ley Especial para la Capitalización y Venta del Banco Continental S.A., publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 107 de 14 de julio de 1997. Lo dicho hace inaplicable al caso específico, como antes se concluyó, la prohibición establecida en la letra d), del artículo 84 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado que impide al Banco Central del Ecuador adquirir o admitir en garantía, acciones de compañías de cualquier clase y participar, directa o indirectamente, en empresas o sociedades.

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

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

