BOLETÍN JURÍDICO
NÚMERO 10

PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO

P G E

ECUADOR

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Rafael Parreño Navas
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO
P G E
ECUADOR

Boletín Jurídico
Número 10

DIRECCÍON NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA INSTITUCIONAL

ELABORACIÓN Y PUBLICACIÓN
Subdirección de Asesoría Jurídica

REVISIÓN DE IMAGEN, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN

Unidad de Comunicación Social

FUENTE
Dirección Nacional de Consultoría

Procuraduría General del Estado
Av. Amazonas N° 39-123 y Arízaga, Edificio Amazonas Plaza
Teléfono: 5932 294 1300
Quito – Ecuador

Portal web: www.pge.gob.ec

Tiraje: 600 ejemplares

Impresión:
Empresdane Gráficas Cía. Ltda.
info@empresdane.com

INDICE

PRESENTACIÓN..... 9

ABREVIATURAS.....11

ALIMENTACIÓN:
Subdivisión de contratos 15

ALIMENTACIÓN Y TRANSPORTE:
Empleados municipales 22

ANTICIPO EN LOS PLIEGOS PARA LA CONTRATACIÓN DE EJECUCIÓN DE OBRAS, ADQUISICIÓN DE BIENES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS:
Monto superior..... 30

ARQUITECTOS:
Calificación de oferentes habilitados para construcción de adoquinado..... 36

BIENES AFECTADOS AL SERVICIO PÚBLICO:
Cambio de categoria, donación, venta, declaratoria de utilidad pública y comodato..... 46

BIENES INMUEBLES:
División por sucesión hereditaria, disolución de la sociedad conyugal, particiones judiciales y extrajudiciales de acuerdo al plan de desarrollo y ordenamiento territorial..... 58

CAJA DE CESANTÍA:
Sujetos a procedimientos de contratación pública..... 66

CAJA DE PENSIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN:
Recursos Públicos..... 75

CEMENTO CHIMBORAZO C.A:
Aplicación de la ley Orgánica de Empresas Públicas e incompetencia de la PGE en materia tributaria..... 80

COMISARIO MUNICIPAL:
Libre nombramiento y remoción..... 94

COMPAÑÍA DE SEGUROS:
Indemnización de pago por nave siniestrada..... 99

COMPETENCIAS AMBIENTALES:
Planificación, construcción y explotación de la infraestructura del sistema municipal..... 108

CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN:
Nombramientos docentes de las Fuerzas Armadas, Policia Nacional yAviación Civil.....118

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL:
Capacidad legal para expedir normas jurídicas.....126

CONSEJO SUPERIOR:
Tiempo de duración de representante estudiantil y miembros del consejo 133

CONSORCIO DE GOBIERNOS AUTÓNOMOS PROVINCIALES DEL ECUADOR, CONGOPE:
Entidad asociativa nacional de gobiernos autónomos descentralizados provinciales 143

CONTRATOS COMPLEMENTARIOS:
Órdenes de trabajo para realizar rubros nuevos, ejecución de obras sin contrato y porcentajes..... 148

Reajuste de precios.....157

CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES:
Inhabilidad para contratar.....167

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS:
Cobro a propietarios de inmuebles en el área rural 175

Exención por aporte de la comunidad..... 183

CONVENIO CIVIL:
Cooperación interinstitucional -terminación de contratos-.....187

CUERPO DE BOMBEROS:
Naturaleza jurídica, régimen administrativo, laboral y financiero 190

DECLARATORIA DE USO PÚBLICO DE CAMINOS O SENDEROS DE PROPIEDAD PARTICULAR:
Atribuciones 206

DOCENTES UNIVERSITARIOS:
Indemnización por retiro voluntario, compra de renuncias u otras figuras similares.....216

Jubilación complementaria..... 222

Jubilación voluntaria 227

Jubilación voluntaria -Ampliación de pronunciamiento-..... 230

DONACIÓN DE INMUEBLES:
Asociación de Comerciantes Minoristas..... 233

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL:
Aplicación de tercerización de servicios complementarios 240

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL:
Incompetencia para fijar Tasas y tarifas de servicios 249

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL MANCOMUNADA DE ASEO INTEGRAL DE LA CUENCA DEL JUBONES:
Subrogación al Presidente del Directorio 255

EMPRESAS PÚBLICAS:
Régimen laboral y administrativo de sus servidores 258

FRACCIONAMIENTOS DE PREDIOS:
Contribución de área verde 264

GARANTÍAS DE BUENA EJECUCIÓN DE ESTUDIOS:
Para estudios en tipos de contrato..... 270

GIRO DE NEGOCIOS:
Contrataciones 274

GUARDERIA:
Pago en efectivo..... 286

IMPUESTO A LA UTILIDAD Y PLUSVALIA:
Transferencia de dominio de inmuebles a título oneroso 290

JUBILACIÓN:
Compensación variable de acuerdo a la edad y años de servicio 301

JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA:
Cómputo para el pago..... 307

JUNTA BANCARIA:
Abstenciones y votos afirmativos.....313

LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN:
Secretario General - Aplicación de la normativa actual -.....319

LICENCIA SIN REMUNERACIÓN:
Asuntos personales 326

MINISTRO DE AGRICULTURA, GANADERÍA, ACUACULTURA Y PESCA:
Competencia para conocer, sustanciar y resolver los recursos administrativos..... 338

MUNICIPALIDADES:
Cambio de nombres, determinación de linderos de territorio cantonal y fusión de Parroquias.....346

MÚSICOS SERVIDORES PÚBLICOS:
Pago de honorarios -Reconsideración-.....351

NOTARIO:
Cobro de impuestos a Patente Municipal..... 354

ORQUESTA SINFÓNICA:
Pago de honorarios y emolumentos a músicos instrumentistas..... 365

OTECEL:
Cobro de intereses legales en liquidación de tarifa parcial por uso de frecuencias..... 368

PASANTÍAS PAGADAS:
Mi primer empleo - Supremacía de Reglamento -..... 380

PATENTES MUNICIPALES:
Exoneración en proceso judicial de remate y exenciones de Imp. Artesanos 386

POLICÍA NACIONAL:
Reelección de vocales principales y suplentes del servicio de cesantía 399

PRESUPUESTO MUNICIPAL:
Distribución para prestación de servicios públicos..... 404

PRÓRROGA DE FUNCIONES:
Miembros de sociedad civil del consejo cantonal de la niñez y adolescencia 412

REINGRESO AL SECTOR PÚBLICO:
Servidores que cesaron por venta de renuncia 416

RENUNCIA OBLIGATORIA:
Cálculo para la indemnización..... 421

SUBROGACIÓN:
Cálculo para el pago de fondos de reserva 428

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS:
Emisión de título de crédito por multa en beneficio del Ministerio de Salud..... 434

SUPRESIÓN DE PUESTOS:
Indemnización 441

TRANSFERENCIA DE ACCIONES 443

VACACIONES:
Servidor público ocasional por renovación de contrato 451

VIÁTICOS POR GASTOS DE RESIDENCIA:
Domicilio político..... 455

PRESENTACIÓN

La Procuraduría General del Estado, instituida el 2 de agosto de 1928 por el Presidente Interino Dr. Isidro Ayora Cueva, mediante Decreto Supremo No. 188, este 2 de agosto de 2013, celebra su octogésimo quinto aniversario de creación institucional.

Durante estos 85 años, el trabajo realizado por la Institución y quienes lo conforman, ha coadyuvado en forma eficaz sus actividades de defensa jurídica del Estado, a escala nacional e internacional, con un efectivo asesoramiento y protección de los intereses nacionales, acciones y decisiones tomadas y ejecutadas con transparencia, sometidas al escrutinio del país.

En la celebración de este aniversario, entregamos el presente compendio de pronunciamientos, para asesoramiento de la administración pública y sus administrados, con una visión de compromiso con el Estado actuando con lealtad, buena fe, oportunidad y solidez jurídica como Abogado del Estado.

En consecuencia, con la presente publicación que se encuentra disponible también en el portal web www.pge.gob.ec, la Procuraduría General del Estado contribuye con su misión de legalidad jurídica en el desenvolvimiento de las entidades y organismos del Estado y orienta las acciones del sector público.

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

ABREVIATURAS

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

EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR	CELEC EP
EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS	EMGIRS EP
EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE MOVILIDAD Y OBRAS PÚBLICAS	EPMMOP
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE PORTOVIEJO	EPMAPAP
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE ASEO DE MACHALA	EMAM EP
EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES, AGUA POTABLE ALCANTARILLADO Y SANEAMIENTO DE CUENCA	ETAPA, EP
IMPUESTOS A LOS CONSUMOS ESPECIALES	ICE
INSTITUTO ECUATORIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y BECAS, IECE	IECE
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL	IESS
IMPUESTO AL VALOR AGREGADO	IVA
INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	INCOP
INSTITUTO PARA EL ECODESARROLLO REGIONAL AMAZÓNICO	ECORAE
LEY ORGÁNICA DE EDUCACIÓN SUPERIOR	LOES
Ley Orgánica del Servicio Público	LOSEP
LITERAL	lit.
MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y PRODUCTIVIDAD	MIPRO
NUMERAL	Núm.
NÚMERO	N°
OFICIO	Of.
ORDENANZA	O.

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

ALIMENTACIÓN: SUBDIVISIÓN DE CONTRATOS

OF. PGE. N°: 12888, de 19-04-2013

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, 96; y, 236, 238 de su Reglamento.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1 núm. 4, 6 núm. 13; Disp. General Segunda; y, 60, 67 de su Reglamento.
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, Disp. General Primera, 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 del 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 del 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 del 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 del 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 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.

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 del 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 precontracual 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.

ALIMENTACIÓN Y TRANSPORTE: EMPLEADOS MUNICIPALES

OF. PGE. N°: 12660, de 04-04-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal Del Cantón Pujilí.

CONSULTA:

"¿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, 238 de su Reglamento.
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, Disp. General 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 del 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 del 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.- Prohíbase 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 ibídem, 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 del 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.

ANTICIPO EN LOS PLIEGOS PARA LA CONTRATACIÓN DE EJECUCIÓN DE OBRAS, ADQUISICIÓN DE BIENES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS: MONTO SUPERIOR

OF. PGE. N°: 12339, 11-03-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Provincial de Manabí

CONSULTA:

"¿Dentro del marco de la Autonomía Administrativa, Financiera y Jurídica consagrada en la Constitución y en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización, es POTESTAD DISCRECIONAL DE LA MÁXIMA AUTORIDAD de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, en este caso Provincial, bajo su responsabilidad establecer un monto superior de anticipo en los pliegos para la contratación de ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios conforme lo señala el Art. 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 328, 238, 239, 424 y 240.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, Arts. 1, 3, 9, 10 núm. 8, 27, 75; y, 28 de su Reglamento.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 5 y 6.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos para atender su requerimiento, mediante oficio No. 11876 de 5 de febrero de 2013, la Procuraduría General del Estado requirió el criterio del Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, lo cual fue atendido por su Director Ejecutivo en oficio No. INCOP-DE-2013-0130-OF de 7 de febrero de 2013, ingresado a este Organismo el 8 de febrero del año en curso.

El Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, en el oficio No. INCOP-DE-2013-0130-OF, cita el principio de legalidad contenido en el artículo 226 de la Constitución de la República y el artículo 288 ibídem referido a las compras públicas. Añade que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,

LOSNCP, creó el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, "concediéndole, como es de su conocimiento, entre otras atribuciones y obligaciones, el establecimiento de los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a dicha Ley; el desarrollo y administración del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador; la expedición de modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública; y, dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la citada Ley".

Además, el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, cita los artículos 3, 9, numeral 8 del artículo 10 e inciso segundo del artículo 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y concluye con el siguiente criterio institucional:

"Si bien el segundo inciso del artículo 75 de la LOSNCP prescribe que el monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación, es a través de la facultad rectora y reguladora conferida por la Ley al INCOP, que éste organismo se encuentra facultado y tiene la obligación de, garantizando la calidad del gasto público y su ejecución, proceder a normar el desarrollo y administración del Sistema Nacional de Contratación Pública, razón por la cual fijó el tope o límite superior hasta el cual las entidades contratantes pueden regular el monto del anticipo, en un máximo de hasta el 50% del monto contractual que consta en los modelos obligatorios de pliegos aplicables a la ejecución de obra pública.

Ello implica que el INCOP emite las normas rectoras de la Contratación Pública y deja a las entidades contratantes que, en uso de su facultad de establecer el monto del anticipo en los contratos de obra pública, puedan decidir un determinado porcentaje que no será mayor al previsto por este Instituto.

Con la emisión de modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública y por la facultad de dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la citada Ley, aplicables a todas las entidades detalladas en el artículo 1 de la LOSNCP, el INCOP no viola norma alguna y menos la autonomía administrativa de los GAD's cuyas autoridades deben observar los modelos de pliegos emitidos con las instrucciones y facultades señaladas en ellos, pues el INCOP en ejercicio de su capacidad regulatoria ha expedido tanto normativa secundaria y modelos de pliegos que son de estricto y cabal cumplimiento".

El informe jurídico del gobierno autónomo descentralizado consultante, consta en el memorando No. 045-PS-JMMR-2013 de 25 de enero de 2013, suscrito por el Procurador

Síndico del Gobierno Provincial, quien cita los artículos 328, 238, 239 y 424 de la Constitución de la República y concluye con el siguiente criterio:

"Por último señor Procurador General del Estado, razonando en los antecedentes de hecho y de derecho enmarcados en el ordenamiento jurídico vigente, y los principios constitucionales señalados, considero que por así disponerlo el Art. 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP; ES UNA FACULTAD DISCRECIONAL, de las máximas autoridades de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, en este caso, del Prefecto del Gobierno Provincial de Manabí, aprobar en los pliegos de los Procesos de Contratación de ejecución de obra, prestación de servicios y adquisición de bienes con un Anticipo conforme a las necesidades institucionales pudiendo ser inferior o superior al establecido en el modelo de pliegos emitido por el INCOP; bajo su responsabilidad previniendo el cumplimiento de exigir las garantías suficientes señaladas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y su Reglamento; puesto que la Autonomía y el principio de legalidad, son principios de independencia administrativa consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, en el Código Orgánico de Organización Territorial; Autonomías y Descentralización y en Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP".

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 1, referido a su objeto y ámbito, dispone que: "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: (…) 4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo".

Por su parte, el artículo 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, relacionado con la garantía por anticipo señala:

"Art. 75.- Garantía por Anticipo.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato.

El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación".

Según consta del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Instituto Nacional de Contratación Pública es un organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia que ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, que entre sus atribuciones la indicada norma en el número 8 le autoriza a: "Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado".

El Art. 27 ibídem dispone lo siguiente:

"Artículo 27.- Modelos Obligatorios.- Serán obligatorios los modelos y formatos de documentos pre contractuales y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, que serán elaborados y oficializados por el Instituto Nacional de Contratación Pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado".

Adicionalmente, el artículo 28 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expresa que los modelos y formatos obligatorios, serán expedidos por el Director Ejecutivo del INCOP mediante resolución y serán publicados en el Portal www.compraspublicas.gob.ec, añadiendo que cada entidad contratante deberá completar los modelos obligatorios y que la entidad contratante bajo su responsabilidad podrá modificar y ajustarlos a las necesidades particulares de cada proceso de contratación, siempre que se cumpla con la Ley y el presente Reglamento General.

Al amparo de la normativa jurídica citada, el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, emitió los modelos de pliegos de uso obligatorio para los procedimientos de catálogo electrónico, de menor cuantía, cotización y licitación de obras, bienes y servicios, y, aquellos relacionados con la contratación de consultoría en todas sus formas y según consta de los mismos, en los casos de contratación de ejecución de obras, se establece como valor máximo por concepto de anticipo el 50% del monto total del contrato y para la contratación de bienes y servicios, incluidos los de consultoría, determinan un máximo por concepto de anticipo del 70% del monto total del contrato.

De otra parte, con relación a la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados referida en su consulta, el artículo 238 de la Constitución de la República, dispone que aquellos 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.
El artículo 5 del Código de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, define la autonomía en los siguientes términos:

"Art. 5.- Autonomía.- La autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales prevista en la Constitución comprende el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad, sin intervención de otro nivel de gobierno y en beneficio de sus habitantes. Esta autonomía se ejercerá de manera responsable y solidaria. En ningún caso pondrá en riesgo el carácter unitario del Estado y no permitirá la secesión del territorio nacional.

La autonomía política es la capacidad de cada gobierno autónomo descentralizado para impulsar procesos y formas de desarrollo acordes a la historia, cultura y características propias de la circunscripción territorial. Se expresa en el pleno ejercicio de las facultades normativas y ejecutivas sobre las competencias de su responsabilidad; las facultades que de manera concurrente se vayan asumiendo; la capacidad de emitir políticas públicas territoriales; la elección directa que los ciudadanos hacen de sus autoridades mediante sufragio universal, directo y secreto; y, el ejercicio de la participación ciudadana.

La autonomía administrativa consiste en el pleno ejercicio de la facultad de organización y de gestión de sus talentos humanos y recursos materiales para el ejercicio de sus competencias y cumplimiento de sus atribuciones, en forma directa o delegada, conforme a lo previsto en la Constitución y la ley.

La autonomía financiera se expresa en el derecho de los gobiernos autónomos descentralizados de recibir de manera directa predecible, oportuna, automática y sin condiciones los recursos que les corresponden de su participación en el Presupuesto General de Estado, así como en la capacidad de generar y administrar sus propios recursos, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y la ley.

Su ejercicio no excluirá la acción de los organismos nacionales de control en uso de sus facultades constitucionales y legales".

El artículo 6 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización señala que, en virtud de la garantía de autonomía, ninguna función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía política, administrativa

y financiera propia de los gobiernos autónomos descentralizados, salvo lo prescrito por la Constitución y las leyes de la República.

Del artículo 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización se desprende que la autonomía constituye el derecho y la capacidad efectiva de estos niveles de gobierno para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios, en sus respectivas circunscripciones territoriales, bajo su responsabilidad, sin intervención de otro nivel de gobierno y en beneficio de sus habitantes.

Añade el artículo 5 del Código Orgánico en mención que, la autonomía que en lo político se expresa como la capacidad de cada gobierno autónomo descentralizado para impulsar procesos y formas de desarrollo acordes a la historia, cultura y características propias de la circunscripción territorial; y, que la autonomía administrativa consiste en el pleno ejercicio de la facultad de organización y de gestión de sus talentos humanos y recursos materiales para el ejercicio de sus competencias y cumplimiento de sus atribuciones, según la Constitución y la ley. Finalmente, la misma norma prevé que la autonomía financiera se expresa en el derecho de los gobiernos autónomos descentralizados de recibir de manera directa predecible, oportuna, automática y sin condiciones los recursos que les corresponden de su participación en el Presupuesto General de Estado, así como en la capacidad de generar y administrar sus propios recursos.

A la luz del marco legal previamente analizado, se evidencia que la autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados, se circunscribe a las competencias y facultades que nuestra legislación confiere a esta clase de gobiernos y dentro de la normativa aplicable a cada materia, sin que abarque ámbitos reservados a otras entidades públicas, como en el presente caso, las atribuciones propias del Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, como ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, al cual le corresponde emitir los modelos y formatos de documentos precontractuales y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual.

En consecuencia, en atención a su consulta, al amparo del Art. 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y conforme los modelos y formatos de documentos precontractuales y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, elaborados por el Instituto Nacional de Contratación Pública, cuya aplicación es obligatoria por mandato del artículo 27 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se concluye que el límite máximo del valor que las entidades contratantes pueden entregar por concepto de anticipo a los contratistas, para el caso de ejecución de obras, adquisición de bienes y

prestación de servicios, incluidos los de consultoría, son los que constan establecidos en los pliegos emitidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP.

ARQUITECTOS: CALIFICACIÓN DE OFERENTES HABILITADOS PARA CONSTRUCCIÓN DE ADOQUINADO

OF. PGE. N°: 13390, de 30-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Provincial de Pichincha.

CONSULTA:

"¿Están legalmente facultados los arquitectos para la construcción de obras viales, tales como: adoquinados, empedrados, asfaltados, etc. si se encuentran habilitados por el Instituto Nacional de Contratación Pública para la ejecución de dichas obras, o se los debe deshabilitar considerando que el Reglamento General a la Ley de Ejercicio de la Arquitectura no prevé dichas obras como parte de su ejercicio profesional?".

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 13.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 10 núm. 4; 6 núm. 28, 29, 16, 18, 99; y, 8 y 20 de su Reglamento.
Ley de Ejercicio Profesional de los Arquitectos, Arts. 2; y, 2, 8, 9, 11 de su Reglamento.
Reglamento a la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería Civil, Art. 10.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis sobre el tema materia de consulta, con oficio No. 12679 de 8 de abril de 2013, este Organismo requirió el criterio del Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública. Con oficio No. 13200 de 14 de mayo de 2013 se insistió en dicho requerimiento, mismo que ha sido atendido mediante oficio No. INCOP-DE-2013-0303-OF de 15 de mayo de 2013, ingresado el 16 de mayo del presente año.

El oficio inicial de consulta refiere como antecedente que, la Dirección de Auditoría Interna del Gobierno Autónomo Descentralizado de la provincia de Pichincha, efectuó

el "Examen Especial de Ingeniería a la Construcción de Puentes de la Provincia de Pichincha, por el período comprendido entre el 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2010", formulando la Recomendación 5 que señala:

"Al Director de Gestión de Compras Públicas, se abstendrá de invitar a profesionales que no estén técnica y legalmente facultados para ejercer las actividades determinadas en los documentos precontractuales y base técnica y a los que posteriormente se comprometerán mediante los correspondientes contratos suscritos".

El informe del Procurador Síndico contenido en memorandum No. MEM-231-DGS-13 de 21 de marzo de 2013, cita los artículos 16 y 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a través de los cuales se crea el Registro Único de Proveedores (RUP) y se prevé que para participar en las contrataciones reguladas por esa Ley, se requiere constar en el RUP como proveedor habilitado.

El referido informe invoca además los artículos 2 y 9 del Reglamento General a la Ley de Ejercicio Profesional de la Arquitectura, que determinan las actividades que los arquitectos pueden realizar; y, el artículo 1 de la Resolución INCOP No. 052-2011 que prevé como obligación del INCOP, "verificar la situación legal del proveedor" a fin de habilitarlo en el RUP.

Sobre dicha base normativa, el Procurador Síndico concluye:

"Si bien el Reglamento General a la Ley de Ejercicio de la Arquitectura no prevé en forma específica, la construcción de obras viales como adoquinados, empedrados, asfaltados y otros de similar naturaleza, como parte del ejercicio profesional de los arquitectos, es el INCOP, conforme lo determina el artículo 16 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Institución responsable de habilitar a las personas naturales o jurídicas, luego de un proceso de verificación de sus capacidades, para proveer a las entidades contempladas en el artículo 1 de la referida Ley Orgánica, de bienes, obras o servicios incluidos los de consultoría.

El Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha debe calificar a los oferentes que se encuentran habilitados por el Instituto Nacional de Contratación Pública para proveer los bienes, servicios u obras requeridos por la Institución y que además cumplen con los requisitos determinados en los pliegos precontractuales correspondientes; lo contrario significaría inobservar los principios de legalidad, trato justo, igualdad, oportunidad y concurrencia, determinados en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública".

Por su parte, el Director Ejecutivo del INCOP cita los artículos 2 de la Ley de Ejercicio

Profesional de los Arquitectos, 9 y 11 de su Reglamento, así como los artículos 5 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería Civil, 9 y 10 de su Reglamento; 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, contenido en oficio No. 17595 de 23 de noviembre de 2010, que se citará más adelante.

Sobre dicha base, el Director Ejecutivo del INCOP manifiesta que: "(…) esta normativa ha sido reflejada en el Clasificador Central de Productos, en la siguiente habilitación de códigos:

83211 Servicios de asesoramiento y prediseño arquitectónicos.
83212 Servicios de diseño arquitectónico y de administración de contratos.
83219 Otros servicios de arquitectura.
5320 Obras de ingeniería civil.
5321 Carreteras (excepto carreteras elevadas), calles, caminos.
5322 Puentes y carreteras elevadas.
5323 Acueductos y otros conductos para el suministro de agua, excepto tuberías.
5324 Tuberías urbanas
5326 Construcciones para la minería
5327 Instalaciones al aire libre para deportes y esparcimiento
5329 Obras de ingeniería civil.

Añade el Director Ejecutivo del INCOP que: "(…) el código 532900011 denominado 'OTRAS OBRAS DE INGENIERÍA CIVIL' es amplio y admitiría diferentes tipos de obras, entre las cuales podría encontrarse alguna que sea competencia de los profesionales que ejercen la Arquitectura (…)".

Concluye el Director Ejecutivo del INCOP que: "(…) será responsabilidad de las entidades contratantes escoger el código correcto para la ejecución de la obra, teniendo en consideración que existen actividades claramente identificadas, que requieren conocimientos específicos y que son propias tanto para los profesionales de la ingeniería civil, como para los profesionales de la arquitectura".

Para el análisis de la materia sobre la que trata su consulta, resulta pertinente considerar que, el numeral 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública asigna al Instituto Nacional de Contratación Pública entre otras atribuciones, la de "Administrar el Registro Único de Proveedores RUP".

De acuerdo con los artículos 6 numeral 29 y 16 de la citada Ley Orgánica, el Registro Único de Proveedores es "(…) un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar

según esta Ley (…)", que corresponde al INCOP administrar y mantener actualizado en forma automática y permanente.

El numeral 28 del citado artículo 6 de la aludida Ley Orgánica, define el término "Proveedor" como: "(…) la persona natural o jurídica nacional o extranjera, que se encuentra inscrita en el RUP, de conformidad con esta Ley, habilitada para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría, requeridos por las Entidades Contratantes".

El inciso primero del artículo 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece lo siguiente:

"Art. 18.- Obligatoriedad de Inscripción.- Para participar individualmente o en asociación en las contrataciones reguladas por esta Ley se requiere constar en el RUP como proveedor habilitado. 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".

Concordantes, los artículos 19 y 26 de la citada Ley Orgánica prevén que, para participar individualmente o en asociación en las contrataciones reguladas por esa Ley, se requiere constar en el RUP como proveedor habilitado; y, que los oferentes inscritos en el RUP pueden presentar sus ofertas individualmente, asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio.

Por su parte, el artículo 8 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina el procedimiento para que los proveedores se registren en el RUP; y, dispone que: "(…) el INCOP podrá establecer los mecanismos complementarios en cuanto a inscripción, habilitación y actualización de información".

La Resolución No. 052 del INCOP establece el "Procedimiento Administrativo del Registro Único de Proveedores -RUP-, Registro de Entidades Contratantes y Registro de Incumplimientos".

Los artículos 2 y 3 de la Resolución No. 052 del INCOP establecen los requisitos para el registro en el RUP, para personas naturales y para personas jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas en el país, respectivamente.

De acuerdo con el artículo 8 de la citada Resolución, "Un proveedor podrá habilitarse en más de una categoría correspondiente a los códigos del Clasificador Central de Productos, que para el efecto se encuentra publicado en el portal www.compraspublicas.gob.ec. siempre que tales categorías guarden relación con las actividades económicas

que consten en el registro único de contribuyentes, y que la habilitación del proveedor no esté supeditada al cumplimiento de otros requisitos establecidos en la Constitución y las leyes vigentes".

Las normas precedentes permiten colegir que se entiende por proveedor de bienes, servicios –incluidos aquellos de consultoría- o ejecución de obra, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que están habilitadas en el Registro Único de Proveedores, RUP, habilitación que es responsabilidad del Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, y que debe realizarse siempre que se verifique el cumplimiento de los requisitos constitucional y legalmente previstos.

De acuerdo con el artículo 8 de la Resolución No. 52 del INCOP, las categorías del Clasificador Central de Productos, para las que los proveedores están habilitados a presentar ofertas, individualmente o en asociación, deben guardar relación con las actividades económicas que consten en el registro único de contribuyentes (que administra el Servicio de Rentas Internas).

La habilitación del proveedor en el RUP, puede estar supeditada al cumplimiento de otros requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley, según prescribe la parte final del citado artículo 8 de la Resolución No. 52 del INCOP, como es el caso de las obras de carácter urbano que pueden ser ejecutadas por arquitectos o ingenieros civiles, según la naturaleza de la respectiva obra.

Por otro lado, de acuerdo con el tercer inciso del artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, "La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar".

En el pronunciamiento contenido en oficio No. 17595 de 23 de noviembre de 2010, citado por el INCOP, el Procurador General del Estado Subrogante, expuso:

"En aplicación del artículo 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se concluye que para participar en los distintos procesos regulados por la indicada Ley Orgánica, los proveedores deben estar inscritos en el Registro Único de Proveedores, cuya administración está a cargo del Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP; por lo que en atención a los términos de su consulta, el Gobierno Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas debe contratar la ejecución de obras de ingeniería civil únicamente con quienes se encuentren plenamente habilitados en

el Registro Único de Proveedores, tomando en cuenta que es responsabilidad de la entidad contratante la determinación de los requisitos específicos del procedimiento de contratación, en la elaboración de los pliegos para el proceso precontractual; y, que al momento de creación del proceso en el Sistema Nacional de Contratación Pública, el Gobierno Provincial deberá cuidar el uso de los códigos de creación, ya que, dependiendo de los mismos el sistema invitará automáticamente a profesionales afines a la contratación, o incluso proveedores no profesionales habilitados en el RUP, con relación a las categorías existentes en el Clasificador Central de Productos (CPC), conforme expresa el Instituto Nacional de Contratación Pública en su oficio No. INCOP No. DE-7849-2010 de 11 de octubre de 2010, citado en líneas anteriores.

En tal virtud, del análisis jurídico precedente se concluye que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no ha previsto la obligatoriedad de que la ejecución de obras de ingeniería civil sean contratadas exclusivamente con ingenieros civiles, sino únicamente que los proveedores estén inscritos en el registro único de proveedores, siendo responsabilidad de cada entidad contratante la determinación de los requisitos específicos y la elaboración de los pliegos dentro del proceso contratación".

A lo dicho en el pronunciamiento previamente citado, que resalta el hecho de que por proveedor se entiende a quien esté habilitado como tal en el RUP, y destaca la responsabilidad de toda entidad contratante respecto de la correcta elección del código de contratación de un bien, servicio o ejecución de obra, y en consideración a la materia a la que se refiere la consulta, es pertinente agregar que, el artículo 2 de la Ley de Ejercicio Profesional de los Arquitectos, establece las actividades que les corresponde ejecutar a los arquitectos y dispone:

"Art. 2.- Compete exclusivamente a los profesionales de la arquitectura:

a) La formulación de los componentes físico - espaciales para los planes y políticas generales de desarrollo, así como de los planes y políticas sectoriales de vivienda, educación, salud, administración territorial, urbanismo y, en general, para todos aquellos en los que se incluyan aspectos físico - espaciales;

b) La realización de estudios, programas, proyectos y diseños arquitectónicos, urbanísticos, de organización y fraccionamiento territorial, de paisajismo, de diseño interior de espacios arquitectónicos y la participación sectorial en estudios de impacto ambiental;

c) La realización de estudios, programas, proyectos y diseños de obras de restauración, rehabilitación, renovación y adecuación de edificaciones y espacios urbanos;

d) La dirección en la ejecución de obras arquitectónicas y urbanísticas, así como de las instituciones públicas y semipúblicas, como tales, o de sus departamentos, en cuanto su actividad se vincule con la profesión;

e) La docencia, asesoría, supervisión y evaluación de obras en las áreas específicas de la Arquitectura y el Urbanismo, y la Consultoría de conformidad con la Ley; y;

f) La participación en concursos de proyectos y diseños de obras relacionadas específicamente con la profesión, ya sea como concursantes directos o jurados.

Además, podrán realizar cualquier otra actividad no específica que, por su naturaleza y objetivo, requiera de conocimientos profesionales de arquitectura y urbanismo, en especial las siguientes:

a) Construcción, restauración, rehabilitación, renovación, adecuación y mantenimiento de obras urbanas tales como: paisajismo, plazas, parques, jardines, espacios públicos, áreas de circulación peatonal, en general, las áreas exteriores de las edificaciones y, de edificaciones para vivienda, educación, salud, deportes, recreación, cultura, turismo, agricultura, industria, comercio, administración, transporte, militares, polifuncionales, de culto y monumentos, en su parte arquitectónica; y, ejecución de diseño interior y decoración;

b) Fiscalización, peritazgos, avalúos y planificación de obras de arquitectura y urbanismo; y,

c) Diseños relacionados con productos industriales, elementos y objetos de comunicación visual y sistemas constructivos relacionados con la arquitectura y urbanismo".

Similar previsión a la previamente transcrita, consta en el artículo 8 del Reglamento a la Ley de Ejercicio Profesional de la Arquitectura, que ha invocado la entidad consultante y que prescribe lo siguiente:

"Art. 8.- ACTIVIDADES INHERENTES A LA ARQUITECTURA

Son actividades propias del ejercicio profesional de la Arquitectura, las contempladas en el Art. 2 de la Ley, y de manera exclusiva, las siguientes:

a) La formulación de los componentes físico - espaciales para los planes y políticas generales de desarrollo, así como de los planes y políticas sectoriales de vivienda,

educación, salud, administración territorial, urbanismo y, en general, para todos aquellos en los que se incluyan aspectos físico - espaciales;

b) La realización de estudios, programas, proyectos y diseños urbanísticos, de organización y fraccionamiento territorial, de paisajismo, y la participación sectorial en estudios de impacto ambiental;
c) La ejecución de estudios, programas, proyectos y diseños arquitectónicos de todo tipo de edificaciones;

d) La realización de estudios, programas, proyectos de diseño interior de espacios arquitectónicos;

e) La realización de estudios, programas, proyectos y diseños de obras de restauración, rehabilitación, renovación y adecuación de edificaciones y espacios urbanos;

f) La dirección en la ejecución de obras arquitectónicas y urbanísticas;

g) La dirección arquitectónica en la ejecución de obras arquitectónicas y urbanísticas, así como el desempeño de cargos directivos en las instituciones o empresas públicas o semipúblicas y privadas, como tales, o de sus departamentos, en cuanto su actividad se vincule con la profesión;

h) La docencia, asesoría, supervisión y evaluación de obras en las áreas específicas de la Arquitectura y el Urbanismo, y la consultoría de conformidad con la ley;

i) La participación en concursos de proyectos y diseños de obras relacionadas específicamente con la profesión, ya sea como concursantes directos, asesores o jurados;

j) La elaboración de planos arquitectónicos, de detalles, especificaciones técnicas arquitectónicas, para la construcción de toda clase de edificios, así como su programación y presupuestos; y,

k) La aprobación de estudios, programas, planos, proyectos y diseños urbanísticos y arquitectónicos".

Por su parte, el artículo 2 del citado Reglamento, define el ejercicio profesional de la arquitectura en los siguientes términos:

"Art. 2.- DEFINICION DEL EJERCICIO PROFESIONAL

El ejercicio de la Arquitectura consiste en la prestación de servicios profesionales relacionados con el diseño, la construcción, la ampliación, la conservación, la restauración o la modificación de un edificio o conjunto de edificios. Estos servicios profesionales incluyen, aunque no se limiten a ello, planeamiento, planeamiento estratégico y de uso del suelo, el diseño urbano, la provisión de estudios preliminares, diseños, maquetas, dibujos, documentación técnica y específicamente, la coordinación de la documentación técnica oportuna preparada por terceros sin limitación, la economía de la construcción, la administración de los contratos, el control y fiscalización de la construcción y la gestión del proyecto".

Es de suma importancia que para efectos de diferenciar la actividad profesional de los arquitectos, se atienda a la definición que de "construcción de obras" contiene el artículo 11 del citado Reglamento a la Ley de Ejercicio Profesional de la Arquitectura, en los siguientes términos:

"Art. 11.- CONSTRUCCION DE OBRAS

Se entiende por ejecución de obras, tanto la materialización de un proyecto arquitectónico o de técnica urbanística, como la construcción de todo cuanto implique un ordenamiento y distribución de espacios físicos, así como la restauración, rehabilitación, renovación, adecuación y mantenimiento de este tipo de obras".

Por otro lado, el artículo 10 del Reglamento a la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería Civil, determina las actividades que corresponde realizar a esos profesionales e incluye entre ellas, las siguientes:

"a) Ingeniería de Tráfico y Transporte; construcción de vías de comunicación: carreteras, caminos, calles, ferrocarriles, autopistas, incluyendo puentes, túneles, muros, etc.; aeropuertos, obras portuarias, terminales terrestres; y, demás obras complementarias;

(…) d) Estudio de la mecánica de suelos y rocas;

e) Resistencia de materiales;

(…) h) Cálculo, diseño y construcción de estructuras de toda clase; e,

i) Construcción de edificios de toda naturaleza y la de otras obras, con excepción de las instalaciones correspondientes a otras ramas profesionales".

Los artículos 2 de la Ley de Ejercicio Profesional de los Arquitectos, 2, 8 y 11 de su Reglamento, previamente citados, determinan las obras urbanas que los arquitectos pueden ejecutar, entre ellas plazas, parques, jardines, espacios públicos de circulación peatonal, áreas exteriores de edificaciones, fiscalización y planificación de obras de arquitectura y urbanismo. Dicha enumeración es ejemplificativa, pues las normas citadas concuerdan al establecer que los profesionales arquitectos "podrán realizar cualquier otra actividad no específica que, por su naturaleza y objetivo, requiera de conocimientos profesionales de arquitectura y urbanismo".

Mientras que, según el artículo 10 del Reglamento a la Ley de Ejercicio Profesional de los Ingenieros Civiles, corresponde a esos profesionales, la construcción de vías de comunicación como carreteras, caminos, calles, así como estructuras de toda clase, edificios y otras obras.

De conformidad con el artículo 8 de la Resolución No. 052 del INCOP, corresponde a ese Instituto verificar que la habilitación de los profesionales arquitectos, en uno o varios códigos del Clasificador Central de Productos, guarde relación con las actividades que están autorizados a ejecutar de conformidad con los artículos 2 de la Ley de Ejercicio Profesional de los Arquitectos, 8 y 11 de su Reglamento.

En tal contexto, de conformidad con los artículos 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 20 de su Reglamento, es responsabilidad de los funcionarios de la entidad contratante, al momento de elaborar los pliegos, definir las especificaciones de la obra, a efecto de establecer si puede o no ser ejecutada por un arquitecto y elegir en función de ese criterio técnico, el correspondiente código del Clasificador Central de Productos para crear el proceso de contratación en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, los profesionales arquitectos que como personas naturales estén inscritos en el RUP que administra el INCOP y habilitados para ser proveedores, pueden ejecutar procesos de construcción de obras arquitectónicas, esto es, que guarden relación con las actividades inherentes al ejercicio de su profesión, en los términos que establecen los artículos 2 de la Ley de Ejercicio Profesional de los Arquitectos, 2, 8 y 11 de su Reglamento.

BIENES AFECTADOS AL SERVICIO PÚBLICO: CAMBIO DE CATEGORIA, DONACIÓN, VENTA, DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA Y COMODATO

OF. PGE. N°: 13276, de 20-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Provincial de Pichincha

CONSULTA:

1.- "¿Lo dispuesto por el artículo 416 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, respecto de la condición jurídica de inalienables, inembargables e imprescriptibles de los bienes afectados al servicio público, que integran el patrimonio del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha, constituye impedimento legal para su donación a personas jurídicas de Derecho Público?".

2.- "Si la respuesta a la pregunta anterior fuere afirmativa, ¿procede la donación si en forma simultánea el Consejo Provincial, sobre la base de lo preceptuado en el artículo 423 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización resuelve el cambio a la categoría de bienes de dominio privado?".

3.- "¿El cambio de categoría a bienes de dominio privado, para los bienes afectados al servicio público, de modo que proceda su venta o donación debe tener específicos antecedentes de razón administrativa o constituye un ejercicio de la facultad discrecional de la administración?".

4.- "¿La atribución de declaratoria de utilidad pública contemplada en el artículo 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización puede ejercerse en forma legal respecto de bienes de los gobiernos autónomos descentralizados afectados al servicio público, con arreglo a lo dispuesto en el inciso final del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y si no lo fuese, cómo se verificaría la expropiación de tales bienes en caso de no producirse acuerdo con la entidad titular del dominio?".

5.- "¿Los bienes muebles que dejaren de usarse o que son obsoletos o inservibles pasan a la categoría de bienes de dominio privado, en tanto dejan de ser funcionales a la prestación de servicios públicos o a las necesidades administrativas en general y, se inventarían en consecuencia sin que se haya previsto tal efecto en acto normativo; y, por

consiguiente, pueden ser transferidos gratuitamente a personas jurídicas de derecho público o privado con arreglo a las disposiciones institucionales y al Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de los Bienes del Sector Público?"; y,

6.- "¿En el régimen de bienes que establece el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización es legalmente procedente entre entidades del sector público el comodato de bienes afectados al servicio público?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226, 237 núm. 3 y 263.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 41, 42, 415, 416, 418, 423 y 446.
Código Civil, Arts. 604, 691 y 1402.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 58; y, 62 inc. Primero de su Reglamento.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.
Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Art. 13 lit. a).

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- El informe del Procurador Síndico contenido en memorando No. MEM-226-DGS-13 de 19 de marzo de 2013, manifiesta que: "La característica de inalienabilidad constituye el impedimento jurídico para que el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha pueda transferir el dominio de sus bienes muebles e inmuebles que se encuentren afectados al servicio público, ya sea a título gratuito u oneroso".

El artículo 604 del Código Civil se refiere a los bienes nacionales y los clasifica en bienes nacionales de uso público y bienes fiscales, según su uso pertenezca o no a todos los habitantes de la Nación; dicha norma dispone:

"Art. 604.- Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales".

Concordante, el artículo 415 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), prevé que los bienes de los gobiernos autónomos descentralizados se dividen en bienes del dominio privado y bienes del dominio público y que estos últimos se subdividen, a su vez, en bienes de uso público y bienes afectados al servicio público.

Respecto de los bienes de dominio público el artículo 416 del COOTAD, sobre cuya aplicación trata la consulta, dispone:

"Art. 416.- Bienes de dominio público. Son bienes de dominio público aquellos cuya función es la prestación de servicios públicos de competencia de cada gobierno autónomo descentralizado a los que están directamente destinados.

Los bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles; en consecuencia, no tendrán valor alguno los actos, pactos o sentencias, hechos concertados o dictados en contravención a esta disposición.

Sin embargo, los bienes a los que se refiere el inciso anterior podrán ser entregados como aporte de capital del gobierno autónomo descentralizado para la constitución de empresas públicas o mixtas o para aumentos de capital en las mismas, siempre que el objetivo sea la prestación de servicios públicos, dentro del ámbito de sus competencias.

Se consideran bienes de dominio público, las franjas correspondientes a las torres y redes de tendido eléctrico, de oleoductos, poliductos y similares".

De la norma transcrita se desprende que son bienes de domino público aquellos que están destinados en forma directa a la prestación de servicios públicos de competencia del respectivo gobierno autónomo descentralizado. El segundo inciso del citado artículo 416 del COOTAD asigna a los bienes de dominio público los caracteres de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Al respecto, Dromi explica que:

"El criterio para distinguir las categorías de dominio público y dominio privado reside básicamente en el destino o uso asignado al bien.

(…) En suma, un bien o cosa se considera del dominio público y sometido al régimen pertinente cuando está afectado al 'uso público directa o indirectamente (…)".

"(…) Así, lo que caracteriza al dominio público no es, precisamente, ni el uso directo, ni la afectación a un servicio público, sino la afectación del bien a utilidad o comodidad

común, concepto éste más amplio que aquellos. 'La afectación de un edificio a un servicio público lo hace caer inmediatamente en el dominio público".

"Los caracteres básicos del régimen jurídico del dominio público son la inalienabilidad y la imprescriptibilidad. Sin embargo, no son atributos exclusivos de los bienes dominiales. Son efectos, no causas de la dominialidad".

El mismo autor manifiesta que, "Afectar es consagrar un bien al dominio público. Desafectar, por el contrario, es sustraerlo de su destino al uso público". En el mismo sentido, la Enciclopedia Jurídica Omeba define el término "afectación" como la "Destinación de un bien a un patrimonio o a un servicio de interés público"; y, agrega:

"Se denominan bienes inalienables 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. Los bienes están fuera del comercio, o por ser inajenables en absoluto o por su inenajenabilidad relativa.

Son absolutamente inajenables:

Primero: Las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley. (…) Son relativamente inajenables: las que precisan una autorización previa para su enajenación (…)".

El carácter inalienable de los bienes de dominio público, entre ellos, los que están destinados a la prestación de servicios públicos, establece que no sean susceptibles de enajenación o traspaso de dominio, en virtud de que están excluidos del comercio humano, lo que a su vez determina que no puedan ser objeto de adquisición por el modo prescripción, ni de medidas de ejecución como el embargo.

De acuerdo con el artículo 418 del COOTAD, son bienes afectados al servicio público, aquellos que se han adscrito administrativamente a un servicio público, o se han adquirido o construido para tal fin; la misma norma, incluye en esa categoría los siguientes:

a) Los edificios destinados a la administración de los gobiernos autónomos descentralizados;

b) Los edificios y demás elementos del activo destinados a establecimientos educacionales, bibliotecas, museos y demás funciones de carácter cultural;

c) Los edificios y demás bienes del activo fijo o del circulante de las empresas

públicas de los gobiernos autónomos descentralizados de carácter público como las empresas de agua potable, teléfonos, rastro, alcantarillado y otras de análoga naturaleza;

d) Los edificios y demás elementos de los activos fijo y circulante destinados a hospitales y demás organismos de salud y asistencia social;

e) Los activos destinados a servicios públicos como el de recolección, procesamiento y disposición final de desechos sólidos;

f) Las obras de infraestructura realizadas bajo el suelo tales como canaletas, duetos subterráneos, sistemas de alcantarillado entre otros;

g) Otros bienes de activo fijo o circulante, destinados al cumplimiento de los fines de los gobiernos autónomos descentralizados, según lo establecido por este Código, no mencionados en este artículo; y,

h) Otros bienes que, aún cuando no tengan valor contable, se hallen al servicio inmediato y general de los particulares tales como cementerios y casas comunales".

La enumeración de bienes afectados al servicio público, contenida en el artículo 418 del COOTAD, es ejemplificativa conforme se desprende de la letra h) que se refiere en forma general a "otros bienes" "tales como".

En consecuencia, los bienes afectados al servicio público, están sujetos al régimen jurídico de dominio público.

Es criterio de esta Procuraduría que, el artículo 416 del COOTAD cuando establece que los bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles, dichos caracteres determinan la imposibilidad de enajenar, es decir, de poner los bienes en el comercio; sin embargo, tratándose de entidades del sector público que deben transferir la una a la otra los bienes con la misma afectación de éstos al servicio público, no se configura de forma alguna la premisa establecida en el citado artículo 416 del COOTAD de proteger los bienes de dominio público de la comercialización y en definitiva ponerlos en la esfera de lo privado, cuando lo que se trata es poner a disposición de la entidad competente la infraestructura que requiere para cumplir su cometido estatal específico.

Por otra parte, según los artículos 691 y 1402 del Código Civil, la donación es un título translativo de dominio; es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta. La donación

se define como un "(…) contrato translativo de dominio (…) para que haya donación se requiere de la transferencia de propiedad de los bienes".

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 416 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la condición jurídica de inalienables de los bienes afectados al servicio público, determina que estén excluidos del comercio y por tanto constituye impedimento legal para su donación, con las salvedades establecidas en este pronunciamiento, esto es, cuando se trate de transferir los bienes de una entidad pública a otra, con la misma afectación de éstos al servicio público.

2.- El informe del Procurador Síndico manifiesta que:

"Los bienes afectados al servicio público que hayan cambiado su categoría a bienes de dominio privado en base a lo preceptuado en el artículo 423 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización serán susceptibles de donación a instituciones de derecho público o a entidades privadas, cumpliendo con los presupuestos del artículo 1 del Reglamento al artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (…)".

El artículo 423 del COOTAD faculta a los gobiernos autónomos descentralizados el cambio de categoría de sus bienes; y, dispone:

"Art. 423.- Cambio de categoría de bienes.- 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.

Los bienes de dominio público de uso público podrán pasar a la categoría de adscrito 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". .

Del tenor del artículo 423 del COOTAD se desprende que, excepcionalmente los bienes de dominio y uso público, pueden cambiar a la categoría de bienes de dominio privado, por resolución del órgano legislativo del respectivo gobierno autónomo descentralizado, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. Sobre la aplicación de esta norma, en pronunciamiento contenido en oficio No. 03729 de 16 de septiembre de 2011, concluí: "La Procuraduría General del Estado no tiene competencia para autorizar la categorización del inmueble materia de la consulta. En consecuencia, 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 (…)."

Resuelto el cambio de categoría de un bien de dominio público a dominio privado, se modifica su régimen jurídico. Según el artículo 419 del COOTAD, los bienes de dominio privado "(…) serán administrados en condiciones económicas de mercado, conforme a los principios de derecho privado", lo que determina que puedan ser objeto de transferencia.

Considerando que el COOTAD no contiene normas que faculten a los gobiernos autónomos descentralizados a realizar donaciones de sus bienes a favor de otras entidades del sector público, en pronunciamiento contenido en oficio No. 05231 de 29 de noviembre de 2011, concluí lo siguiente:

"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 Zamora entregue en donación un bien inmueble de su propiedad a la Fiscalía General del Estado para la ejecución y desarrollo del proyecto de construcción del Departamento Médico Forense; y, al Ministerio de Salud Pública para la construcción del Hospital de Zamora".

En similar sentido, en oficio No. 07303 de 5 de abril de 2012, me pronuncié con el siguiente tenor:

"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".

Por tanto, una vez resuelta la recategorización de un bien de dominio público a dominio privado, conforme faculta por excepción el artículo 423 del COOTAD, se modificaría el régimen jurídico aplicable a dicho bien que a partir del cambio de categoría se regiría por los principios del derecho privado, según el artículo 419 ibídem.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, resuelta la recategorización de un bien de dominio público a dominio privado, ese gobierno autónomo descentralizado podría efectuar su donación a otra entidad pública, de conformidad con el inciso final del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el inciso segundo del artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público.

Tanto la conveniencia de resolver la recategorización de un bien, como de efectuar su donación a otra entidad pública, son de exclusiva responsabilidad del gobierno autónomo consultante.

Sobre la prohibición de las entidades públicas de efectuar donaciones a particulares, establecida por el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, y las excepciones a dicha prohibición previstas en su Reglamento, este Organismo se pronunció en oficios Nos. 00484 de 14 de enero de 2011 y 12882 de 19 de abril de 2013, por lo que no es necesario emitir nuevo pronunciamiento al respecto.

3.- 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 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional

De la lectura de los términos de su tercera consulta, no aparece que esté dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de mis competencias previstas en el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo que, me abstengo de atenderla. Sin embargo, sobre el cambio de categoría de los bienes municipales ya nos hemos pronunciado mediante oficios Nos. 03729 y 07303 de 16 de septiembre de 2011 y 5 de abril de 2012, por lo que, no es necesario un nuevo pronunciamiento.

4.- El informe del Procurador Síndico expone que: "La disposición del artículo 416 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización tiene por finalidad el proteger el patrimonio de los Gobiernos Autónomos Descentralizados; en tal virtud, al igual que la venta, permuta o donación de los bienes afectados al servicio público, tampoco procederá los actos de declaratoria de utilidad pública efectuados sobre dichos bienes".

El texto de la consulta cita el artículo 446 del COOTAD, que se refiere a la facultad que tienen los gobiernos autónomos descentralizados, para expropiar inmuebles, dicha norma dispone:

"Art. 446.- Expropiación.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, propiciar programas de urbanización y de vivienda de interés social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, 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. Se prohíbe todo tipo de confiscación.

En el caso que la expropiación tenga por objeto programas de urbanización y vivienda de interés social, el precio de venta de los terrenos comprenderá únicamente el valor de las expropiaciones y de las obras básicas de mejoramiento realizadas. El gobierno autónomo descentralizado establecerá las condiciones y forma de pago".

Por su parte, el informe del Procurador Síndico invoca el artículo 416 del COOTAD que establece que son bienes de dominio público aquellos cuya función es la prestación de servicios públicos de competencia de cada gobierno autónomo descentralizado a los que están directamente destinados, y les asigna el carácter de inalienables, inembargables e imprescriptibles.

De los antecedentes referidos en el oficio que contesto y del informe jurídico se desprende que, la consulta tiene por finalidad determinar si, a falta de acuerdo entre dos entidades públicas, es procedente que un gobierno autónomo descentralizado declare de utilidad pública la adquisición de un inmueble de otra entidad pública, afectado al servicio público.

El artículo 226 de la Constitución de la República, establece el principio de legalidad en virtud del cual, "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".

El artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es la única norma en esa ley que regula el procedimiento general aplicable para la adquisición de inmuebles por las entidades públicas, mediante declaratoria de utilidad pública; según el penúltimo inciso de esa norma, en el caso de las municipalidades (y demás gobiernos autónomos descentralizados), el procedimiento expropiatorio se regula por su propia Ley, esto es, por el COOTAD.

Respecto de la transferencia de dominio de inmuebles entre entidades del sector público, el inciso final del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe:

"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 a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone:

"Art. 61.- Transferencia de dominio entre entidades del sector público.- 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. Se aplicará lo referente al régimen de traspaso de activos".

El traspaso de activos se define por el artículo 57 del Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público como: "(…) 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". La misma norma prevé que: "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".

De acuerdo con los artículos 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 61 de su Reglamento y 57 del Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público, previamente citados, la transferencia de dominio de inmuebles entre dos entidades públicas que estén de acuerdo, se realiza mediante traspaso de activos (o donación si intervienen dos personas jurídicas distintas). Es decir que la declaratoria

de utilidad pública no es necesaria entre instituciones públicas sino a falta de acuerdo sobre la transferencia de dominio del inmueble.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 07303 de 5 de abril de 2012, que cité al atender su segunda consulta, sobre la donación de inmuebles entre dos entidades públicas concluí: "(…) 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 (…)".

Por su parte, el primer inciso del artículo 62 del referido Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe:

"Art. 62.- Declaratoria de utilidad pública.- 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. Se acompañará a la declaratoria el correspondiente certificado del registrador de la propiedad".

Del tenor de la norma reglamentaria transcrita se establece que, la declaratoria de utilidad pública es el procedimiento mediante el cual las entidades públicas adquieren bienes inmuebles de dominio privado.

Del análisis jurídico que precede se desprende que, de no haber acuerdo entre dos entidades públicas sobre la transferencia de un inmueble de dominio privado de una de ellas que la otra requiere para el cumplimiento de sus competencias, procede aplicar el procedimiento de declaratoria de utilidad pública, según prescribe la parte final del último inciso del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Al atender su primera consulta se ha concluido que, de acuerdo con el artículo 416 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la condición jurídica de inalienables de los bienes afectados al servicio público, determina que estén excluidos del comercio y por tanto constituye impedimento legal para su donación, con las salvedades establecidas en este pronunciamiento, esto es, cuando se trate de transferir los bienes de una entidad pública a otra, con la misma afectación de éstos al servicio público.

Es decir que, la transferencia de bienes afectados al servicio público entre entidades públicas, se justifica en tanto se trate de poner a disposición de la respectiva institución, la infraestructura que requiera para cumplir sus fines y atender los servicios públicos

de su competencia; al efecto, tratándose de gobiernos autónomos descentralizados, corresponde atender a la distribución de funciones y competencias que efectúan la Constitución de la República y el COOTAD; y, que en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, constan en los artículos 263 de la Constitución, 41 y 42 del COOTAD.

Respecto de la transferencia de un bien afectado a la prestación de un servicio público, al atender una consulta formulada por la CELEC EP, referida a una línea de transmisión construida por un generador de energía eléctrica, en pronunciamiento contenido en oficio No. 17205 de 20 de octubre de 2010, concluí lo siguiente:

"Por lo expuesto, corresponde al CONELEC, en ejercicio de la competencia que le asigna la letra a) del artículo 13 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, establecer el procedimiento previo aplicable para que se desafecte temporalmente la infraestructura en que consiste la línea de transmisión, hasta que se instrumente la transferencia por parte de la concesionaria Termoguayas S.A., en beneficio de la CELEC EP".

Del análisis jurídico que precede, se desprende que la competencia para declarar de utilidad pública la adquisición de inmuebles, que asigna a los GADs el artículo 446 del COOTAD, se debe ejercer en armonía con los artículos 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 62 de su Reglamento. Por tanto, cuando las dos entidades públicas estuvieren de acuerdo en la transferencia de un inmueble de una de ellas, no es necesaria la declaratoria de utilidad pública. Dicho procedimiento se aplica en caso de que no hubiere acuerdo entre las dos instituciones para la transferencia de un inmueble de dominio privado de una de ellas, según la previsión del artículo 62 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; mientras que, tratándose de bienes afectados al servicio público, la declaratoria de utilidad pública no es aplicable pues dicha transferencia solo se puede efectuar mediante acuerdo entre las dos entidades públicas, conservando la afectación del bien según se concluyó al atender su primera consulta.

Se debe tener en cuenta, en todo caso, que el artículo 226 de la Constitución de la República, citado en los antecedentes de este pronunciamiento, impone a las entidades públicas el deber de coordinar sus acciones para el cumplimiento de sus fines.

5 y 6.- 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 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional.

De la lectura de los términos de sus consultas, no aparece que estén dirigidas a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de mis competencias previstas en el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo que, me abstengo de atenderlas.

BIENES INMUEBLES: DIVISIÓN POR SUCESIÓN HEREDITARIA, DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, PARTICIONES JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES DE ACUERDO AL PLAN DE DESARROLLO Y ORDENAMIENTO TERRITORIAL

OF. PGE. N°: 12897, de 22-04-2013

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

CAJA DE CESANTÍA: SUJETOS A PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

OF. PGE. N°: 11485, de 14-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Comisión de Tránsito del Ecuador

CONSULTA:

"¿Es procedente que la Caja de Cesantía de Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Ecuador, CTE, se ajuste a los procedimientos de contratación pública según lo dispone la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225, 226 y 233 inc. Primero.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1 núm. 7, 8; 6 núm. 5, 12, 10; y, 1 y 9 de su Reglamento.
Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 3.
Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Arts. 234, 235, Disp. Generales Décima, Sexta y Vigésima Sexta.
Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados, Civiles de la Comisión de Transito del Guayas, Arts. 1, 2 lit. a), 4 y 5.
D.N° 1046, Registro Oficial N° 462, 07-11-2008, Art. 1.
Res. N° SBS-2004-0740, 16-09-2004, Art. 13.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos para atender su requerimiento, mediante oficio No. 10646 de 13 de noviembre de 2012, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio del Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, lo cual fue atendido en oficio No. INCOP-DE-20l2-2898-OF de 27 de noviembre de 2012, ingresado a este Organismo el 28 de noviembre de 2012, en el que se citan los artículos 226 de la Constitución de la República y 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y señala que:

"Por lo tanto, este Instituto opina que la Caja de Cesantía de Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Ecuador deberá sujetarse a las normas de la LOSNCP para realizar sus adquisiciones (de) bienes, obras y servicios, ratificando el criterio constante

en el oficio No, INCOP-DE-201 1-2909-OF de 26 de diciembre de 2011, mismo que adjunto a la presente para los fines pertinentes".

Al oficio de consulta adjunta copia certificada del criterio jurídico de la Entidad, constante en el oficio No. 1694-AJ-CTE de 23 de octubre de 2012, suscrito por el Asesor Jurídico de la Comisión de Tránsito del Ecuador, quien respecto al tema consultado expresa el siguiente criterio jurídico:

"(...) el Fondo de Cesantía y Mortuoria de los Empleados Civiles de la CTE, aunque tenga su génesis en la Ley No. 85, sin embargo, tratándose de un fondo que tiene como propósito solventar las prestaciones complementarias de dichos empleados, se asimila a un Fondo Complementario Previsional Privado y para la contratación de bienes, servicios y obras no requiere de los procedimientos señalados en la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública y su Reglamento".

Tanto el oficio de consulta como el oficio que contiene el criterio jurídico de la Comisión de Tránsito del Ecuador, enuncian como antecedente el oficio No. INCOP-DE-2011-2909-OF de 26 de diciembre de 2011, suscrito por el ingeniero Raúl Eduardo Martínez Burbano, Director Ejecutivo, Subrogante, del Instituto Nacional de Contratación Pública, el cual ha sido remitido por la Entidad consultante a esta Institución.

En el oficio No. INCOP-DE-2011-2909-OF de 26 de diciembre de 2011, anteriormente citado, el Instituto Nacional de Contratación Pública, en atención al requerimiento del Fondo de Cesantía de la Comisión de Tránsito del Ecuador, contenida en el oficio No. 331-FCC-CTE de 26 de septiembre de 2011, señala que en consideración a que la Comisión de Tránsito del Ecuador financia parte del fondo de cesantía en referencia, "si la aportación realizada por la CTE constituye más del 50% del Fondo de Cesantía', es evidente que la administración del referido fondo, al tenor de la parte final del numeral 7 del articulo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, deberá sujetarse a las normas vigentes en materia de contratación publica, y por lo tanto, inscribirse como entidad contratante ante el Instituto Nacional de Contratación Pública.

El artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, establece lo siguiente:

"Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos".

Por su parte, el artículo 233 inciso primero de la citada Norma Suprema, determina que:

"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".

En relación a lo anotado, el inciso segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, prevé que:

"Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley".

Consecuentemente, para que una persona jurídica pueda administrar recursos públicos, no necesariamente requiere adoptar una de las formas previstas en el artículo 225 de la Constitución de la República. En ese sentido, es oportuno analizar el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

"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:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.

2. Los Organismos Electorales.

3. Los Organismos de Control y Regulación.

4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.

5. 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.

6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este articulo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro titulo se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del articulo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma".

De la norma previamente citada se desprende que, los seis primeros numerales coinciden con los cuatro constantes en el referido artículo 225 de la Constitución, en cuanto determinan como se encuentra conformado el sector público, por lo que, podemos afirmar que en principio, todos los procesos de contratación de bienes, obras y servicios que tramiten todas las entidades, dependencias y organismos que son parte del sector público, están sometidos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Sin embargo, los numerales 7 y 8 del citado artículo 1 de la LOSNCP van más allá, incorporando a corporaciones, fundaciones, sociedades civiles y compañías mercantiles, en las cuales existe participación mayoritaria pública, ya sea en su integración o conformación o en la posesión o administración de bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, subvenciones y derechos que pertenecen al Estado o sus instituciones, debiendo someter sus contrataciones a normas de derecho público.

El artículo 6 numerales 5 y 12 de la mencionada Ley Orgánica, hace las siguientes definiciones:

"(...) 5. Contratación Pública: Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.

(...) 12. Entidades o Entidades Contratantes: Los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas previstas en el articulo 1 de esta Ley".

El artículo 1 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Publica, ratifica el ámbito de aplicación establecido en el citado artículo 1 de la Ley.

Adicionalmente, el artículo 9 inciso primero del aludido Reglamento, establece que las entidades contratantes deberán ingresar la información correspondiente en el Portal www.compraspublicas.gob.ec., con la finalidad de registrarse en el indicado Portal y acceder al uso de las herramientas del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En cuanto a la naturaleza de la Comisión de Tránsito del Ecuador, CTE, la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial en su artículo 234, establece que: "La Comisión de Tránsito del Ecuador (CTE) es una persona jurídica de derecho público, desconcentrada, de duración indefinida, con patrimonio propio y con autonomía funcional, administrativa, financiera y presupuestaria, con domicilio en la ciudad de Guayaquil y con jurisdicción en la red estatal-troncales nacionales y demás circunscripciones territoriales que le fueren delegadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales"; por ello, su Directorio se conforma con delegados y representantes del sector público de acuerdo con el artículo 235 ibídem.

Respecto a la legalidad de la Caja de Cesantía de Empleados Civiles de la Comisión de

Tránsito del Ecuador, las Disposiciones Generales Décima Sexta y Vigésima Sexta de la citada Ley Orgánica, disponen lo siguiente:

"DECIMA SEXTA.- Deróguese la Ley Sustitutiva de la Ley de Creación de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas, publicada en el Registro Oficial 202 del 1 de junio de 1999, así como su Reglamento y las demás disposiciones que le otorguen atribuciones y competencias, a excepción de la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, publicada en el Registro Oficial 805 del 10 de agosto de 1984 y la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, publicada en el Registro Oficial 910 del 8 de abril de 1988 y las normas que se refieran a estas dos últimas leyes.

VIGESIMA SEXTA. - En todas aquellas normas legales en las que se hace referencia a la Comisión de Tránsito del Guayas se entenderá que se refieren a la Comisión de Tránsito del Ecuador, y donde diga Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas se entenderá que aluden al Cuerpo de Vigilantes".

Con el antecedente aludido, la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Transito del Guayas, en su artículo 1, establece un fondo especial a favor de los empleados civiles de dicha Comisión que queden cesantes o que fallecieren durante el ejercicio de sus funciones, el mismo que se denomina "Fondo de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas".

Dicho Fondo, de conformidad con el artículo 2 de la referida Ley, se capitaliza con los siguientes ingresos:

"a) La aportación anual no inferior al 1.5% del total del Presupuesto de la Comisión de Tránsito del Guayas para Cesantía, la que deberá constar obligatoriamente en dicho Presupuesto; y,

b) La aportación de un porcentaje del sueldo de los empleados civiles, que no podrán ser inferior a 5% y que será descontado mensualmente por la Dirección Financiera de la Entidad.

De esta aportación del 5%: el 1.5% se destinará para cubrir el beneficio de Mortuoria y el 3.5% restante para el beneficio de Cesantía".

Por lo tanto, el Fondo de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Ecuador cuenta con el aporte de la institución, a través de la asignación de fondos públicos, es por ello que, de acuerdo con el artículo 4 de la citada Ley, el Consejo de Administración está integrado de la siguiente manera:

"a) El Presidente del Directorio de la Comisión de Tránsito del Guayas o su Delegado, quien lo presidirá;

b) Los directores: ejecutivo, de personal y financiero de la Comisión de Tránsito del Guayas;

c) El Presidente de la Asociación de Empleados Civiles "Carlos Julio Arosemena Tola" o su delegado; y,

d) El Asesor Jurídico de la Institución.

El Consejo de Administración designará el Secretario de este Organismo.

Los miembros del Consejo de Administración a los cuales se refieren los literales a), b) y c) de este artículo tendrán voz y voto; el constante en el literal d), solamente voz.

El Director ejecutivo ejercerá la representación legal del Consejo de Administración y ejecutará sus resoluciones.

El Consejo de Administración podrá dictar las normas y reglamentos complementarios que se requieran para la administración y ejecución del Fondo de Cesantía y Mortuoria".

Según el articulo 5 de la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Transito del Guayas: "Todos los pagos que se hagan con cargo a los dineros del Fondo de Cesantía y Mortuoria deberán estar autorizados por el Consejo de Administración, con sujeción a sus reglamentaciones".

En el antes mencionado oficio No. 1694-AJ-CTE de 23 de octubre de 2012, el Asesor Jurídico de la CTE, cita la Resolución No. SBS-2004-0740 de la Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador de 16 de septiembre del 2004, referente a los 'Fondos Complementarios Previsionales Cerrados", los mismos que tienen un origen y una naturaleza distintos al del Fondo de Cesantía y Mortuoria de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Ecuador.

Entre otros aspectos, el Fondo de Cesantía y Mortuoria de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Ecuador, nace de la Ley y se capitaliza con la aportación anual del presupuesto de la institución, a diferencia de los Fondos Complementarios Previsionales Cerrados, cuyo registro o constitución es aprobado por el Superintendente de Bancos y Seguros mediante resolución y su capitalización se da exclusivamente con el aporte de los participantes, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de

la Resolución No. SBS2004-0740; el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1406; y, los artículos 1 y 2 del Decreto Ejecutivo No. 1684.

El artículo 13 de la Resolución No. 888-2004-0740 de 16 de septiembre de 2004, determina que:

"Art. 13.- Verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta sección, el Superintendente de Bancos y Seguros, en un plazo de noventa (90) días, aprobará o negará el registro o la constitución del fondo complementario previsional, mediante resolución debidamente motivada que se publicará en el Registro Oficial.

Si existieren razones justificadas, el Superintendente de Bancos y Seguros ampliará el plazo establecido en el inciso anterior, por un periodo de noventa (90) días. "TIT. 1, CAP. III, SEC. 1".

De otro lado, el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1406, establece que:

"A partir del 1 de enero de 2009 no se egresará, a titulo alguno, recursos del Presupuesto General del Estado destinados a financiar Fondos Privados de Jubilación Complementaria y de Cesantía Privada, bajo cualquier nombre o denominación, de entidades del Sector Público".

Finalmente, los artículos 1 y 2 del Decreto Ejecutivo No. 1684, prevén lo siguiente:

"Artículo 1.- Mientras la ley no disponga lo contrario, aclárese que los decretos ejecutivos 1406, 1493, 1647 y 1675 de octubre 24 y diciembre 19 del 2008, marzo 25 y abril 15 del 2009, respectivamente, no son aplicables a todos aquellos fondos de jubilación y cesantía que hubieren sido creados por ley.

Articulo 2.- Disponer al Ministerio de Economía y Finanzas que acredite mensualmente, desde enero del 2009, los dineros que correspondan, según las disposiciones legales respectivas, a todos aquellos fondos de jubilación y cesantía que hubieren sido creados por ley".

Por definición, toda Caja o Fondo de Cesantía de Empleados tiene un carácter social y no persigue fines de lucro, constituyéndose en un ahorro especial que nace de la relación de los servidores con la institución para un fin particular específico, sin perjuicio de que los recursos públicos asignados en concepto de aportación anual, sean objeto de control de parte de la Contraloría General del Estado.

En el pronunciamiento constante en el oficio No. 14785 de 18 de junio de 2010 se estableció, entre otras cosas, que: "Ni la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas ni la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, que son leyes ordinarias, confieren personalidad jurídica al Fondo Especial, cuya administración corresponde al Consejo de Administración del Fondo, según el citado artículo 4 de la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas", agregándose además que, la Resolución No. SBS2004-0740 de 16 de septiembre de 2004, es aplicable al Fondo de Cesantía sólo en lo que no se oponga a la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, publicada en el Registro Oficial No. 910 de 8 de abril de 1988.

De lo expuesto, en virtud de que según la letra a) del articulo 2 de la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Ecuador, dicha Comisión entrega una aportación no inferior al 1.5% anual del total de su presupuesto, a favor de la Caja de Cesantía de Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Ecuador, se concluye que si los recursos que la referida Caja recibe anualmente para su capitalización, corresponden en un cincuenta por ciento (50%) o más a recursos públicos, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 7 del articulo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el inciso segundo del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la Caja de Cesantía de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Ecuador deberá someterse a los principios y normas que regulan los procedimientos de contratación pública para la adquisición o arrendamiento de bienes ejecución de obras y prestación de servicios. En caso contrario se sujetará a sus propias normas de contratación.

En similares términos me he pronunciado en oficios Nos. 05937, 07308 y 17285 de 3 de febrero de 2009, 12 de mayo de 2009 y 27 de octubre de 2010, con motivo de las consultas formuladas por la Junta de Beneficencia de Guayaquil, la Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable, EMAAP-Q y la Empresa Pública Metropolitana de Hábitat y Vivienda, respectivamente.

Adicionalmente, en oficio No. 00911 de 16 de marzo de 2011, relacionado con una consulta realizada por el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social- BIESS, esta Procuraduria General se ha pronunciado respecto a la naturaleza pública de los fondos previsionales del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

CAJA DE PENSIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN: RECURSOS PÚBLICOS

OF. PGE. N°: 12342, de 11-03-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Provincial de Manabí.

CONSULTA:

"Los aportes que realizan la Universidad Central del Ecuador y los servidores para la cesantía adicional administrada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), sobre la base del contrato de Seguro Adicional de Cesantía, suscrito el 16 de mayo de 1960, entre la Universidad Central del Ecuador y la Caja de Pensiones del Instituto Nacional de Previsión, constituyen fondo privado".

BASES LEGALES:

Ley de Seguridad Social, Arts. 220 y 221.
Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 3.
D.E. N° 1406, Registro Oficial N° 462, 07-11-2008, Art. 1.
D.E. N° 1493, Registro Oficial N°. 501, 07-01-2009.
D.E.N° 1684, Registro Oficial N° 582, 04-05-2009, Art. 1.
Res. N° C.D 284, de 21-10-2008, Art. 4 lits. a) y b).

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos para atender este requerimiento, mediante oficio No. 10815 de 26 de noviembre de 2012, se solicitó el criterio institucional del Superintendente de Bancos y Seguros, quien en oficio No. SBS-INSS-2012-1070 de 12 de diciembre de 2012, ingresado en este Organismo el 13 de los mismos mes y año, solicita se remita información adicional respecto de la consulta formulada por el Centro de Estudios Universitarios a su cargo.

En virtud de lo señalado en el párrafo precedente, la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 11126 de 19 de diciembre de 2012, le requirió a la Universidad Central que remita la documentación solicitada por el Superintendente de Bancos y Seguros, lo cual fue atendido por su Rector en oficio No. R-006-2013 de 3 de enero de 2013, recibido en esta Procuraduría el 4 de enero del año en curso; y, en oficio

No. 11356 de 8 de enero de 2013, esta Procuraduría se dirigió al Superintendente de Bancos y Seguros, adjuntándole la antedicha documentación.

Con oficio No. 11695 de 25 de enero de 2013, este Organismo insistió en el requerimiento formulado al Superintendente de Bancos y Seguros para que haga llegar su criterio institucional, lo cual no ha sido atendido hasta la presente fecha.

Adicionalmente, se requirió el criterio institucional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, lo cual fue atendido por su Director General mediante oficio No.12000000-1028 de 5 de diciembre de 2012, ingresado a esta Procuraduría en la misma fecha, al que se adjunta el oficio No. 64000000-5986 de 30 de noviembre de 2012, suscrito por el Procurador General del IESS, encargado, quien hace referencia a los artículos 220 y 221 de la Ley de Seguridad Social y expresa el siguiente criterio:
"El Contrato de Seguro Adicional de Cesantía, en la Cláusula Séptima establece que el Contrato tendrá financiamiento y contabilidad propios, y que se capitalizarán las utilidades correspondientes.

La Resolución No. C.D. 284 de 21 de octubre de 2008, que establece las disposiciones para la transferencia de los fondos acumulados en las cuentas individuales de cesantía adicional, del IESS a los fondos complementarios previsionales cerrados, en el artículo 4 dispone: 'El IESS podrá transferir los recursos al fondo previsional cerrado de la siguiente manera, a ser acordada con el fondo previsional cerrado solicitante: a) Transferencia directa al fondo complementario previsional los valores que corresponden a cuentas individuales, en efectivo o en valores de cobro inmediato; b) Transferencia de títulos valores del portafolio de cesantía, a valor del mercado determinado a fecha de entrega del portafolio'; aspectos que demuestran evidentemente que se trata de fondos de carácter eminentemente privados, y totalmente distintos a aquellos que pertenecen al Seguro General Obligatorio y que servirán para la entrega de las prestaciones debidas, entre las cuales se encuentra la cesantía general.

Adicionalmente, la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, en el LIBRO III Normas Generales para la aplicación de la Ley de Seguridad Social, TÍTULO I; CAPÍTULO III; SECCIÓN I, norma sobre la Constitución o Registro de Fondos Complementarios Previsionales Cerrados, en el artículo 3 dice: 'Los fondos complementarios previsionales que se registren o constituyan según lo dispuesto en este capítulo, son de beneficio social y sin fines de lucro, tienen el carácter de privados y comprenden un patrimonio autónomo, diferente e independiente del patrimonio de las instituciones administradoras o de aquellas de las que deriven la relación laboral o gremial'.

Por lo expuesto señor Director General, en virtud del Contrato de Cesantía celebrado

entre la Universidad Central del Ecuador y la Caja de Pensiones el 16 de mayo de 1960, ésta realiza aportaciones adicionales en un 2% de aporte personal y 2.5% patronal a cargo del Estado, que totalizan el 4.5% de los sueldos imponibles de sus empleados, valores que pasan a conformar el fondo acumulado de la cuenta individual de cesantía adicional de cada uno de ellos, el mismo que se constituye en un fondo de naturaleza eminentemente privado, cuya administración puede ser entregada a sus aportantes, previo la constitución de un Fondo Complementario Previsional Cerrado, en cumplimiento de las disposiciones de la Resolución No. C.D. 284 de Consejo Directivo, y de las Normas Generales para la Aplicación de la Ley de Seguridad Social, expedidas por la Junta Bancaria".

En los antecedentes de su consulta, se señala que la Universidad Central del Ecuador suscribió con la Caja de Pensiones, previa autorización del Directorio del Instituto Nacional de Previsión (actualmente Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS) un Contrato de Seguro Adicional de Cesantía, cuya copia se ha remitido a este Despacho y que en la Cláusula Primera estipula:

"PRIMERA.- Con el objeto de que la Caja de Pensiones pueda conceder a los empleados y profesores de la Universidad Central prestaciones de cesantía mayores que las que la Ley del Seguro de Cesantía establece para el empleado y el magisterio de conformidad con las disposiciones de la Ley del Seguro Social Obligatorio, la Universidad Central se compromete a pagar, además de los aportes patronal y personal estatutario del sistema general del Seguro Social y del Seguro de Cesantía Ordinario, un aporte adicional mensual del 4 y ½ por ciento de los sueldos imponibles de sus empleados, porcentaje que se de descompone así: 2 por ciento de aportación personal y 2 ½ % de aportación patronal. Este aporte adicional será entregado a la Caja por la Universidad Central conjuntamente con la aportación del Seguro General y de Cesantía Ordinario, de conformidad con las prescripciones estatutarias, reglamentarias y más instrucciones que diere al respecto la propia Caja de Pensiones (….)".

El contrato en mención, establece en la Cláusula Séptima lo siguiente:

"SÉPTIMA.- El Seguro Adicional que se establece en este contrato, tendrá financiamiento y contabilidad propios, se le acreditarán las utilidades correspondientes y se deducirá de sus fondos el porcentaje para gastos de administración que cada año fijará el Instituto Nacional de Previsión, previo informe del Departamento Matemático Actuarial, entendiendo que tal porcentaje en ningún caso excederá del cinco por ciento de los ingresos anuales por este concepto".

De otra parte, en el oficio de consulta, se expresa lo siguiente:

"En el mes de octubre de 2012, previo a cancelar las remuneraciones a los empleados universitarios, los técnicos del Ministerio de Economía (Sic), alegando el contenido del Decreto Presidencial y considerando que el aporte para la mejora de cesantía en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, contribuye a un fondo privado, han cuestionado el cumplimiento de esta obligación contractual que la venimos cumpliendo desde el año 1960 hasta la actualidad pese a la vigencia de la normativa mencionada anteriormente".

De las estipulaciones del Contrato de Seguro Adicional de Cesantía, anteriormente citadas, se evidencia que el objeto del contrato en mención, es que los empleados y profesores de la Universidad Central del Ecuador accedan a prestaciones de cesantía mayores de las que la Ley prevé de manera general, para lo cual se establece un aporte patronal y otro personal del 2½% y 2%, en su orden, correspondiéndole la administración de dicho Fondo al entonces Gerente de la Caja de Pensiones y actualmente al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, contando al efecto con financiamiento y contabilidad propios.

Adicionalmente, entre la documentación remitida a esta Procuraduría, constan copias de los oficios Nos. 514-P-08-A5 de 22 de abril de 2008, suscrito por el Rector de entonces; y, 077-P de 13 de enero de 2012, suscrito por usted, en los cuales se solicita dar por terminado de mutuo acuerdo el Contrato de Seguro Adicional de Cesantía celebrado en el año 1960, anteriormente referido.

El artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1406 publicado en el Registro Oficial No. 462 de 7 de noviembre de 2008, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 1493, publicado en el Registro Oficial No. 501 de 7 de enero de 2009, disponía que: "A partir del 1 de enero de 2009 no se egresará, a título alguno, recursos del Presupuesto General del Estado destinados a financiar Fondos Privados de Jubilación Complementaria y de Cesantía Privada, bajo cualquier nombre o denominación, de entidades del sector público".

El Decreto Ejecutivo No. 1647, publicado en el Registro Oficial No. 454 de 6 de abril de 2009, exceptuaba de lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 1406, publicado en el Registro Oficial No. 462 de 7 de noviembre de 2008 y en el Decreto Ejecutivo Reformatorio No. 1493, publicado en el Registro Oficial No. 501 de 7 de enero de 2009, a los ex empleados de las instituciones públicas que sean beneficiarios de los fondos de jubilación complementaria y de cesantía privada, cuya pensión no sea superior a un salario básico unificado; y, en el caso de que reciban entre un salario básico unificado y el valor correspondiente a una canasta básica familiar, el aporte patronal de las instituciones del Estado será en el monto correspondiente para sufragar el 70% de la diferencia entre el valor de la pensión jubilar patronal y el salario básico unificado.

Posteriormente, el Decreto Ejecutivo No. 1684, publicado en el Registro Oficial No. 582 de 4 de mayo de 2009, en el artículo 1 establecía que, mientras la Ley no disponga lo contrario, "aclárese que los Decretos Ejecutivos 1406, 1493, 1647 y 1675, de octubre 24 y diciembre 19 del 2008, marzo 25 y abril 15 del 2009, respectivamente, no son aplicables a todos aquellos fondos de jubilación y cesantía que hubieren sido creados por Ley"; y, en su artículo 2 dispone al Ministerio de Economía y Finanzas, que acredite mensualmente desde enero del 2009, los dineros que correspondan "a todos aquellos fondos de jubilación y cesantía que hubieren sido creados por ley".

La prestación adicional de cesantía que motiva su consulta, no ha sido creada por ley, sino que se origina en el Contrato tantas veces citado y en consecuencia, a partir de la expedición del Decreto Ejecutivo No. 1406, publicado en el Registro Oficial No. 462 de 7 de noviembre de 2008, la Entidad Consultante se halla impedida de efectuar cualquier egreso de fondos públicos para tales fines.

Sin perjuicio de lo anterior, toda vez que en base del Contrato de Cesantía referido en su consulta, se estableció un aporte patronal y otro personal del 2½% y 2%, en su orden, para mejorar dicha prestación, se determina que el Fondo tiene un componente de recursos públicos, en los términos definidos por el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que dispone:

"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".

Del análisis jurídico precedente, al amparo de los artículos 220 de la Ley de Seguridad Social y 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se concluye que, el fondo de cesantía adicional de empleados y profesores de la Universidad a su cargo, que es administrado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), está

integrado con recursos públicos, en virtud de los aportes que fueron realizados por la entidad consultante a favor de dicho fondo.

Sin embargo, a partir del 7 de noviembre de 2008, fecha en que se expidió el Decreto Ejecutivo No. 1406, ya no procede la entrega de aportes públicos a fondos de esa naturaleza.

CEMENTO CHIMBORAZO C.A: APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS E INCOMPETENCIA DE LA PGE EN MATERIA TRIBUTARIA

OF. PGE. N°: 12627, de 02-04-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Pública Cementera del Ecuador

CONSULTAS:

1.- "¿Siendo que, Cemento Chimborazo C.A. es una sociedad anónima cuyo capital social está integrado mayoritariamente con recursos provenientes de entidades del sector público, entonces le es aplicable a Cemento Chimborazo C.A. la disposición del artículo innumerado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías?".

2.- "En cumplimiento a la disposición contenida en el artículo innumerado a continuación del 300 de la Ley de Compañías, ¿Debe la compañía Cemento Chimborazo C.A., aplicar el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 213.
Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 3.
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 5, 41 y Disp. Trans. Segunda núm. 2.1
Ley de Compañías, Arts. 300, 431 y 432.
Ley de Mercado de Valores, Arts. 109 inc. Último, 115; y, 13 de su Reglamento.
Ley de Régimen Tributario Interno, Arts. 9 núm. 2; y, 148 de su Reglamento.
Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, Art. 156.
Ley de Reforma Tributaria, Art. 6 lit. a).
Código Tributario, Art. 35 núm. 1.

PRONUNCIAMIENTOS

Me refiero a su oficio No. GGR-011-UIO-20134 de 28 de enero de 2013, ingresado a esta Procuraduría el 28 de enero del presente año, mediante el cual formula dos consultas relacionadas con el alcance de los artículos innumerado añadido a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías y 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Como antecedentes en su oficio, señala los siguientes:

"1.1. Cemento Chimborazo C.A. (CCH), es una empresa de nacionalidad ecuatoriana que, según sus Estatutos Sociales, se rige por la Ley de Compañías, teniendo su domicilio principal en la (Sic) Cantón Riobamba; fue fundada en 1951 y tiene por objeto la explotación de las industrias del cemento (…).

(…) 1.3. De conformidad con la información presentada en el cuadro anterior, se evidencia que el Fideicomiso Mercantil Alianza Cementera Nacional es el accionista mayoritario de CCH. El Fideicomiso Alianza Cementera Nacional está conformado en su totalidad por capitales públicos, verificable en los aportes realizados por los constituyentes y beneficiarios, en razón del siguiente detalle:

El Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (BIESS): aporte del 99,816% de acciones de Industrias Guapán S.A.

El Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO): aporte de acciones correspondientes al 71,4% de acciones de Cemento Chimborazo C.A.; y,

La Empresa Pública Cementera del Ecuador: aporte de acciones correspondientes al 14,28% de acciones de Cemento Chimborazo C.A.

1.4. En atención a la arriba descrita composición accionaria de Cemento Chimborazo, se verifica que en esta empresa confluyen mayoritariamente capitales públicos, en este sentido, la compañía se ha acogido en sus actuaciones a las disposiciones del sector público. En este aspecto, es necesario mencionar que las entidades de control así también lo han requerido".

A fin de atender su requerimiento, mediante oficio No. 11837 de 1 de febrero de 2013 e insistencia constante en oficio No. 12121 de 22 de febrero de 2013, este Organismo requirió el criterio jurídico institucional de la Superintendencia de Compañías, lo cual fue atendido en oficio No. SC.INPA.G.13.0004825 de 21 de febrero de 2013, ingresado a esta Procuraduría el 23 de febrero del año en curso, quien cita el artículo 213 de la Constitución de la República, que determina las atribuciones de las superintendencias

como organismos técnicos de vigilancia, auditoria, intervención y control, los artículos 431 y 432 de la Ley de Compañías, referidos al control que ejerce la Superintendencia de Compañías.

Adicionalmente, la Superintendenta de Compañías cita el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores y hace referencia a los accionistas de Cemento Chimborazo C.A. y a los Constituyentes del Fideicomiso Alianza Cementera y finalmente alude a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y al Decreto Ejecutivo No. 207, publicado en el Registro Oficial No. 114 de 22 de enero de 2010, que creó la Empresa Cementera del Ecuador y con tales fundamentos concluye con el siguiente criterio institucional:

"Por todo lo expuesto, respecto de las consultas planteadas por el Gerente General de la Empresa Pública Cementera del Ecuador, al Procurador General del Estado, es criterio de la Superintendencia de Compañías, que el artículo innumerado después del artículo 300 de la Ley de Compañías, es aplicable a la compañía Cemento Chimborazo C.A.

En virtud de que el referido artículo innumerado después del artículo 300 de la Ley de Compañías, indica que para los demás efectos (que no sean societarios), las compañías anónimas cuyo capital esté integrado única o mayoritariamente con recursos provenientes de entidades del sector público, se sujetarán a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la compañía Cemento Chimborazo C.A. está sujeta a dicho cuerpo legal.

En materia tributaria el Servicio de Rentas Internas es el organismo competente para establecer el régimen aplicable a esa sociedad anónima".

Con motivo de una consulta formulada por el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, ISSFA, respecto a si las sociedades mercantiles en las que el indicado Instituto tiene más del 50% y hasta el 100% del capital accionario, en materia societaria están sujetas a la Ley de Compañías y para todos los demás campos (entiéndase talento humano, tributos, contratación pública) a las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No.11948 de 8 de febrero de 2013, requirió el criterio institucional del Servicio de Rentas Internas SRI, lo cual fue atendido por dicha Entidad en oficio No. 917012013OCON000325 de 25 de febrero de 2013, ingresado a esta Institución en la misma fecha.

En el oficio No. 917012013OCON000325 de 25 de febrero de 2013, el Director General del Servicio de Rentas Internas cita como fundamentos jurídicos el numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario, relativo a las exenciones generales, el numeral 2 del

artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno, relacionado a las exoneraciones del impuesto a la renta, el segundo inciso del artículo 148 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno que dispone que no se realizarán retenciones de IVA a las instituciones del Estado y a las empresas públicas reguladas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Añade el Director General del Servicio de Rentas Internas en el oficio de referencia, que el artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, prevé que las entidades y organismos del Estado, inclusive empresas públicas, según la definición contenida en la Constitución de la República se hallan exentas del impuesto a la salida de divisas; y, a la letra a) del artículo 6 de la Ley de Reforma Tributaria respecto del impuesto anual sobre la propiedad de vehículos motorizados, exonera los de propiedad de entidades y organismos del sector público, excepto los de empresas públicas.

Adicionalmente, el Servicio de Rentas Internas hace referencia al artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que trata sobre la creación de estas entidades, al artículo 41 ibídem, que norma el régimen tributario de las empresas públicas, al numeral 2.1 de la Disposición Transitoria Segunda del mismo cuerpo legal que regula el régimen transitorio de las sociedades anónimas en las que el Estado es accionista único; y, la Disposición General de la Resolución No. NAC-DGERCGC10-00085 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 169 de 12 de abril de 2010 que dispone que el tratamiento tributario referente a las empresas públicas se hará efectivo a partir de la fecha de emisión del decreto ejecutivo o acto normativo que las crean.

Finalmente, el Director General del Servicio de Rentas Internas cita el numeral 2.2.2. de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y, concluye con el siguiente criterio institucional:

"En atención a la normativa tributaria citada, esta Administración Tributaria tiene a bien comunicar, únicamente dentro del ámbito de sus competencias y en relación con los impuestos administrados por el Servicio de Rentas Internas, lo siguiente:

"De conformidad con el numeral 2.1. de la Segunda Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, para el caso de las nuevas empresas públicas que se crean con la emisión de un decreto ejecutivo o acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados, como es el caso de aquellas sociedades anónimas en las que el Estado, a través de sus entidades y organismos es accionista único, el tratamiento tributario referente a la empresa pública se hará efectivo a partir de la fecha de emisión de dicho decreto ejecutivo o acto normativo.

En cuanto a las sociedades anónimas en las que el Estado a través de sus instituciones u organismos es accionista mayoritario, conforme lo dispone el numeral 2.2.2. de la Segunda Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se aplicará un proceso análogo al previsto en el numeral 2.2.1. del referido régimen transitorio, por lo que dichas sociedades tendrán el mismo tratamiento tributario que una empresa pública una vez que haya vencido el plazo previsto para el respectivo proceso de compra de acciones".

Como criterio jurídico de la empresa pública a su cargo, se ha adjuntado el memorando No. ASEJUR-036-2013 de 23 de enero de 2013, suscrito por el Asesor Jurídico encargado de la compañía Cemento Chimborazo C.A., quien cita los artículos 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y artículo innumerado añadido a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías; y, efectúa el siguiente análisis:

"La compañía Cemento Chimborazo C.A. tiene un capital social mayoritariamente público, lo cual le enmarca en el texto del artículo innumerado a continuación del 300 de la Ley de Compañías (…)

El artículo citado requiere del cumplimiento de ciertas condiciones rígidas:

De tratarse de una sociedad anónima: Cemento Chimborazo C.A. es una compañía o sociedad anónima.

El capital societario debe estar integrado mayoritariamente con recursos provenientes de entidades del sector público: El Capital de Cemento Chimborazo está integrado con recursos provenientes del Ministerio de Industrias y Productividad y de la Empresa Pública Cementera del Ecuador (acciones actualmente aportadas al Fideicomiso Mercantil Alianza Cementera Nacional).

Por otra parte, es conveniente aclarar una confusión que podría generarse respecto a los principales accionistas de la compañía sean fideicomisos mercantiles (Fideicomiso Alianza Cementera Nacional y Fideicomiso Trabajadores CCH), y que se llegue a considerar que éstos son privados o públicos, al respecto se debe recordar que la Ley de Mercado de Valores establece en el último inciso del artículo 109, que:

'El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato'.

El fideicomiso mercantil no es una compañía, esta premisa nos lleva a que esta ficción

es únicamente un patrimonio autónomo y por tanto no transforma los aportes públicos de sus constituyentes en capital privado.

La sola idea de que un Fideicomiso transforme los recursos públicos en privados, nos llevaría a pensar que esta sería una figura de elusión de las normas previstas para el sector público, y que por tanto, en el presente caso, Cemento Chimborazo C.A. o cualquier otra institución en su situación, podría abusar de la figura y privatizar su realidad a su costa".

En base de la argumentación previamente citada, el memorando No. ASEJUR-036-2013 de 23 de enero de 2013, concluye con el siguiente criterio jurídico:

"Con base en los antecedentes expuestos, es el criterio de esta Asesoría Jurídica, que la compañía Cemento Chimborazo debe aplicar el innumerado a continuación del 300 de la Ley de Compañías, el no hacer constituiría incumplimiento de norma expresa, por tanto, la compañía debería aplicar todas las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, con la única excepción del tema societario que como se mencionó deberá regirse a la Ley de Compañías que no versen sobre temas societarios".

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

1.- Según consta de los archivos de esta Entidad, mediante comunicación de 23 de diciembre de 2008, ingresada el 24 de los mismos mes y año en la Procuraduría General del Estado, el Gerente General de Cemento Chimborazo C.A., en atención al requerimiento efectuado por este Organismo en oficio No. 05294 de 9 de diciembre de 2008, a fin de atender la consulta formulada por el Ministerio de Industrias y Competitividad, relativa al régimen jurídico del personal de la indicada compañía, informó que el Banco Nacional de Fomento poseía a esa fecha más del 90% del capital suscrito y pagado de la compañía, de conformidad con la nómina de accionistas emitida por la Superintendencia de Compañías, que se adjuntó en esa oportunidad.

Respecto de la referida consulta esta Procuraduría en Oficio No. 05742 de 16 de enero de 2009, se pronunció en el siguiente sentido:

"Es necesario tomar en cuenta que según la copia de la nómina de socios proporcionada por la Superintendencia de Compañías y comunicación de 23 de diciembre del 2008, del señor Gerente General de la compañía Cemento Chimborazo C. A., el Banco Nacional de Fomento posee más del 90% del capital suscrito y pagado de dicha compañía.

(…) Por lo indicado, quienes cumplan actividades de representación, directiva,

administrativas o profesionales en la compañía Cemento Chimborazo C.A. se sujetan a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Homologación y Unificación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA. El resto de personal de la compañía en mención, está amparado por el Código del Trabajo.

(…) De las normas transcritas se infiere que los Mandatos Constituyentes, son de obligatorio cumplimiento para las compañías de derecho privado que se integren con el cincuenta por ciento o más de recursos públicos, como es el caso de la compañía Cemento Chimborazo C.A.

(…) Del Mandato Constituyente invocado, se desprende que quienes desempeñen cargos directivos, ejecutivos y en general de representación o dirección, así como el personal que por la naturaleza de sus funciones y labores está sujeto a las leyes de orden público, y en especial a la Ley Orgánica de Servicio Civil, y Carrera Administrativa, Homologación y Unificación de las Remuneraciones del Sector Público en la compañía Cemento Chimborazo C.A., no pueden acogerse a los beneficios de la contratación colectiva".

Posteriormente, se promulgó la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la composición del capital de la empresa cambió, puesto que según expresa en los antecedentes de su consulta, actualmente, el accionista mayoritario de Cementos Chimborazo C.A. (85,69%) es un fideicomiso mercantil denominado Alianza Cementera Nacional, conformado por el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, BIESS, que aportó al fideicomiso las acciones de su propiedad en Industrias Guapán S.A., el Ministerio de Industrias y Productividad, MIPRO; y, la Empresa Pública Cementera del Ecuador, quienes aportaron a dicho fideicomiso las acciones que poseían de Cemento Chimborazo C.A.

En el contexto anterior, cabe señalar que la Ley de Mercado de Valores define al fidecomiso en los siguientes términos:

"Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina

fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad.

Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato".

De la norma invocada, en lo principal se desprende que el fideicomiso es un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.

Con relación a los fideicomisos en los que el sector público interviene como constituyente, la Procuraduría General del Estado, en pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 01388 de 14 de abril de 2011, dirigido al Gerente General de la Empresa Pública Hidroeléctrica de Zamora Chinchipe, Hidrozachin EP y 07106 de 22 de marzo de 2012, destinado al Director Ejecutivo Interino del Consejo Nacional de Electricidad, ha señalado el régimen legal aplicable a los mismos, en los siguientes términos:

"Los fideicomisos mercantiles se constituyen y administran de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley de Mercado de Valores y el Reglamento expedido por el Consejo Nacional de Valores, que regula la Participación del Sector Público en el Mercado de Valores.

El artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, define al contrato de fideicomiso mercantil, en los siguientes términos:

'Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con

las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario…'.

El inciso segundo del artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, dispone que las instituciones del sector público que actuarán como constituyentes de fideicomisos mercantiles, estarán sujetas al reglamento especial que al efecto expida el Consejo Nacional de Valores; dicho Reglamento consta actualmente en la Codificación de las Resoluciones del CNV, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1 de 8 de marzo de 2007. El inciso final del artículo 13 del citado Reglamento, dispone que: 'Los negocios fiduciarios no podrán servir de instrumento para realizar actos o contratos que, de acuerdo con las disposiciones legales, no pueda celebrar directamente la entidad pública o mixta como constituyente o en la adhesión a un negocio fiduciario ya constituido'(…)".

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, preceptúa:

"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".

Acorde con la disposición de la Ley de la Contraloría General del Estado, previamente invocada, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, a cualquier título, constituyen recursos públicos y 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, de lo cual se infiere que los derechos fiduciarios que cada uno de los constituyentes del Fideicomiso Alianza Cementera posee, constituyen recursos públicos.

El artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, sobre el que trata su consulta, fue introducido por la Disposición Final Segunda de Ley Orgánica de Empresas Públicas, y prescribe:

"Art.- (…) Exclusivamente para asuntos de carácter societario, las sociedades anónimas cuyo capital societario esté integrado única o mayoritariamente con recursos provenientes de: 1. entidades del sector público; 2. empresas públicas municipales o estatales o, 3. sociedades anónimas; cuyo accionista único es el Estado, estarán sujetas a las disposiciones contenidas en esta Sección. Para los demás efectos, dichas empresas se sujetarán a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas".

La Sección VI de la Ley de Compañías, a la que se refiere el artículo innumerado agregado a continuación de su artículo 300 por la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, regula a la sociedad anónima; y, el artículo 308 de la citada Ley de Compañías, que no ha sido reformado, dispone que: "El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía".

Con relación al artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Procuraduría General del Estado, en pronunciamiento No. 06645 de 27 de febrero de 2012, señaló:

"Sin perjuicio de la transformación de la sociedad anónima a la que se refiere la consulta, en empresa pública, de la norma transcrita en el párrafo que precede se desprende que, las sociedades anónimas de propiedad del Estado como es el caso de la Empresa Parque Industrial Imbabura S.A., están sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas (…)".

Por lo expuesto, en atención a su consulta, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se concluye que a la sociedad anónima que motiva su consulta, cuyo capital social está integrado mayoritariamente con recursos públicos, provenientes de entidades del sector público, le es aplicable la disposición del artículo innumerado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías.

2.- En primer término cabe señalar que el régimen transitorio de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone lo siguiente:

"SEGUNDA.- REGIMEN TRANSITORIO DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS A EMPRESAS PUBLICAS:

2.1. REGIMEN TRANSITORIO PARA LAS SOCIEDADES ANONIMAS EN LAS QUE EL ESTADO, A TRAVES DE SUS ENTIDADES Y ORGANISMOS SEA ACCIONISTA UNICO

2.1.1. Por disposición de esta Ley, las sociedades anónimas en las que el Estado, a través de sus entidades y organismos sea accionista único, una vez que la Presidenta o Presidente de la República o la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado, según sea el caso, en un plazo no mayor a noventa días contados a partir de la expedición de esta Ley, emita el decreto ejecutivo, la norma regional u ordenanza de creación de la o las nuevas empresas públicas, se disolverán de manera forzosa, sin liquidarse, y transferirán su patrimonio a la o las nuevas empresas públicas que se creen. El proceso de disolución forzosa sin liquidación de dichas sociedades anónimas conlleva su extinción legal; y en consecuencia las empresas públicas que se crean, subrogan en los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas. En consecuencia, se dispone al Superintendente de Compañías que sin más trámite, al momento de expedición de los decretos ejecutivos u ordenanzas de creación de las empresas públicas, ordene la cancelación de la inscripción de las sociedades anónimas extinguidas, en el respectivo Registro Mercantil del cantón de su constitución.

2.2.2. Otras empresas con participación accionaria mayoritaria del Estado.

En las demás sociedades anónimas o empresas de economía mixta distintas a las previstas en el numeral 2.5 del régimen transitorio de esta Ley, en las que el Estado, directamente o a través de sus instituciones definidas en el artículo 225 de la Constitución de la República, sea accionista mayoritario, se seguirá un proceso análogo al referido en el numeral 2.2.1 precedente de esta Ley. Cada entidad pública accionista transferirá su paquete accionario al Ministerio Rector del sector específico, quien a su vez en un plazo no mayor de 180 días contados a partir de la promulgación de esta Ley, podrá: a) Resolver la fusión, escisión o disolución de las sociedades anónimas o de economía mixta; y, b) Comprar las acciones de propiedad de accionistas minoritarios privados".

Con relación al régimen transitorio antes señalado, en pronunciamientos contenidos en los oficios Nos. 04625 y 04626 de 8 de noviembre de 2011, en atención a las consultas formuladas por el Ministro de Turismo, respecto de dos sociedades anónimas en las que el Estado es accionista mayoritario, este Organismo ha expresado lo siguiente:

"Como se observa del numeral 2.2.2. de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, previamente transcrito, éste contiene un mandato general para las sociedades anónimas o empresas de economía mixta que no son empresas subsidiarias (definidas en el artículo 4 de la misma Ley Orgánica), que deben someterse al régimen allí dispuesto, previendo como única excepción las sociedades

anónimas, empresas de economía mixta o las subsidiarias de éstas que desarrollen sus actividades en sectores estratégicos o de servicios públicos, constituidas en sociedad con empresas públicas de la comunidad internacional o con subsidiarias de éstas, por lo que se colige que a la Empresa (…) le es aplicable el régimen transitorio dispuesto en el numeral 2.2.1. de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

El indicado régimen transitorio al que le remite el numeral 2.2.2., de la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley Orgánica, a su vez nos remite al numeral 2.1. ibídem, que en lo principal determina que las sociedades anónimas que en su momento se constituyeron con capital mayoritario de los distintos organismos y entidades del sector público, pasen a ser propiedad del Estado Central, a través del Ministerio Rector de cada área, que como accionista mayoritario podrá: a. Resolver la fusión, escisión o disolución de de las sociedades anónimas o de economía mixta; y, b. Comprar las acciones de propiedad de accionistas minoritarios privados".

Concordante con lo señalado al atender su primera consulta, toda vez que la compañía que motiva su consulta, es sociedad anónima, cuyo capital a la fecha de expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas se hallaba conformado mayoritariamente con recursos públicos provenientes de entidades de derecho público, dicha compañía se encuentra sujeta a la disposición contenida en el artículo innumerado a continuación del 300 de la Ley de Compañías y por lo tanto también le es aplicable el Régimen Transitorio determinado en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, numeral 2.2.2., antes transcrito.

Por su parte, el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al que se refiere la consulta que atiendo, prevé:

"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 Unico 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.

Las disposiciones de este artículo se aplicarán en observancia del objeto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado".

En el pronunciamiento contenido en el oficio No. 06645 de 27 de febrero de 2012, la Procuraduría General del Estado se ha referido al régimen tributario aplicable a las sociedades anónimas en las que el Estado tiene capital mayoritario, en los siguientes términos:

"El artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prevé en consecuencia el régimen tributario específico aplicable a las empresas sujetas a su ámbito de aplicación, esto es a las empresas públicas, régimen que se extiende a las sociedades anónimas de propiedad del Estado, por la previsión expresa del numeral 1.5. de la Disposición Final Segunda "Reformas y Derogatorias" de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que agregó un artículo a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, antes transcrito, según el cual las sociedades anónimas del Estado se sujetarán a la Ley Orgánica de Empresas Públicas en todos los aspectos excepto respecto de los asuntos societarios.

Atento el contenido de la consulta es pertinente considerar que de conformidad con el artículo 1 del Código Tributario, los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones especiales o de mejoras.

El artículo 16 del Código Tributario, define al 'hecho generador' como el 'presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo'; y, el artículo 24 ibídem, dispone que el sujeto pasivo del tributo es la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable (…)'.

Con respecto a los impuestos, el artículo 301 de la Constitución de la República, dispone que solo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrán establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos.

La exención se define por 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'; y, el artículo 32 ibídem prevé 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'.

En consecuencia, tanto los impuestos como las exenciones, son materias con reserva de ley, es decir que deben ser establecidas mediante ley que determine el hecho generador

del tributo y los sujetos pasivos obligados al cumplimiento de la prestación tributaria, o exentos de ella.

(…) El artículo 35 del Código Tributario, al referirse a las exenciones generales del pago de impuestos, prevé lo siguiente:

'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;

3. Las empresas de economía mixta, en la parte que represente aportación del sector público;

4. Las instituciones y asociaciones de carácter privado, de beneficencia o de educación, constituidas legalmente, siempre que sus bienes o ingresos se destinen a los mencionados fines y solamente en la parte que se invierta directamente en ellos;

5. Las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos y otros organismos internacionales, de los que forme parte el Ecuador, así como sus instituciones por los bienes que adquieran para su funcionamiento y en las operaciones de apoyo económico y desarrollo social; y,

6. Bajo la condición de reciprocidad internacional:

a) Los Estados extranjeros, por los bienes que posean en el país;

b) Las empresas multinacionales, en la parte que corresponda a los aportes del sector público de los respectivos Estados; y,

c) Los representantes oficiales, agentes diplomáticos y consulares de naciones extranjeras, por sus impuestos personales y aduaneros, siempre que no provengan de actividades económicas desarrolladas en el país.

Las exenciones generales de este artículo no serán aplicables al impuesto al valor agregado IVA e impuesto a los consumos especiales ICE'.

El numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario, anteriormente citado, fue reformado por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, incluyendo a dichas empresas como entidades exentas del pago de impuestos, lo que ratifica la voluntad del legislador de establecer una normativa tributaria particular para las empresas públicas, aplicables también a las sociedades anónimas en las que el Estado es accionista único o mayoritario.

Del análisis jurídico que precede se concluye que el régimen tributario establecido por el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en concordancia con el numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario, rige a partir de la promulgación de esa Ley y se aplica a las sociedades anónimas de propiedad del Estado, de conformidad con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, por el numeral 1.5 de la Disposición Final Segunda 'Reformas y Derogatorias' de la Ley Orgánica de Empresas Públicas".

En consecuencia, con idéntico análisis jurídico al antes citado, se concluye que en cumplimiento a la disposición contenida en el artículo innumerado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, a la compañía que motiva su consulta le es aplicable el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la aplicación de las normas legales. En todo caso, a la Procuraduría General del Estado no le compete decidir sobre una situación particular, ya que tal resolución le corresponde a la autoridad tributaria, en ejercicio de su facultad determinadora definida por el artículo 68 del Código Tributario, como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

COMISARIO MUNICIPAL: LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

OF. PGE. N°: 12772, de 12-04-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Bolívar

CONSULTA:

"¿Señor Procurador el cargo de Comisario Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Bolívar es de libre nombramiento y remoción o de carrera?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 228.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 81 inc. Segundo y 83.
Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, LOSCCA, Arts. 71, 73 y 74 (derogada).
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 146, 154 lit. g), h), 175, 209 y 473 (derogada).
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 359.
Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 60 lit. i), 231 inc Final, 354, 359.
Ordenanza que Regula la nueva Estructura Orgánica Municipal y Manual de Funciones del Gobierno Municipal del Cantón Bolívar-Carchi.

PRONUNCIAMIENTO:

En el Memorandum No. 048-2013-PS de 19 de marzo del 2013 anexado a su consulta, el Procurador Síndico Municipal de Bolívar menciona el artículo 228 de la Constitución de la República relacionado con el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa; los artículos 81 y 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, relativos a la carrera del servicio público y a los servidores excluidos de dicho sistema; así como el artículo 359 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, referido a los servidores considerados de libre nombramiento y remoción, designados por la máxima autoridad ejecutiva de los gobiernos autónomos descentralizados.

Menciona el Procurador Síndico que la "Ordenanza que regula la nueva Estructura Orgánica Municipal y Manual de Funciones del Gobierno Municipal del Cantón Bolívar-Carchi", publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 304 de 28 de marzo del 2008, en su página 19, contiene el Organigrama de la Dirección de Obras Públicas; y, en su página 22 consta la Comisaría como unidad dependiente de la referida Dirección; y añade que, "la Comisaría Municipal NO TIENE RELACIÓN DIRECTA O DEPENDENCIA CON EL SEÑOR ALCALDE".

Concluye el Procurador Síndico manifestando que el señor Comisario del Gobierno Municipal del Cantón Bolívar de la Provincia del Carchi, "es un servidor de carrera, mas no un funcionario de libre nombramiento y remoción, por haber sido designado

mediante concurso público de méritos y oposición, por así establecerlo la Constitución de la República en su Art. 228, la Ley del Servicio Público en sus Arts. 81 segundo inciso y 83, Art. 359 del COOTAD; y en lo que dispone el Suplemento de Registro Oficial No. 304 de fecha viernes 28 de marzo de 2008, Ordenanza Municipal y Manual de Funciones del Gobierno Municipal del Cantón Bolívar-Carchi".

De la documentación anexa a su oficio, consta la copia certificada de la Acción de Personal N-0068-URHGMCB registrada el 9 de abril del 2010 en la Unidad de Recursos Humanos de esa Corporación Municipal, mediante la cual se designa al Comisario Municipal ganador del respectivo concurso de méritos y oposición. En dicha Acción de Personal se explica además lo siguiente: "Para esta designación se cumplió lo determinado en el Art. 228 de la Constitución de la República; Arts. 71 y 73 de la LOSCCA. Además, para cumplir con lo dispuesto en el Art. 74 de la LOSCCA el mencionado servidor público estará sujeto a un periodo de prueba de seis meses".

A la época de la designación del Comisario Municipal del Cantón Bolívar (abril de 2010) regía la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, (derogada por la vigente Ley Orgánica del Servicio Público), que en su artículo 73 establecía el ingreso a un puesto público mediante concurso de merecimientos y oposición; el artículo 73 disponía a la autoridad nominadora la designación de la persona ganadora del respectivo concurso; y, el artículo 74 contemplaba el período de prueba de seis meses a los servidores de nuevo nombramiento.

Asimismo, a la referida época regía la Ley Orgánica de Régimen Municipal (derogada por el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización), la cual en su artículo 175 disponía que los directores, jefes departamentales, procurador síndico y tesorero, considerados de libre nombramiento y remoción, debían concluir sus funciones en la misma fecha del alcalde; no obstante que, podían ser removidos por éste, cuando así lo amerite, observando el procedimiento de ley. Dicha norma no contemplaba al comisario municipal como funcionario de libre nombramiento y remoción.

La derogada Ley de Régimen Municipal hacía referencia a los comisarios municipales en los artículos 146 letra m), 154 letras g) y h), 209 y 473, en los cuales se les confería atribuciones para imponer sanciones administrativas o para ordenar la demolición de construcciones, sin especificar si dichos funcionarios eran de libre nombramiento y remoción.

Cabe señalar que, el Código Orgánico de la Función Judicial, vigente a la fecha de designación del comisario municipal que motiva su consulta, en el inciso final de

su artículo 231 confiere competencias a los comisarios municipales para conocer y sustanciar las contravenciones previstas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal (actual Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización) y en ordenanzas municipales e imponer sanciones, salvo que éstas impliquen privación de libertad, sin señalar si dichos funcionarios son de libre nombramiento y remoción.

En atención a las citadas normas de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y el Código Orgánico de la Función Judicial, en oficio No. 11055 de 15 de diciembre de 2009 manifesté que: "al no determinar las disposiciones citadas que el puesto de comisario municipal sea considerado de libre nombramiento y remoción, se deduce por tanto, que el ejercicio de las funciones de comisario municipal, no corresponde a los niveles de dirección o jefatura, sino al de un autoridad administrativa de carrera"; y concluí en los siguientes términos: "Con fundamento en lo expuesto, se concluye que el cargo de Comisario Municipal, que es designado por el Alcalde, no se encuentra entre los considerados en el Art. 175 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal como de libre nombramiento y remoción, habida cuenta que sus funciones no responden a las características de un puesto del nivel directivo o de jefatura, sino al de una autoridad administrativa de carrera, con competencias para imponer sanciones administrativas o para ordenar la demolición de construcciones en los términos antes señalados de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, pudiendo ser removido del puesto por el alcalde, cuando así lo amerite, observando para el efecto, el procedimiento de ley". En este mismo sentido, me pronuncié en oficio No. 11526 de 6 de enero de 2010.

El artículo 228 de la Constitución de la República establece que el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de los servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción, cuya inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, establece que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende, entre otras: "(…)2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales".

De conformidad con el inciso segundo del artículo 81 de la LOSEP, "Se prohíbe calificar como puestos de libre nombramiento y remoción a aquellos puestos protegidos por la carrera del servicio público que actualmente están ocupados, con el propósito de remover a sus titulares".

El artículo 60 letra i) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, confiere facultades al alcalde para: "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 354 del referido 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 inciso primero del artículo 359 del citado COOTAD, dispone de manera taxativa que, "El procurador síndico, el tesorero, los asesores y los directores de los gobiernos regional, provincial, metropolitano y municipal, son funcionarios de libre nombramiento y remoción designados por la máxima autoridad ejecutiva del respectivo nivel de gobierno"; no constando entre aquellos, el funcionario que ejerza el cargo de comisario municipal.

En consecuencia, al no contemplar las vigentes normas de la Ley Orgánica del Servicio Público y del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que el puesto de comisario municipal se encuentre excluido del sistema de carrera del servicio público o sea considerado de libre nombramiento y remoción, se deduce que dichas funciones responden a un puesto ejercido por una autoridad administrativa de carrera.

Téngase en cuenta que, de conformidad con el 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 tanto, toda vez que de conformidad con el artículo 354 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado se rigen por el marco general que establece la ley que regula el servicio público; el artículo 359 del referido Código Orgánico no contempla al comisario municipal como funcionario de libre nombramiento y remoción; y el artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público que tampoco considera al comisario municipal entre los servidores excluidos del sistema carrera del servicio público, se concluye que el cargo de Comisario Municipal no es de libre nombramiento y remoción, sino que responde al de una autoridad administrativa de carrera, con competencias para conocer y sustanciar las contravenciones previstas en el COOTAD y en ordenanzas municipales e imponer las correspondientes sanciones, salvo que impliquen privación

de libertad, conforme lo dispone el artículo 231 del Código Orgánico de la Función Judicial.

COMPAÑÍA DE SEGUROS: INDEMNIZACIÓN DE PAGO POR NAVE SINIESTRADA

OF. PGE. N°: 12508, de 22-03-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Ministerio de Defensa Nacional

CONSULTA:

"¿Puede el Ministerio de Defensa Nacional, adquirir una aeronave de diferentes características a la siniestrada, utilizando los recursos recibidos por concepto de indemnización por parte de la aseguradora, aplicando en este caso el procedimiento de licitación establecida en el Art. 48 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en concordancia con los artículos 49 al 55 del Reglamento General y Resolución INCOP 022-2009, reformada por al Resolución INCOP 039-2010 de 27 de febrero de 2010. Considerando además que el monto de la indemnización recibida por el daño ocasionado no permite en los momentos actuales invertir el dinero recibido en una aeronave igual o semejante a la que era objeto del seguro?".

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 2 núm. 2, 6, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55; y, 94, 107 de su Reglamento.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 1, 4, 71, 77, 99, 115 y 116.
Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público, Art. 3.
D.S. N° 1147, Registro Oficial N° 123, 07-12-2963, Arts. 1 y 33.
D.E. N° 1484, Registro Oficial N° 497, de 30-12-2008, Arts. 2 y 3.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. MDN-MDN-2012-0483-OF de 27 de marzo de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 30 de marzo de 2012, el entonces Ministro de Defensa formuló una consulta a esta Procuraduría, respecto de la procedencia de que dicha Cartera de Estado, adquiera con el valor de la indemnización por el siniestro del Helicóptero

DHRUV Serie FAE No. 604, un stock de repuestos necesario para la operatividad y mantenimiento de los helicópteros DHRUV.

De manera previa a atender dicho requerimiento, mediante oficio No. 07329 de 10 de abril de 2012, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, este Organismo le requirió al Ministro de Defensa Nacional que reformule los términos de su consulta hacia la inteligencia o aplicación de una norma legal y que remita el criterio jurídico debidamente fundamentado, así como la documentación referida en su oficio inicial de consulta, habiendo recibido respuesta en oficio No. MDN.MDN-2012-0662-OF de 23 de abril de 2012.

Una vez analizado el contenido del oficio citado en último término y la documentación anexa a aquel, la Procuraduría General del Estado en oficio No. 07566 de 27 de abril de 2012, insistió en el requerimiento formulado mediante oficio No. 07329 de 10 de abril de 2012, sin que el Ministerio de Defensa haya atendido dicha insistencia, por lo que, este Organismo en oficio No. 07899 de 18 de mayo de 2012, le notificó el archivo de la consulta.

En su consulta formulada en el oficio No. MDN-MDN-2013-0251-OF de 22 de febrero de 2013, señala entre otros antecedentes los siguientes:

"El 05 de agosto de 2008, la Compañía Hindustan Aeronautics Limited (HAL) y la Honorable Junta de Defensa Nacional, suscribieron el Contrato No. 2008-d-006, cuyo objeto fue la Adquisición de 7 helicópteros DHRUV II, fabricados en la India por (HAL), año de fabricación: 2008 en adelante, cuyo costo individual ascendía a la suma de: CINCO MILLONES SETECIENTOS VEINTE Y CUATRO MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD.$.5'724.000.000.00) contrato en el que se incluían accesorios, equipos adicionales, manuales técnicos, digitales e interactivos, herramientas, repuestos de nivel I y de nivel II.

(…) El 27 de octubre de 2009, se produjo el accidente aéreo de uno de los helicópteros asegurados, el DGRUV Serie FAE No. 604, en la Primera Zona Aérea, hecho que fue puesto en conocimiento de la Compañía Aseguradora a fin de que proceda al pago de la indemnización respectiva por el siniestro ocurrido.

El 06 de septiembre de 2010, se realiza la acreditación de: CINCO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SESENTA 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. $5'666.760.00) a la cuenta del Ministerio de Defensa Nacional, por parte de la Compañía de Seguros Sucre S.A., como indemnización del siniestro acaecido.

A través de oficio No. FAE-EE-2012-1469-O-OF de 23 de agosto de 2012, el Comandante General de La Fuerza Aérea Brigadier General Enrique Velasco Dávila, realiza un sustento técnico operativo y jurídico, solicitando al Ministro de Defensa Nacional la adquisición de una aeronave BEECHCRAFT KING AIR con el valor por el seguro del siniestro del helicóptero DHRUV serie FAE-604, para lo cual adjunta un informe que sustenta las razones técnico, operativas y jurídicas de dicha solicitud".

El Director de Auditoria Interna del Ministerio de Defensa Nacional, en Memorando No. MDN-DAJ-2012-0287-ME de 27 de noviembre de 2012, con relación al tema de consulta expresa lo siguiente:

"Revisado las disposiciones legales, efectivamente no existe una norma jurídica o reglamentaria que determine que el valor de la indemnización se debe destinar a la compra de otro bien de características similares al siniestrado.
La compañía Seguros Sucre S.A., acreditó el 6 de octubre del 2010 a la cuenta del Ministerio de Defensa Nacional el valor de USD 5'666.760,00 por concepto de indemnización del siniestro del helicóptero ocurrido el 27 de octubre del 2009.

Con el valor de la indemnización el Ministerio de Defensa Nacional no podría adquirir el helicóptero DHRUV, de iguales características toda vez, que esta aeronave tiene un valor de mercado de USD 14'000.000,00 sin embargo, con el propósito de utilizar los recursos económicos se podría adquirir una aeronave hasta por un valor de USD 5'666.760,00, observando las disposiciones legales que exige la compra de este bien, a fin de que cumpla el servicio requerido".

El informe de la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la entidad consultante, constante en el Memorando No. MDN-JUR-2012-0306-ME de 21 de marzo de 2012 y remitido como anexo al oficio inicial de consulta No. MDN-MDN-2012-0483-OF de 27 de marzo de 2012, cita como fundamentos legales el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que trata sobre el Régimen Especial, los artículos 94 y 107 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, referidos a las contrataciones de seguros y de repuestos o accesorios, en su orden, y el artículo 3 del Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público que señala la responsabilidad de la máxima autoridad de cada entidad u organismo de orientar y dirigir la correcta conservación de los bienes públicos.

En base de la normativa antes señalada, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica concluye con el siguiente criterio:

"Dado que el presupuesto con el que cuenta la Fuerza Aérea Ecuatoriana es limitado e insuficiente para cubrir las necesidades institucionales, y en razón de que el monto

recibido por concepto de indemnización por el siniestro ocurrido con el Helicóptero DHRUV Serie FAE 604, no alcanza a cubrir el valor de la compra de una aeronave de iguales características de la siniestrada, es criterio de ésta Coordinación por considerarlo conveniente a los intereses institucionales, se realice la transferencia del monto recibido por concepto de indemnización por el siniestro ocurrido, a favor de la Fuerza Aérea Ecuatoriana, a fin de que, se proceda a la compra del stock requerido para el funcionamiento y mantenimiento de los helicópteros adquiridos, o; estableciendo un orden de prelación, dicho dinero sea destinado a cubrir las necesidades operativas de las aeronaves que a criterio de la Institución, requieran de manera más urgente mantenimiento o reparación, para lo cual se seguirá el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 2 numeral 6 y en el Art. 94 del Reglamento General de la citada, pues es uno de los deberes de la máxima autoridad de las instituciones, el orientar y dirigir la correcta conservación y cuidad de los bienes públicos, según lo establece el Art. 3 del Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público.

Por las consideraciones expuestas es criterio de ésta Coordinación General de Asesoría Jurídica que sería factible asignar el valor recibido por concepto de incluir en la cuenta del Ministerio de Defensa Nacional, a fin de que pueda realizar una adquisición de repuestos bajo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para el mismo tipo de la siniestrada con el fin de cubrir las necesidades más urgentes de operatividad de las aeronaves con las que cuenta la Institución".

Su consulta se halla encaminada hacia la inteligencia de las normas que permiten la adquisición de un bien distinto de aquel que al accidentarse, fue objeto del pago de la póliza de seguro, con los recursos pagados como indemnización por la aseguradora.

El artículo 1 del Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963, que reformó el Código de Comercio, prescribe que el seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o, a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato; y, al tenor del artículo 5 del mismo Decreto Supremo, se denomina siniestro, a la ocurrencia del riesgo asegurado.

El artículo 33 del mismo Decreto Supremo prevé que la indemnización es pagadera en dinero o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a opción del asegurador y que el monto asegurado se entiende reducido, desde el momento del siniestro en una cantidad igual a la indemnización pagada por el asegurador. En concordancia, la póliza de seguro adjunta a su oficio de consulta, en el numeral 1 de la Sección I, establece que la Compañía a su opción pagará, reemplazará

o reparará la pérdida accidental o el daño de la aeronave; y, en base a dicha posibilidad, según refiere en su consulta, la Compañía Aseguradora pagó la indemnización en dinero, a la cuenta del Ministerio de Defensa Nacional.

El bien siniestrado fue adquirido en virtud de un contrato suscrito por la Junta de Defensa Nacional. Cabe señalar que mediante Decreto Ejecutivo 1484 de 15 de diciembre de 2008, se decretó la extinción de la H. Junta de Defensa Nacional a partir del 1 de enero de 2009.

Los artículos 2 y 3 del antes referido Decreto dispusieron lo siguiente:

"Art. 2.- Las contrataciones de bienes estratégicos para la defensa nacional se ejecutarán a través del Ministerio de Defensa Nacional, institución que, dentro de su estructura orgánica podrá crear unidades para el cumplimiento de dicho objetivo.

Art. 3.- Las asignaciones para la defensa nacional, entre estas, aquellas con cargo a las cuales se financien las contrataciones de bienes estratégicos para la defensa nacional, constarán dentro del Presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Armadas".

De las normas del Decreto Ejecutivo No. 1484, previamente citadas, se establece que el Ministerio de Defensa Nacional es competente para ejecutar las contrataciones de bienes estratégicos para la defensa nacional; para lo cual, las asignaciones destinadas a financiar la defensa nacional y la contratación de bienes estratégicos, constarán dentro del Presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Armadas.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 1 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prevé que dicho cuerpo legal regula el Presupuesto General del Estado y los demás presupuestos de las entidades públicas y el inciso primero del artículo 4 del mismo Código en cuanto a su ámbito prevé:

"Art. 4.- Ámbito.- Se someterán a este código todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República".

El artículo 77 del Código Orgánico en mención, dispone que el Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos de todas las entidades que constituyen las diferentes funciones del Estado. Añade la norma que no se consideran parte del Presupuesto General del Estado, los ingresos y egresos pertenecientes a la Seguridad Social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados.

El inciso primero del artículo 99 del Código en estudio, establece el principio de universalidad de recursos:

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

El Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, en el numeral 1.9 titulado "Otros Ingresos", en el subnumeral 1.9.02.01, define los ingresos por Indemnizaciones por Siniestros, como aquellos provenientes de la compensación al sector público por daños y perjuicios ocasionados a la propiedad pública.

De los artículos 1, 4, 77 y 99 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas, se establece que el Ministerio de Defensa Nacional está sujeto al ámbito del indicado cuerpo normativo, el mismo que regula entre otros temas, el Presupuesto General del Estado, que es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos de todas las entidades que constituyen las diferentes funciones del Estado y que a dicho presupuesto ingresan los recursos que por cualquier concepto obtengan, recauden o reciban las entidades y organismos que conforman el mismo.

En consecuencia, una vez cancelada la indemnización de la compañía aseguradora por el siniestro del bien que motiva su consulta, dichos fondos ingresan al Presupuesto General del Estado.

Según el artículo 71 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la rectoría del Sistema Nacional de Finanzas Públicas (SINFIP) es atribución del Presidente de la República, quien la ejerce a través del Ministerio de Finanzas. Adicionalmente, según dispone el numeral 6 del artículo 74 del indicado Código, dicho Ministerio es competente para dictar las normas, manuales, instructivos, directrices, clasificadores, catálogos, glosarios y otros instrumentos de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades del sector público para el diseño, implantación y funcionamiento del SINFIP y sus componentes, por lo que la procedencia de incluir el rubro correspondiente a la indemnización recibida de la compañía aseguradora en el presupuesto de los ejercicios económicos, posteriores al cual se recibió la indemnización, corresponde determinar al Portafolio a su cargo y al Ministerio de Finanzas.

Por su parte, la Normativa de Administración Financiera del Sector Público, en el numeral 2.1.4., que trata sobre los principios presupuestarios prevé:

"2.1.4 PRINCIPIOS PRESUPUESTARIOS Los presupuestos públicos se regirán bajo los siguientes principios: Universalidad Los presupuestos contendrán la totalidad de los ingresos y gastos, no será posible compensación entre ingresos y gastos de manera previa a su inclusión en el presupuesto. Unidad El conjunto de ingresos y gastos debe contemplarse en un solo presupuesto bajo un esquema estandarizado; no podrán abrirse presupuestos especiales ni extraordinarios. Programación. Las asignaciones que se incorporen en los presupuestos deberán responder a los requerimientos de recursos identificados para conseguir los objetivos y metas que se programen en el horizonte anual y plurianual (…)".

Adicionalmente, el numeral 2.2.4.1 de la misma Normativa de Administración Financiera del Sector Público, determina lo siguiente:

2.2.4 PROGRAMACIÓN PRESUPUESTARIA INSTITUCIONAL

2.2.4.1 VINCULACIÓN PLANIFICACIÓN-PRESUPUESTO.- La programación presupuestaria institucional se sustentará en el plan plurianual para un horizonte de cuatro años que cada institución elaborará en consistencia con el plan plurianual del gobierno para el mismo período y en los planes operativos anuales que se formulen para su concreción. Los planes operativos constituirán el nexo que permitirá vincular los objetivos y metas de los planes plurianuales con las metas y resultados de los programas incorporados en el presupuesto. Para tal efecto, los objetivos y metas del plan plurianual se expresarán en objetivos y metas operativos de los planes anuales, de los que se definirán el conjunto de acciones necesarias y los requerimientos de recursos humanos, materiales, físicos y financieros para su consecución. Los requerimientos anuales de recursos se expresarán en las categorías presupuestarias definidas acorde con el marco metodológico de la presupuestación por resultados. Los responsables institucionales de la planificación y de la programación presupuestaria establecerán los elementos comunes del plan operativo y los expresarán en las categorías programáticas que correspondan y verificarán que, en conjunto, se enmarquen en el techo presupuestario asignado para la elaboración de la proforma de la institución.

De otra parte, 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 116 del mismo cuerpo legal, determina lo siguiente:

"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".

De los numerales 2.1.4 y 2.2.4.1. de la Normativa de Administración Financiera del Sector Público previamente citados, se establece que las asignaciones que se incorporan en los presupuestos deben responder a requerimientos anuales de recursos que se expresan en categorías presupuestarias perfectamente definidas.

Lo referido en el párrafo precedente, en concordancia con los artículos 115 y 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que, en su orden, determinan como requisito previo a la adquisición de cualquier compromiso, la emisión de la respectiva certificación presupuestaria y que los créditos presupuestarios queden comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, sin que proceda la adquisición de compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto, de donde se desprende que cualquier requerimiento de adquisición de bienes debe estar previsto en el presupuesto institucional, para que en base a aquello proceda la emisión de la correspondiente certificación presupuestaria para la adquisición de cualquier compromiso que implique erogación económica.

De otra parte, el numeral 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General de esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

"2. Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional".

La Disposición General Tercera del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que: "Los bienes de carácter estratégico necesarios para la defensa nacional, excluyen aquellos relacionados con la gestión y operación habitual de los organismos responsables".

El artículo 48, perteneciente al Capítulo II "LICITACIÓN" de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, referido en su consulta, determina los casos en que cabe el procedimiento de licitación:

"Art. 48.- Procedencia.- La licitación es un procedimiento de contratación que se utilizará en los siguientes casos:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,

3. Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico".

Adicionalmente, el Capítulo IV del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en sus artículos 49, 50, 51, 52, 53, 54 y 55 también aludidos en su consulta, norman lo relacionado a la convocatoria, recepción de ofertas, contenido de las ofertas, términos entre la convocatoria y apertura de ofertas, la apertura de las ofertas, método de evaluación de las ofertas y el término para su evaluación.

La Resolución INCOP No. 022-2009, publicada en el Registro Oficial No. 619 de 24 de junio de 2009, que menciona en su consulta contiene normas que regulan los procesos de licitación; mientras que, la Resolución INCOP No. 039-2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 169 de 12 de abril de 2010, sustituye la Resolución INCOP No. 026-09 (no la Resolución No. 22, como señala en su consulta) y regula los procesos de cotización y menor cuantía, previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, en virtud del artículo 99 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que determina la universalidad de recursos, si la entidad consultante considera necesaria la adquisición de un bien de

diferentes características al siniestrado, que motivó la indemnización por parte de la compañía de seguros, es jurídicamente procedente tal adquisición, siempre que conste dicho rubro en el presupuesto institucional del ejercicio económico correspondiente y en consecuencia cuente previamente con la certificación presupuestaria prevista en el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

En cuanto al régimen precontractual que debe observarse, éste dependerá de si el bien a adquirirse es de aquellos calificados por el Presidente de la República como necesarios para la seguridad interna y externa del Estado y por lo tanto sujetos a régimen especial, según dispone el numeral 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; o, si son bienes cuya adquisición se rige por los procedimientos dispuestos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de conformidad con el ámbito determinado en el artículo 1 de la indicada Ley Orgánica.

Esta Procuraduría no se pronuncia sobre los informes técnicos ni sobre la conveniencia de la adquisición a la que se refiere su consulta, por no ser de su competencia, ya que tales aspectos le corresponden determinar a la entidad consultante, en el ámbito de sus atribuciones.

COMPETENCIAS AMBIENTALES: PLANIFICACIÓN, CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DEL SISTEMA MUNICIPAL

OF. PGE. N°: 11484, de 14-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos EMGIRS – EP

CONSULTAS:

1.- "¿Si la disposición constante en el artículo 47, letra a) del Acuerdo Ministerial No. 681 del Ministerio de Salud Pública, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 338 de 10 de diciembre de 2010, es aplicable a la EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS (EMGIRS-EP), teniendo en cuenta el objeto principal de la misma establecido en Ordenanza Metropolitana No. 0323 de 14 de octubre de 2010?".

2.- "¿Si en razón de la materia, la competencia ambiental sobre la regularización y control de las actividades que produzcan impacto ambiental corresponde al Ministerio de Ambiente o a su vez a las Autoridades Ambientales de Aplicación Responsable (AAAr) debidamente Acreditadas por el Ministerio del Ambiente?".

3.- "Si en virtud de la competencia y de los Acuerdos Ministeriales No. 026, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 334 de 12 de mayo de 2008, y, No. 161, de 31 de agosto de 2011, es procedente, legal y viable el que la EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS (EMGIRS-EP), sobre la base de las disposiciones constitucionales contempladas en los artículos 14,15,264,315; así como 54,55,84 y 85 del COOTAD; la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General; y, la Ordenanza Metropolitana 0323 de 14 de octubre de 2010, puede, de considerarlo necesario, el diseñar el planificar, construir, mantener, operar y, en general, explotar la infraestructura del sistema municipal de gestión de residuos sólidos del Distrito Metropolitano de Quito, en base a tecnologías ambientales limpias que implica el uso de energía alternativas, no contaminantes y de bajo pacto (sic)".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 237 y 264.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 14, 15, 54, 55, 84, 85, 136, 137, 264, 275, 277, 315 y 341.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.
Ley Orgánica de Salud, Arts. 4, 97, 99 y 100.
Ley de Gestión Ambiental, Art. 8.
Reglamento para el Manejo Adecuado de los Desechos Infecciosos Generados en las Instituciones de Salud en el Ecuador, Arts. 1 y 47 lit. a).
Texto Unificado del la Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, Arts. 12, 15, 21 y 22.
Ordenanza de Creación N°. 0323, Registro Oficial N° 318, 11-11-2010, Art. 1.
Res. PGE N° 17, Registro oficial N°. 102 de 11-06-2007, Art. 2.

PRONUNCIAMIENTOS:

El Ministerio de Salud Pública, en el oficio No. SAJ-10-2012-005263 de 29 de noviembre de 2012, hace referencia a la Constitución de la República y al artículo 99 de la Ley Orgánica de Salud que prevé que la autoridad sanitaria nacional, en coordinación con los municipios del país, emitirá los reglamentos, normas y procedimientos técnicos de cumplimiento obligatorio para el manejo adecuado de los desechos infecciosos que generen los establecimientos de servicios de salud públicos o privados; y, con relación a esta consulta, expresa el siguiente criterio jurídico:

"Ahora bien, considerando que el Concejo Metropolitano de Quito expidió la Ordenanza Metropolitana de creación de la empresa Pública denominada 'Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos', que tendrá como objetivo principal: '(…) Diseñar, planificar, construir, mantener, operar y en general, explotar la infraestructura del sistema municipal de gestión de residuos sólidos del Distrito Metropolitano de Quito (…); finalidad que dista mucho del ámbito de aplicación y de los objetivos del Reglamento emitido por esta Cartera de Estado, referente al manejo de desechos infecciosos generados en las instituciones de salud del Ecuador.

Al ser la Empresa Metropolitana de Gestión Integral de Residuos Sólidos, un organismo distinto a los regulados con la normativa sanitaria que nos ocupa, es criterio de este Portafolio que no sería aplicable a esta las disposiciones del Reglamento para el Manejo Adecuado de los Desechos Infecciosos Generados en las Instituciones de Salud en el Ecuador, y por ende del Art. 47, materia de su consulta".

La letra a) artículo 47 del Acuerdo Ministerial No. 681 del Ministerio de Salud Pública, del que consta el Reglamento Sustitutivo al Reglamento para el Manejo Adecuado de los Desechos Infecciosos Generados en las Instituciones de Salud en el Ecuador, sobre la que trata su consulta, dispone lo siguiente:

"Art. 47.- Con la finalidad del realizar un adecuado manejo de los desechos infecciosos se prohíbe:

a) La utilización de incineración como método de tratamiento de los desechos infecciosos, considerando su potencial peligro al ambiente y a la salud de la comunidad".

Del tenor de la norma reglamentaria citada, se establece que ésta prohíbe la incineración como mecanismo de tratamiento de desechos infecciosos y en atención a su consulta, corresponde analizar su aplicabilidad a la Empresa que usted representa.

La Constitución de la República en el artículo 264, en concordancia con el artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, señala las competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal, y entre ellas la letra d) del indicado artículo 55 del Código en mención, prevé 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".

En cuanto al ejercicio de las competencias de los gobiernos autónomos descentralizados en gestión ambiental, el Art. 136 del COOTAD, prescribe 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. Añade que, para otorgar licencias ambientales, los gobiernos autónomos descentralizados 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.

Además, el artículo 431 del COOTAD prevé que los gobiernos autónomos descentralizados de manera concurrente establecerán las normas para la gestión integral del ambiente y de los desechos contaminantes que comprende la prevención, control y sanción de actividades que afecten al mismo.

De otra parte, es pertinente señalar que el inciso cuarto del artículo 137 del COOTAD, que trata sobre el ejercicio de las competencias de prestación de servicios públicos, prevé lo siguiente:

"Las competencias de prestación de servicios públicos de alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, y actividades de saneamiento ambiental, en todas sus fases, las ejecutarán los gobiernos autónomos descentralizados municipales con sus respectivas normativas. Cuando estos servicios se presten en las parroquias rurales se deberá coordinar con los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales".

Por su parte, el artículo 275 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé 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, establece que 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; y que, dichas empresas se crean mediante 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.

Mediante Ordenanza No. 0323 de 14 de octubre de 2010, el Concejo del Distrito Metropolitano de Quito creó la "Empresa Pública Metropolitana de Gestión Integral

de Residuos Sólidos", cuyo objeto según el artículo 1 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".

De los artículos 264 de la Constitución de la República y 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, se desprende que es competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos y actividades de saneamiento ambiental, competencias que las ejecutarán con sus respectivas normativas, según prevé el artículo 137 del COOTAD. Igualmente les corresponde establecer para la gestión integral del ambiente y de los desechos contaminantes que comprende la prevención, control y sanción de actividades que afecten al mismo; y, dirigir y organizar la gestión ambiental en el ámbito de su territorio, en concordancia con las políticas emitidas por la autoridad ambiental nacional. Adicionalmente, ha quedado establecido que los gobiernos autónomos descentralizados municipales pueden prestar sus servicios a través de empresas públicas, como en el caso de la Empresa a su cargo.

Una vez que me he referido a las competencias que, con relación al tema de su consulta, les corresponden a los gobiernos autónomos descentralizados, dentro del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, considero pertinente señalar que de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica de Salud, la autoridad sanitaria nacional es el Ministerio de Salud Pública. A dicha Cartera de Estado le compete el ejercicio de las funciones de rectoría en salud y de conformidad con el artículo 97 ibídem, tiene la siguiente atribución:

"Art. 97.- La autoridad sanitaria nacional dictará las normas para el manejo de todo tipo de desechos y residuos que afecten la salud humana; normas que serán de cumplimiento obligatorio para las personas naturales y jurídicas".

El artículo 99 de la Ley Orgánica de Salud prescribe que la autoridad sanitaria nacional, en coordinación con los municipios del país emitirá los reglamentos, normas y procedimientos técnicos de cumplimiento obligatorio para el manejo adecuado de los desechos infecciosos que generen los establecimientos de servicios de salud, públicos o privados, ambulatorios o de internación, veterinaria y estética; es decir, que el Ministerio de Salud Pública debe coordinar con los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la emisión de la reglamentación que regula el manejo de desechos infecciosos por parte de los servicios de salud, públicos o privados, veterinarios y de estética.

De otra parte, respecto de la disposición final de los desechos comunes, infecciosos,

especiales y de las radiaciones ionizantes y no ionizantes, el artículo 100 de la Ley Orgánica de Salud determina lo siguiente:

"Art. 100.- La recolección, transporte, tratamiento y disposición final de desechos es responsabilidad de los municipios que la realizarán de acuerdo con las leyes, reglamentos y ordenanzas que se dicten para el efecto, con observancia de las normas de bioseguridad y control determinadas por la autoridad sanitaria nacional. El Estado entregará los recursos necesarios para el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo". En el contexto anterior, cabe señalar el ámbito del Acuerdo Ministerial No. 681, expedido por el Ministerio de Salud Pública, que contiene el "Reglamento Sustitutivo al Reglamento para el Manejo Adecuado de los Desechos Infecciosos Generados para las Instituciones de Salud en el Ecuador", que en su artículo 1 dispone:

"Art. 1.- El presente reglamento se aplicará en todos los establecimientos del sector salud en todo el país como: hospitales clínicas, centros de salud, subcentros de salud, puestos de salud, policlínicos, unidades móviles, consultorios médicos y odontológicos, laboratorios clínicos, de patología y de experimentación, locales que trabajan con radiaciones ionizantes, morgue, clínicas veterinarias, centros de estética y cualquier actividad que genere desechos infecciosos, cortopunzantes y especiales".

El artículo 1 del indicado Reglamento, al precisar el ámbito de aplicación, se circunscribe a los establecimientos del sector salud, de experimentación, locales que trabajan con radiaciones ionizantes, morgue, clínicas veterinarias, centros de estética y cualquier actividad que genere desechos infecciosos, cortopunzantes y especiales.

El artículo 32 del Reglamento en mención, en consonancia con el artículo 100 de la Ley Orgánica de Salud, determina que: "Es responsabilidad de los municipios el manejo externo de los desechos infecciosos de conformidad con lo establecido en el Art. 100 de la Ley Orgánica de Salud".

Como se observa, tanto el artículo 100 de la Ley de Salud, como el artículo 32 del propio "Reglamento Sustitutivo al Reglamento para el Manejo Adecuado de los Desechos Infecciosos Generados para las Instituciones de Salud en el Ecuador", distinguen el ámbito de quienes generan o producen los desechos infecciosos y su manejo interno, del de quienes efectúan su manejo externo o disposición, que son los municipios, por ser de su competencia, de acuerdo con las leyes, reglamentos y ordenanzas que se dicten para el efecto, con observancia de las normas de bioseguridad y control determinadas por la autoridad sanitaria nacional.

Del análisis jurídico precedente, se determina que de conformidad con el artículo 100 de la Ley Orgánica de Salud, la recolección, transporte, tratamiento y disposición final

de desechos infecciosos, es responsabilidad de los municipios, en concordancia con el artículo 32 del "Reglamento Sustitutivo al Reglamento para el Manejo Adecuado de los Desechos Infecciosos Generados para las Instituciones de Salud en el Ecuador".

De lo expuesto, se concluye que la disposición constante en el artículo 47 letra a) del Reglamento en mención, es aplicable a las entidades del sector salud que generan desechos infecciosos, mas no a los municipios o las empresas municipales que efectúan la recolección y disposición final de este tipo de desechos.

Sin perjuicio de lo anterior, por disposición del artículo 100 de la Ley Orgánica de Salud, la empresa pública a su cargo debe observar las normas de bioseguridad y control determinadas por la autoridad sanitaria nacional, para la actividad de recolección y disposición final de este tipo de desechos.

Además, se hace notar que, de conformidad con el artículo 97 de la Ley Orgánica de Salud, es responsabilidad del Ministerio de Salud Pública, como autoridad sanitaria nacional, dictar las normas para el manejo de todo tipo de desechos y residuos que afecten la salud humana; normas que serán de cumplimiento obligatorio para las personas naturales y jurídicas. En consecuencia, a la Autoridad Sanitaria Nacional es a la que le corresponde definir si la prohibición a la que se refiere en su consulta, debe aplicarse a la disposición final de desechos sólidos y, de así considerarlo, dictar la norma correspondiente.

2.- En primer término, es procedente señalar que el objeto de la Empresa Pública a su cargo, según el artículo 1 de la Ordenanza de su Creación No. 0323, expedida por el Concejo Metropolitano de Quito y referida al atender su primera consulta 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".

Con relación al tema sobre el que versa su segunda consulta, el Ministerio de Ambiente en el oficio No. MAE-CGJ-2012-0769 de 15 de noviembre de 2012, suscrito por la Coordinadora General Jurídica de dicha Cartera de Estado, expresa que el Gobierno Municipal del Distrito Metropolitano de Quito, de conformidad con la Resolución Ministerial 454/ 11 de noviembre de 2010, es Autoridad Ambiental de Aplicación responsable y que se le han conferido varias facultades.

Añade la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Ambiente, lo siguiente:

"De lo expuesto, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, en su calidad de Autoridad Ambiental de Aplicación responsable, tiene la competencia ambiental, que se encuentra en la citada resolución, excepto en los proyectos que pertenezcan a su

propia gestión y/o se encuentren total o parcialmente dentro del Patrimonio Nacional de Áreas Naturales y del Patrimonio Forestal, Bosques y Vegetación Protectores del Estado, así como los Proyectos señalados en el artículo 12 del Libro VI del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, a saber:

a) proyectos específicos de gran magnitud, declarados de interés nacional de manera particularizada por el Presidente de la República mediante decreto ejecutivo; así como proyectos de gran impacto o riesgo ambiental, declarados expresamente por la Autoridad Ambiental Nacional.

b) actividades o proyectos propuestos cuyo promotor sería la misma autoridad ambiental de aplicación, excepto que ésta sea un municipio, caso en el cual el licenciamiento ambiental corresponderá al respectivo Consejo Provincial siempre y cuando el Consejo Provincial tenga en aplicación un sub – sistema de evaluación de impacto ambiental acreditado, caso contrario la autoridad líder será determinada de acuerdo a lo establecido en el artículo anterior; y,

c) actividades o proyectos propuestos cuyo licenciamiento ambiental en razón de competencia territorial correspondería al ámbito provincial cuando la actividad, proyecto o su área de influencia abarca a más de una jurisdicción provincial".

Con respecto al ejercicio de las competencias de los gobiernos autónomos descentralizados en gestión ambiental, el Art. 136 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, 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 auditorias 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 (…)".

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. En los municipios que no se hayan calificado, le corresponde esta facultad al gobierno provincial.

La Ley de Gestión Ambiental, en su 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.

Respecto del proceso de evaluación de impactos ambientales, el Art. 21 del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio del Ambiente, 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 que antes de iniciar actividades o proyectos propuestos de carácter nacional, regional o local, o sus modificaciones, que conforme al artículo 15 del mismo Texto Unificado de Legislación, 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 ese Título, así como los respectivos sub - sistemas de evaluación de impactos ambientales sectoriales y seccionales acreditados ante el SUMA.

Añade el artículo 22 del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio de Ambiente, los documentos que deben presentarse ante la autoridad ambiental de aplicación responsable (AAAr), para determinar la necesidad (o no) de una evaluación de impactos ambientales, entre los que consta la ficha ambiental, que 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, el cual 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 lo expuesto, con fundamento en los artículos 136 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; 8 de la Ley de Gestión Ambiental y 22 del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio de Ambiente, Parte I, en atención a su consulta, se concluye que al tratarse de actividades relacionadas con un servicio público prestado a través de una empresa pública municipal (que es una modalidad de gestión prevista en los artículos 275 y 277 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización), la competencia ambiental sobre la regulación y control de actividades que produzcan impacto ambiental, le corresponde al gobierno autónomo descentralizado provincial de la jurisdicción pertinente, siempre que dicho gobierno se encuentre debidamente acreditado ante el Ministerio de Ambiente, como Autoridad Ambiental de Aplicación Responsable (AAAr). En el evento de que no se encuentre acreditado el gobierno provincial, es competencia del Ministerio de Ambiente, actuar como entidad ambiental de control.

En similares términos consta el análisis jurídico efectuado por esta Procuraduría, respecto de las normas que rigen la gestión ambiental de los gobiernos autónomos descentralizados, en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 06684 de 29 de febrero de 2012, en atención a una consulta del Municipio de Ambato.

3.- La Constitución de la República del Ecuador 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 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional.

Su tercera consulta no está dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de mis competencias, sino que pretende que este Organismo se pronuncie respecto a si procede diseñar, planificar, construir, mantener, operar y explotar la infraestructura del sistema municipal de gestión de residuos, lo cual excede las atribuciones determinadas para la Procuraduría General del Estado, en la Constitución de la República del Ecuador y en su Ley Orgánica.

CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN: NOMBRAMIENTOS DOCENTES DE LAS FUERZAS ARMADAS, POLICIA NACIONAL Y AVIACIÓN CIVIL

OF. PGE. N°: 13533, de 11-06-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Ministerio de Educación

CONSULTA:

"¿Para dar cumplimiento a la disposición transitoria octava de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, puede el Ministerio de Educación expedir el nombramiento de docente, a los docentes con nombramiento o a contrato de las instituciones educativas administradas por las Fuerzas Armadas, Policía Nacional y Aviación Civil, sin efectuar el concurso de méritos y oposición que prescriben los artículos 228 de la Constitución de la República, y 94, literal e) y 97, inciso segundo, de la Ley Orgánica de Educación intercultural?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 229 y 349.
Ley Orgánica de Educación Intercultural, Arts. 1, 94, 111 y Disp. Trans. Octava.
Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 84.
Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio, Art. 93.
Norma Sustitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección del Personal, Disp. General Quinta.
Norma del Proceso de Evaluación e Incorporación del Personal Docente de los Colegios Militares, Unidades Educativas de la FAE, Arts. 1, 2 subnumeral 2.4 y 6.
A.M N° 178, Registro Oficial N° 453, 20-05-2011, Arts. 1, 3 y 4.
Res. MRL N° 532, 01-08-2012, Art. 2 inc. Segundo, Disp. Trans. Primera.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, con oficio No. 12711 de 9 de abril de 2013 esta Entidad solicitó el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales. Se insistió en dicho requerimiento con oficio No. 13103 de 8 de mayo de 2013; sin embargo, no se ha recibido respuesta hasta la presente fecha.

El informe del Coordinador General de Asesoría Jurídica (E) del Ministerio de Educación, contenido en memorando No. MINEDUC-CGAJ-2013-00402-MEM de 2 de abril de 2013, manifiesta que: "El personal docente de las instituciones educativas que, antes de la expedición de la Ley Orgánica de Educación Intercultural –publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial 417 de 31 de marzo de 2011, se encontraban administradas por las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Comisión de Tránsito del Guayas, Aviación Civil, no pertenecía al Magisterio Fiscal".

El referido informe jurídico del Ministerio de Educación, concluye que: "(…) para dar cumplimiento a la disposición transitoria octava de la Ley Orgánica de Educación

Intercultural, el Ministerio de Educación, previo a expedir el nombramiento de docente, a los docentes con nombramiento o a contrato de las instituciones educativas administradas por las Fuerzas Armadas, Policía Nacional y Aviación Civil, debe efectuar el concurso de méritos y oposición que prescriben los artículos 228 de la Constitución de la República, y 94 literal e) y 97, inciso 2º, de la Ley Orgánica de Educación Intercultural".

La Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, sobre cuya aplicación trata su consulta establece:

"OCTAVA.- A partir del año 2011, las instituciones educativas que se encuentren administradas por las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Comisión de Tránsito del Guayas, Aviación Civil, pasarán a funcionar bajo la rectoría de la Autoridad Nacional de Educación, en lo referente a los planes y programas educativos.

El personal docente se incorporará a dicho Ministerio observando el Sistema de Escalafón y Sueldos del Magisterio Nacional, luego de la evaluación respectiva para su ubicación en la categoría correspondiente del escalafón, y con nombramiento. El personal administrativo y de trabajadores se incorpora al Ministerio observando, respectivamente, el régimen laboral de la Ley Orgánica del Servicio Público y el del Código del Trabajo.

Se garantiza la estabilidad laboral del personal docente, administrativo y de trabajadores de los centros educativos contemplados en la presente disposición y de acuerdo con la Ley".

De acuerdo con el tenor literal del segundo inciso de la citada Transitoria Octava de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, el personal docente de las instituciones educativas administradas por las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Comisión de Tránsito del Guayas y Aviación Civil, se debe incorporar al Ministerio de Educación, con nombramiento y ubicarse en la categoría correspondiente del escalafón docente, "(…) luego de la evaluación respectiva".

El artículo 94 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, establece que son requisitos para ingresar a la carrera educativa pública, entre otros, "e. Participar y ganar en los correspondientes concursos de méritos y oposición para llenar las vacantes del sistema fiscal"; y, el artículo 111 de la misma Ley Orgánica prevé que, el escalafón del magisterio nacional, constituye un sistema de categorización de los docentes pertenecientes a la carrera docente pública, según sus funciones, títulos, desarrollo profesional, tiempo de servicio y resultados en los procesos de evaluación, implementados por el Instituto Nacional de Evaluación, lo que determina su remuneración y los ascensos de categoría.

Por la materia sobre la que trata la consulta, resulta pertinente considerar como antecedente que, el artículo 229 de la Constitución de la República, establece que: "Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público". Idéntica disposición consta en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Con respecto al personal docente, la parte final del artículo 349 de la Constitución de la República, dispone que: "La ley regulará la carrera docente y el escalafón; establecerá un sistema nacional de evaluación del desempeño y la política salarial en todos los niveles. Se establecerán políticas de promoción, movilidad y alternancia docente".

El artículo 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece la sujeción del personal docente a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio, derogada por la Segunda Disposición Derogatoria de la vigente Ley Orgánica de Educación Intercultural, cuyo Título V regula la Carrera Educativa, a partir de su artículo 93, que dispone:

"Art. 93.- La carrera educativa incluye a los profesionales de la educación en cualquiera de sus funciones. Además, formarán parte de la carrera educativa los docentes que tengan nombramientos y los que laboren bajo cualquier forma y modalidad en los establecimientos públicos y fiscomisionales. Los docentes del sector privado estarán amparados por el Código del Trabajo".

Sobre la base normativa citada, en pronunciamiento contenido en oficio No. 02700 de 6 de julio de 2011, concluí que:

"En el sector público existen distintos tipos de carreras que amparan a los servidores públicos. La 'carrera educativa pública', según el artículo 93 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, es una carrera específica dentro del sector público, que ampara a los profesionales de la educación y docentes que tengan nombramientos y laboren bajo cualquier forma y modalidad en los establecimientos públicos y fiscomicionales (…).

En consecuencia, en atención a los términos de su consulta se concluye que los profesionales de la educación que prestan servicios en establecimientos públicos y fiscomisionales, pertenecen a la carrera docente pública según el artículo 93 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, y por tanto están sujetos a esa Ley Orgánica en lo atinente a sus derechos y obligaciones específicos, sanciones, requisitos especiales de ingreso a la carrera docente pública mediante concurso, así como prohibiciones para el ingreso a dicha carrera; traslados, ascensos, evaluaciones y promociones; categorización en el escalafón del magisterio nacional, entre otras materias reguladas

por la Ley Orgánica de Educación Intercultural, cuyas disposiciones tienen el carácter de normas especiales respecto de las que sobre las mismas materias constan en la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) que establece el régimen general aplicable a los servidores públicos y que por tanto es aplicable a los docentes públicos solo en forma subsidiaria, esto es lo no previsto en forma expresa por Ley Orgánica de Educación Intercultural".

A lo analizado en el pronunciamiento de la referencia se debe agregar que, la incorporación al Ministerio de Educación del personal de las instituciones educativas administradas por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, Aviación Civil, Comisión de Tránsito del Guayas, está prevista también por el inciso final de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica del Servicio Público, que establece:

"Las instituciones educativas que se encuentran administradas por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, Aviación Civil, Comisión de Tránsito del Guayas, pasarán a funcionar bajo la rectoría del Ministerio de Educación. El personal administrativo y de servicio que al momento de la expedición de la presente ley, se encuentre laborando en las instituciones antes mencionadas, se les respetará su estabilidad. El personal directivo deberá cumplir con los requisitos que rigen para el sistema educativo público para continuar desempeñando sus funciones".

Luego de la promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural en el Suplemento del Registro Oficial No. 417 de 31 de marzo de 2011, el Ministerio de Educación, mediante Acuerdo No. 178, publicado en el Registro Oficial No. 453 de 20 de mayo de 2011, dispuso lo siguiente:

"Art. 1.- Determinar que esta Secretaría de Estado, en cumplimiento de lo que establece la Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, implementará y ejecutará un proceso de transición para que los docentes que laboran en las instituciones educativas administradas por las Fuerzas Armadas. Policía Nacional y Aviación Civil, cuyo listado consta como anexo al presente acuerdo ministerial; se incorporen al Ministerio de Educación, luego de la evaluación respectiva y previo cumplimiento de los requisitos legales, ubicándose en la categoría que les corresponda dentro del escalafón docente".

El artículo 3 del referido Acuerdo No. 178 del Ministerio de Educación dispuso a las autoridades de los citados establecimientos educativos, que no modifiquen el régimen ni las condiciones de contratación del personal docente, el personal administrativo y el personal de servicios, hasta que se concluya con el proceso de transición.

Respecto de la contratación de nuevos docentes, el artículo 4 del Acuerdo No.

178, previó "(…) en caso de que dichos establecimientos educativos, requieran de nuevos contratos para docentes, estos deben realizarse excepcionalmente en casos plenamente justificados, previo informe favorable de las subsecretarías metropolitanas, coordinaciones zonales y de la Coordinación General de Planificación del Ministerio de Educación, y a condición de que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Educación Intercultural, de acuerdo a la modalidad que determine el Ministerio de Relaciones Laborales".

El Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales No. 56, que contiene la Norma Sustitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, en su Disposición General Quinta prescribe lo siguiente:

"QUINTA.- DE LAS DISPOSICIONES DE SELECCION DE PERSONAL EN REGIMENES ESPECIALES.- El ingreso y ascenso de los miembros activos de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Cuerpos de Bomberos y Comisión de Tránsito del Ecuador se regirá por sus respectivas leyes y disposiciones y subsidiariamente por las políticas, procedimientos y directrices establecidos en la LOSEP, su Reglamento General y esta norma. Igual procedimiento se observará para las y los docentes amparados en la Ley Orgánica de Educación Superior, la Ley Orgánica de Educación Intercultural, la carrera de la Función Judicial y el personal de la Carrera Diplomática del Servicio Exterior".

Con Resolución No. MRL-2012-0532 de 1 de agosto de 2012, el Viceministro del Servicio Público efectuó la calificación de obreros, servidores y docentes de trece Colegios Militares, cinco Unidades Educativas de la FAE y siete Liceos Navales. El segundo inciso del artículo 2 de dicha Resolución, dispuso:

"Los Ministerios de Defensa y de Educación aplicarán la Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, para las y los docentes que pasen del régimen laboral del Código del Trabajo a la Ley Orgánica de Educación Intercultural".

La Disposición Transitoria Primera de la citada Resolución No. MRL-2012-0532 de 1 de agosto de 2012, previó:

"PRIMERA.- Las personas que mantengan contratos de trabajo, con excepción de aquellos que obtuvieron estabilidad laboral, en el caso del personal administrativo hasta el 6 de octubre del 2010 y docentes hasta el 31 de marzo de 2011, se mantendrán vigentes hasta su terminación sin que les sea aplicable esta Resolución, y si la institución considera necesario contar nuevamente con este personal, las unidades responsables de la administración del talento humano, o quienes hicieren sus veces, sobre la base de las actividades analizadas en esta Resolución determinarán el régimen de personal correspondiente y procederán a emitir los informes necesarios para la contratación,

señalando si están sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Público, a la Ley Orgánica de Educación Intercultural o al Código del Trabajo."

Con Acuerdo No. 0023-13 de 6 de febrero de 2013, el Ministerio de Educación expidió la "Normativa del proceso de evaluación e incorporación del personal docente de los Colegios Militares, Unidades Educativas de la FAE, Liceos Navales y del Colegio Técnico Experimental de Aviación Civil, al Magisterio Fiscal" que, según prevé su artículo 1 regula la evaluación e incorporación de ese personal "al Magisterio Fiscal, de conformidad con la disposición transitoria octava de la Ley Orgánica de Educación Intercultural".

Según el artículo 2 del citado Acuerdo No. 0023-13, los referidos Colegios Militares, de la FAE, de la Aviación Civil, Liceos Navales, deben entregar al Sistema de Información del Ministerio de Educación-SIME, el detalle del personal docente; una vez validada dicha información, el personal docente debe participar en la evaluación prevista en ese Acuerdo, dirigida, planificada y ejecutada por el Ministerio de Educación.

La parte final del subnumeral 2.3 del citado artículo 2 del Acuerdo No. 0023-13 dispone que, "Únicamente los docentes que aprueben la evaluación, recibirán el nombramiento que será emitido por el Ministerio de Educación".

Según los artículos 2 subnumeral 2.4 y 6 del referido Acuerdo No. 0023-13, concluido y aprobado el proceso de evaluación de los docentes, se emitirán las acciones de personal y la Subsecretaría Nacional de Desarrollo Profesional Educativo, será la responsable de llevar adelante el proceso de escalafón docente de quienes hubieren aprobado la evaluación "(…) a quienes se les reconocerá el tiempo de servicio que en ejercicio de la docencia hayan obtenido de la relación laboral adquirida con el Ministerio de Defensa o la Dirección Nacional de Aviación Civil".

Finalmente, mediante Acuerdo No. 143, publicado en el Registro Oficial No. 7 de 4 de junio de 2013, la Ministra de Defensa ha delegado a los Rectores de los Colegios Militares, Unidades Educativas de la FAE y Liceos Navales, la suscripción de las acciones de personal correspondientes a los docentes que por efecto del cambio de régimen laboral deban sujetarse a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, según prevé el artículo 1 letra b del citado Acuerdo.

Es decir que, la incorporación del personal docente de los establecimientos públicos de educación administrados por las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Comisión de Tránsito del Guayas y Aviación Civil, dispuesta por la Transitoria Octava de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, está referida a los docentes que, al tiempo de promulgación de esa Ley (marzo de 2011) gozaban de estabilidad laboral, según

establece la Transitoria Primera de la Resolución No MRL-2012-0532 de 1 de agosto de 2012.

Mientras que, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, la contratación de nuevos docentes por parte de dichos establecimientos de educación, quedó sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en esa Ley, según el artículo 4 del Acuerdo No. 178 del Ministerio de Educación, publicado en el Registro Oficial No. 453 de 20 de mayo de 2011, esto es, al concurso de méritos que establece el artículo 94 de esa Ley que fue citado en los antecedentes de este pronunciamiento.

En consecuencia, la incorporación al Magisterio Fiscal del personal docente de los establecimientos de educación de las Fuerzas Armadas y Aviación Civil, que gozaba de estabilidad al tiempo de promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, se efectúa conforme prescribe la Transitoria Octava de esa Ley Orgánica y reglan los Acuerdos del Ministerio de Educación No. 178-11 y 0023-13, mediante la aplicación y aprobación de un proceso de evaluación de dicho personal docente por parte del Ministerio de Educación.

De acuerdo con el artículo 2 de la Resolución del Ministerio de Relaciones Laborales No. 2012-532 de 1 de agosto de 2012, que efectuó la calificación de los obreros, servidores y docentes de varios establecimientos de educación militar, de la FAE y liceos navales; y, el artículo 6 del Acuerdo del Ministerio de Educación No. 0023-13 de 6 de febrero de 2013, citados en los antecedentes, a los docentes que aprueben la evaluación "(…) se les reconocerá el tiempo de servicio que en ejercicio de la docencia hayan obtenido de la relación laboral adquirida con el Ministerio de Defensa o la Dirección Nacional de Aviación Civil".

Es decir que, la aprobación de la evaluación docente produce un cambio del régimen laboral al de la Ley Orgánica de Educación Intercultural y su inclusión en el escalafón que establece el artículo 111 de esa Ley.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, respecto del personal docente de las instituciones educativas administradas por las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Comisión de Tránsito del Guayas y Aviación Civil que gozaba de estabilidad laboral al tiempo de promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural (marzo de 2011), de conformidad con el segundo inciso de la Disposición Transitoria Octava de esa Ley Orgánica, corresponde al Ministerio de Educación incorporar a dicho personal al Magisterio Fiscal a través de nombramientos, previa la evaluación que dicha norma establece y regulan los Acuerdos No. 178-11 y 0023-13 del Ministerio de Educación; y, una vez aprobada la evaluación, ubicarlo en la respectiva categoría del escalafón docente.

Mientras que, respecto del personal docente de las instituciones educativas administradas por las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Comisión de Tránsito del Guayas y Aviación Civil contratado a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural (marzo de 2011), sus contratos se mantendrán vigentes hasta su terminación, según prescribe la Disposición Transitoria Primera de la Resolución No. MRL-2012-0532 de 1 de agosto de 2012, por lo que, su ingreso a la carrera docente pública solo se puede efectuar previo concurso de méritos y oposición, según el artículo 94 de esa Ley.

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL: CAPACIDAD LEGAL PARA EXPEDIR NORMAS JURÍDICAS

OF. PGE. N°: 13643, de 24-06-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Consejo Nacional Electoral

CONSULTA:

"El Presidente del Consejo Nacional Electoral, como máxima autoridad administrativa y nominadora, conforme lo establecido en el artículo 32 numeral 1 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, ¿tiene plena capacidad legal para expedir reglamentos, instructivos, manuales y demás normas legales, que sirvan para normar su gestión en el ámbito administrativo y de talento humano, asuntos de su competencia, sin requerir de la aprobación del Pleno del Consejo Nacional Electoral?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 217 Inc. Segundo, 218, 219 núm. 6 y 7; y, 226.
Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Arts. 18, 25 núm. 9 y 32 núm. 1.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 52 lits. b), c) y d); y, 79 de su Reglamento.
Estatuto Orgánico por Procesos del Consejo Nacional Electoral, Arts. 8 núm. 1.1.1, lits. a) y b) subliteral i), z), y 32 núm. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

El criterio contenido en el informe No. 176-CGAJ-CNE-2013 de 27 de mayo de 2013, suscrito por la Coordinadora General Jurídica del Consejo Nacional Electoral, cita entre otras normas, los artículos 217, 218 y 219 numeral 6 de la Constitución de la República que establecen que el Consejo Nacional Electoral conforma la Función Electoral; se integra por cinco consejeros principales que ejercerán sus funciones por seis años; y, que dicha Entidad tiene entre sus atribuciones, la de "6. Reglamentar la normativa legal sobre los asuntos de su competencia".

El referido informe invoca además, los artículos 18 y 32 numeral 1 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, que confiere al Presidente del Consejo Nacional Electoral la calidad de representante y máxima autoridad administrativa y nominadora de ese Organismo.

Sobre dicha base normativa, concluye la Coordinadora General Jurídica que:

"(…) el señor Presidente del Consejo Nacional Electoral, como máxima autoridad de la Institución, tiene plena capacidad legal para normar su gestión administrativa y nominadora, especialmente los asuntos de talento humano a través de reglamentos, resoluciones, instructivos, manuales y demás normas legales, sin requerir de la aprobación del Pleno del Consejo Nacional Electoral".

El segundo inciso del artículo 217 de la Constitución de la República, dispone que: "La Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Ambos órganos tendrán sede en Quito, jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa, y personalidad jurídica propia. Se regirán por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad".

Según el artículo 218 de la Constitución de la República, el Consejo Nacional Electoral se integra por cinco consejeras o consejeros principales, que ejercerán sus funciones por seis años. La misma norma prevé que: "La Presidenta o Presidente del Consejo Nacional Electoral será representante de la Función Electoral".

Sobre las atribuciones del Consejo Nacional Electoral, el artículo 219 de la Constitución de la República, dispone:

"Art. 219.- El Consejo Nacional Electoral tendrá, además de las funciones que determine la ley, las siguientes:

1. Organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente, los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados, y posesionar a los ganadores de las elecciones.

2. Designar los integrantes de los organismos electorales desconcentrados.

3. Controlar la propaganda y el gasto electoral, conocer y resolver sobre las cuentas que presenten las organizaciones políticas y los candidatos.

4. Garantizar la transparencia y legalidad de los procesos electorales internos de las organizaciones políticas y las demás que señale la ley.

5. Presentar propuestas de iniciativa legislativa sobre el ámbito de competencia de la Función Electoral, con atención a lo sugerido por el Tribunal Contencioso Electoral.

6. Reglamentar la normativa legal sobre los asuntos de su competencia.

7. Determinar su organización y formular y ejecutar su presupuesto.

8. Mantener el registro permanente de las organizaciones políticas y de sus directivas, y verificar los procesos de inscripción.

9. Vigilar que las organizaciones políticas cumplan con la ley, sus reglamentos y sus estatutos.

10. Ejecutar, administrar y controlar el financiamiento estatal de las campañas electorales y el fondo para las organizaciones políticas.

11. Conocer y resolver las impugnaciones y reclamos administrativos sobre las resoluciones de los organismos desconcentrados durante los procesos electorales, e imponer las sanciones que correspondan.

12. Organizar y elaborar el registro electoral del país y en el exterior en coordinación con el Registro Civil.

13. Organizar el funcionamiento de un instituto de investigación, capacitación y promoción político electoral".

Concordante, el artículo 25 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas - Código de la Democracia, prescribe:

"Art. 25.- Son funciones del Consejo Nacional Electoral:

1. Organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente y eficaz los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados y posesionar a quienes resulten electas o electos;

2. Organizar los procesos de referéndum, consulta popular o revocatoria del mandato;

3. Resolver en el ámbito administrativo los asuntos que sean de su competencia y las contravenciones electorales previstas en los artículos 290, 291 y 292 de esta Ley; de todas estas resoluciones se podrá apelar ante el Tribunal Contencioso Electoral;

4. Designar a las y los integrantes de los organismos electorales desconcentrados, previo proceso de selección, sujeto a impugnación ciudadana;

5. Controlar la propaganda y el gasto electoral, conocer y resolver en sede administrativa sobre las cuentas que presenten las organizaciones políticas y los responsables económicos y remitir los expedientes a la justicia electoral, si fuere del caso;

6. Garantizar la transparencia y legalidad de los procesos electorales internos de las organizaciones políticas;

7. Disponer el conteo manual de votos en los casos previstos en esta Ley;

8. Presentar propuestas de iniciativa legislativa sobre el ámbito de competencia de la Función Electoral con atención a lo sugerido por el Tribunal Contencioso Electoral;

9. Reglamentar la normativa legal sobre los asuntos de su competencia;

10. Determinar su organización, formular y ejecutar su presupuesto;

11. Mantener el registro permanente de las organizaciones políticas, de sus directivas y verificar los procesos de inscripción, de acuerdo a lo previsto en la ley de la materia;

12. Vigilar que las organizaciones políticas cumplan con la ley, la normativa secundaria y sus estatutos;

13. Ejecutar, administrar y controlar el financiamiento estatal de las campañas electorales y el fondo para las organizaciones políticas;

14. Conocer y resolver las impugnaciones y reclamos administrativos sobre las

resoluciones de los organismos desconcentrados durante los procesos electorales e imponer las sanciones que correspondan;

15. Organizar y elaborar el registro electoral en el país y en el exterior, en coordinación con las entidades públicas pertinentes;

16. Proporcionar información oficial de los procesos electorales, para lo cual podrá utilizar métodos y técnicas de investigación que permitan obtener información estadística desagregada, garantizando que no se violente el principio del secreto del voto;

17. Promover la formación cívica y democrática de los ciudadanos incorporando el principio de interculturalidad;

18. Organizar el funcionamiento del Instituto de Investigación y Análisis Político que además asumirá la capacitación y la promoción político electoral;

19. Designar de entre sus miembros principales su Presidenta o Presidente y su Vicepresidenta o Vicepresidente;

20. Colaborar con la organización de procesos electorales internos en otras instancias públicas o privadas, de acuerdo con leyes, reglamentos o estatutos correspondientes;

21. Designar al Secretario o Secretaria General del Consejo, de una terna presentada por el Presidente o Presidenta;

22. Delegar, cuando lo estime pertinente, a las consejeras o consejeros, la presentación de informes previos sobre asuntos de resolución del Pleno;

23. Organizar y conducir el concurso público de oposición y méritos con postulación, veeduría y derecho a impugnación ciudadana para seleccionar a las consejeras y consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de conformidad con la ley;

24. Designar a los delegados de la Función Electoral ante las comisiones ciudadanas de selección organizadas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; y,

25. Ejercer las demás atribuciones señaladas en la ley".

De las normas constitucional y legal transcritas se desprende que, las funciones del Consejo Nacional Electoral como Organismo del Estado están relacionadas en forma

principal con la materia electoral; en tal contexto, dicho Organismo tiene atribución para organizar procesos electorales, referéndums, consultas populares y procedimientos de revocatoria del mandato; le corresponde además, ejercer control de la propaganda y gasto electoral; organizar el registro electoral; resolver las impugnaciones sobre asuntos e infracciones relacionados en forma específica con materia electoral.

Corresponde en consecuencia determinar el alcance de la potestad reglamentaria que asignan al Consejo Nacional Electoral los artículos 219 numeral 6 de la Constitución de la República y 25 numeral 9 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia, que si bien debe ser inteligenciada en el contexto de las atribuciones que en materia electoral corresponde ejercer a ese organismo, debe considerar además las atribuciones que en otras materias corresponde ejercer al Consejo Nacional Electoral como entidad que integra el sector público.

Las competencias que la Constitución y la Ley asignan al Consejo Nacional Electoral, se distribuyen entre los distintos órganos que integran esa Entidad, en la forma que prevén la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas y el Estatuto Orgánico por Procesos del Consejo Nacional Electoral, expedido en ejercicio de la atribución que el numeral 7 del artículo 219 de la Constitución de la República, confiere al Consejo Nacional Electoral para determinar su organización, esto es, para establecer la estructura administrativa que le permita cumplir sus funciones en forma adecuada.

En tal contexto, el artículo 8, numeral 1.1., letras a) y b) subliterales i) y z) del Estatuto Orgánico por Procesos del Consejo Nacional Electoral, asignan al Pleno de ese Organismo, órgano colegiado al que corresponde el carácter de proceso gobernante, la potestad reglamentaria, en los siguientes términos: "i) Reglamentar la normativa legal sobre los asuntos de su competencia; (…) z) Establecer la estructura organizacional del Consejo Nacional Electoral y del Instituto de Investigación, Capacitación y Promoción Político Electoral y, expedir los reglamentos internos requeridos para su funcionamiento".

Mientras que, al Presidente del Consejo Nacional Electoral, corresponde la calidad de representante de la Función Electoral, según el citado artículo 218 de la Constitución de la República; y, además tiene la calidad de máxima autoridad administrativa y nominadora del Consejo Nacional Electoral, de conformidad con los artículos 32 numeral 1 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia; y, 8 numeral 1.2. letra a) y b.1 subliteral a) del Estatuto Orgánico por Procesos del Consejo Nacional Electoral.

Es decir que, el Estatuto Orgánico por Procesos del Consejo Nacional Electoral es el cuerpo normativo que, al distribuir las competencias de ese Organismo entre sus distintos órganos, asigna al Pleno la potestad reglamentaria, previendo en forma

expresa que a ese órgano colegiado corresponde "expedir los reglamentos internos requeridos para su funcionamiento" (artículo 8 numeral 1.1., letras subliterales z) del Estatuto Orgánico por Procesos del Consejo Nacional Electoral).

Por su parte, corresponde al Presidente del Consejo Nacional Electoral, la calidad de máxima autoridad administrativa y nominadora, de acuerdo con los artículos 32 numeral 1 de la Ley Orgánica Electoral -Código de la Democracia; y 8 numeral 1.2. letra a) y b.1 subliteral a) del Estatuto Orgánico por Procesos del Consejo Nacional Electoral.

Toda vez que la materia sobre la que trata su consulta está referida a la administración del talento humano, corresponde examinar además las disposiciones de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) y su Reglamento General, a cuyo ámbito de aplicación están sujetos los organismos y dependencias de la Función Electoral, según el numeral 1 del artículo 3 de la LOSEP.

Las letras b), c) y d) del artículo 52 de la LOSEP, confieren a las Unidades de Administración del Talento Humano de las respectivas entidades, atribución para: "b) Elaborar los proyectos de estatuto, normativa interna, manuales e indicadores de gestión del talento humano; c) Elaborar el reglamento interno de administración del talento humano, con sujeción a las normas técnicas del Ministerio de Relaciones Laborales; d) Elaborar y aplicar los manuales de descripción, valoración y clasificación de puestos institucionales, con enfoque en la gestión competencias laborales".

Según el artículo 79 del Reglamento a la LOSEP, las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la LOSEP deben expedir la reglamentación interna que en materia de administración del talento humano requieran, atendiendo la naturaleza de la gestión institucional; dicha norma dispone:

"Art. 79.- Del reglamento interno de administración del talento humano.- Las UATH elaborarán obligatoriamente, en consideración de la naturaleza de la gestión institucional los reglamentos internos de administración del talento humano, en los que se establecerán las particularidades de la gestión institucional que serán objeto de sanciones derivadas de las faltas leves y graves establecidas en la Ley".

En el contexto de la administración del talento humano que regulan la LOSEP y su Reglamento, la autoridad nominadora tiene las competencias que esos cuerpos normativos le confieren para, en representación de la respectiva entidad y previos a los procedimientos correspondientes, designar o contratar personal (artículo 16 de la LOSEP); conceder licencias y permisos (artículos 28 y 33 de la LOSEP); disponer el traslado de servidores (artículo 36 de la LOSEP), entre otras.

En el caso del Consejo Nacional Electoral, los artículos 219 numeral 6 de la Constitución de la República, 25 numeral 9 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia; y, 8 numeral 1.1., letras a) y b) subliterales i) y z) del Estatuto Orgánico por Procesos del Consejo Nacional Electoral, confieren al Pleno de ese Organismo facultad normativa y le atribuyen en forma específica competencia para expedir reglamentos que regulen su funcionamiento interno.

Es principio de derecho que, cuando las normas no distinguen, no corresponde al intérprete distinguir; y, 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. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución".

Del análisis que precede se desprende que, de conformidad con los artículos 219 numerales 6 y 7 de la Constitución de la República, 25 numeral 9 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia y 8 numeral 1.1., letras a) y b) subliterales i) y z) del Estatuto Orgánico por Procesos del Consejo Nacional Electoral, corresponde al Pleno del Consejo, como órgano colegiado, la potestad para reglamentar los asuntos de su competencia y para determinar la organización de esa entidad.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, es competencia del Pleno del Consejo Nacional Electoral, expedir las reglamentaciones que en materia de gestión electoral corresponde a esa Entidad, así como los reglamentos internos requeridos para su organización interna, entre ellos, los relacionados con la administración de su talento humano.

CONSEJO SUPERIOR: TIEMPO DE DURACIÓN DE REPRESENTANTE ESTUDIANTIL Y MIEMBROS DEL CONSEJO

OF. PGE. N°: 13242, de 16-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Consejo de Educación Superior

CONSULTAS:

1.- "Respecto de la aplicación del literal c) del artículo 167 de la Ley Orgánica de Educación Superior, se ha generado una duda respecto a:

¿Se entendería que se requiere ser estudiante regular de una universidad o escuela politécnica para mantener la calidad de representante estudiantil ante el Consejo de Educación Superior?".

2.- "Lo establecido en el artículo 168 de la LOES, respecto al tiempo que durarán en sus funciones los miembros del Consejo de Educación Superior, genera una duda en cuanto a:

¿Debe entenderse que el plazo determinado para el ejercicio de las funciones de los miembros del Consejo de Educación Superior, es aplicable sólo al tiempo de duración de los cargos de los miembros académicos?".

3.- "Lo determinado en el artículo 7 del Reglamento para los Concursos Públicos de Méritos y Oposición para la Selección de los Miembros de los Consejos de Educación Superior (CES) y de la Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior del Ecuador (CEAACES), genera una duda respecto de su aplicación en lo referente a:

¿En el caso que, el representante estudiantil perdiese su calidad de estudiante regular de una universidad o escuela politécnica, se debería iniciar un nuevo proceso electoral para su designación a fin de que se nombre un nuevo representante estudiantil ante el seno del Consejo de Educación Superior?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República de la República, Art. 219 núm. 9.
Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 61, 166, 167, lit. c), 168, Disp. Trans. Primera; y, 29 de su Reglamento.
Código Civil, Art. 18.
Reglamento para los Concursos Públicos de Méritos y Oposición para la Selección de los Miembros de los Consejos de Educación Superior (CES) y de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior del Ecuador CEAACES, Arts. 7 lit. b), 10 y 26.
Reglamento Interno del CES, Arts. 6, 11 y 13.

PRONUNCIAMIENTO:

1.- En el oficio de consulta usted señala que el día 27 de febrero de 2013 se recibió en ese Organismo el oficio s/n de fecha 22 del mismo mes y año, un documento que contiene el requerimiento planteado por la Confederación de Estudiantes Universitarios y Politécnicos del Ecuador, solicitando que se consulte a la Procuraduría General del Estado respecto de la situación legal del representante estudiantil al seno del Consejo de Educación Superior, médico Elías Gilces Bravo y su legitimidad en virtud de lo previsto en el Art. 61 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Con relación a esta consulta, el Procurador del Consejo de Educación Superior en el informe jurídico S/N y sin fecha que consta anexo al oficio de consulta, expresa lo siguiente:

"Sin embargo de lo anotado en líneas precedentes, se debe considerar que el vínculo intrínseco para poder ejercer la representación de un colectivo como es el estudiantil, es mantener durante el ejercicio que dure la representación la calidad natural del estamento al que se representa, el vínculo (en este caso la condición de ser estudiante regular de una universidad o escuela politécnica) con el conglomerado representado es lo que le otorga legitimidad al representante estudiantil en el ejercicio de sus funciones ante el seno del organismo regulador y planificador del sistema de educación superior".

Concluye el informe del Procurador del Consejo de Educación Superior, manifestando lo siguiente:

"Si bien tanto los miembros académicos como el representante estudiantil que forman parte del Consejo de Educación Superior, fueron elegidos por concursos de méritos y oposición, la Ley los diferenció no solo en cuanto a los requisitos determinados para el acceso a la representación, sino también realizó la diferenciación en cuanto al tiempo que ejercerán sus cargos y a las obligaciones contraídas en razón de las funciones desempeñadas por cada uno de ellos".

Se ha recibido en esta Procuraduría el oficio No. CES- PCES – 2013 – 0050 de 26 de abril de 2013, ingresado en la misma fecha, suscrito por el doctor Elías Gilces Bravo quien manifiesta que, al haber sido designado vocal estudiantil del Consejo de Educación Superior y posteriormente obtenido su título de médico, no es motivo para su separación de dicha vocalía, puesto que fue designado por el lapso de cinco años.

El inciso primero del Art. 166 de la Ley Orgánica de Educación Superior, prescribe lo siguiente:

"El Consejo de Educación Superior es el organismo de derecho público con personería jurídica, con patrimonio propio, independencia administrativa, financiera y operativa, que tiene por objeto la planificación, regulación y coordinación interna del Sistema de Educación Superior, y la relación entre sus distintos actores con la Función Ejecutiva y la sociedad ecuatoriana".

La Ley Orgánica citada, en el Art. 167, dispone la integración del Consejo de Educación Superior, en los siguientes términos:

"Integración del Consejo de Educación Superior.- El Consejo de Educación Superior estará integrado por los siguientes miembros:

a) Cuatro representantes del Ejecutivo que serán: el Secretario Nacional de Educación Superior, Ciencia Tecnología e Innovación; el Secretario Técnico del Sistema Nacional de Planificación o su delegado; el Ministro que dirija el Sistema Educativo Nacional o su delegado; el Ministro que dirija la política de Producción o su delegado;

b) Seis académicos elegidos por concurso público de merecimientos y oposición. Estos seis integrantes deberán cumplir los mismos requisitos necesarios para ser Rector universitario o politécnico; y,

c) Un representante de las y los estudiantes que participará en las sesiones con voz.

El Presidente del Consejo será elegido de entre sus miembros, por la mayoría de sus integrantes con derecho a voto. El Presidente del Consejo tendrá voto dirimente".

De la normativa de los Arts. 166 y 167 de la Ley Orgánica de Educación Superior citados, se desprende que el Consejo de Educación Superior es el Organismo que tiene por objeto la planificación, regulación y coordinación interna del Sistema de Educación Superior, integrado por cuatro representantes del Ejecutivo, seis Académicos elegidos por concurso público de merecimientos y oposición, y un representante estudiantil que participará en las sesiones con voz.

Por su parte, el inciso primero de la Disposición Primera del Régimen de Transición de la Ley Orgánica de Educación Superior, prescribe:

"Publicada esta Ley en el Registro Oficial, el Consejo Nacional Electoral, en un plazo máximo de sesenta días, convocará a concurso público de méritos y oposición para la designación de los miembros académicos y estudiantiles, que integrarán el Consejo de

Educación Superior y del Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior. De no cumplirse este plazo, la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, convocará el respectivo concurso".

El Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución No. PLE- CNE- 2- 9- 12- 2010, expidió el Reglamento para los Concursos Públicos de Méritos y Oposición para la Selección de los Miembros de los Consejos de Educación Superior (CES) y de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior del Ecuador (CEAACES).

El Art. 7 del Reglamento citado determina lo siguiente:

"Requisitos para postulantes a representante estudiantil al CES.- Los postulantes deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Estar en goce de los derechos de participación;

b) Ser estudiantes regulares de una universidad o escuela politécnica;

c) Acreditar un promedio de calificaciones equivalente a muy bueno, de acuerdo con la regulación institucional de la respectiva universidad o escuela politécnica;

Haber aprobado al menos el cincuenta por ciento de la malla curricular; y,

No haber reprobado ninguna materia".

El Art. 10 del Reglamento en estudio, en su parte pertinente, entre los documentos para postulantes a representante estudiantil al CES señala los siguientes:

"1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía, identidad o pasaporte y del certificado de votación del último proceso electoral.

2. Certificado sobre la condición de estudiante regular del postulante.

3. Promedio de calificaciones equivalente a mínimo "muy bueno" certificado por la institución en la cual estudia el postulante.

4. Certificado de haber aprobado al menos el cincuenta por ciento de la malla curricular.

5. Certificado de no haber reprobado ninguna materia.

Todos las y los postulantes deberán presentar una declaración juramentada ante notario público de cumplir los requisitos y no estar incursos en las prohibiciones para participar en el concurso en el formato provisto por el Consejo Nacional Electoral".

De la norma del Art. 7 letra b) del Reglamento expedido por el Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución No. PLE- CNE 2- 9- 12- 2010 se desprende que entre los requisitos para postulantes a representante estudiantil al Consejo de Educación Superior se requiere ser estudiante regular de una universidad o escuela politécnica.

Así mismo, del texto del Art. 10 numeral 2 del referido Reglamento se establece que entre los documentos para postulantes a representante estudiantil al Consejo de Educación Superior, se debe acreditar ser estudiante regular de una universidad o escuela politécnica.

De otra parte, el Art. 26 del indicado Reglamento, prescribe lo siguiente:

"Selección del estudiante para CES.- El o la estudiante que formará parte del CES será aquel que hubiera obtenido la más alta puntuación en el concurso".

El Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución No. PLE- CNE- 3- 9- 12- 2010, convocó a los concursos públicos de méritos y oposición para la Integración del Consejo de Educación Superior (CES) y del Consejo de Evaluación, Acreditación, y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CEAACES).

Téngase en cuenta que, la mencionada Resolución en el Considerando Quinto hace referencia al Reglamento para los Concursos Públicos de Méritos y Oposición para la Integración del Consejo de Educación Superior (CES) y del Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, CEAACES.

Posteriormente, el Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución No. PLE- CNE- 3- 22- 8- 2011, publicada en el Registro Oficial No. 527 de 5 de septiembre de 2011, resolvió conformar el Consejo de Educación Superior (CES) y el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, CEAACES.

Cabe destacar que el Art. 61 de la Ley Orgánica de Educación Superior, prevé lo siguiente:

"Requisitos para dignidades de representación estudiantil.- Para las dignidades de representación estudiantil al cogobierno, los candidatos deberán ser estudiantes regulares de la institución; acreditar un promedio de calificaciones equivalente a muy bueno conforme a la regulación institucional; haber aprobado al menos el cincuenta por ciento de la malla curricular; y, no haber reprobado ninguna materia".

Por otra parte, el literal c) del artículo 167 de la citada Ley Orgánica, prevé lo que sigue:

"Art. 167.- Integración del Consejo de Educación Superior.- El Consejo de Educación Superior estará integrado por los siguientes miembros (…): c) Un representante de las y los estudiantes que participará en las sesiones con voz".

Del contenido del citado Art. 61, concordante con el Art. 167 letra c) de la Ley Orgánica de Educación Superior y de la Resolución No. PLE- CNE- 2- 9- 12- 2010 expedida por el Consejo Nacional Electoral, se desprende que quien integre y ejerza la dignidad de representante estudiantil ante el Consejo de Educación Superior, debe tener la calidad de estudiante regular de una universidad o escuela politécnica y cumplir con los demás presupuestos que contempla dicha normativa.

Por lo tanto, de conformidad con los Arts. 61, 167 letra c) de la Ley Orgánica de Educación Superior, los Arts. 7 y 10 del Reglamento para los Concursos Públicos de Méritos y Oposición para la Selección de los Miembros de los Consejos de Educación Superior (CES) y de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior del Ecuador (CEAAES), expedido por el Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución No. PLE- CNE- 2- 9- 12- 2010, cuyos textos quedaron citados, se concluye que para integrar y mantener la calidad de representante estudiantil ante el Consejo de Educación Superior, se requiere tener la condición de estudiante regular de una universidad o escuela politécnica.

SEGUNDA CONSULTA

Con respecto a esta consulta, el Procurador del Consejo de Educación Superior expone el siguiente criterio:

"Respecto al tiempo que ejercerán sus funciones los miembros del Consejo de Educación Superior, el segundo inciso del artículo 168 de la Ley Orgánica de Educación Superior determina taxativamente que el periodo por el que los seis miembros académicos permanecerán en sus cargos será de cinco años con opción a reelección consecutiva o no, norma legal en la que no se determina el periodo en el que se desempeñará el representante estudiantil ante el Consejo de Educación Superior".

Expresa el Procurador del Consejo de Educación Superior que:

"(…) el periodo durante el cual debería desempeñar sus funciones el representante estudiantil ante el CES, es el periodo entre su elección y el periodo que le reste hasta la terminación de sus estudios regulares, lo que va a permitir la movilidad de la representación estudiantil, pues el representante de este colectivo no puede

tener el carácter de permanente ya que en el ejercicio de sus funciones ante el CES, evidentemente el representante estudiantil perdería la calidad de estudiante regular, y con ello el vínculo necesario para mantener la representación del estamento estudiantil".

El Art. 168 de la Ley Orgánica de Educación Superior, prescribe lo siguiente:

"Art. 168.- Elección de los miembros del Consejo de Educación Superior.- Los seis académicos que integran el Consejo de Educación Superior serán seleccionados a través del concurso público de méritos y oposición, organizado por el Consejo Nacional Electoral. Contará con veeduría ciudadana.

Para su selección se respetarán los siguientes criterios: áreas de conocimiento, equilibrio territorial y de género; y no podrán posesionarse las autoridades académicas y administrativas de los organismos o instituciones objeto del control y regulación del sistema, salvo que hayan renunciado previamente a esos cargos.

Durarán cinco años en sus funciones y podrán ser reelegidos, consecutivamente o no, por una sola vez, y no podrán desempeñar otro cargo público excepto la cátedra o la investigación universitaria o politécnica si su horario lo permite.

Los miembros del Consejo cobrarán dietas de conformidad con el reglamento interno".

De la norma del Art. 168 de la Ley Orgánica de Educación Superior que antecede se establece el procedimiento de selección de los seis académicos que integran el Consejo de Educación Superior, quienes durarán cinco años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos consecutivamente o no por una sola vez.

De conformidad con la Regla 1ª. del Art. 18 del Código Civil, "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu".

Por lo expuesto, se concluye que la duración de cinco años de las funciones de los seis académicos que integran el Consejo de Educación Superior determinado en el Art. 168 de la Ley Orgánica de Educación Superior, es aplicable únicamente al tiempo de duración de los cargos de los miembros académicos de dicho Consejo.

TERCERA CONSULTA

Con respecto a esta consulta, el Procurador del Consejo de Educación Superior señala lo siguiente:

"(…) el Art. 7 del Reglamento para los Concursos Públicos de Méritos y Oposición para la Selección de los Miembros de los Consejos de Educación Superior (CES) y de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior del Ecuador (CEAACES), establece los requisitos de postulación como representante de los estudiantes universitarios y politécnicos ante el CES, esta norma reglamentaria determina tácitamente no solo el tiempo de duración de las funciones del representante estudiantil, que será por el lapso que le resta desde su nombramiento hasta la culminación de sus estudios superiores, sino que determina implícitamente que el requisito sine qua non para desempeñar la calidad de representante estudiantil debe ser la pertenencia al grupo o estamento que se representa y ésta pertenencia se la estaría ejerciendo mientras se está legalmente matriculado".

Concluye el Procurador del Consejo de Educación Superior manifestando lo siguiente:

"De lo anteriormente señalado, se puede determinar que tanto el miembro titular que representa al estamento estudiantil ante el Consejo de Educación Superior, así como los tres postulantes mejores puntuados al haber perdido los requisitos necesarios para mantener la calidad de representantes estudiantiles ante el CES ha conllevado a una pérdida de legitimidad del cargo representado, motivo por el cual y al considerarse que debido a la falta de legitimidad del representante se encontraría vacante la representación estudiantil ante el Pleno del Consejo de Educación Superior, bajo tal consideración se debería llamar a un nuevo concurso de méritos y oposición a efecto de elegirse a un nuevo representante estudiantil ante el Pleno del Consejo de Educación Superior".

Al absolver la primera consulta manifesté que el Art. 61 de la Ley Orgánica de Educación Superior prescribe que para las dignidades de representación estudiantil al cogobierno, los candidatos deberán ser estudiantes regulares de la institución; acreditar un promedio de calificaciones equivalente a muy bueno conforme a la regulación institucional; haber aprobado al menos el cincuenta por ciento de la malla curricular; y, no haber reprobado ninguna materia.

Por otro lado, el Art. 7 del Reglamento para los Concursos Públicos de Méritos y Oposición para la Selección de los Miembros de los Consejos de Educación Superior (CES) y de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior del Ecuador (CEAACES), entre los requisitos para postulantes a representante estudiantil al CES, en la letra b), señala: "Ser estudiantes regulares de una universidad o escuela Politécnica". En similares términos consta el Art. 4 letra b) de la Convocatoria realizada por el Consejo Nacional Electoral para los Concursos Públicos de Méritos y Oposición para la Integración del Consejo de Educación Superior (CES) y del Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CEAACES), publicada en el Registro Oficial No. 346 de 22 de diciembre de 2010.

El Art. 29 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 526 de 2 de septiembre de 2011, dispone lo siguiente:

"Art. 29.- Del reemplazo de los miembros académicos y estudiantiles del CES.- En caso de ausencia definitiva de un miembro académico o estudiantil del CES, los reemplazarán en sus funciones el siguiente candidato / a mejor puntuado en el concurso público de merecimiento y oposición. Serán posesionados por el Consejo Nacional Electoral y desempeñarán sus funciones por el tiempo que le faltaba cumplir al miembro principal.

El Reglamento Interno del CES regulará el reemplazo del presidente /a o de los miembros por ausencia temporal.

El Presidente del CES nombrará a su subrogante en caso de ausencia temporal, de entre los miembros con derecho a voto".

El Consejo de Educación Superior mediante la Resolución No. 006- 001- 2011 con fecha 28 de septiembre de 2011, expidió el Reglamento Interno de dicho Organismo, reformado mediante la Resolución No. RPC - SO- 015- No. 088- 2012 de 23 de mayo de 2012.

El Art. 6 del indicado Reglamento, dispone: "Periodo de funciones de los miembros académicos y estudiantil.- El periodo para el cual fueron elegidos los miembros académicos y estudiantil del CES, iniciará a partir de la fecha de la reunión de instalación del CES".

Por su parte, el Art. 11 del Reglamento en estudio, señala:

"De los Miembros Subrogantes.- La Presidenta o Presidente del CES requerirá al Consejo Nacional Electoral que entregue las credenciales, que acrediten la calidad de miembros subrogantes a los seis postulantes académicos y a los tres postulantes estudiantiles mejor puntuados entre los que no fueron seleccionados como miembros titulares del CES. El Consejo Nacional Electoral notificará sobre el particular al CES".

El Art. 13 del Reglamento Interno citado prescribe lo siguiente:

"Del reemplazo definitivo.- En caso de ausencia definitiva de un miembro académico o estudiantil del CES, se principalizará el miembro subrogante mejor puntuado para cumplir el periodo para el cual fue designado el respectivo miembro titular".

Cabe destacar que la Disposición General Primera del Reglamento Interno del Consejo de Educación Superior prevé que, en caso de duda sobre el contenido o alcance de las disposiciones de dicho Reglamento y de otros reglamentos expedidos por el Consejo, el CES las interpretará de manera obligatoria con el voto de la mayoría absoluta.

Por lo expuesto, se concluye que en el caso de que el representante estudiantil ante el Consejo de Educación Superior pierda su calidad de estudiante regular de una universidad o escuela politécnica, será reemplazado en sus funciones en el CES por el siguiente candidato mejor puntuado en el Concurso Público de Merecimientos y Oposición, o se principalizará al miembro subrogante mejor puntuado, quien desempeñará su función por el tiempo que le faltaba cumplir al miembro principal, de conformidad con lo previsto en el Art. 29 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior y del Art. 13 del Reglamento Interno del CES, cuyos textos quedaron citados.

En el evento de que tanto el representante estudiantil titular ante el Consejo de Educación Superior, así como los postulantes mejores puntuados hayan perdido la calidad de representantes ante el CES, se debería iniciar una nueva convocatoria a Concurso Público de Méritos y Oposición para su designación.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la aplicación de las normas legales. En todo caso a la Procuraduría General del Estado no le compete decidir sobre una situación particular, correspondiéndole al Consejo Nacional Electoral la facultad de reglamentar la normativa legal sobre los asuntos de su competencia, de conformidad con lo previsto en el Art. 219 numeral 6 de la Constitución de la República.

CONSORCIO DE GOBIERNOS AUTÓNOMOS PROVINCIALES DEL ECUADOR, CONGOPE: ENTIDAD ASOCIATIVA NACIONAL DE GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS PROVINCIALES

OF. PGE. N°: 11373, de 09-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, CONGOPE.

CONSULTA:

"Si el Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, CONGOPE, instituido al tenor de lo dispuesto en el artículo 313 del COOTAD, como la entidad asociativa de carácter nacional de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, como persona de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante su Estatuto, publicado en el Registro Oficial No. 498 de 25 de julio de 2011, es una de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado o de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales; o por el contrario, no forma parte de este régimen?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 1, 225 núm. 2, 3, y 436 núm. 1.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 1, 5, 6, 28, 30, 40, 53, 63, 117, 313 y 314.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe del Director de Asesoría Jurídica encargado, contenido en memorando No. 0087-DAJC-2012 de 18 de diciembre de 2012, cita el numeral 2 del artículo 225 de la Constitución de la República, que incluye en el sector público a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

Invoca además, entre otras normas, los artículos 1, 313 y 314 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) y su Disposición Transitoria Vigésimo Primera; y, argumenta que el CONGOPE es una entidad asociativa de carácter nacional, de derecho público, cuyos Estatutos están publicados en el Registro Oficial No. 498 de 25 de julio de 2011.

Sobre dicha base, concluye:

"(…) el Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, CONGOPE, es una de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado en los términos que lo preceptúan los numerales 2 y 3 del artículo 225 de la Constitución de la República; y, es por tanto, también una entidad de los gobiernos autónomos provinciales del Ecuador".

El artículo 225 de la Constitución de la República que cita el informe jurídico de la entidad consultante, dispone:

"Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos".

A partir del artículo 261 de la Constitución de la República, se establecen las competencias de cada uno de los distintos niveles de gobiernos autónomos descentralizados (GADs): regionales, provinciales, cantonales o distritos metropolitanos, y de las parroquias rurales.

Por su parte, el artículo 1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), establece su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

"Art. 1.- 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 políticas y mecanismos para compensar los desequilibrios en el desarrollo territorial".

Conforme se desprende de su tenor, el artículo 1 del COOTAD, determina el ámbito de aplicación de ese Código Orgánico que incluye a los gobiernos autónomos descentralizados pero no se limita a ellos, pues según dicha norma se extiende a otras entidades como los gobiernos de los regímenes especiales (distritos metropolitanos; circunscripciones territoriales de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias; y, la provincia de Galápagos).

Según el citado artículo 1 del COOTAD, ese Código establece además un sistema nacional de competencias y la institución responsable de su administración que, según el artículo 117 ibídem, es el Consejo Nacional de Competencias que constituye una persona jurídica de derecho público.

Los artículos 5 y 6 del COOTAD, reconocen y garantizan a los distintos niveles de gobiernos autónomos descentralizados (GADs), autonomía política, administrativa y financiera; y, el artículo 28 ibídem, prevé que cada circunscripción territorial tiene un gobierno autónomo descentralizado para la promoción del desarrollo y la garantía del buen vivir, a través del ejercicio de sus competencias.

Según el citado artículo 28 del COOTAD, constituyen gobiernos autónomos descentralizados: "a) los de las regiones, b) los de las provincias, c) los de los cantones o distritos metropolitanos; y, d) los de las parroquias rurales".

De conformidad con los artículos 30, 40, 53 y 63 del COOTAD, los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, municipales y parroquiales rurales, son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política administrativa y financiera.

En consecuencia, solamente los gobiernos autónomos descentralizados a los que se refiere el artículo 28 del COOTAD, integran el régimen autónomo descentralizado.

Por otra parte, la integración de "Entidades Asociativas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados", que es el tema sobre el que trata su consulta, es una materia regulada por el artículo 313 del COOTAD, ubicado en el Capítulo I del Título VIII de ese Código Orgánico, "Disposiciones Comunes y Especiales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados", que prevé:

"Art. 313.- Conformación.- Los gobiernos autónomos descentralizados, en cada nivel de gobierno, tendrán una entidad asociativa de carácter nacional, de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio. Para este fin, los gobiernos autónomos descentralizados respectivos aprobarán en dos debates de la asamblea general su propio estatuto, el cual será publicado en el Registro Oficial. En el caso de los gobiernos parroquiales rurales los debates para la aprobación de sus estatutos se realizarán en la reunión de los presidentes de las asociaciones provinciales. En los estatutos de estas asociaciones nacionales podrán crearse instancias organizativas territoriales, de género, interculturales y otros fines específicos de acuerdo a sus responsabilidades.

Las entidades asociativas nacionales de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales serán financiadas por el aporte de sus miembros en el cinco por mil de las transferencias que reciban de los ingresos permanentes y no permanentes del presupuesto general del Estado. Para el caso de la entidad asociativa de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales el aporte será del tres por ciento (3%) de las transferencias señaladas, cuyos recursos se distribuirán en

el uno por ciento (1%) para la asociación nacional y el dos por ciento (2%) para las asociaciones provinciales.

Estos aportes serán transferidos y acreditados automáticamente por el Banco Central a las cuentas de cada entidad. Las entidades rendirán cuentas semestralmente ante sus socios del uso de los recursos que reciban".

Sobre la naturaleza jurídica de las entidades asociativas de GADs que establece el artículo 313 del COOTAD, en pronunciamiento contenido en oficio No. 08053 de 29 de mayo de 2012, concluí que "(…) el artículo 313 del COOTAD confiere el carácter público únicamente a las asociaciones nacionales de GADs"; y, con oficio No. 09121 de 1 de agosto de 2012, ratifiqué dicho criterio.

El artículo 314 del COOTAD, establece las responsabilidades de las entidades asociativas de GADs; y, el artículo 315 ibídem, prevé que dichas entidades asociativas de GADs tendrán los organismos directivos que señalen sus estatutos.

Concordante, la Disposición Transitoria Vigésimo Primera del COOTAD previó que las entidades asociativas de GADs de carácter nacional, existentes antes de la promulgación de ese Código Orgánico (CONCOPE actual CONGOPE, AME; y, CONAJUPARE actual CONAGOPARE), adecuen sus estatutos a ese cuerpo normativo.
El artículo 1 de los Estatutos del CONGOPE, dispone:

"Art. 1.- Denominación.- Al amparo de lo previsto en el numeral 2 del artículo 225 de la Constitución de la República y artículo 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se expiden los estatutos del CONSORCIO DE GOBIERNOS AUTONOMOS PROVINCIALES DEL ECUADOR, cuya sigla es: CONGOPE, entidad asociativa de carácter nacional de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, como persona de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio".

El artículo 313 del COOTAD antes transcrito, establece un mecanismo de asociación de los distintos niveles de gobiernos autónomos descentralizados (GADs). Cada una de las entidades asociativas de GADs de carácter nacional, es una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio.

En otras palabras, las asociaciones de GADs se integran por los gobiernos autónomos descentralizados del respectivo nivel de gobierno pero son personas jurídicas distintas de ellos.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con lo

previsto en el Art. 313 del COOTAD, el CONGOPE es una entidad asociativa nacional de gobiernos autónomos descentralizados provinciales, que tiene el carácter de persona jurídica de derecho público, integrado por los GADs provinciales, pero no es una entidad del régimen seccional autónomo a las que se refiere el numeral 2 del artículo 225 de la Constitución de la República y el Art. 28 del COOTAD.

El presente pronunciamiento no constituye interpretación constitucional, pues aquello es competencia exclusiva de la Corte Constitucional de conformidad con el numeral 1 del artículo 436 de la Constitución de la República.

CONTRATOS COMPLEMENTARIOS: ÓRDENES DE TRABAJO PARA REALIZAR RUBROS NUEVOS, EJECUCIÓN DE OBRAS SIN CONTRATO Y PORCENTAJES

OF. PGE. N°: 13379, de 30-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Ministerio de Transporte y Obras Públicas

CONSULTA:

Relacionada con contratos complementarios, diferencias en cantidades de obra y órdenes de trabajo.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 237 núm. 3).
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 85, 86, 87, 88 y 89.

PRONUNCIAMIENTO:

Como alcance al oficio de consulta, mediante oficio No. MTOP-DM-13-632-OF de 5 de abril de 2013, usted remitió el memorando No. MTOP-CGJ-2013-277-ME de 26 de marzo de 2013, suscrito por el Coordinador General del Asesoría Jurídica del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, que contiene el informe jurídico de la Cartera de Estado a su cargo.

A fin de contar con mayores elementos para atender su requerimiento, con oficios No. 12669 y 12670 de 8 de abril de 2013, se requirió el criterio institucional del Contralor General del Estado y del Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública –INCOP-, en su orden, cuyas respuestas se recibieron mediante oficios Nos. 12202 CJ de 26 de abril de 2013 e INCOP-DE-2013-0271-OF de 2 de mayo de 2013, ingresados en este Organismo el 29 de abril y el 7 de mayo del año en curso, respectivamente.

El Contralor General del Estado, en el oficio No. 12202 CJ de 26 de abril de 2013, cita el principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República, así como el numeral 3 del artículo 237 de la misma Constitución y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que le confieren a esa Entidad la potestad de absolver las consultas que planteen las máximas autoridades de las instituciones públicas, con carácter de vinculante y se abstiene de emitir un criterio institucional.

Por su parte, el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, respecto del asunto materia de consulta, cita parte del pronunciamiento contenido en el oficio No. 11052 de 13 de diciembre de 2012, dirigido a dicha Entidad; y, expresa el siguiente criterio institucional:

"De lo previamente citado, este Instituto, acogiendo las directrices emitidas por su autoridad dentro del oficio No. 11052 de 13 de diciembre de 2012, aplica lo manifestado por su autoridad de la siguiente forma:

1.- Las órdenes de trabajo para realizar rubros nuevos podrán ejecutarse dentro de una obra sin necesidad de suscribir un contrato complementario, siempre que el porcentaje no supere el 10% del valor total del contrato reajustado a la fecha en que se disponga la ejecución de las referidas órdenes.

2.- Las diferencias en cantidades de obra podrán ejecutarse dentro de una obra sin necesidad de suscribir un contrato complementario, siempre que el porcentaje no supere el 25% del valor total del contrato reajustado a la fecha en que se disponga la ejecución de las referidas diferencias.

3.- Una vez que se ha ejecutado el monto del 10% del valor reajustado del contrato a través de la modalidad de costo mas porcentaje, si la entidad necesita realizar rubros nuevos, para ejecutarlos, podrá suscribir un contrato complementario cuyo monto no supere el 35% del valor reajustado a la fecha de suscripción de dicho contrato complementario.

4.- Una vez que se ha ejecutado el monto del 25% del valor reajustado del contrato,

si la entidad necesita ejecutar aumentos en cantidades de obra, deberá suscribir un contrato complementario cuyo monto no supere el 35% del valor reajustado a la fecha de suscripción de dicho contrato complementario.

5.- En ningún caso, la suma de los contratos complementarios puede superar el valor del 35% del monto del contrato reajustado, conforme expresamente lo señala el artículo 87 de la LOSNCP.

6.- En conclusión, la entidad podrá emitir órdenes de trabajo y de cambio para realizar rubros nuevos y disponer el aumento en cantidades de obra hasta por un 10% y 25% del valor del contrato reajustado a la fecha, respectivamente, sin la necesidad de suscribir un contrato complementario; y, en caso que la entidad requiera realizar rubros nuevos o aumentos en cantidades de obra, podrá suscribir contratos complementarios que no superen el 35% del valor total del contrato original reajustado a la fecha, por lo que la entidad podría, de conformidad con su necesidades, emitir órdenes de trabajo y aumentos en cantidades de obra por el 10% y 25% del monto total reajustado del contrato y, posterior a ello, suscribir contratos complementarios por un monto de hasta el 35% del monto total reajustado del contrato principal".

El pronunciamiento contenido en el oficio No. 11052 de 13 de diciembre de 2012, dirigido al INCOP, fue del siguiente tenor:

"Mediante oficios Nos. 16244 de 31 de agosto de 2010, 17705 de 30 de noviembre de 2010, 00047 de 15 de diciembre de 2010 y 02352 de 17 de junio de 2011, esta Procuraduría se ha pronunciado respecto del tema materia de su consulta, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto. En el oficio citado en primer término, en atención a la consulta formulada por el Consejo Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, este Organismo se pronunció sobre la suscripción de contratos complementarios, creación de nuevos rubros y órdenes de trabajo por diferencia de cantidades de obra, los límites en cada caso y la improcedencia de acumular tales conceptos:

'(…) que de conformidad con los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la ejecución de diferencias de cantidades de obra, pueden realizarse hasta por un 25% del valor reajustado del contrato; y, 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 esa 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 (…)'."

El informe jurídico del Ministerio consultante consta en el memorando No. MTOP-CGJ-2013-277-ME de 26 de marzo de 2013, cita los artículos 85, 86, 87, 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, efectúa el siguiente análisis:

"Es necesario aclarar que el artículo 87 de la LOSNCP señala expresamente que la suma de los contratos complementarios no podrá exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, norma y porcentaje que excluye claramente a los documentos para incremento de cantidades, y a las órdenes de trabajo para creación de nuevos rubros, pues como ha quedado demostrado, estas últimas constituyen actos administrativos y sus causas son diferentes a las del contrato complementario; por lo que no pueden estar consideradas en el porcentaje máximo establecido para los contratos complementarios.

De esta forma, la LOSNCP es clara al establecer que se requiere acuerdo de voluntades entre contratante y contratista cuando sea necesario ampliar, modificar o extinguir una obra hasta por el 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal; y que será atribución de la entidad contratante, sin necesidad de acuerdo de voluntades, ordenar el incremento de cantidades, y la ejecución de rubros nuevos hasta el 25% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, y hasta el 10% respectivamente.

La suma de las tres herramientas jurídicas que como quedó establecido son diferentes e independientes entre sí, evidentemente permitirían alcanzar el 70% del monto actualizado o reajustado del valor del contrato principal".

Con base en los argumentos antes señalados, el Coordinador General Jurídico del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, concluye con el siguiente criterio jurídico:

"En base del análisis y reflexiones precedentes, en opinión de esta Coordinación General Jurídica, en aplicación de la normativa vigente, respecto de los contratos de ejecución de obras o servicios, que cabe la formalización de contratos complementarios por el 35% del monto del contrato principal reajustado, aún en el evento de que se hubiere aprobado previamente diferencia de cantidades de obra u órdenes de trabajo conforme lo previsto en los artículos 88 y 89 de la LOSNCP, acatando los porcentajes determinados en la Ley Ib. Consecuentemente, el total de contratos complementarios más órdenes de cambio y de trabajo, podría alcanzar el 70% del valor reajustado del contrato principal".

La Procuraduría General del Estado, mediante oficios Nos. 11759 de 18 de enero de 2010, 16244 de 31 agosto de 2010, 17705 de 30 noviembre de 2010, 00047 de 15 diciembre 2010, 2352 de 17 de junio de 2011, 07730 de 10 de mayo de 2012 y 11052 de 13 de diciembre de 2012, se ha pronunciado respecto del límite de los contratos complementarios, de la diferencia de cantidades de obra y las órdenes de trabajo.

Con ocasión de la consulta formulada por la Ministra de Transporte y Obras Públicas, considero necesario precisar el alcance de los pronunciamientos anteriores que sobre el mismo tema he expedido, a fin de aclarar la aplicación de cada una de éstas modalidades en los contratos de ejecución de obra, sometidos a las normas previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Esta aclaración obedece a la necesidad de garantizar la realización de los principios del Sistema Nacional de Contratación Pública, constitucional y legalmente previstos, en particular los de transparencia de la gestión pública y de oportunidad en la contratación. En este contexto, si bien he señalado con anterioridad la diferencia existente entre el contrato complementario, regulado por los artículos 85, 86 y 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y las modalidades no contractuales para el incremento de cantidades o la incorporación de rubros nuevos en un contrato ya existente de ejecución de obra (órdenes de trabajo, diferencias en cantidad de obra), previstas en los artículos 88 y 89 ibídem, es necesario dejar en claro que, en ciertas circunstancias, es posible aplicar todas éstas modalidades en un contrato de ejecución de obra, sin que se atente contra la naturaleza y límites de cada una de ellas.

El tema materia de consulta está regulado por los artículos 85, 86, 87, 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que transcribo a continuación:

"CAPITULO VIII
DE LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS

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.

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.

Para el pago de los rubros nuevos se estará a los precios referenciales actualizados de la Entidad Contratante, si los tuviere; en caso contrario, se los determinará de mutuo acuerdo entre las partes.

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.

El contratista deberá rendir garantías adicionales de conformidad con esta Ley.

En los contratos complementarios a los que se refieren los dos artículos precedentes constarán la correspondiente fórmula o fórmulas de reajuste de precios, de ser el caso.

En los contratos complementarios se podrá contemplar el pago de anticipos en la misma proporción prevista en el contrato original.

No procede la celebración de contratos complementarios para los de adquisiciones de bienes sujetos a esta Ley.

En todos los casos, en forma previa a la suscripción de los contratos complementarios, se requerirá la verificación presupuestaria correspondiente.

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.

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.

Las órdenes de trabajo contendrán las firmas de las partes y de la fiscalización".

De la lectura de las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que han quedado citadas, así como de los pronunciamientos previamente emitidos por este Organismo, se evidencia que no obstante la denominación del Capítulo de "Contratos Complementarios", el mismo regula no solo contratos complementarios, sino los aumentos o diferencias en cantidades de obra y las órdenes de trabajo por rubros nuevos, modalidades que no tienen carácter contractual.

Los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública regulan, en su orden, el aumento de cantidades de obra a través de órdenes de cambio y las órdenes de trabajo respecto de rubros nuevos, en una obra civil previamente contratada; ambas modalidades comportan la expedición de actos administrativos, no de contratos.

El citado artículo 88 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se refiere a la posibilidad de aumentar la cantidad de obra previamente contratada, "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". Esta norma permite a la entidad contratante requerir directamente al contratista la ejecución de cantidades mayores de obra, hasta el monto del 25% del total del contrato reajustado, a través de órdenes de cambio.

De igual manera, el artículo 89 ibídem, norma el caso en que la entidad contratante requiera la realización de nuevos rubros, a través de un acto administrativo, una "orden de trabajo"; en esta opción, el umbral máximo permitido por la Ley es el 10% del valor del contrato principal reajustado; los valores a pagar al contratista se calcularán mediante la modalidad de costo más porcentaje, prevista en el artículo 145 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Los artículos 85, 86 y 87 de la mencionada Ley Orgánica tratan de la modificación, ampliación o complementación de una obra previamente contratada, a través de uno o más contratos complementarios. En esta lógica, el citado artículo 85 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública regula tal ampliación, modificación o complementación respecto de rubros de contratación ya existentes; mientras que, el artículo 86 ibídem, se refiere a la misma circunstancia, pero cuando sea necesaria la creación de nuevos rubros. El artículo 87 de la referida Ley Orgánica, establece el límite máximo, en cuanto al monto, para la realización de contratos complementarios en los supuestos de los artículos 85 y 86, previamente citados, de la siguiente manera: "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 conste en los respectivos contratos principales".

Adicionalmente, el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en sus incisos segundo y cuarto, regula aspectos tales como la rendición de garantías adicionales por parte del contratista y la posibilidad de la entrega de anticipo, y lo hace precisamente porque se trata de la configuración de un contrato administrativo, de carácter complementario.

De lo hasta aquí expuesto, se desprende que el Capítulo VIII de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en sus artículos 85, 86 y 87, se refiere a contratos administrativos (contratos complementarios), los cuales pueden ser materia de rubros previstos en el contrato o nuevos rubros, al tenor de los artículos 85 y 86 ibídem. Por su parte, los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica en referencia, regulan actos administrativos, también referidos a rubros establecidos en el contrato o rubros nuevos, aunque no requieren la suscripción de un contrato.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública individualiza con claridad cada modalidad para ampliar o modificar un contrato de ejecución de obra: por un lado las órdenes de trabajo (rubros nuevos) y las órdenes de cambio (diferencia en cantidad de obra respecto de rubros ya existentes), ambos actos administrativos o decisorios de la entidad contratante; y, por otro, el contrato complementario, que es evidentemente una modalidad de contrato administrativo.

Igualmente, con relación al tema materia de consulta, el tratadista argentino Roberto Dromi, al analizar el contrato de obra, en cuanto a las órdenes de trabajo y los incrementos de cantidades de obra, señala que éstas se perfeccionan mediante actos administrativos, en los siguientes términos:

"18. Orden de servicio. La orden de servicio es un acto administrativo. Es el medio por el cual el director o inspector de obra o el director del organismo contratante juntamente con aquél, instruye, dispone y controla la ejecución de los trabajos.

La orden de servicio referida a obras adicionales o modificaciones comprendidas dentro de la partida de ampliaciones e imprevistos de la obra, que implique un reajuste del monto del contrato, deberá ser suscrita por el director de la repartición y el inspector de la obra.

19. Sujeción al proyecto. El contratista tiene el deber de ejecutar la obra conforme al proyecto, los pliegos y demás documentos que integre el contrato (Art. 31 LOP). Por ello, es responsable de la correcta interpretación de los planos para la realización de la obra (…).

19.1. Modificación por el contratista. El contratista no puede introducir 'por sí' modificaciones al proyecto, aunque no impliquen cambios en el precio y sean útiles. Para ello se requiere orden escrita del funcionario autorizado (…).

19.2. Modificación por la Administración. La Administración ejerce permanentemente supervisión técnica sobre el contratista, lo que posibilita el control y la disposición de modificaciones forzosas (aumentos, reducciones u obras imprevistas), necesarias tanto para la buena ejecución de trabajos como para el fin perseguido con la construcción de la obra, dentro de los límites previstos específicamente por la ley, generalmente un quinto del monto de la obra. Si las modificaciones exceden ese tope es facultativo del contratista aceptarlas o peticionar la rescisión".

De lo expuesto y en atención a su consulta, respecto de un contrato de ejecución de obra puede ocurrir lo siguiente:

a) Es posible instrumentar una o más órdenes de trabajo para realizar rubros nuevos, hasta el 10 por ciento del valor total del contrato reajustado, sin necesidad de suscribir un contrato complementario. Si se han ejecutado rubros nuevos por un monto equivalente al citado 10 por ciento, y se requiere realizar más rubros de esta naturaleza, la entidad contratante podrá suscribir uno o más contratos complementarios, sin que en ningún caso el contrato o la suma de aquellos puedan superar el 35 por ciento del valor reajustado del contrato principal.

b) También es procedente ejecutar diferencias en cantidades de obra, sin necesidad de suscribir un contrato complementario, siempre que no se supere el 25 por ciento del valor total del contrato reajustado a la fecha en que, a través de la respectiva orden de cambio, se disponga ejecutar tales diferencias. Sin embargo, una vez ejecutado el 25 por ciento que he mencionado, y en el caso de que la entidad contratante requiera ejecutar más aumentos en cantidades de obra, podrá hacerlo mediante uno o más contratos complementarios, siempre y cuando en ningún caso de utilización de esta modalidad, se supere el 35 por ciento del valor del contrato principal, reajustado a la fecha de suscripción de cada contrato complementario.

c) En ambos casos, no se trata de porcentajes que "se suman", sino de la aplicación de modalidades distintas, previstas por la ley, respecto de una obra civil contratada.

Es posible, en este contexto, que en un proceso de contratación para ejecutar obra pública, puedan utilizarse tanto las órdenes de trabajo, las órdenes de cambio por diferencia en cantidades de obra y los contratos complementarios, dentro de los límites previstos para cada modalidad, para modificar, ampliar o complementar la obra contratada. En este caso, las órdenes de trabajo (rubros nuevos) y las órdenes de cambio (diferencias en cantidades de obra) podrán ser dispuestas y ejecutadas hasta el 10 por ciento y el 25 por ciento, respectivamente, sin que se requiera la suscripción de un contrato complementario; mas en el caso de que la entidad contratante requiera, más allá de los porcentajes descritos, la ampliación, modificación o complementación de una obra civil previamente contratada, es posible hacerlo a través de la suscripción de uno o más contratos complementarios, sin que en ningún caso la suma de éstos pueda superar el valor del 35 por ciento del monto total reajustado del contrato principal, según lo previsto por el citado artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El presente pronunciamiento prevalecerá sobre los expedidos con anterioridad respecto del mismo tema.

CONTRATOS COMPLEMENTARIOS: REAJUSTE DE PRECIOS

OF. PGE. N°: 11278, de 03-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Pública Metropolitana de Movilidad Y Obras Públicas, EPMMOP

CONSULTA:

"¿En un contrato de Obra que cuenta para su implementación con elementos de: bienes, obras y servicios puede ser considerado de forma integral y completa? Por ende, se puede aplicar al contrato las normas relativas a los contratos complementarios dispuestas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de Aplicación?".

BASE LEGAL:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 4.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 81, 85, 86, 87, 88, 89; y, 125, 132, 138 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de atender su requerimiento, mediante oficio No. 10587 de 9 de noviembre de 2012, con fundamento en el artículo 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 17, este Organismo le requirió el criterio del Asesor Jurídico de la Empresa a su cargo, lo cual fue atendido en oficio No. GG-AJ-0001145 de 13 de noviembre de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 14 de noviembre de 2012.

En su oficio de consulta se expresan los siguientes antecedentes:

"Mediante Oficio No. INCOP-DE-OF-0117-2011 de 28 de abril de 2011, el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública expresa que: '(…) Si su entidad considera conveniente para los intereses institucionales realizar la contratación para la provisión implementación y puesta en funcionamiento del sistema centralizado de semaforización del Distrito Metropolitano de Quito, es decir contratar bienes, servicios y ejecución de obras en un proceso precontractual, lo más pertinente sería que se utilice el procedimiento de Licitación de Obras (…)'.

Mediante Resolución No. 321 de 06 de julio de 2011, el Señor Gerente General de la EPMMOP, resolvió aprobar los Pliegos del Proceso de Licitación No. LICO-EPMMOP-012-2011 para contratar el 'DISEÑO, PROVISIÓN, CONSTRUCCIÓN, IMPLANTACIÓN, PUESTA EN FUNCIONAMIENTO Y OPTIMIZACIÓN DE UN SISTEMA CENTRALIZADO ADAPTATIVO DE SEMAFORIZACIÓN, PARA EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO'.

El Gerente General de la EPMMOP mediante Resolución No. 483 de 03 de octubre de 2011, resolvió adjudicar el proceso de Licitación de Obras No. LICO-EPMMOP-012-2011 (…).

Con fecha 16 de noviembre de 2011, se celebró el contrato de Licitación de Obra No. 2011-0315, correspondiente al Proceso No. LICO-EPMMOP-012-2011(…)".

El criterio jurídico de la Entidad consultante consta en el memorando No. 3335 de 5 de noviembre de 2012, suscrito por el Asesor Jurídico de la EPMMOP, quien cita al tratadista mexicano Jorge Fernández Ruiz, en los siguientes términos: " (…) la finalidad del Estado se trata de lograr mediante la realización de diversas actividades las cuales podríamos agrupar básicamente al ejercicio de las funciones públicas, a la prestación de servicios públicos, a la ejecución de obras públicas (…)".

Adicionalmente, cita al argentino Roberto Dromi, quien se refiere al bien común como

causa orientadora de la existencia del Estado, así como al principio de continuidad del contrato administrativo y al ius variandi como una prerrogativa de la administración de introducir cambios en la prestación contractual, por lo cual rige el principio de mutabilidad.

Añade el Asesor Jurídico de la Empresa consultante, en el memorando No. 3335 de 5 de noviembre de 2012 como fundamento jurídico los artículos 85, 86 y 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, concluye con el siguiente criterio jurídico:

"El Contrato Administrativo persigue la finalidad de satisfacer necesidades colectivas y busca el bien común, adicionalmente se somete a los principios de: legalidad, integralidad, mutabilidad, continuidad; por su parte la LOSNCP es instrumental ya que la utilización de sus procedimientos y normas nos permite alcanzar los referidos fines.

Como consecuencia de lo señalado, la LOSNCP faculta a la entidad pública a complementar, ampliar o modificar una obra, en otras palabras, avala esta mutación ya que – por encima de las obligaciones contractuales- se establece que la ejecución de una obra busca cumplir con los objetivos del buen vivir y del sumak kawsay.

El que existan (en el contrato administrativo) reglas especiales para el pago o para la recepción, bajo ningún punto de vista deben afectar la integralidad y peor aún poner en riesgo la ejecución del proyecto, ya que al hacerlo se atentaría contra la finalidad del Estado mismo.

Por lo expuesto, es criterio de esta Asesoría Jurídica que el contrato administrativo celebrado entre la EPMMOP y TELVENT para el DISEÑO, PROVISIÓN, CONSTRUCCIÓN, IMPLANTACIÓN, PUESTA EN FUNCIONAMIENTO Y OPTIMIZACIÓN DE UN SISTEMA CENTRALIZADO ADAPTATIVO DE SEMAFORIZACIÓN, PARA EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, en primer lugar busca la satisfacción de los intereses colectivos e implica la ejecución de una solución integral; si bien cuenta con elementos diferenciados de: bienes, obras y servicios, éstos al momento de ejecutar el contrato se entrelazan unos con otros brindando un elemento integrador que es la implementación del proyecto en su globalidad, no por fines, ni por partes, ya que de esta forma se garantiza la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos.

Finalmente, este proyecto implica -como hemos evidenciado anteriormente- una solución integral, por tanto, debe ser analizado en función de dicha integralidad y unidad, por lo expuesto, la Asesoría Jurídica de la EPMMOP considera que en el referido contrato caben plenamente la aplicación de las normas comunes para los contratos complementarios".

En primer término, toda vez que el criterio institucional hace referencia a las normas para el pago y recepción en los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cabe señalar que el artículo 81 del Capítulo VI "De las Recepciones y Liquidación", de la referida Ley Orgánica, prevé lo siguiente:

"Art. 81.- Clases de Recepción.- En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva. Producida la recepción se devolverán las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica.

En los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existirán una recepción provisional y una definitiva.

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

En los casos en los que ante la solicitud del contratista, la Entidad Contratante no formulare ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción dentro de los períodos determinados en el Reglamento de esta Ley, se considerará que tal recepción se ha efectuado de pleno derecho, para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, a solicitud del contratista notificará que dicha recepción se produjo".

Del artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se evidencia que en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existe una sola recepción, la cual tiene efectos de recepción definitiva y cumplida la misma se devuelven las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica; mientras que, en los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existirán una recepción provisional y una definitiva.

Por su parte, el artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública , prescribe que en la liquidación, económico contable del contrato, que se practica de manera previa al pago, se deja constancia de lo ejecutado, se determinan los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducírsele o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes, pudiendo procederse a las compensaciones a que hubiere lugar y que la liquidación final será parte del acta de recepción definitiva.

Respecto de los contratos complementarios a los que alude su consulta, la Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado, según consta de los oficios Nos. 16244,

17705 y 02352 de 31 de agosto, 30 de noviembre y 17 de junio de 2011, en el último de los cuales, en atención a la consulta formulada por el Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Zaruma, expresé lo siguiente:

"Con relación al tema materia de consulta, el capítulo VIII del Título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública , a partir del 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'.

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…'.

En lo que atañe 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 de los artículos 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 132 de su Reglamento de aplicación, 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, 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, las cantidades reales de obra fueren superiores a las que fueron estimadas en el contrato, 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, sobre las órdenes de trabajo 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 (…)'.

De la normativa previamente citada, se concluye 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, 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 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.

En otras palabras, no pueden aplicarse simultáneamente a un contrato de obra, el pago por diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, hasta el veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, previstas en el artículo 88 de la Ley Orgánica de Contratación Pública; adicionalmente mediante órdenes de trabajo, autorizar la ejecución de nuevos rubros, conforme el artículo 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, además celebrar un contrato complementario por un valor adicional del 35% del monto del contrato reajustado, determinado en el artículo 87 ibídem.

(…) En el evento de que, en la ejecución de un contrato sobrevinieren otras obras que no estuvieron considerados en el estudio inicial, y sobrepasan el límite del 35% establecido por el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para los contratos complementarios, las obras que se realicen deberán ser objeto de un contrato independiente, sin perjuicio de que pudieran existir eventuales responsabilidades por la falta de previsión en los estudios técnicos que sirvieron de base para la ejecución de la obra que motiva su consulta, puesto que el artículo 23 de la misma Ley Orgánica, dispone que antes de iniciar un procedimiento precontractual, la entidad contratante tiene la obligación de 'contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas' en los que deben constar los detalles y características de la obra objeto de la futura contratación".

En el pronunciamiento No. 02352 de 17 de junio de 2011, que ha quedado citado, la Procuraduría General del Estado ha analizado los contratos complementarios y las ordenes de trabajo por diferencias en cantidades de obra y ha señalado claramente los límites que prevé la Ley Orgánica del Sistema Nacional del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la suscripción de contratos complementarios, los cuales proceden en los casos de ejecución de una obra o prestación de un servicio, del tenor del artículo 85 de la Ley Orgánica en mención.

En cuanto al contrato de "DISEÑO, PROVISIÓN, CONSTRUCCIÓN, IMPLANTACIÓN,

PUESTA EN FUNCIONAMIENTO Y OPTIMIZACIÓN DE UN SISTEMA CENTRALIZADO ADAPTATIVO DE SEMAFORIZACIÓN, PARA EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO", que motiva su consulta y que según refiere en la misma, comprende provisión de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, el Instituto Nacional de Contratación Pública, según consta del oficio No. INCOP-DE-OF-0117-2011 de 28 de abril de 2011, en atención al requerimiento de la Empresa a su cargo, determinó lo siguiente:

"Si su entidad considera conveniente para sus intereses institucionales realizar la contratación para la provisión, implantación y puesta en funcionamiento del sistema centralizado de semaforización para el Distrito Metropolitano de Quito, es decir contratar bienes, servicios y ejecución de obras en un proceso precontractual, lo más pertinente sería que se utilice el procedimiento de Licitación de Obras la misma que haga referencia a todas las necesidades institucionales para ese tipo de contratación".

El procedimiento aplicado por la Empresa, conforme lo determinó el INCOP en su oficio No. INCOP-DE-OF-0117-2011 de 28 de abril de 2011, fue el de Licitación de Obra, no obstante comprendía bienes, obras y servicios.

La Cláusula Cuarta del contrato que motiva su consulta, referida al objeto, estipula lo siguiente:

"Cláusula Cuarta.- OBJETO DEL CONTRATO:

4.01.- El objeto del contrato es el DISEÑO, PROVISIÓN, CONSTRUCCIÓN, IMPLANTACIÓN, PUESTA EN FUNCIONAMIENTO Y OPTIMIZACIÓN DE UN SISTEMA CENTRALIZADO ADAPTATIVO DE SEMAFORIZACIÓN, PARA EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO (SCS-DMQ)

El Contratista se obliga para con la EPMMOP a:

a. Construir las obras civiles requeridas para la implantación del SCS-DMQ;

b. Dar en venta real y efectiva los bienes de Hardware (HW) y Software (SW) y los servicios conexos objeto de este contrato, debidamente armados, instalados y en pleno funcionamiento (implantados) correspondientes al Sistema Centralizado de Semaforización del Distrito Metropolitano de Quito (DMQ);

c. Brindar soporte técnico adicional por dos (2) años contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Entrega Recepción Provisional, luego de concluidas la cuatro fases de implantación del SCS-DMQ.

El contratista entregará los bienes nuevos, sin uso y de fábrica, a la vez que asume la obligación de saneamiento por vicios ocultos, en los términos y condiciones de las Garantías Técnicas. Los bienes serán instalados en las intersecciones, en las vías, en los túneles, en el Centro de Control y Comando de la Movilidad (CCCM), etc., según corresponda.

(…) En forma general se compromete al efecto, a realizar la Implantación Completa y Puesta en Funcionamiento del SCS-DMQ, con sujeción a su oferta, pliegos precontractuales, planos, especificaciones técnicas generales y particulares de la Implantación del SCS-DMQ, anexos, instrucciones de la entidad, pruebas de funcionamiento y demás documentos contractuales, tanto los que se protocolizan en este instrumento, cuanto los que forman parte del mismo sin necesidad de protocolización, y respetando la normativa legal aplicable".

De la estipulación contenida en la Cláusula 4.01, antes transcrita, se establece que el objeto del contrato se ejecuta en un área en particular, que comprende "intersecciones, en las vías, en los túneles, en el Centro de Control y Comando de la Movilidad (CCCM), etc., según corresponda", ya que la contratista se obligó "a realizar la Implantación Completa y Puesta en Funcionamiento del SCS-DMQ, con sujeción a su oferta, pliegos precontractuales, planos, especificaciones técnicas generales y particulares de la Implantación del SCS-DMQ, anexos, instrucciones de la entidad, pruebas de funcionamiento y demás documentos contractuales, tanto los que se protocolizan en este instrumento, cuanto los que forman parte del mismo sin necesidad de protocolización", o dicho de otra manera, la oferta, los pliegos, planos, especificaciones técnicas y demás documentos contractuales determinan el área en que se ejecuta el contrato que motiva su consulta.

No obstante que la oferta, pliegos precontractuales, planos, especificaciones técnicas generales y particulares, antes referidos, forman parte integrante del contrato que motiva su consulta, no se han remitido a esta Procuraduría dichos documentos, que fueron requeridos mediante oficio No. 10587 de 9 de noviembre de 2012.

En base del análisis jurídico previamente efectuado, en atención a su consulta y con fundamento en los artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se concluye que en un contrato que para su implementación cuenta con elementos de bienes, obras y servicios, al que se aplicaron las normas de Licitación de Obra, por tratarse de una obra integral, rigen también las normas relativas a los contratos complementarios previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de Aplicación.

La Procuraduría General del Estado, mediante oficios Nos. 00047 y 02352 de 15 de

diciembre de 2010 y 7 de junio de 2011, dirigidos al Director General del IESS y al Municipio de Zaruma ya se ha pronunciado en el sentido de que no pueden aplicarse simultáneamente, el pago por diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas hasta el veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato; adicionalmente, mediante órdenes de trabajo, autorizar la ejecución de nuevos rubros; y, además celebrar un contrato complementario por un valor adicional del 35% del monto reajustado, ya que tales conceptos no son acumulables.
En los casos de diferencias en cantidades de obra y de ordenes de trabajo, señalados en el párrafo precedente, 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 esa 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.

Por disposición expresa del artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en el artículo 85 ibídem, 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. A fin de determinar el valor reajustado o actualizado del contrato principal, se debe aplicar la fórmula de reajuste de precios que conste en el respectivo contrato principal, según prevé Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Además, por mandato del artículo 85 de la Ley Orgánica en mención, deben mantenerse los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.

En el caso de que varíen las cantidades o se supriman rubros del contrato original, se modificarán las condiciones del contrato original, por disposición del artículo 138 del Reglamento General de Aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la entidad u organismo elaborará la fórmula o fórmulas y sus respectivas cuadrillas tipo, para el reajuste de precios de las obras del contrato original más el complementario, las cuales deben constar en el contrato complementario y servirán además para reliquidar los valores pagados por reajuste de precios del contrato original. Al efecto, las fórmulas deberán tener como denominadores los precios e índices de precios del contrato original.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales, sin que competa a la Procuraduría General del Estado pronunciarse sobre casos particulares.

CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES: INHABILIDAD PARA CONTRATAR

OF. PGE. N°: 11277, de 03-01-2013

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, 233
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 4, 12, 13, 24 lit. j), 117, 148, Disp. Gen. Tercera.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 62 núm. 3, 63 núm. 3, 4, 5; y, 110, 111 núm. 2 de su Reglamento.
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 del 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, relievando 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 sucrito 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 del 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 incursos 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.- Inhabilidades 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 incursos 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, aún 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 del 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 del 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.

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS: COBRO A PROPIETARIOS DE INMUEBLES EN EL ÁREA RURAL

OF. PGE. N°: 11374, de 09-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Gualaceo

CONSULTAS:

1.- "¿Es legal y procedente cobrar la contribución especial por mejoras a los propietarios de los inmuebles ubicados en el área rural y que resultan directamente beneficiarios de la obra de Alcantarillado?".

2.- "¿En caso de ser procedente el cobro conforme se consulta en la pregunta anterior, el mismo se realizará acorde al avalúo actual del bien raíz o se deberá actualizar el avalúo?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 264 núm. 1 y 2; y, 267 núm. 1.
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 11 núm. 2 y 7; 12 núm. 2, 63 núm. 3, 4 y 5; 64 núms. 4, 5, 8 y 9; 247, 396, 397, 399, 401 y 422 (derogada).
Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, Arts. 4 lits. d), h) y 22 (derogada).
Ley de Descentralización del Estado y Participación Social, Art. 40 lits. a) y c) (derogada).
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 20, 24, 54 lits. c), e), f), 55 lits. a), d), e), i); 64 lit. d), 67 lit. b) 137, 139, 494, 496, 501, 502, 516, 569, 575, 576, 577 lit. d), 578, 579, 583 y 592.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 12 y 43.
Código Tributario, Art. 68.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- El informe del Procurador Síndico, contenido en oficio No. 0191-PSMG-12 de 11 de septiembre de 2012 refiere como antecedente que la Municipalidad de Gualaceo ejecutó la obra de Construcción del Alcantarillado Combinado del sector Ignacio Jaramillo de la ciudad y cantón de Gualaceo; que el acta de entrega recepción definitiva de la obra, se suscribió el 9 de agosto del 2010; y, que, el Concejo Cantonal aprobó el cobro de la

contribución especial de mejoras a los propietarios de los inmuebles beneficiarios por la ejecución de la obra.

Agrega el citado informe que: "La Obra de Alcantarillado Combinado ejecutada por el Gobierno Local, se emplaza en el límite entre el área urbana y rural, de tal forma que la misma beneficia también de manera directa a propiedades que se encuentran ubicadas en el área rural".

El Procurador Síndico invoca los artículos 569, 575 y 583 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) que establecen las contribuciones especiales de mejoras y determinan quiénes son sujetos pasivos de dicho tributo; y, sobre dicha base concluye:

"(…) todos los propietarios de los bienes inmuebles beneficiados con la ejecución de la obra CONSTRUCCIÓN DEL ALCANTARILLADO COMBINADO del sector Ignacio Jaramillo, de la ciudad de Gualaceo, Cantón del mismo nombre, Provincia del Azuay, deberían pagar el valor correspondiente a la contribución especial de mejoras, sin excepción alguna; a pesar de lo establecido en el art. 569 del COOTAD, en el que se determina que la contribución especial de mejoras hace referencia al beneficio real o presuntivo proporcionado a los bienes inmuebles, UNICAMENTE URBANOS, pues, en caso contrario el Gobierno Local estaría costeando a los particulares beneficiarios de dicha obra el valor de la contribución especial de mejoras; por lo tanto, exonerando una obligación tributaria no contemplada en la ley".

Por su parte, el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, contenido en oficio No. 925 A –DE-641-DNAJ-2012 de 4 de diciembre de 2012, cita los artículos 20 y 501 del COOTAD.

Argumenta la AME que: "(…) los Gobiernos Municipales vienen ejecutando obras en las áreas consolidadas rurales, entendidas éstas como aquellos asentamientos humanos de la cabecera parroquial rural que se la considera como urbana acorde a la resolución del Concejo Municipal en aplicación del Art. 501 referido, de ahí la razón de ser de las obras en este tipo de áreas. Debe entenderse que no se puede ejecutar cualquier tipo de obra en toda la parroquia rural, sino en aquellas que el Municipio ha identificado como centros urbanos".

Sobre dicha base, la AME concluye:

"De lo expuesto, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Gualaceo, debe proceder al cobro de la contribución especial de mejoras por la construcción de

la obra pública de alcantarillado, con la consideración de que el Concejo Municipal resolvió delimitar un área urbana en el área rural, tal como lo establece el Art. 501 inciso segundo del COOTAD (…)".

El artículo 569 del COOTAD que cita el criterio institucional de la entidad consultante, dispone:

"Art. 569.- Objeto.- 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.

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 citado artículo 569 del COOTAD establece el hecho generador de la contribución especial de mejoras que es el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública; sin embargo, dicha norma no puede ser inteligenciada en forma aislada sino en el contexto del ámbito territorial en el que ejerce sus competencias la Municipalidad.

En tal sentido, para atender su consulta es pertinente considerar que, de acuerdo con el artículo 20 del COOTAD, "Los cantones son circunscripciones territoriales conformadas por parroquias rurales y la cabecera cantonal con sus parroquias urbanas, señaladas en su respectiva ley de creación, y, por las que se crearen con posterioridad, de conformidad con la presente ley".

Concordante, el artículo 24 del citado Código, prevé que "Las parroquias rurales constituyen circunscripciones territoriales integradas a un cantón a través de ordenanza expedida por el respectivo concejo municipal o metropolitano".

De conformidad con los artículos 264 numeral 2 de la Constitución y 54 letras c), e) y f) del COOTAD, es competencia de las municipalidades ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón, establecer el régimen urbanístico, elaborar y ejecutar el plan cantonal de desarrollo y construir la obra pública cantonal.

Similares previsiones respecto de la integración del cantón por áreas urbanas y rurales y sobre la competencia de las municipalidades para controlar el uso del suelo en el territorio del cantón y establecer el régimen urbanístico de la tierra, constaban en los artículos 11 numeral 2 y 63 numerales 3, 4 y 5 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

El segundo inciso del artículo 501 del citado COOTAD, que invoca el criterio institucional de la AME prevé que, para efectos del impuesto predial urbano, los límites de las zonas urbanas serán determinados por el concejo mediante ordenanza.

Los límites del área urbana del cantón Gualaceo, constan determinados por Ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 703 de 15 de mayo de 2012, que incluye al Este la Av. Ignacio Jaramillo, en el punto y coordenadas determinadas en dicha Ordenanza, área en la que se ha ejecutado la obra pública de alcantarillado a la que se refiere la consulta, según refiere el informe del Procurador Síndico, citado en los antecedentes de este pronunciamiento.

En tal contexto, es oportuno tener presente que, las letras d) y e) del artículo 55 del COOTAD, asignan a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, competencia exclusiva para "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"; y, "e) Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras".

En concordancia, el artículo 137 del COOTAD prescribe que: "Las competencias de prestación de servicios públicos de agua potable, en todas sus fases, las ejecutarán los gobiernos autónomos descentralizados municipales con sus respectivas normativas y dando cumplimiento a las regulaciones y políticas nacionales establecidas por las autoridades competentes"; y, la parte final del tercer inciso del mismo artículo, prevé que:

"(…) Las competencias de prestación de servicios públicos de alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, y actividades de saneamiento ambiental, en todas sus fases, las ejecutarán los gobiernos autónomos descentralizados municipales con sus respectivas normativas. Cuando estos servicios se presten en las parroquias rurales se deberá coordinar con los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales".

De acuerdo con la letra d) del artículo 577 del COOTAD, las obras de alcantarillado dan lugar al establecimiento de contribuciones especiales de mejoras; y, el artículo 583 ibídem, prescribe que "El valor de las obras de alcantarillado que se construyan en un municipio, será íntegramente pagado por los propietarios beneficiados (…)", en la forma establecida en esa norma.

Según los artículos 574 y 575 del COOTAD, la municipalidad es sujeto activo de la contribución especial de mejoras; y, sujetos pasivos de ese tributo son los propietarios de los inmuebles beneficiados por la ejecución de la obra pública.

Idénticas previsiones sobre el hecho generador y los sujetos activo y pasivo de las contribuciones especiales de mejoras, constaban en los artículos 396, 397 y 399 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Sobre el hecho generador de la contribución especial de mejoras, en pronunciamiento contenido en oficio No. 09812 de 18 de septiembre de 2012, analicé que:

"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 julio de 2012".

Respecto de la competencia de las Municipalidades para ejecutar obra pública cantonal y rural, en el pronunciamiento de la referencia manifesté:

"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 (…).

(…) 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 plantes 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".

Sobre dicha base, en el mismo pronunciamiento, concluí que:

"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".

Del análisis que precede se desprende que, conforme a los artículos 55 letra d) y 137 del COOTAD, es competencia exclusiva de las Municipalidades la prestación de los servicios públicos de alcantarillado; y, cuando dichos servicios se presten en las parroquias rurales, la municipalidad debe coordinar con los respectivos gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales.

Para la prestación de los servicios públicos de alcantarillado, a las municipalidades les corresponde ejecutar las respectivas obras públicas en el cantón, en áreas determinadas por el Concejo como urbanas aún cuando pertenezcan a parroquias rurales, pues éstas también integran el cantón conforme a los artículos 20 y 24 del COOTAD y a la municipalidad compete establecer mediante Ordenanza el régimen de uso de suelo y urbanístico conforme prevé la letra c) del artículo 54 ibídem.

La ejecución de obras públicas, entre ellas obras de alcantarillado, da lugar al establecimiento de contribuciones especiales de mejoras por parte de las municipalidades, de acuerdo con la letra d) del artículo 577 del citado COOTAD. Idéntica previsión constaba en la letra d) del artículo 401 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 583 del COOTAD, el valor total de las obras de alcantarillado que se construyan en un municipio, debe ser íntegramente pagado por los propietarios beneficiados, por lo que es jurídicamente procedente que la Municipalidad cobre la contribución especial por mejoras provenientes de la ejecución de obras de alcantarillado, a los propietarios de inmuebles ubicados en zonas calificadas como centros urbanos de las parroquias rurales que, al resultar directamente beneficiados con la ejecución de dicha obra, son sujetos pasivos de la contribución de mejoras de conformidad con los artículos 575 y 583 del COOTAD.

2.- El informe del Procurador Síndico manifiesta que, "(…) de acuerdo a lo normado en el art. 583 del COOTAD, somos del criterio que la recaudación se realizará de conformidad al avalúo realizado antes de la iniciación de la obra".

El criterio institucional de la AME, invoca los artículos 575 y 576 del COOTAD que determinan quienes son los sujetos pasivos de la contribución especial de mejoras, y confieren carácter real a ese tributo.

Sobre dicha base, la AME concluye que la Municipalidad debe: "(…) efectuar la determinación tributaria tomando como parámetros la parte final del Art. 576 del COOTAD y Art. 583 del cuerpo de leyes citado (…)".

De acuerdo con los artículos 55 letra i), 139, 494 y 496 del COOTAD, es competencia de las Municipalidades, elaborar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales, y actualizarlos cada dos años.
Concordantes, los artículos 502 y 516 del COOTAD establecen los parámetros de valoración de los predios urbanos y rurales, respectivamente.

De acuerdo con el artículo 576 del COOTAD la contribución especial tiene carácter real; la parte final de misma norma dispone que: "(…) Los propietarios solamente responderán hasta por el valor de la propiedad, de acuerdo con el avalúo municipal actualizado, realizado antes de la iniciación de las obras".

La base de la contribución especial de mejoras, según el artículo 578 del citado COOTAD es el costo de la obra, que debe ser prorrateado entre las propiedades beneficiadas, en la forma y proporción que se establezca en las respectivas ordenanzas.

El artículo 583 del COOTAD, establece la forma específica en que se debe distribuir el costo de las obras de alcantarillado entre las propiedades beneficiadas y dispone:

"Art. 583.- Distribución del costo del alcantarillado.- El valor total de las obras de alcantarillado que se construyan en un municipio, será íntegramente pagado por los propietarios beneficiados, en la siguiente forma:

En las nuevas urbanizaciones, los urbanizadores pagarán el costo total o ejecutarán, por su cuenta, las obras de alcantarillado que se necesiten así como pagarán el valor o construirán por su cuenta los subcolectores que sean necesarios para conectar con los colectores existentes.

Para pagar el costo total de los colectores existentes o de los que construyeren en el futuro, en las ordenanzas de urbanización se establecerá una contribución por metro cuadrado de terreno útil.

Cuando se trate de construcción de nuevas redes de alcantarillado en sectores urbanizados o de la reconstrucción y ampliación de colectores ya existentes, el valor

total de la obra se prorrateará de acuerdo con el valor catastral de las propiedades beneficiadas".

Finalmente, el artículo 592 del COOTAD, prescribe que:

"Art. 592.- Cobro de las contribuciones especiales.-Las contribuciones especiales podrán cobrarse, fraccionando la obra a medida que vaya terminándose por tramos o partes. 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".
Similar previsión constaba en el artículo 422 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Con relación al cobro de la contribución especial de mejoras, en pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 06777 de 6 de marzo de 2012 y 08663 de 4 de julio 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".

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el costo total de la obra pública ejecutada por la Municipalidad es la base de la contribución especial de mejoras, según el artículo 578 del COOTAD, costo que se debe distribuir entre las propiedades beneficiarias, en la forma específica prescrita por el artículo 583 del COOTAD por tratarse de obras de alcantarillado y sobre la base del avalúo municipal realizado antes de la iniciación de las obras, según prescribe en forma expresa el artículo 576 del citado Código.

Este 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.

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS: EXENCIÓN POR APORTE DE LA COMUNIDAD

OF. PGE. N°: 13241, de 16-05-2013

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, 573, 574, 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.

CONVENIO CIVIL: COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL -TERMINACIÓN DE CONTRATOS-

OF. PGE. N°: 11301, de 04-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Ministerio de Salud Pública

CONSULTA:

"Si es procedente la aplicación normativa de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de su Reglamento General, en relación a un convenio civil de cooperación interinstitucional".

BASE LEGAL:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 237 núm. 3.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 3 lit. e) y 13.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1, 2 núm. 8.
Código Civil, Arts. 7, 1453, 1454 y 1561.

PRONUNCIAMIENTO:

La Cartera de Estado a su cargo, mediante oficio No. 004637 de 3 de octubre de 2012, formuló una consulta y este Organismo con fundamento en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, mediante oficios Nos. 10189 de 15 de octubre de 2012 e insistencia contenida en el oficio No. 10731 de 19 de noviembre de 2012, le solicito la reformulación de la misma hacia la inteligencia o aplicación de normas legales, lo cual fue atendido por usted en el oficio que contesto.

El informe jurídico de la entidad consultante, contenido en el memorando No. MSP-CGAJ-1667-2012 de 30 de noviembre de 2012, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica, quien cita los artículos 226 de la Constitución de la República, artículos 1453, 1454 y 1561 del Código Civil y artículos 1 y 6 numeral 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y concluye con el siguiente criterio jurídico:

"En virtud de los antecedentes, base legal y análisis expuesto, esta Coordinación General de Asesoría Jurídica concluye el presente criterio en los siguientes acápites:

La competencia y potestad y el Ministerio de Salud Pública está estrictamente limitada a aquella contemplada en la legislación vigente, por tanto no puede en forma alguna omitir una prohibición legal, o actuar de forma ulterior a los mandatos o permisos de la legislación.

Los convenios de cooperación interinstitucional suscritos por este Portafolio son de naturaleza civil y por tanto no se sujetan a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni a su Reglamento".

La regla 18 del artículo 7 del Código Civil prevé: "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración" y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública fue promulgada el 4 de agosto de 2008.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el numeral 1, dispone lo siguiente:

"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:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado".

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

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que incluye en el ámbito de dicho cuerpo legal, a los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado, entre los que se encuentran los ministerios, que integran dicha función, de conformidad con la letra b) del artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se concluye que es procedente la aplicación normativa de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de su Reglamento General, en relación a los convenios de cooperación interinstitucional que suscriba el Portafolio a su cargo, si dichos convenios tienen por objeto la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen.

Respecto de una consulta formulada por la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guaranda (EMAPA-G), esta Procuraduría ya se ha pronunciado sobre la aplicación de las causas de terminación de los contratos, dispuestas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a un "convenio" suscrito entre entidades públicas, según consta del oficio No. 01040 de 23 de marzo de 2011, en el siguiente tenor:

"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".

El presente pronunciamiento se limita al análisis e inteligencia de las normas jurídicas y no analiza ningún convenio en particular.

CUERPO DE BOMBEROS: NATURALEZA JURÍDICA, RÉGIMEN ADMINISTRATIVO, LABORAL Y FINANCIERO

OF. PGE. N°: 13569, de 17-06-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Municipio del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Calvas

CONSULTA:

1.- "¿Cuáles son las competencias que tiene el Municipio de Calvas con el Cuerpo de Bomberos de Cariamanga, en relación al Talento Humano, Asesoría Jurídica y Auditoría Interna?".

2.- "Si el Cuerpo de Bomberos de Cariamanga, al ser una entidad adscrita al Municipio de Calvas, con autonomía administrativa, operativa y financiera 'Tenemos potestad para realizar consultas o trámites a los diferentes organismos de estado como institución independiente y especialmente a la aplicación de la LOSEP en la administración del talento humano institucional' ".

3.- "Estando adscritos al Municipio de Calvas y ser entidades autónomas, "Debemos remitir toda información sobre las Remuneraciones al Ministerio de Relaciones laborales sobre la DESCRIPCIÓN, VALORACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE PUESTOS DEL PERSONAL DEL CUERPO DE BOMBEROS DE CARIAMANGA o sería el Consejo de Administración y Disciplina quién apruebe las remuneraciones y salarios de acuerdo a la tabla vigente que emite el Ministerio de Relaciones laborales previo dictamen presupuestario favorable por parte del financiero de la Institución".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 211, 212 núm. 1, 225, 237 núm. 3, 264 núm. 4 y 315.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 51 inc. Final, 52, 54, 56, 61, 62 inc. Tercero, 101; y, 112, 118 lit. f), 130, 133, 134, 141, 162, 163, 247 de su Reglamento.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 5 lit. b) y 13.
Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 14; y, 32 de su Reglamento.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 55 lit. m, 140 inc. Final, 260, 354 y 360.
Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo, Art. 28.
Ley de Defensa Contra Incendios, Arts. 6; y, 9 y 44 de su Reglamento
Ordenanza de Integración al Gobierno Local y Funcionamiento del Cuerpo de Bomberos de la Ciudad de Cariamanga, Arts. 1 y 4.
Código Civil, Art. 37.
Reglamento Sustitutivo sobre la Organización, Funcionamiento y Dependencia Técnica de las Unidades de Auditorias Internas de las Entidades que Controlan la Contraloría General del Estado, Art. 5 inc. Primero.
A.M.N° 3534, Registro Oficial N° 434, de 17-10-2011, Art. 1.
A.M.N° 140, Registro Oficial N° 470, de 15-06-2011, Arts. 3, 4 y 5.
D.E N° 1670, Registro Oficial N° 578, de 27-04-2009.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Su consulta contiene tres temas distintos, los cuales los analizo de manera separada.

a) Respecto al talento humano, en el criterio jurídico de fecha 1 de marzo de 2013, el Procurador Síndico Municipal de Calvas menciona el inciso final del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público, relativo a la administración del sistema integrado del talento humano por parte de las unidades de administración de los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales; y, concluye manifestando que: "El Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga, es una entidad adscrita al Gobierno Municipal de Calvas, en consecuencia le correspondería a la Unidad de Talento Humano del GADCC, intervenir en la administración de su personal observando para el efecto las disposiciones del Ministerio de Relaciones Laborales; la Ley de Defensa Contra Incendios y su Reglamento General, hasta que dicha entidad cree su propia unidad de administración del Talento Humano".

   A su oficio de consulta adjunta copias certificadas de la "Ordenanza de Integración al Gobierno Local y Funcionamiento del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de

Cariamanga, asumido por la Municipalidad por el Proceso de Descentralización", aprobada en sesiones ordinarias del Concejo Municipal de Calvas del 6 y 26 de julio de 2005; y, de su reforma aprobada por ese Concejo con las observaciones realizadas por el Alcalde en la sesión extraordinaria de 1 de febrero del 2012, con la denominación de "Ordenanza de Integración al Gobierno Local y Funcionamiento del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga, asumido por el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Calvas, por el Proceso de Descentralización".

De acuerdo con el artículo 1 de la mencionada Ordenanza, el Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga, es una institución con autonomía administrativa, operativa y financiera, integrada a la Municipalidad de Calvas por el proceso de descentralización.

Adicionalmente, en su artículo 4 expresa que, el Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga establecerá su propia estructura de personal administrativo, de tropa y de mandos, según sus necesidades institucionales, así como un sistema de escalafón y ascensos, conforme al orden jerárquico que ahí se especifica.

El artículo 8 reformado por la "Ordenanza de Integración al Gobierno Local y Funcionamiento del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga, asumido por el Gobierno Autónomo Descentralización del Cantón Calvas por el Proceso de Descentralización", determina que la administración del personal corresponde al Comandante-Jefe, dentro de una estructura jerárquica de mandos, de acuerdo al reglamento aprobado por el Concejo Municipal del Cantón Calvas, de un proyecto elaborado por el Comandante-Jefe.

Cabe resaltar que, conforme al artículo 1 del Acuerdo Ministerial No. 3535, publicado en el Registro Oficial No. 434 de 17 de octubre de 2001, el Ministerio de Bienestar Social transfirió al Municipio del Cantón Calvas, el Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga y las atribuciones que, conforme a la Ley de Defensa contra Incendios venía ejerciendo ese Ministerio.

Según consta del oficio No. 03806 de 20 de septiembre de 2011, dirigido al Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, la Procuraduría General del Estado se pronunció en el siguiente sentido:

"El contenido de la consulta exige considerar como antecedente que la Constitución Política 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'.

Sin embargo, a partir de la promulgación de la vigente Constitución de la República, el numeral 13 de su artículo 264, confiere a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, competencia exclusiva para: 'Gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios.' Idéntica previsión consta en la letra m) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD). En concordancia, el inciso final del artículo 140 del citado COOTAD dispone que:

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

Es pertinente considerar que, de conformidad con el artículo 260 de la Constitución de la República, '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'.

Por ello, atento el carácter de servicio público en que consiste la defensa contra incendios, mediante Decreto Ejecutivo No. 1670, publicado en el Registro Oficial No. 578 del 27 de abril del 2009, esto es luego de la promulgación de la vigente Constitución de la República, se asignó a la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos (actual Secretaría 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, hoy Ministerio de Inclusión Económica y Social, MIES.

Del análisis que precede se concluye que, sin perjuicio de las atribuciones de la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos a la que mediante Decreto 1670 se han transferido las funciones que la Ley de Defensa contra Incendios establecía para el Ministerio de Bienestar Social, de conformidad con el numeral 13 del artículo 264 de la Constitución de la República y la letra m) del artículo 55 del COOTAD, la defensa contra incendios es competencia de las municipalidades; y, según el artículo 140 del COOTAD, es una actividad que corresponde ejecutar a los cuerpos

de bomberos, como entidades adscritas de los respectivos municipios, observando 'la ley que regula la materia'.

La 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'.

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.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que la Ley de Defensa contra Incendios, es la ley especial a la que en esa materia se remite el inciso tercero del artículo 140 del COOTAD".

De la normativa constitucional y legal citada, se desprende que es competencia exclusiva de los gobiernos municipales la gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, para lo cual los cuerpos de bomberos del país funcionarán como entidades adscritas a dichas municipalidades, con autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa, observando para el efecto, la Ley de Defensa contra Incendios.

En relación con el régimen aplicable a los servidores de los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 354 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, prescribe 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. Agrega que, en ejercicio de su autonomía administrativa, los gobiernos autónomos descentralizados, mediante ordenanzas "podrán regular la administración del talento humano y establecer planes de carrera aplicados a sus propias y particulares realidades locales y financieras".

En concordancia con lo expuesto, el artículo 360 del COOTAD prescribe que: "La administración del talento humano de los gobiernos autónomos descentralizados será autónoma y se regulará por las disposiciones que para el efecto se encuentren establecidas en la ley y en las respectivas ordenanzas (…)".

El marco general que regula el servicio público se encuentra previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, que en su artículo 3 establece la aplicación obligatoria de sus disposiciones, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende, entre otras, de: "2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizados y regímenes especiales".

En relación con la administración del talento humano de los servidores públicos, el artículo 50 de la LOSEP prescribe que su aplicación estará a cargo del Ministerio de Relaciones Laborales y de las Unidades de Administración del Talento Humano de cada entidad, institución, organismo o persona jurídica de las establecidas en el artículo 3 de dicha Ley.

De conformidad con la letra a) del artículo 51 de la LOSEP, concordante con el artículo 112 de su Reglamento General, es competencia del Ministerio de Relaciones Laborales, ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público y expedir las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos, conforme lo determinado en esa Ley; y, en su inciso final determina que: "Corresponde a las unidades de administración del talento humano de los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, la administración del sistema integrado de desarrollo del talento humano en sus instituciones, observando las normas técnicas expedidas por el Ministerio de Relaciones Laborales como órgano rector de la materia. Dependerán administrativa, orgánica, funcional y económicamente de sus respectivas instituciones. El Ministerio de Relaciones Laborales no interferirá en los actos relacionados con dicha administración ni en ninguna administración extraña a la administración pública central e institucional".

El artículo 56 de la LOSEP concordante con el artículo 141 de su Reglamento General, dispone que las Unidades de Administración del Talento Humano del Sector Público, enviarán al Ministerio de Relaciones Laborales, la planificación institucional del talento humano para el año siguiente para su aprobación, norma que no se aplicará a los miembros activos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas y a las entidades sujeta al ámbito de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Agrega que, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, "obligatoriamente

tendrán su propia planificación anual del talento humano, la que será sometida a su respectivo órgano legislativo".

Téngase en cuenta que, conforme el inciso tercero del artículo 62 de la LOSEP "En el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, diseñarán y aplicarán su propio subsistema de clasificación de puestos", lo cual concuerda con el inciso tercero del artículo 163 de su Reglamento General, que prevé igual facultad para dichos gobiernos y adicionalmente dispone que observarán: "(…) la normativa general que emita el Ministerio de Relaciones Laborales, respetando la estructura de puestos, grados y grupos ocupacionales así como los techos y pisos remunerativos que se establezcan en los respectivos acuerdos emitidos por el Ministerio de Relaciones Laborales. En todo momento, los gobiernos autónomos descentralizados aplicarán esta normativa considerando su real capacidad económica".

En el caso que motiva su consulta, la planificación institucional del talento humano del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga, en el que se incluirá la clasificación de puestos, corresponde aprobar mediante ordenanza, al órgano legislativo del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Calvas.

En el contexto anterior, de conformidad con los artículos 354 y 360 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados, en ejercicio de su autonomía administrativa, regular mediante ordenanza la administración del sistema integrado de desarrollo del talento humano, por lo que, en atención a los términos de su consulta, se concluye que es competencia del órgano legislativo del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Calvas, regular mediante ordenanza la planificación del Talento Humano del Cuerpo de Bomberos de Cariamanga, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 56 de la Ley Orgánica del Servicio Público el cual prevé que los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, tendrán su propia planificación anual del talento humano, la misma que debe ser sometida a aprobación del respectivo órgano legislativo.

Conforme a los artículos 62 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 163 de su Reglamento General, corresponderá al Gobierno Municipal del Cantón Calvas diseñar y aplicar su propio subsistema de clasificación de puestos, observando para el efecto, la normativa general, la estructura de puestos, grados y grupos ocupacionales, los techos y pisos remunerativos que emita el Ministerio de Relaciones Laborales y en función de su real capacidad económica.

b) En cuanto a la competencia del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Calvas, con el Cuerpo de Bomberos de Cariamanga en relación con la Asesoría Jurídica, el Procurador Síndico manifiesta que la competencia del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Calvas, se fundamenta en el artículo 44 del Reglamento General para la aplicación de la Ley de Defensa contra Incendios, referido al patrocinio administrativo y contencioso de los cuerpos de bomberos; y, concluye que: "El Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga, es una entidad adscrita al Gobierno Municipal de Calvas, en consecuencia le correspondería a Dirección (sic) de Asesoría Jurídica del GADCC, asumir el patrocinio y defensa de los procesos mencionados en el artículo anterior, hasta que dicha entidad cuente con un abogado de planta".

El artículo 44 del Reglamento General de la Ley de Defensa contra Incendios mencionado por el Procurador Síndico establece lo siguiente: "Todos los trámites administrativos por responsabilidad civil o atinente a la jurisdicción contencioso-administrativa en la que intervengan los Cuerpos de Bomberos o sus funcionarios y empleados, serán patrocinados y defendidos por los abogados de las instituciones, o por profesionales que éstas designen para el efecto, en los casos en que no dispusieren de aquellos profesionales (…)".

No obstante del traslado de la competencia de defensa contra incendios a favor de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la Ley de Defensa Contra Incendios es la ley especial, en base a la cual los municipios ejercen dicha competencia, por mandato del inciso final del artículo 140 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD. En dicho contexto, cabe advertir que la Ley de Defensa contra Incendios no confiere personería jurídica al Jefe del Cuerpo de Bomberos para que represente judicialmente a dicha entidad.

Respecto de la personería jurídica, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia) ha manifestado lo siguiente: "Frecuente resulta la confusión que se crea entre los conceptos personalidad y personería, que es necesario distinguirlos como bien señalan los diccionarios y la doctrina, ya que existen entre ellos matices diversos. Así la primera implica que se le permite a la persona ser titular y desarrollar actividades jurídicas; que tiene aptitud para desenvolverse y ser sujeto de la relación jurídica, mas no le concede posibilidad de defenderse por sí, necesita la protección especial y superior; por personería en cambio se entiende la capacidad legal de comparecer en juicio, así como también el de representación legal y suficiente para litigar. En suma con la primera por sí sola hay incapacidad de actuar en el pleito, al paso que quien ostenta la segunda calidad, ostenta la posibilidad y capacidad de hacerlo".

Téngase en cuenta que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el artículo 28 establece que la representación y defensa del Estado y de sus instituciones en el proceso contencioso-administrativo, será ejercida de acuerdo con lo prescrito en la Ley de Patrocinio del Estado (actual Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado).

El artículo 5 letra b) de la Ley Orgánica Procuraduría General del Estado referido al patrocinio del Estado, prevé entre las facultades del Procurador General del Estado la siguiente:

> "b) Intervenir como parte procesal en los juicios penales, controversias y procedimientos administrativos de impugnación o reclamo, que sometan a la resolución de la Función Judicial, tribunales arbítrales y otros órganos jurisdiccionales, en los que intervengan los organismos y entidades del sector público, que carezcan de personería jurídica".

En el caso que motiva su consulta, el Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga es una entidad adscrita al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Calvas, conforme al artículo 140 del COOTAD y según la Ley de Defensa contra Incendios, carece de personería jurídica para comparecer a juicio.

Por lo tanto, en atención a su consulta, con fundamento en el artículo 140 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y el artículo 5 letra b) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se concluye que el Cuerpo de Bomberos materia de su consulta es una entidad adscrita al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, con personalidad más no personería jurídica y que requiere ser representado judicialmente por el Procurador General del Estado o su delegado.

c) En relación con la competencia del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Calvas con el Cuerpo de Bomberos respecto de la Unidad de Auditoría Interna, el Procurador Síndico menciona el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado relativo al ámbito de aplicación de esa Ley en las instituciones del sector público determinadas en los artículos 211, 225 y 315 de la Constitución de la República; y, concluye expresando que: "El Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga, es una entidad creada por disposición de la Ley; adscrita al Gobierno Municipal de Calvas, en consecuencia se encuentra sujeta al control de la Unidad de Auditoría Interna de la Contraloría General del Estado, con asiento en el GADCC".

Conforme manifesté anteriormente, el inciso final del artículo 140 del COOTAD

dispone 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 para el efecto, la Ley de Defensa contra Incendios.

El numeral 1 del artículo 212 de la Constitución de la República establece que corresponde a la Contraloría General del Estado, además de las funciones que determine la ley: "Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que disponga de recursos públicos".

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en su artículo 14 prevé que: "Las instituciones del Estado, contarán con una Unidad de Auditoría Interna, cuando se justifique, que dependerá técnica y administrativamente de la Contraloría General del Estado (…)".

El artículo 32 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, hace referencia a la dependencia técnica de las unidades de auditoría interna de las entidades públicas, previendo que: "Las unidades de auditoría interna, pertenecientes a la respectiva entidad, como integrantes del control interno, serán objeto de evaluación por parte de la Contraloría General (…)".

A su vez, el Reglamento Sustitutivo sobre la Organización, Funcionamiento y Dependencia Técnica de las Unidades de Auditoría Interna de las entidades que controla la Contraloría General del Estado, en el inciso primero del artículo 5 establece que las unidades de auditoría interna por disposición expresa del Contralor General del Estado o de la máxima autoridad que ejerza la representación legal de la institución, realizarán el control posterior de las operaciones y actividades de la entidad u organismo del que formen parte, con sujeción a las disposiciones legales y normas nacionales e internacionales de auditoría aplicables al sector público; y agrega que: "ejercerá el control en las entidades adscritas o dependientes de ellas, que no cuenten con una unidad propia de auditoría interna".

De la normativa previamente anotada se desprende que, las unidades de auditoría interna de los organismos y entidades del sector público pertenecen técnica y administrativamente a la Contraloría General del Estado, a quienes compete el control posterior de las operaciones y actividades de la entidad u organismo del que forme parte, así como de las entidades adscritas o dependientes de ellas, que no cuenten con una unidad propia de auditoría interna.

Por lo expuesto, toda vez que de conformidad con el inciso final del artículo 140

del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los Cuerpos de Bomberos del país se encuentran considerados como entidades adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, se concluye que, hasta tanto el Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga no cuente con una unidad propia de auditoría interna, estará sujeto al control de las operaciones y actividades que realice, por parte de la Unidad de Auditoría Interna de dicha Municipalidad.

2.- En el criterio jurídico de fecha 1 de marzo de 2013, el Procurador Síndico Municipal menciona los incisos primero y segundo del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado relativos a la competencia del Procurador General del Estado para absolver consultas jurídicas con carácter de vinculantes sobre la inteligencia o aplicación de normas legales o de otro orden jurídico a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, las cuales deberán estar respaldadas por el informe del Asesor Jurídico de la institución; y, concluye manifestado que: "En consecuencia el Cuerpo de Bomberos de Cariamanga, puede realizar las consultas que desee a las instituciones del Estado, a través de su representante legal con las limitaciones de ley, es decir para consultar al Procurador General del Estado, deberá contratar un Abogado a fin de que adjunte el criterio jurídico de la entidad, hasta que cuente con un asesor jurídico de planta, en razón de que las consultas realizadas al señor Procurador General del Estado, son vinculantes y obligatorias y la potestad de la Dirección de Asesoría Jurídica del GADCC, en relación a esta entidad adscrita se limita al patrocinio y defensa de las causas previstas en el artículo 44 del Reglamento General para la aplicación de la Ley de Defensa contra Incendios". Agrega el Procurador Sindico que, con relación a la aplicación de la LOSEP en el Cuerpo de Bomberos de Cariamanga, su criterio se encuentra consignado en la primera consulta.

Respecto de la contratación de un abogado para emitir el criterio jurídico necesario para plantear esta consulta, mencionado por el Procurador Síndico en su informe de 1 de marzo de 2013, este Organismo deja constancia que dicha decisión es de responsabilidad del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga.

No obstante que la consulta está referida de manera general a la procedencia de que el Cuerpo de Bomberos de Cariamanga realice consultas a los diferentes organismos del Estado, me referiré únicamente a las facultades que me confiere la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado para absolver consultas a los organismos y entidades del sector público.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 237 numeral 3, determina como función del Procurador General del Estado la absolución de las consultas jurídicas

a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobe 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, reglamentarias o de otro orden jurídico a pedido de las máxima autoridades de los organismos y entidades del sector público.

En aplicación de dichas disposiciones legales precedentes, esta Procuraduría expidió la Resolución No. 17 que en su artículo 1 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la citada disposición constitucional.

El artículo 6 de la Ley de Defensa contra Incendios determina que los cuerpos de bomberos son entidades de derecho público y en cuanto a la representación del cuerpo de bomberos que motiva su consulta, la "Ordenanza de Integración al Gobierno Local y Funcionamiento del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga, asumido por el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Calvas por el Proceso de Descentralización", establece que: "El Comandante-Jefe, que ostenta el Grado de Comandante de Compañía, Capitán, es el representante legal judicial y extrajudicial del Cuerpo de Bomberos de Cariamanga (…)".

Por lo expuesto, toda vez que el Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga es una entidad con autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y operativa, según dispone el inciso final del artículo 140 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, con personalidad jurídica, se concluye que se encuentra facultada a presentar consultas a esta Entidad, a través de su Comandante Jefe, como máxima autoridad de la misma.

Respecto a la segunda parte de su consulta, esto es, a la potestad del Cuerpo de Bomberos de Cariamanga para realizar trámites ante los diferentes organismos del Estado como institución independiente y especialmente a la aplicación de la LOSEP en la administración del talento humano institucional, el artículo 6 de la Ley de Defensa contra Incendios establece que el Jefe de cada cuerpo de bomberos será el representante legal y el ejecutivo de la institución.

Por su parte, el artículo 9 del Reglamento General de la Ley de Defensa contra Incendios dispone que los jefes de los cuerpos de bomberos están obligados a observar el órgano regular para sus actos y trámites administrativos.

Por tanto, toda vez que conforme al artículo 6 de la Ley de Defensa contra Incendios, el Jefe de cada cuerpo de bomberos ejerce la representación legal y ejecutiva de la Institución, se concluye que el Jefe del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga se encuentra facultado para realizar trámites ante los diferentes organismos del Estado, debiendo observar para el efecto, el órgano regular para sus actos y trámites administrativos, conforme lo dispone el artículo 9 de su Reglamento General.

En cuanto a la administración del sistema integrado de desarrollo del talento humano que conforme a los artículos 54 de la LOSEP y 130 de su Reglamento General comprende los subsistemas de planificación del talento humano, clasificación de puestos, reclutamiento y selección de personal, formación, capacitación, desarrollo profesional, evaluación del desempeño y salud ocupacional, al absolver su primera consulta manifesté que de conformidad con los artículos 354 y 360 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados, en ejercicio de su autonomía administrativa, regular mediante ordenanza la administración del sistema integrado de desarrollo del talento humano; en dicho contexto, al tenor del artículo 56 de la Ley Orgánica del Servicio Público, corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, tener su propia planificación anual del talento humano, la misma que debe ser sometida a aprobación del respectivo órgano legislativo.

De lo anterior concluí que es competencia del órgano legislativo del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Calvas, regular mediante ordenanza la planificación del Talento Humano del Cuerpo de Bomberos de Cariamanga.

Manifesté además que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 62 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 163 de su Reglamento General, corresponderá al Gobierno Municipal del Cantón Calvas diseñar y aplicar su propio subsistema de clasificación de puestos, observando para el efecto, la normativa general, la estructura de puestos, grados y grupos ocupacionales, los techos y pisos remunerativos que emita el Ministerio de Relaciones Laborales y en función de su real capacidad económica.

3.- En el criterio del Procurador Síndico Municipal del Cantón Calvas de fecha 1 de marzo del 2013, se hace referencia al inciso final del artículo 51 y letra d) del artículo 52 de la Ley Orgánica del Servicio Público, relacionados con la administración del sistema integrado de desarrollo del talento humano de los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, y con las atribuciones y responsabilidades de las Unidades de Administración del Talento Humano para elaborar y aplicar los manuales de descripción, valoración y clasificación de puestos institucionales; y, concluye manifestado que: "El Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga, es una entidad adscrita al Gobierno Municipal de Calvas, en consecuencia le correspondería a la

Unidad de Talento Humano del GADCC, intervenir en la administración de su personal observando para el efecto las disposiciones del Ministerio de Relaciones Laborales; la Ley de Defensa contra Incendios y su Reglamento General, hasta que dicha entidad cree su propia unidad de administración del Talento Humano, por ende le correspondería a esta Unidad remitir la información sobre remuneraciones al Consejo de Administración y Disciplina del Cuerpo de Bomberos de Cariamanga, para su eventual aprobación en razón de lo previsto en el inciso final del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público (…)".

En atención a una consulta formulada por el Alcalde del Cantón Bolívar respecto de las remuneraciones de los servidores públicos municipales, en oficio No. 02339 de 16 de junio de 2011, manifesté que: " (…) los servidores públicos de los gobiernos autónomos descentralizados se regirán por el marco general de la Ley Orgánica del Servicio Público que en sus artículos 3 y 51, letras a) y d) determina que el Ministerio de Relaciones Laborales ejerce la rectoría en materia de remuneraciones, correspondiéndole determinar los techos y pisos remunerativos de los servidores públicos, así como las escalas de remuneraciones de las entidades públicas". En dicho oficio me pronuncié en el sentido de que: "(…) el Concejo Municipal de Bolívar es competente para regular las remuneraciones de los servidores municipales, sujetándose a su real capacidad económica y siempre que no excedan de los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecido por el Ministerio de Relaciones laborales, hasta que el Ministerio de Relaciones Laborales, de conformidad con el Art. 101 ibídem (Ley Orgánica del Servicio Público), expida la escala nacional de remuneraciones mensuales de los servidores públicos, mediante Resolución que deberá ser publicada en el Registro oficial, a raíz de lo cual quedarán sin efecto todas las escalas que hasta esa fecha hubiere regido en el sector público, según lo prevé la Disposición Transitoria Primera de esa Ley".

El inciso final del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público referido por el Procurador Sindico Municipal del Cantón Calvas, dispone que corresponde a las unidades de administración del talento humano de los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, la administración del sistema integrado de desarrollo del talento humano en sus instituciones, observando las normas técnicas expedidas por el Ministerio de Relaciones Laborales como órgano rector de la materia. Agrega que, dichas unidades dependerán administrativa, orgánica, funcional y económicamente de sus respectivas instituciones, y que el Ministerio de Relaciones Laborales no interferirá en los actos relacionados con esa administración.

El artículo 52 de la LOSEP mencionado asimismo por el Procurador Síndico Municipal determina que las Unidades de Administración del Talento Humano ejercerán entre otras atribuciones y responsabilidades: "d) Elaborar y aplicar los manuales de

descripción, valoración y clasificación de puestos institucionales, con enfoque en la gestión competencias laborales".

De acuerdo con el artículo 54 de la LOSEP, concordante con el artículo 130 de su Reglamento General, la administración del talento humano responde a un sistema integrado que está conformado entre otros, por el subsistema de clasificación de puestos.

El artículo 61 de la LOSEP, concordante con el artículo 162 de su Reglamento General, establece que el subsistema de clasificación de puestos del servicio público es el conjunto de normas para analizar, describir, valorar y clasificar los puestos en todas las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas de las señaladas en el artículo 3 de esa Ley, entre las cuales se encuentran las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

De los citados artículos 51, 52, 54 y 61 de la LOSEP, 130 y 162 de su Reglamento General, se establece que corresponde a las unidades de administración del talento humano de los gobiernos autónomos descentralizados, la administración del sistema integrado de desarrollo del talento humano de sus instituciones, conformado entre otros, por el subsistema de clasificación de puestos, el cual contiene las normas para describir, valorar y clasificar los puestos en las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas contempladas en el artículo 3 de la indicada Ley.

El inciso final del artículo 62 de la LOSEP, concordante con el inciso tercero del artículo 163 de su Reglamento General dispone que los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, diseñarán y aplicarán su propio subsistema de clasificación de puestos; observando para el efecto, la normativa general que emita el Ministerio de Relaciones Laborales, la estructura de puestos, grados y grupos ocupacionales y los techos y pisos remunerativos que se establezcan en los acuerdos que emita esa Cartera de Estado. Añade que, los Gobiernos Autónomos Descentralizados aplicarán esta normativa considerando su real capacidad económica.

Respecto de las remuneraciones, el artículo 247 del Reglamento General a la LOSEP establece que, las remuneraciones de 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, 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. Agrega que: "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".

Cabe tener en cuenta que, el Ministerio de Relaciones Laborales expidió el Acuerdo No. MRL. 2011-00140, que en su artículo 1 dispone la conformación del Consejo Consultivo entre el Ministerio de Relaciones Laborales y la Asociación de Municipalidades del Ecuador; y, en los artículos 3, 4 y 5 se faculta al Ministerio de Relaciones Laborales para fijar mediante resolución, los pisos y techos de la escala remunerativa de los servidores públicos municipales, la cual será acatada de manera inmediata por los municipios de todo el país.

En cuanto al envío de la información sobre las remuneraciones al Ministerio de Relaciones Laborales mencionado en su consulta, el artículo 118 letra f) del Reglamento General a la LOSEP concordante con los artículos 133 y 134 ibídem, responsabiliza a las unidades de administración del talento humano de las instituciones, entidades y organismos del sector público, la obligación de remitir al Ministerio de Relaciones Laborales, la información relacionada con la administración y el desarrollo del talento humano, remuneraciones e ingresos complementarios, a través del Sistema Informático Integrado de Talento Humano y Remuneraciones administrado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

Además, el inciso cuarto del artículo 163 del citado Reglamento, dispone a todas las unidades de administración del talento humano de las instituciones del Estado, la obligación de registrar la información de clasificación de puestos en el sistema de información administrado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

Por lo expuesto, toda vez que de conformidad con el artículo 62 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 163 de su Reglamento General, los gobiernos autónomos descentralizados deben diseñar y aplicar su propio subsistema de clasificación de puestos, observando para el efecto la normativa general, la estructura de puestos, grados y grupos ocupacionales, los techos y pisos remunerativos que emita el Ministerio de Relaciones Laborales y en función de su real capacidad económica, se concluye que corresponde al Gobierno Municipal del Cantón Calvas establecer mediante ordenanza, las remuneraciones de los servidores del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Cariamanga, teniendo en cuenta para el efecto, los pisos y techos remunerativos que emita el Ministerio de Relaciones Laborales, conforme lo establece el artículo 247 del Reglamento General a la LOSEP y el Acuerdo No. MRL. 2011-00140 expedido por el Ministerio de Relaciones Laborales, antes referidos.

Se deberá tener en cuenta que, en atención a lo dispuesto en los artículos 118 letra f), 133, 134 y 163 del Reglamento General a la LOSEP, será de responsabilidad de la Unidad de Administración del Talento del Municipio de Calvas, remitir al Ministerio de Relaciones Laborales, la información relacionada con la administración y el desarrollo del talento humano, remuneraciones e ingresos complementarios, así como la información

sobre la clasificación de puestos de los servidores de esa Municipalidad, a través del sistema informático integrado de talento humano y remuneraciones administrado por el Ministerio de Relaciones Laborales.

DECLARATORIA DE USO PÚBLICO DE CAMINOS O SENDEROS DE PROPIEDAD PARTICULAR: ATRIBUCIONES

OF. PGE. N°: 13273, de 20-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja

CONSULTAS:

1.- "¿Es Atribución del Ministerio de Obras Públicas, actualmente Ministerio de Transporte y Obras Públicas, declarar de uso público los caminos o los senderos de propiedad particular conforme lo dispone el Art. 6 literal g) de la Ley de Caminos, en concordancia con el Art. 18 del Reglamento de Caminos Privados?".

2.- "¿En caso de ser negativa su respuesta, se dignará indicar a qué autoridad le corresponde de conformidad con la ley declarar de uso público los caminos?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 262 núm. 4, 263 núm. 2, 264 núm. 3 y 267 núm. 3.
Ley de Caminos, Arts. 1, 6 lit. g), 9 inc. Primero, 16, 21, 45; y, 1, 2, 6, 7, 18 de su Reglamento.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 129
Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 10, Disp. Reformatorias y Derogatorias. Núm. 25 subnúm. 1, 3 y 5.
Código Civil, Art. 608.
Reglamento Orgánico Funcional de la Secretaria de Obras Públicas, Art. 4
Estatuto por Procesos del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Disp. Trans. Primera.
A.M. N° 001-12-2001, Registro Oficial No. 254 de 29-01-2001.

PRONUNCIAMIENTOS:

La Ministra de Transporte y Obras Públicas en oficio No. MTOP-DM-13-683 de 10 de abril de 2013, manifiesta lo siguiente:

"Si bien el artículo 6 de la Ley de Caminos establece en la letra g) como atribución del Ministerio la de declarar de uso público los caminos o senderos de propiedad particular, tal facultad se delimita al sistema vial conformado por las troncales nacionales, o "Red Vial Estatal", conforme lo previsto en el artículo 129 del Código Orgánico de Organización Territorial – COOTAD –, respecto del ejercicio de las competencias constitucionales en materia de vialidad de los diversos niveles de gobierno, que es concordante con lo determinado en el Acuerdo Ministerial No. 001-12-2001, publicado en el Registro Oficial No. 254 de 29 de enero de 2001 en el que se define y clasifica las diferentes vías".

Cita además, entre otras normas, el artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial y su disposición Derogatoria número 25; y, sobre dicha base concluye que: "(…) la jurisdicción sobre litigios de caminos se radica en los jueces de lo penal o jueces de contravenciones, según sea del caso. Luego, en el tema consultado, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, carece de atribución".

Sin embargo, como se analizará más adelante, la competencia de los jueces de lo penal, según el artículo 45 de la Ley de Caminos, reformado por el subnumeral 6 del numeral 25 de las Disposiciones Reformatorias y Derogatorias del Código Orgánico de la Función Judicial, se refiere únicamente al juzgamiento y sanción de las infracciones tipificadas en la Ley de Caminos.

El criterio del Procurador Síndico, contenido en memorando No. 1681-DPS-12 de 21 de diciembre de 2012, refiere como antecedente que: "La comunidad de Charquicuña, situada al noroccidente de Loja, enfrenta desde hace varios años un problema que imposibilita su desarrollo. El camino que comunica a este poblado con Catamayo (El Guayabal - Charquircuña) está en litigio (no judicial) con la empresa azucarera Malca, que argumenta propiedad sobre el mismo e impiden la circulación normal de vehículos por esta vía. La situación afecta a la comunidad que viven en zonas aledañas y quienes se ven impedidos de transportar sus productos".

El citado informe invoca los artículos 1 y 6 letra g) de la Ley de Caminos que permiten declarar de uso público los caminos o senderos de propiedad particular; y, los artículos 7, 15 y 18 del Reglamento de Caminos Privados. Sobre dicha base, concluye:

"(…) es mi criterio en calidad de Procurador Síndico del Gobierno Provincial de Loja,

que a esta fecha no corresponde al Gobierno Provincial de Loja declarar la expropiación del camino que conduce a la comunidad de Charquicuña, en razón de que ya existe; y, no se conoce documentadamente si dicho camino ha sido declarado de uso público, por lo que se debería solicitar al actual Ministerio de Transporte y Obras Públicas la declaración del carretero que conduce a Charquicuña como camino Público (…)".

A la consulta se ha acompañado copia certificada del oficio sin número dirigido al Prefecto Provincial de Loja por el ingeniero Miguel Andrés Hidalgo, Presidente de Monterrey Azucarera Lojana C.A., administradora de la Hacienda "La Viña" de propiedad de Florcaña S.A., parte del Grupo Malca, ubicada en el Cantón Catamayo, quien refiere que por dicha hacienda "en parte atraviesa un camino privado que también es utilizado para transitar al Barrio Chaquircuña (…)".

Agrega que: "El 3 de febrero de 2011, el Delegado del Defensor del Pueblo, sin respetar el debido proceso ni el derecho a la defensa, dictó unas medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato, ordenando abrir las puertas y cercas de seguridad existentes (…); esas medidas han sido ratificadas por el Defensor del Pueblo el 9 de septiembre de 2011, pero esta Autoridad Superior reconoció que había que declararse de utilidad pública el área para que el camino sea público. El 1 de marzo de 2012, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Loja mediante sentencia, declaró nulo e ilegal lo actuado por el Delegado del Defensor del Pueblo".
En la misma comunicación se añade que:

"El 14 de mayo el MTOP, ante un pedido de los moradores de Chaquircuña, inició el trámite para declarar el camino de privado a público, que conlleva la necesaria expropiación e indemnización al propietario del terreno.

El 13 de septiembre de 2012 el MTOP, por intermedio de la Subsecretaría de la Infraestructura del Transporte, se INHIBE de seguir conociendo por carecer de competencia para este trámite, lo que significa que el trámite está a fojas cero".

Agrega que: "(…) es de nuestro conocimiento que en la Junta Parroquial de El Cisne, tienen la partida presupuestaria para abrir la vía desde Chaquircuña hacia la Vía Principal que va a El Cisne, en un tramo muy corto, situación que solucionaría en forma definitiva este asunto (…)".

De conformidad con la letra g) del artículo 6 de la Ley de Caminos sobre cuya aplicación trata su consulta, corresponde al Ministerio de Obras Públicas "g) Declarar de uso público los caminos o los senderos de propiedad particular"; por lo que, corresponde examinar dicha disposición a la luz de las competencias que en materia de vialidad asigna la vigente Constitución de la República.

En materia de vialidad, los artículos 262 numeral 4, 263 numeral 2, 264 numeral 3 de la Constitución de la República confieren a los gobiernos autónomos descentralizados regionales, parroquiales y municipales, competencia exclusiva para planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito regional, provincial que no incluya zonas urbanas, respectivamente; mientras que, compete al gobierno autónomo descentralizado parroquial, según el artículo 267 numeral 3 de la Norma Suprema antes mencionada, planificar y mantener en coordinación con el GAD provincial, la vialidad parroquial rural.

Respecto del ejercicio de las competencias en vialidad, el artículo 129 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), 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".

Según se desprende del tenor del artículo 129 del COOTAD, en materia de vialidad las competencias se distribuyen entre los distintos niveles de gobierno central y los gobiernos autónomos descentralizados (GADs), correspondiendo al gobierno central las competencias de rectoría, normativa, planificación y ejecución del sistema vial conformado por troncales nacionales.

El citado COOTAD no derogó ni reformó la Ley de Caminos, según se desprende de las Reformatorias y Derogatorias detalladas luego de las Disposiciones Transitorias de ese Código Orgánico. El COOTAD tampoco contiene norma alguna que se refiera a caminos o senderos de propiedad particular y su declaratoria como caminos públicos, materia que está regulada en forma expresa por la Ley de Caminos y su Reglamento; y, el Reglamento de Caminos Privados que se analizarán más adelante para atender el tema específico objeto de su consulta. En consecuencia, no existe sobre esa materia, conflicto normativo entre el COOTAD y la Ley de Caminos.

El Acuerdo Ministerial No. 1, publicado en el Registro Oficial No. 254 de 29 de enero de 2001, al que se ha referido la Ministra de Transporte y Obras Públicas, contiene la definición y clasificación de vías según su jurisdicción. Sus artículos 2 a 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. Respecto de la vialidad parroquial y vecinal que no consta prevista en el Acuerdo Ministerial, de acuerdo con el sexto inciso del artículo 129 del COOTAD, la competencia corresponde al GAD parroquial rural.

Por la materia sobre la cual versa la consulta, resulta oportuno considerar que los caminos públicos constituyen bienes nacionales según el artículo 604 del Código Civil que los define como: "(…) aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda"; y,

agrega que: "Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos (…)".

Por su parte, el artículo 608 del citado Código Civil se refiere a "bienes particulares cuyo uso público es permitido por su dueño"; y, dispone:

"Art. 608.- Los puentes y caminos construidos a expensas de personas particulares, en tierras que les pertenecen, no son bienes nacionales, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos.

Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares y en sus tierras, aún cuando su uso sea público, por permiso del dueño".

Según el tenor del citado artículo 608 del Código Civil, son caminos privados aquellos construidos por personas particulares en tierras de su propiedad, aún cuando el dueño consienta el uso público de la vía. Están sujetos a la Ley de Caminos, su Reglamento de Aplicación; y, al Reglamento de Caminos Privados que se revisarán más adelante.

Sobre esta materia Larrea Holguín explica que:

"Aunque el criterio de la construcción, o de las expensas de construcción se señale como el principal, no quiere decir que sea el único título. Así lo ha señalado la jurisprudencia chilena, sobre la base de igual disposición legal que la de nuestro Código; y como observa Alessandri, es natural que se acepte cualquier otra forma de prueba del dominio particular sobre un camino, porque de otro modo, si sólo se admitiera la demostración de la propiedad mediante la justificación de que el camino se hizo a expensas del dueño del terreno, a medida que transcurriera el tiempo la prueba se haría más difícil, lo cual resulta contrario al debido respeto por la propiedad particular (…)".

"(…) la tolerancia respecto de uso de un camino, no puede dar origen, por prescripción a un derecho de propiedad pública.

Sin embargo de la precisión de estas reglas contenidas en el Código Civil, la Ley de Caminos (D.S. 1351: R.O. 285: 7-jul-1964) adopta otros criterios para la determinación de los caminos que se consideran de dominio público".

La Ley de Caminos que comenta el autor antes citado, continúa en vigencia aunque con algunas modificaciones introducidas sobre la base del principio de unidad jurisdiccional, por el Código Orgánico de la Función Judicial, que se revisarán más adelante.

El artículo 1 de la Ley de Caminos define a los caminos públicos y privados de la siguiente forma:

"Art. 1.- Son caminos públicos todas las vías de tránsito terrestre construidas para el servicio público y las declaradas de uso público.

Se consideran, además, como públicos los caminos privados que han sido usados desde hace más de quince años por los habitantes de una zona".

Mientras que, según el artículo 1 del Reglamento de Caminos Privados, "Todos los caminos privados serán controlados por el Ministerio de Obras Públicas, de acuerdo a la Ley y a las disposiciones reglamentarias".

El artículo 3 del referido Reglamento, dispone que el propietario o quien tenga derechos en el camino privado, deberá registrarlo en la respectiva Dirección Provincial de Obras Públicas.

Para determinar a quien pertenece un camino privado, los artículos 6 y 7 del Reglamento de Caminos Privados, prevén en su orden:

"Art. 6.- Se acreditará que un camino es privado y a quien pertenece, mediante el título de dominio y el certificado del Registro de Propiedad correspondiente".

"Art. 7.- Cuando un título de propiedad nada diga sobre la existencia de un camino privado, se entenderá que no existió antes del otorgamiento del título; pero cuando el título de propiedad particular ninguna referencia haga de un camino público, comprobada la existencia actual de él, se reputará que el existió antes del otorgamiento de tal título".

Según el artículo 13 del citado Reglamento, los propietarios podrán poner o dejar sus caminos al servicio público, en cuyo caso se denominarán "caminos privados de servicio público".

El artículo 18 del Reglamento de Caminos Privados, prevé que un camino privado puede ser declarado camino público en los siguientes términos:

"Art. 18.- Cuando exista prueba plena de que un camino privado, o un camino privado de servicio público, hayan prestado un uso público de más de quince años, la Dirección General de Obras Públicas podrá, de oficio, declararlo camino público, sin otro requisito".

Sobre los caminos privados declarados de uso público, Larrea Holguín en la obra antes citada comenta lo siguiente:

"(…) La transformación de los caminos particulares en públicos, por el uso de quince años, probablemente se trata de justificar por la consideración de que durante ese largo tiempo el propietario habrá amortizado el gasto realizado en la construcción, y la necesidad pública resultará suficientemente demostrada por el continuado uso de variadas personas. A este propósito, la Ley de Régimen Municipal, al tratar de las expropiaciones establece que se ha de descontar de la indemnización que reciba el propietario, lo que se aprecie que le ha beneficiado la 'explotación' de su camino. Parece, pues, evidente, que la intención del legislador fue la de trasladar gratuitamente –esto es confiscar- del dominio privado al público los caminos usados por los vecinos del lugar durante quince o más años.

(…) Para que los caminos particulares se conviertan en públicos se requiere Acuerdo del Ministerio de Obras Públicas el cual sólo se justificará cuando 'sean necesarios para unir poblaciones o éstas con carreteras, o por razones económicas'. Las expropiaciones e indemnizaciones correspondientes se ceñirán a las disposiciones de la Ley, deduciéndose de la indemnización el valor del provecho que hubiere reportado al propietario particular la explotación del camino'' (Art. 21)".

El artículo 21 de la Ley de Caminos que cita Larrea Holguín, está ubicado en el Capítulo IV "De las expropiaciones, indemnizaciones y litigios de caminos". Dicho capítulo fue modificado por el numeral 25 de las Reformas y Derogatorias del Código Orgánico de la Función Judicial; sin embargo, el texto del citado artículo 21 ha conservado su tenor que es el siguiente:

"Art. 21.- Mediante acuerdo del Ministerio de Obras Públicas, los caminos y senderos de propiedad particular, podrán destinarse al uso público, siempre que sean necesarios para unir poblaciones, o estas con carreteras, o por razones económicas.

Las expropiaciones e indemnizaciones correspondientes se ceñirán a las disposiciones de esta Ley, deduciéndose de la indemnización el valor del provecho que hubiere reportado al propietario particular la explotación del camino".

Por su parte, respecto del procedimiento para declarar camino público a un camino privado, el artículo 2 del Reglamento Aplicativo de la Ley de Caminos de la República del Ecuador, dispone lo siguiente:

"Art. 2.- Para el efecto de la declaratoria de caminos públicos a los caminos privados, que por los habitantes de una zona, los interesados deberán recurrir ante el Director

General de Obras Públicas o sus Delegados, los Directores Provinciales de Obras Públicas con el objeto de comprobar el uso del camino por más de quince años, cuestión que se ventilará en juicio verbal sumario.

Concluido el juicio y una vez que el correspondiente fallo o resolución, considere que el camino ha sido usado por más de quince años y que es de utilidad pública, se dictará el correspondiente acuerdo ministerial en que se ratifique y confirme o deniegue la calidad de público del camino materia del juicio".

La Dirección General de Obras Públicas, a la que se refieren los artículos 9 primer inciso y 16 de la Ley de Caminos y 2 de su Reglamento era una unidad administrativa del nivel asesor del Ministerio de Obras Públicas, según el artículo 4 del Reglamento Orgánico Funcional de esa Secretaría de Estado, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 320 de 19 de noviembre de 1993; en la actualidad sus competencias corresponden a la Unidad Nacional de Caminos y Expropiaciones de la Subsecretaría de Infraestructura del Transporte y Obras Públicas, de conformidad con la Disposición Transitoria Primera del Estatuto por Procesos del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 93 de 30 de noviembre de 2010.

Si bien el artículo 2 del Reglamento Aplicativo de la Ley de Caminos de la República del Ecuador antes transcrito, para efectos de declarar público a un camino privado alude a un "juicio verbal sumario", se trata en realidad de un procedimiento de naturaleza administrativa, en virtud de que el artículo 10 de Código Orgánico de la Función Judicial establece el principio de unidad jurisdiccional en virtud del cual, "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".

El numeral 25, subnumerales 1, 3 y 5 de las Disposiciones Reformatorias y Derogatorias del citado Código Orgánico de la Función Judicial modificaron la Ley de Caminos confiriendo a los jueces de lo contencioso administrativo competencia para conocer en sede judicial, las impugnaciones que en materia de caminos expidan el Ministerio de Obras Públicas u otras entidades.

Mientras que, según el artículo 45 de la Ley de Caminos, reformado por el subnumeral 6 del numeral 25 de las Disposiciones Reformatorias y Derogatorias del Código Orgánico de la Función Judicial, compete a los jueces de lo penal y a los jueces de contravenciones imponer las penas previstas en la Ley de Caminos por las infracciones tipificadas en esa Ley.

Es decir que, el carácter administrativo de la declaratoria de camino público, ha

quedado establecido por las reformas introducidas a la Ley de Caminos por el Código Orgánico de la Función Judicial en actual vigencia.

De lo expuesto se desprende que, de conformidad con los artículos 1 inciso segundo, 6 letra g) y 21 de la Ley de Caminos, 2 de su Reglamento de Aplicación y 18 del Reglamento de Caminos Privados, la declaratoria de un camino privado como público, es una resolución administrativa que corresponde adoptar al Subsecretario de Infraestructura y Expropiaciones del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (antes Director de Obras Públicas).

En forma posterior a la declaratoria del camino privado como público, corresponde observar el procedimiento de expropiación reglado a partir del artículo 9 de la citada Ley de Caminos, que respecto de la competencia al efecto, prescribe:

"Art. 9.- La resolución de expropiación para obras viales públicas a cargo del Gobierno, o para caminos particulares, a petición del interesado, será dictada por el Director General de Obras Públicas.

Los consejos provinciales u otras entidades resolverán la expropiación al tratarse de caminos que se hallen a su cargo.

La resolución de expropiación se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente".

Por tanto, en el contexto establecido por los artículos 608 del Código Civil, 6 y 7 del Reglamento de Caminos Privados, es privado el camino construido en propiedad de una persona particular y que consta como tal en el respectivo título inscrito.

El artículo 323 de la Constitución de la República prohíbe la confiscación; en consecuencia, si el dominio del camino privado corresponde a quien consta como propietario en el título inscrito en el Registro de la Propiedad, la declaratoria como camino público constituye un acto administrativo que da lugar al posterior procedimiento de expropiación que produce en el titular inscrito, privación del dominio sobre el camino que hasta entonces era de su propiedad particular y genera la obligación del Estado de indemnizar.

El segundo inciso del artículo 9 de la citada Ley de Caminos, confiere a los consejos provinciales (actualmente GADs provinciales) u otras entidades, atribución para expedir la Resolución de expropiación para obras viales "al tratarse de caminos que se hallen a su cargo", lo que impone atender a la distribución de competencias que en materia de vialidad efectúan los artículos 262 y siguientes de la Constitución y el artículo 129 del COOTAD que han sido citados en los antecedentes.

A partir del artículo 9 de la Ley de Caminos, reformada por el Código Orgánico de la Función Judicial, se establece el procedimiento administrativo específico aplicable a las expropiaciones para obras viales. Para ello se considerará que el artículo 115 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 la emisión de la respectiva certificación presupuestaria".

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, la declaratoria de un camino privado como público constituye un acto administrativo que, de conformidad con los artículos 1, 6 letra g) y 21 de la Ley de Caminos, 2 de su Reglamento de Aplicación y 18 del Reglamento de Caminos Privados, corresponde resolver al Subsecretario de Infraestructura del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (antes Director General de Obras Públicas); al efecto se deberá observar el procedimiento específico establecido en el citado artículo 21 de la Ley de Caminos.

De declararse al camino público, ello dará lugar a que posteriormente se inicie el procedimiento de expropiación que comienza con la declaratoria de utilidad pública, para el que se debe atender a la distribución de competencias que en materia de vialidad establece el artículo 129 del COOTAD, en concordancia con el artículo 9 de la Ley de Caminos a partir del cual se establece el procedimiento específico aplicable para la expropiación de caminos.

2.- Al atender su primera consulta, se ha concluido que de conformidad con los artículos 1, 6 letra g) y 21 de la Ley de Caminos, 2 de su Reglamento de Aplicación y 18 del Reglamento de Caminos Privados, la declaratoria de un camino privado como público constituye un acto administrativo que corresponde resolver al Subsecretario de Infraestructura del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (anterior Director General de Obras Públicas), debiéndose observar al efecto el procedimiento establecido en el citado artículo 21 de la Ley de Caminos.

En consecuencia, no corresponde emitir pronunciamiento sobre su segunda consulta.

DOCENTES UNIVERSITARIOS: INDEMNIZACIÓN POR RETIRO VOLUNTARIO, COMPRA DE RENUNCIAS U OTRAS FIGURAS SIMILARES

OF. PGE. N°: 11303, de 04-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Universidad Técnica de Machala

CONSULTA:

"¿Es procedente que, aquellos docentes universitarios que recibieron indemnización o compensación económica en otra institución por compra de renuncia, retiro voluntario, venta de renuncia, u otras figuras similares, sin haber hecho la devolución de dichos valores, y cumpliendo con los requisitos de las leyes de la seguridad social, tengan derecho a recibir la indemnización por jubilación, por parte de la Universidad Técnica de Machala, de conformidad con el Art. 129 de la LOSEP?".

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 14 y 129; y, 15 y 288 de su Reglamento.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 13 inc. Segundo.
Ley Orgánica de Seguridad Social, Arts. 184, 185 y 188.
Ley Orgánica de Educación Superior, Art. 70; y, Disp. Trans. Décima Novena de su Reglamento.
Ley de Modernización del Estado, Arts. 52 y 53.
Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, Art. 11.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 10496 de 1 de noviembre de 2012, este Organismo solicitó a usted la remisión del criterio del Asesor Jurídico de esa Entidad, conforme dispone el segundo inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, con oficio No. 10497 de 1 de noviembre de 2012, esta Entidad solicitó el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, e insistió en dicho requerimiento mediante oficio No. 10694 de 16 de noviembre de 2012, sin haber recibido respuesta.

Con oficio No. 1414 R-UTMACH de 6 de noviembre de 2012, recibido el 7 de noviembre del presente año, se ha remitido el criterio institucional del Procurador General encargado de la Universidad Técnica de Machala, contenido en oficio No. 404-PG-UTMACH de 25 de septiembre de 2012.

El criterio institucional refiere como antecedente que, varios servidores docentes han solicitado acogerse a la compensación por jubilación establecida en el artículo 129

de la Ley Orgánica del Servicio Público "(...) pese a que, han sido indemnizados por otra institución pública y, según el Ministerio de Relaciones Laborales, dicho particular aparece como impedimento".

Cita el criterio institucional, entre otras normas, los artículos 14 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 15 de su Reglamento que, para reingresar al servicio público, establecen la obligación de devolver el monto de las indemnizaciones por supresión de puesto, retiro voluntario, venta de renuncia y figuras similares; y, respecto del beneficio por jubilación, invoca los artículos 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 288 de su Reglamento; y, los artículos 184, 185 y 188 de la Ley de Seguridad Social que prevén los requisitos para la jubilación.

Argumenta el criterio institucional que, "El presente caso, no tiene que ver con el reingreso al servicio público, sino con la habilitación que debe tener la servidora o servidor público para acogerse a los beneficios por jubilación determinados en la LOSEP, esto es, una indemnización económica sin antes haber devuelto la indemnización por cesación de funciones (por cualquier causa) en otra institución pública. Estamos frente a una doble indemnización por cesación de funciones".

Sobre dicha base, el criterio institucional concluye:

"(...) si bien es cierto existe un trato diferenciado y especial para el caso de las y los docentes universitarios, el espíritu de la normativa es que no se puede otorgar una doble compensación económica por razones de desvinculación del sector público, lo que ha motivado al Ministerio de Relaciones Laborales a mantener una base de datos actualizada respecto de aquellos servidores públicos que registren este particular".

De conformidad con el segundo inciso del articulo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior', los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio de escalafón que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

La Disposición Transitoria Vigésima de la citada Ley, confirió al Consejo de Educación Superior, atribución para expedir el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que regule el ingreso, promoción, estabilidad, escalafón evaluación, cesación y jubilación de dicho personal.

El segundo inciso de la Disposición Transitoria Décima Novena del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, previó que:

"Hasta que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, las jubilaciones que se produzcan a partir de la expedición de este reglamento se sujetarán a las disposiciones de la LOSEP".

La Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), establece el beneficio por jubilación en el artículo 129, en los siguientes términos:

"Art. 129.- Beneficio por Jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el articulo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Los jubilados y quienes reciban pensiones de retiro solamente podrán reingresar al sector público en caso de ocupar puestos de libre nombramiento y remoción y aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, así como puestos de docencia universitaria e investigación científica.

En caso de reingreso al sector público, el jubilado que ya recibió este beneficio, no tendrá derecho a recibirlo nuevamente".

Sobre dicha base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 09328 de 14 de agosto de 2012, concluí que:

"Por lo expuesto, teniendo en cuenta que de conformidad con lo previsto en el Art. 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, los docentes universitarios están sujetos al Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, se concluye que, hasta que se expida dicho Reglamento, el docente que renuncie voluntariamente para acogerse a la jubilación, tiene derecho al beneficio de jubilación contemplado en el Art. 129 de la LOSEP, por así disponerlo expresamente la Disposición Transitoria Décima Novena de la LOES4, antes citada".

En el mismo pronunciamiento se agregó que, para que proceda el reconocimiento del beneficio por jubilación regulado por el articulo 129 de la LOSEP, el servidor debe cumplir con los requisitos previstos en los artículos 185 y 188 de la Ley de Seguridad Social para acceder a la jubilación ordinaria por vejez y por edad avanzada; así como por el articulo 11 del Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez

y Muerte, que determina las condiciones que deben cumplir los afiliados para tener derecho a la jubilación por vejez.

En el pronunciamiento de la referencia se observó que, la situación de los docentes de establecimientos de educación superior, beneficiarios de indemnización por supresión de puesto como servidores públicos sujetos a la LOSCCA, se distingue de la renuncia presentada para acogerse al beneficio por jubilación en calidad de docente sujeto a la Ley Orgánica de Educación Superior.

Igual distinción cabe respecto de los docentes que se acogen al beneficio por jubilación, y que en calidad de servidores públicos percibieron compensación por renuncia voluntaria en el año 1998, conforme a los artículos 52 y 53 de la Ley de Modernización, según refiere el Director de Secretaría General del Ministerio de Relaciones Laborales, en oficio No. MRL-DSG-IV-20 11-0023603 de 8 de diciembre de 2011, que en copia simple se ha remitido adjunto a la consulta.

Por otra parte es pertinente considerar que, de acuerdo con el artículo 14 de la LOSEP, quien hubiere percibido indemnización por supresión de puesto o compensación económica por retiro voluntario, venta de renuncia y otras figuras similares, podrá reingresar al sector público, solamente si devuelve el monto de la indemnización o compensación recibida, en la forma prescrita por esa norma.

Sin embargo, el cuarto inciso del citado artículo 14 de la LOSEP dispone que:

«Además, podrán reingresar al servicio público quienes hubieren sido indemnizados o compensados, sin necesidad de devolver el monto de la indemnización recibida, únicamente a cargos de nombramiento provisional y a cargos o funciones de libre nombramiento y remoción establecidos en esta ley. El mismo beneficio tendrán quienes reingresen para ejercer la docencia universitaria, formación de las o los servidores públicos o la investigación científica. Este período no será considerado como parte de la devengación de la indemnización recibida".

Del tenor de la norma transcrita se desprende que, los servidores públicos que han recibido indemnización por supresión de puesto o compensación por renuncia voluntaria o cualquier mecanismo similar, no tienen la obligación de devolver dichos valores si su reingreso se produce para ejercer la docencia universitaria.

Mientras que, la compensación por jubilación constituye un beneficio económico que de acuerdo con la Disposición General Primera de la LOSEP se reconoce a los servidores que cesen al cumplir los requisitos para jubilación.

En tal contexto, respecto de los servidores públicos que hubieren recibido indemnización por supresión de puesto o compensación por renuncia voluntaria y que hubieren continuado desempeñándose como docentes o hubieren reingresado en calidad de docentes de establecimientos públicos de educación superior, no se configura impedimento para que, al acogerse a jubilación, puedan percibir el estímulo o compensación por jubilación.

Del análisis previamente efectuado se desprende que, de conformidad con el artículo 14 de la LOSEP, no pueden reingresar a prestar servicios en las entidades del sector público, quienes no hubieren devuelto las indemnizaciones o compensaciones económicas que hubieren percibido por cesación en otra institución del Estado, salvo las excepciones previstas en la misma norma de quienes reingresen a cargos de libre nombramiento y remoción o para ejercer la docencia universitaria, formación de servidores públicos o investigación científica.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, los servidores públicos que recibieron compensación económica por retiro voluntario en una institución pública y posteriormente, en su condición de docentes de un establecimiento público de educación superior, se hubieren acogido a los beneficios de la jubilación luego de la promulgación de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, podrían recibir la compensación por jubilación que establece el articulo 129 de la LOSEP conforme prescribe la Disposición Transitoria Décima Novena del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, siempre que cumplan los requisitos para jubilarse que determina la Ley de Seguridad Social.

En similar sentido me pronuncié en oficio No. 09328 de 14 de agosto de 2012, que antes fue citado, con relación a los servidores públicos que hubieren percibido indemnización por supresión de puesto y que en calidad de docentes de establecimientos públicos de educación superior, pueden acogerse al beneficio contemplado en el artículo 129 de la LOSEP, por así disponerlo expresamente la Disposición Transitoria Décima Novena del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, hasta que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

En caso de reingreso al sector público, el jubilado que ya recibió el beneficio por jubilación, no tendrá derecho a recibirlo nuevamente.

El presente pronunciamiento se limita al análisis e inteligencia de las normas aplicables al beneficio por jubilación de los docentes de establecimientos públicos de educación superior. La responsabilidad sobre la procedencia del pago del beneficio y su cálculo corresponde a los personeros de la entidad consultante.

DOCENTES UNIVERSITARIOS: JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA

OF. PGE. N°: 11566, de 17-01-2013.

ENTIDAD CONSULTANTE: Universidad Agraria del Ecuador

CONSULTAS:

1.- "¿Debe aplicarse estrictamente la Ley para el cómputo de los treinta años de docencia en el Sistema de Educación Superior, en los términos de la Disposición Transitoria Décimo Novena?; ó, ¿ajustarse al Reglamento para conceder la jubilación complementaria a quienes hayan cumplido al menos veinte años de docencia y diez años o más prestados en el servicio público?. De ser así el caso, los años de servicio que acredite el peticionario fuera de la docencia ¿deben haber sido prestados en alguna institución de educación superior, ó, son acreditables también los años prestados en otros ámbitos del servicio público?".

"¿En los casos de quienes al amparo de la Constitución y la Ley han percibido estos beneficios antes de la promulgación del Reglamento citado, deberá recalcularse la pensión complementaria y reubicarlos en otra escala de acuerdo al Reglamento?".

BASES LEGALES

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 63 núm. 4 y 237 núm. 3.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e), 13 inc. Segundo.
Ley Orgánica de Educación Superior, Art. 70, Disp. Trans. Vigésima y Décima Novena.
Código Civil, Art. 6.
Reglamento de Carrera de Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Ecuación Superior, Disp. Trans. Décima.
Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 82.
D.L.N° s/n, Registro Oficial N° 380, 03-12-1953, Arts. 1 y 2.
D.L.N° 1, Registro Oficial N° 404, 02-01-1954, Art. 9.
RES. N° 17, Registro Oficial N° 102, 11-06-2007, Art. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

El Procurador Síndico, en su oficio No. 747-PS.2012 de 27 de diciembre de 2012, cita la Disposición Transitoria Décimo Segunda del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el artículo 425 de la

Constitución de la República, artículo 70 y Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley de Educación Superior, así como el artículo 1 del Decreto Legislativo de 1 de noviembre de 1953, publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre del mismo año y efectúa el siguiente análisis:

"De lo transcrito anteriormente, se desprende que el primer inciso de la Disposición Transitoria Décima segunda del Reglamento de Carrera de Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Ecuación Superior, apertura la posibilidad de que los docentes que no han cumplido los treinta años estipulados dentro de los términos del Decreto de 1953, como profesores y que acrediten por lo menos veinte años de docencia podrán recibir la pensión complementaria si están inmersos en lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décimo Novena de la Ley, y complementan los treinta años como servidores del sector público".

Concluye el Procurador Síndico de la Entidad consultante, con el siguiente criterio jurídico:

"Considero que los años sumados fuera del servicio docente deben ser acreditados siempre y cuando hayan laborado dentro del sistema de educación superior como servidores no docentes. Este razonamiento se inscribe en lo determinado en el artículo 63 numeral 4 de la Constitución de la República que garantiza a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

La dualidad contenida en la Disposición Transitoria del Reglamento que analizo, está en contradicción con la Disposición Constitucional últimamente citada, pues no existe la acreditación de años de servicio en el sector público expresamente definida en la Ley de Servicio Público, para que los servidores públicos no docentes, que laboran en otras entidades se acojan al mismo derecho".

El artículo 6 del Código Civil, dispone que: "La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces".

De acuerdo a lo establecido en el Art. 82 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que cito a manera de ejemplo, también se publican en el Registro Oficial los actos normativos.

El Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior constituye un acto normativo expedido por el Consejo de Educación Superior, en cumplimiento de lo previsto en la Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, y en consecuencia, para que sean conocidas y

obligatorias las normas de dicho Reglamento, se deberán publicar en el Registro Oficial conforme lo ordena el referido artículo 6 del Código Civil.

En vista de que el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, al que se refiere el criterio del Procurador Síndico de la Universidad consultante, no se encuentra aún publicado en el Registro Oficial, la Procuraduría General del Estado no puede pronunciarse sobre una norma que aún no ha sido promulgada.

Con relación al tema materia de su requerimiento, en atención a una consulta formulada previamente por la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, esta Entidad solicitó el criterio del Consejo de Educación Superior, lo cual fue atendido en oficio No. CES-2012-0035-CO de 11 de diciembre de 2012, suscrito por el Presidente del Consejo de Educación Superior, quien hace referencia a la pensión complementaria creada mediante Decreto Legislativo de 1 de noviembre de 1953, publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre del mismo año y contemplada en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, cita además, el artículo 9 del Decreto Legislativo No. 1, publicado en el Registro Oficial No. 404 de 02 de enero de 1954; y, expresa:

"Con el fin de regular el acceso a la pensión complementaria referida en la disposición transitoria décima novena de la LOES, para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, el Consejo de Educación Superior expidió el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el mismo que en su disposición transitoria décima segunda determina no solo los requisitos para acceder a este beneficio reafirmando lo determinado en el Decreto Legislativo de 1954, sino también la forma de cálculo del mismo".

El Presidente del Consejo de Educación Superior, concluye en el siguiente sentido:

"(…) es criterio de este Consejo de Educación Superior que el licenciado (…) no puede acogerse al beneficio de la pensión complementaria por jubilación establecida en el Decreto Legislativo de 1953 y normado a través del Decreto Legislativo de 1954, por no reunir los requisitos exigidos para tal efecto por las normas que se dejan anotadas, esto es, contar con al menos treinta años de servicio, veinte de los cuales se hayan dedicado a la docencia en educación superior".

El inciso segundo del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, determina que los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de

Educación Superior, que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación.

La Disposición Transitoria Vigésima de la antes señalada Ley Orgánica, establece la atribución del Consejo de Educación Superior, para expedir el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que regule el ingreso, promoción, estabilidad, escalafón evaluación, cesación y jubilación de dicho personal; y, conforme señalé previamente, dicha normativa no es motivo del presente análisis, por cuanto aún no está promulgada en el Registro Oficial.

Por su parte, la Disposición Transitoria Décima Novena de la citada Ley Orgánica de Educación Superior, prescribe lo siguiente:

"Décima Novena.- Jubilación Complementaria.- Los fondos de pensión complementaria creados al amparo del Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, continuarán generando este beneficio con recursos del Estado en los términos indicados en el aludido Decreto Legislativo, para los actuales beneficiarios.

Los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la vigencia de esta Ley o los que lo hicieren hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio".

Los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, al que se refiere la indicada Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, establecían:

"Art. 1°- Los profesores universitarios jubilados por la Caja de Pensiones, tendrán derecho a una pensión auxiliar a cargo del Presupuesto de la Universidad respectiva, siempre que hubieren completado treinta años de servicios en Instituciones Educacionales y tuvieren por lo menos cincuenta y cinco años de edad.

La pensión auxiliar será la diferencia entre el último sueldo mensual que hubiere percibido el profesor y la jubilación otorgada por la Caja de Pensiones.

Art. 2°- Los profesores universitarios jubilados por el Estado con pensiones inferiores a setecientos sucres, tendrán derecho a que desde enero de mil novecientos cincuenta y cuatro se les pague el doble de su actual pensión".

Del texto del Decreto Legislativo de 1953, que ha quedado citado, se desprende que el

mismo creó una pensión auxiliar a favor de los docentes de establecimientos públicos de educación superior, que se pagaría siempre que los docentes "hubieren completado treinta años de servicios en Instituciones Educacionales y tuvieren por lo menos cincuenta y cinco años de edad".

Cabe señalar que, no obstante los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo de 1953 fueron derogados por la Disposición Derogatoria Quinta de la Ley Orgánica de Educación Superior, la Disposición Transitoria Décima Novena de esa misma Ley Orgánica, prevé que los profesores de las universidades y escuelas politécnicas públicas que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la vigencia de esa Ley o los que lo hicieren hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio.

De otra parte, el Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 404 de 2 de enero de 1954, que no ha sido derogado por la Ley Orgánica de Educación Superior, prevé:

"Art. 9º- Los profesores universitarios que tuvieren al menos treinta años de servicios, de los cuales, al menos veinte se hayan dedicado a la enseñanza Superior, tendrán derecho a jubilarse con una suma igual al promedio de los tres últimos años de servicios. La Caja de Pensiones pagará la jubilación en la cuantía que le corresponda, y la diferencia será a cargo del Presupuesto de la respectiva Universidad".

En base del análisis jurídico precedente se concluye que, al amparo de la Disposición Transitoria Décima Novena de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, que se remite al Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar o complementaria en beneficio de los docentes de los establecimientos públicos de educación, para tener derecho a dicha jubilación, el docente debe haber prestado servicios mínimos de treinta años, de los cuales al menos veinte años debe haberse desempeñado en la enseñanza superior, conforme al artículo 9 del Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 404 de 2 de enero de 1954.

El artículo 9 del referido Decreto Legislativo No. 404, previamente citado, respecto de los años adicionales a los veinte de docencia en educación superior, no requiere que éstos hayan sido prestados exclusivamente en instituciones de educación superior, por lo que, corresponde aplicar el principio general del derecho que determina que donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir, y en consecuencia, con relación a la última parte de su consulta, se concluye que son acreditables también los años prestados en otros ámbitos del servicio público.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la inteligencia y aplicación de las normas legales, sin que sea competencia de la Procuraduría General del Estado pronunciarse sobre casos en particular.

En los mismos términos me pronuncié mediante oficio No. 11302 de 4 de enero de 2013, en atención a la consulta formulada por la Escuela Politécnica de Chimborazo.

2.- 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, ésta 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 segunda consulta no está dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, razón por la cual, en cumplimiento de la normativa jurídica citada me abstengo de atender su solicitud.

DOCENTES UNIVERSITARIOS: JUBILACIÓN VOLUNTARIA

OF. PGE. N°: 13093, de 08-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Universidad Central del Ecuador

CONSULTA:

"¿Los docentes universitarios que se encuentran en capacidad de jubilarse, pueden acogerse al retiro voluntario en forma inmediata y beneficiarse de la compensación por jubilación en el año 2014, siempre que informen su decisión de retirarse hasta finalizado el primer semestre de este año 2013?".

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 129; y, 288 de su Reglamento.
Ley de Seguridad Social, Arts. 185 y 188.
Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, Art. 11.
Reglamento de Carrera y Escalafón del Docente de Educación Superior, Art. 76.
D.L.N° s/n, Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953.
D.L.N° s/n, Registro Oficial No. 404 de 2 de enero de 1954.

PRONUNCIAMIENTO:

A su oficio de consulta se ha acompañado el informe jurídico suscrito por el Procurador (E) de la entidad consultante, quien refiere como antecedentes el Decreto Legislativo de 22 de octubre de 1953, publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, que creó la pensión auxiliar en beneficio de los docentes universitarios y el Decreto aprobado el 9 de diciembre de 1953 y publicado en el Registro Oficial No. 404 de 2 de enero de 1954, también referido a la pensión auxiliar de los profesores universitarios.

Su consulta se halla encaminada a determinar si los docentes universitarios que informen su decisión de retirarse hasta finalizado el primer semestre de este año 2013, pueden acogerse al retiro voluntario en forma inmediata y beneficiarse de la compensación por jubilación en el año 2014.

Con relación al beneficio por jubilación a favor de los docentes universitarios, según consta del pronunciamiento contenido en el oficio No. 05884 de 10 de enero de 2012, dirigido a la Universidad Técnica de Machala, este Organismo con el oficio No. 05276 de 1º de diciembre de 2011, requirió el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, habiendo recibido respuesta mediante el oficio No. MRL- AJ- 2011 02960 de 22 de diciembre de 2011, suscrito por el Viceministro del Servicio Público, quien expresa lo siguiente:

"En los casos de las o los servidores que hayan cumplido los sesenta (60) años de edad y trescientos sesenta (360) imposiciones, en aplicación del inciso segundo del artículo 288 del Reglamento a la LOSEP, se les podrá aceptar su petición y se les reconocerá un estímulo y compensación económica en los términos del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, quedando la competencia de dar al trámite o no el petitorio de retiro voluntario para acogerse a los beneficios de la jubilación en la autoridad nominadora".

Adicionalmente, en el pronunciamiento contenido en oficio No. 08781 de 13 de julio de 2012, con el que atendí varias consultas de la misma Universidad, respecto del beneficio por jubilación de los docentes, concluí en los siguientes términos:

"Por lo expuesto, se concluye que los docentes de la Universidad Técnica de Machala que se jubilaron antes o después de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior o de su Reglamento y no fueron indemnizados, pueden acogerse al beneficio de jubilación previsto en el Art. 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, por cuanto este derecho nació con la vigencia de la LOSEP y debe aplicarse a partir de la fecha de su expedición en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, siempre que el docente cumpla con los requisitos para la jubilación previstos en los Arts. 185 y 188 de la Ley de Seguridad Social, y en el Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, que en el Art. 11 determina las condiciones que deben cumplir los afiliados para tener derecho a la jubilación por vejez, inicialmente expedido mediante Resolución No. C.D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006".

Mediante Resolución No. 37, el Consejo Nacional de Educación Superior expidió el Reglamento de Carrera y Escalafón del Docente de Educación Superior, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 881 de 29 de enero de 2013, que respecto de la jubilación del personal académico de las instituciones públicas de educación superior, ha previsto en su Capítulo II, lo siguiente:

"Art. 76.- Compensación por jubilación voluntaria.- Los miembros del personal académico titular de las universidades y escuelas politécnicas públicas que cumplan con los requisitos de las leyes de seguridad social para la jubilación, podrán jubilarse voluntariamente del servicio público. Para ello, deberán informar de su decisión a la institución durante el primer semestre del año a fin de que ésta la considere en su planificación institucional del siguiente año fiscal. Una vez que la universidad o escuela politécnica cuente con los recursos económicos pagará una compensación del valor de cinco remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado por cada año de servicio, contado a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta de éstas.

La compensación por jubilación que percibirá el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas públicas deberá calcularse proporcionalmente al tiempo de dedicación durante su tiempo de servicio como personal académico.

En el caso de los institutos y conservatorios superiores públicos se aplicarán las normas de la Ley Orgánica del Servicio Público".

Como se aprecia del artículo 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Docente de Educación Superior, en cuanto al derecho de los docentes universitarios de acogerse a la jubilación, se remite al cumplimiento de las leyes de seguridad social, ya que en el tema planteado se conjugan el derecho a la jubilación y el derecho a percibir un estímulo económico por acogerse a ella, conforme señalé en el pronunciamiento contenido en oficio No. 08781 de 13 de julio de 2012, antes citado.

El mecanismo de cálculo de la pensión complementaria de los docentes del sistema de educación superior se halla determinado en la Disposición Transitoria Décimo Segunda del Reglamento en mención, y en el último inciso de la indicada norma, respecto de la compensación por jubilación prevé lo siguiente:

"Las universidades y escuelas politécnicas públicas pagarán los montos correspondientes a la compensación por jubilación voluntaria u obligatoria, así como por pensión complementaria, calculados de conformidad con este Reglamento, al personal académico que se haya acogido a dichos beneficios desde la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior hasta la expedición de este Reglamento y que no haya recibido los pagos correspondientes por esos conceptos".

La información anticipada de la voluntad de retirarse del docente universitario, tiene la finalidad de que se incluya dentro de la programación del siguiente ejercicio económico de la Entidad, a los docentes que desean jubilarse, ya que por mandato del 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 lo expuesto, del tenor del artículo 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Docente de Educación Superior, se concluye que los docentes universitarios titulares que cumplan con los requisitos de las leyes de seguridad social para la jubilación, podrán jubilarse voluntariamente del servicio público, para lo cual deben informar su decisión a la institución durante el primer semestre del año 2013, para que la institución de educación superior los considere en la planificación del siguiente año fiscal.

DOCENTES UNIVERSITARIOS: JUBILACIÓN VOLUNTARIA -AMPLIACIÓN DE PRONUNCIAMIENTO-

OF. PGE. N°: 13383, de 30-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Universidad Central del Ecuado

CONSULTA:

Solicita la ampliación y aclaración del pronunciamiento contenido en el oficio No. 13093 de 8 de mayo de 2013, emitido por esta Entidad, en atención a su consulta formulada en oficio No. 304-P de 9 de abril de 2013 y alcance contenido en el oficio No. 368-P de 23 de abril de 2013, ingresados a esta Procuraduría el 10 y 24 de abril del año en curso, relacionadas con la compensación por jubilación de los docentes universitarios.

BASES LEGALES:

Reglamento de Carrera y Escalafón del Docente de Educación Superior, Art. 76, Disp. Trans. Décimo Segunda.

PRONUNCIAMIENTO:

El pronunciamiento cuya ampliación y aclaración se solicita, concluyó en los siguientes términos:

"Por lo expuesto, del tenor del artículo 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Docente de Educación Superior, se concluye que los docentes universitarios titulares que cumplan con los requisitos de las leyes de seguridad social para la jubilación, podrán jubilarse voluntariamente del servicio público, para lo cual deben informar su decisión a la institución durante el primer semestre del año 2013, para que la institución de educación superior los considere en la planificación del siguiente año fiscal".

En el oficio que atiendo, respecto del citado pronunciamiento, se señala lo siguiente:

"Esta Resolución ha generado al interior de la Universidad Central del Ecuador dos interpretaciones: una considera que para acogerse a la jubilación en el año 2014, debe el docente informar su decisión a la institución durante el primer semestre del año 2013; y, otra que el docente puede jubilarse en el año 2013, quedando en suspenso la compensación por jubilación a ser pagada en el año 2014.

Como usted comprenderá esta es una situación que pone en riesgo la tranquilidad académica de la Institución, razón por la cual con el respeto que ratifico una vez más a la Institución dirigida por Usted, solicito se digne ampliar y aclarar la mencionada Resolución".

El artículo 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Docente de Educación Superior, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 881 de 29 de enero de 2013, prevé que: "Los miembros del personal académico titular de las universidades y escuelas politécnicas públicas que cumplan con los requisitos de las leyes de seguridad social para la jubilación, podrán jubilarse voluntariamente del servicio público. Para ello, deberán informar de su decisión a la institución durante el primer semestre del año a fin de que ésta la considere en su planificación institucional del siguiente año fiscal. Una vez que la universidad o escuela politécnica cuente con los recursos económicos pagará una compensación (…)", de lo cual se colige que los docentes titulares universitarios, que cumplan los requisitos de las normas de seguridad social para la jubilación y que informen su decisión de retirarse en el plazo de dicha norma pueden acogerse a la jubilación y beneficiarse de la compensación

Corrobora lo anterior, la Disposición Transitoria Décimo Segunda del indicado Reglamento, que ha previsto como excepción el caso del "(…) personal académico que se haya acogido a dichos beneficios desde la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior hasta la expedición de este Reglamento y que no haya recibido los pagos correspondientes por esos conceptos", a quienes no obstante ya se encuentran jubilados les reconoce la compensación por jubilación, en caso de que no la hayan recibido.

Por lo expuesto, del tenor del artículo 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Docente de Educación Superior, se desprende que la indicada norma no ha previsto que se pague la compensación al docente que ya se encuentre gozando de la jubilación, por lo que, en atención a su solicitud de aclaración, se concluye que los docentes universitarios titulares que se encuentren en capacidad de jubilarse e informen su voluntad de retirarse, hasta finalizado el primer semestre del año 2013, deben acogerse a la jubilación y recibir la compensación en el año 2014.

La Disposición Transitoria Décimo Segunda del citado Reglamento regula el caso excepcional del personal académico que se hubiere acogido a la jubilación desde la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior y hasta la expedición de Reglamento en mención, siempre y cuando no haya recibido los pagos correspondientes a la compensación por jubilación y pensión complementaria a que tiene derecho, aún cuando ya se encuentre jubilado.

Queda aclarado el pronunciamiento contenido en el oficio No. 13093 de 8 de mayo de 2013, en los términos constantes en los dos párrafos precedentes.

DONACIÓN DE INMUEBLES: ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES MINORISTAS

OF. PGE. N°: 12882, de 19-04-2013

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), 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 si 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 faenamiento, 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.- Prohíbase 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.

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL: APLICACIÓN DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS

OF. PGE. N°: 12425, de 18-03-2013

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, Disp. Trans. Quinta.
Ley Orgánica del Servicio Público, Disp. 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 inc. Último.
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 qué 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 ibídem.

En el caso de que los gobiernos autónomos descentralizados presten los servicios que son de su competencia, cabe referirme 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 Reformatoria 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.

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL: INCOMPETENCIA PARA FIJAR TASAS Y TARIFAS DE SERVICIOS

OF. PGE. N°: 13051, de 07-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Pública Costa Limpia

CONSULTA:

Mediante oficio No. 12117 de 22 de febrero de 2013, este Organismo solicitó a usted reformular los términos de su consulta respecto a la inteligencia o aplicación de normas legales y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Asesor Legal de la Entidad que usted representa, conteniendo un análisis de las normas y la posición jurídica institucional en la que se concluya en base a dicho análisis, de conformidad con el segundo inciso del artículo 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 017 de 29 de mayo de 2007.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 243, 264 núm. 4 y 5, 273, 301 y 315.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 13 inc. Segundo.
Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, Arts. 55, lit. e), 57 lit. c), 60 lit. e), 166, 186 inc. Primero y segundo, 225, 267, 566 y 568 lit. d).

PRONUNCIAMIENTO:

Toda vez que no fue atendido el pedido realizado en el mencionado oficio No. 12117 de 22 de febrero de 2013, esta Procuraduría insistió nuevamente a través del oficio No. 12423 de 18 de marzo de 2013, teniendo en cuenta que el término para proporcionar la información solicitada había vencido.

Con oficio No. 045-MCL EP-MSG-2013 de 15 de marzo de 2013, recibido el 18 de marzo del presente año, la Empresa Pública a su cargo remite adjunto el criterio jurídico suscrito por el Asesor Legal de Costa Limpia-EP constante en memorando No. 002 de 15 de marzo de 2013.

En oficio No. 060-MCL-EP-MSG.2013 de 3 de abril de 2013, se da contestación al oficio No. 12423 de 18 de marzo del mismo año, anotando que, mediante oficio No. 045-MCL EP-MSG-2013 de 15 de marzo de 2013 procedió a dar contestación al oficio No. 12117 de 22 de febrero de 2013, no obstante, al observar el contenido final del oficio indicado, ha solicitado al Asesor Jurídico del GADM Manta "emita un nuevo informe en el cual se reformula la consulta", el mismo que consta en memorando No. 003 de 1 de abril de 2013.

El criterio jurídico constante en el referido memorando No. 003 de 1 de abril de 2013, reformula la consulta en los siguientes términos:

"En principio de lo establecido en el artículo 57 literal c) del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomías y Descentralización y tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 243 y 315 de la Constitución de la República y artículo 57 literal j) del COOTAD es procedente que el Directorio de una empresa pública municipal mancomunada, creada mediante ordenanza en los respectivos Concejos Municipales, para la prestación de un servicio público, conformada por los Ejecutivos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales de los cantones de Manta, Montecristi y Jaramijó, tenga la atribución de fijar tasas y tarifas por los servicios de recolección, transporte y disposición final de los desechos sólidos, industriales tóxicos y biopeligrosos de los tres cantones en donde presta dicho servicio la Empresa".

A fin de contar con mayores elementos de juicio para atender su consulta, este Organismo mediante oficio No. 12118 de 22 de febrero de 2013, solicitó el criterio

institucional del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, respecto del objeto de su petición.

La Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas -AME-, atendió nuestro requerimiento con oficio No. AME-DE-2013-0140 de 12 de marzo de 2013, recibido el 13 de marzo del presente año, en el que manifiesta que:

"(…) cuando se trata de establecer una contraprestación a los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales y manejo de desechos sólidos, dicha contraprestación se establece a través de una tasa o tarifa, fijada por quien presta servicio público cuando esta es una institución del sector público, como son las empresas públicas".

Adicionalmente, la Directora Ejecutiva de la AME, agrega que: "(…) es jurídicamente viable que los gobiernos autónomos descentralizados, al crear empresas públicas para la prestación de los servicios públicos establecidos en el numeral 4 del artículo 264 de la Constitución de la República, -y por añadidura cuando se crea una empresa pública mancomunada-, deleguen en tales empresas la facultad de establecer un mecanismo o fórmula de revisión periódica de las tasas y tarifas que tales empresas deben recibir como contraprestación por los servicios públicos que son su objeto de creación".

En el mismo sentido se refiere el criterio jurídico de la empresa a su cargo, en el cual se menciona que:

"Al crearse la Empresa Pública mancomunada Costa Limpia EP mediante acto normativo -ordenanza municipal- legalmente expedido por los respectivos Concejos Municipales de los GADs asociados, con el objeto de prestar un servicio público de recolección, transporte y disposición final de los desechos sólidos, industriales tóxicos y biopeligrosos de los cantones de Jaramijó, Montecristi y Manta no solo se delegó la prestación del servicio público referido sino que también se delegó a la Empresa Pública Costa Limpia EP la facultad de fijar tasa y tarifas en virtud de las normas enunciadas, lo cual desde el punto de vista legal es plenamente válido".

Concluyendo el Asesor Jurídico, en el documento de la referencia, que:

"(…) es procedente legalmente que la Empresa Pública mancomunada Costa Limpia EP creada por los GADs Municipales de los cantones de Jaramijó, Montecristi y Manta para la prestación de los servicios públicos referidos y establecidos en el artículo 264 numeral 4 de la Constitución de la República delegue a dicha empresa la facultad de

fijar un mecanismo de revisión periódica de las tasas y tarifas por la prestación de los servicios públicos y que son el objeto de su ordenanza de creación y funcionamiento. Para el caso que nos ocupa, los respectivos Concejos Municipales hicieron tal delegación en el momento que crearon la empresa pública mancomunada, consecuentemente el Directorio de Costa Limpia EP, se encuentra facultado legalmente para revisar las tasas referidas".

De conformidad con los numerales 4 y 5 del artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador, los gobiernos municipales tienen entre sus competencias exclusivas las siguientes:

"4. Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley.

5. Crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras".

El inciso primero del artículo 273 de la citada Norma Suprema, establece que: "Las competencias que asuman los gobiernos autónomos descentralizados serán transferidas con los correspondientes recursos. No habrá transferencia de competencias sin la transferencia de recursos suficientes, salvo expresa aceptación de la entidad que asuma las competencias".

El artículo 301 ibídem prevé que, sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones, acotándose que las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

Respecto a las facultades de los Directorios de las Empresas Públicas, esta Procuraduría ya se pronunció en oficio No. 01387 de 14 de abril de 2011, dirigido al Gerente de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo, EPMAPAP, en el que se analiza que:

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

De acuerdo con la letra e) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, los gobiernos autónomos descentralizados municipales tienen como competencia exclusiva el "Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras".

El artículo 57 del COOTAD, establece que al concejo municipal le corresponde ejercer, entre otras atribuciones, las siguientes:

"c) Crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute;

j) Aprobar la creación de empresas públicas o la participación en empresas de economía mixta, para la gestión de servicios de su competencia u obras públicas cantonales, según las disposiciones de la Constitución y la ley. La gestión de los recursos hídricos será exclusivamente pública y comunitaria de acuerdo a las disposiciones constitucionales y legales;

y) Reglamentar los sistemas mediante los cuales ha de efectuarse la recaudación e inversión de las rentas municipales".

La letra e) del artículo 60 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, le otorga al alcalde la atribución de presentar con facultad privativa, proyectos de ordenanzas tributarias que creen, modifiquen, exoneren o supriman tributos, en el ámbito de las competencias correspondientes a su nivel de gobierno.

Entonces, los alcaldes tienen como potestad propia el presentar proyectos de ordenanzas tributarias; mientras que, los concejos cantonales, en su calidad de órganos legislativos, están facultados para aprobar los mismos.

El inciso segundo del artículo 166 del COOTAD contempla que: "Las tasas y contribuciones especiales de mejoras, generales o específicas, establecidas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados ingresarán necesariamente a su presupuesto o cuando corresponda, al de sus empresas o al de otras entidades de derecho público, creadas según el modelo de gestión definido por sus autoridades, sin perjuicio de la utilización que se dé a estos recursos de conformidad con la ley".

El artículo 186 ibídem agrega que, los gobiernos municipales y distritos metropolitanos autónomos pueden 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 inciso segundo del artículo de la referencia agrega 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".

En cuanto a los ingresos tributarios, el artículo 225 del COOTAD establece que éstos comprenden las contribuciones señaladas en ese cuerpo legal y se dividen en los tres capítulos básicos siguientes:

"Capítulo I.- Impuestos, que incluirán todos los que corresponden a los gobiernos autónomos descentralizados, por recaudación directa o por participación.

Capítulo II.- Tasas, que comprenderá únicamente las que recaude la tesorería o quien haga sus veces de los gobiernos autónomos descentralizados, no incluyéndose, por consiguiente, las tasas que recauden las empresas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Capítulo III.- Contribuciones especiales de mejoras y de ordenamiento, que se sujetarán a la misma norma del inciso anterior

Del artículo trascrito, se desprende que tanto los gobiernos autónomos descentralizados como sus empresas tienen capacidad para recaudar tasas por los servicios prestados.

El artículo 267 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización prescribe que: "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".

Finalmente, la letra d) del artículo 568 del mismo Código prevé que las tasas serán reguladas mediante ordenanzas, cuya iniciativa es privativa del alcalde municipal o metropolitano, tramitada y aprobada por el respectivo concejo, para la prestación de servicios públicos, entre los que se encuentra la recolección de basura y aseo público.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, corresponde exclusivamente a los concejos municipales el crear, modificar, exonerar o extinguir tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras por la prestación de los servicios

públicos que éstos hayan delegado, de conformidad con los artículos 166, 186 incisos primero y segundo, 267 y 568 letra d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL MANCOMUNADA DE ASEO INTEGRAL DE LA CUENCA DEL JUBONES: SUBROGACIÓN AL PRESIDENTE DEL DIRECTORIO

OF. PGE. N°: 12169, de 26-02-2013

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.

EMPRESAS PÚBLICAS: RÉGIMEN LABORAL Y ADMINISTRATIVO DE SUS SERVIDORES

OF. PGE. N°: 13275, de 20-05-2013

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?".

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 inc. 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, COVIPROP 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 leves 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 resolutiva 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 la 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.

FRACCIONAMIENTOS DE PREDIOS: CONTRIBUCIÓN DE ÁREA VERDE

OF. PGE. N°: 13678, de 27-06-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón la Maná

CONSULTA:

1.- "¿Para calcular los valores que el GAD Municipal debe cobrar por concepto de contribución de área verde a quienes realizan fraccionamientos, cuando en los predios a fraccionarse existen edificaciones, se debe considerar solo el valor del área útil del terreno a fraccionarse; o, se debe también incluir para el cálculo, además del valor del área útil fraccionada el valor de las edificaciones existentes?".

2.- "¿Si luego de que un fraccionamiento para efectuar una partición extrajudicial ha sido aprobado por el Ejecutivo Cantonal, conforme lo establece la parte final del art. 472 del COOTAD, es procedente que la señora registradora de la propiedad, para inscribir el fraccionamiento solicite nuevamente una autorización del Ejecutivo, conforme lo establece la parte final del art. 473 del mismo cuerpo legal?".

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 52 lit. c), 424, 470, 472, 473, 495 y 496.
Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, Art. 79.
Ley de Registro, Art. 25 lit. f).

PRONUNCIAMIENTO:

El informe del Procurador Síndico refiere como antecedente que, "(…) de acuerdo al criterio del jefe de Avalúos y Catastros, para determinar el valor que debe pagarse por concepto de contribución de área verde en los fraccionamientos en los cuales no se pueden dejar estos espacios físicos, el cálculo del valor se debe realizar de acuerdo a

lo establecido en el Art. 495 del COOTAD; en tal virtud, se debe sumar el valor de la edificación en caso de existir, más el valor del área útil del terreno fraccionado, lo que ha ocasionado que muchas personas se resistan a realizar fraccionamientos, necesarios para particiones o para donaciones entre vivos, debido a que el valor a pagar por concepto de contribución de área verde calculado de esta manera, en la mayoría de casos es muy alto (…)".

Por su parte, el informe del Procurador Síndico cita entre otras normas, el artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que establece la entrega de áreas verdes en beneficio de la Municipalidad como consecuencia de urbanizaciones y fraccionamientos, y prescribe que por la aplicación del lote mínimo, dicha contribución se puede compensar con pago en dinero. Sobre dicha base normativa, el Procurador Síndico concluye:

"(…) considerando que en el capítulo referente a fraccionamientos, específicamente en el artículo 424 se establece que el cálculo será del área útil del terreno urbanizado o fraccionado, para definir el porcentaje se deberá tomar en consideración solamente el valor del terreno, sin incluir la edificación (…)".

El artículo 424 del COOTAD sobre cuya aplicación trata su consulta, dispone 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".

De acuerdo con el artículo 424 del COOTAD, toda urbanización o fraccionamiento da lugar a la entrega de un porcentaje del "área útil del terreno urbanizado o fraccionado" en beneficio de la Municipalidad, en calidad de área verde y comunal; y, para el caso en que por la aplicación del lote mínimo, no sea posible la entrega de área verde, el segundo inciso de la misma norma prevé que la contribución de áreas verdes "se compensará con el pago en dinero según el avalúo catastral".

El artículo 470 del (COOTAD), define al fraccionamiento como la división de

terreno en dos a diez lotes con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto; mientras que, la división del terreno en más de diez lotes constituye urbanización. Para los dos casos, el artículo 472 del COOTAD prevé que los lotes fruto del fraccionamiento o urbanización deben tener superficies mínimas, determinadas por la Municipalidad, de manera que guarden armonía con el plan de ordenamiento territorial del respectivo cantón.

La entrega a la Municipalidad de un porcentaje de terreno para áreas verdes como consecuencia de todo tipo de urbanizaciones y fraccionamientos con fines urbanos, consta establecida por los artículos 54 letra c) y 424 del COOTAD que fueron citados en los antecedentes.

Sobre la aplicación del artículo 424 del COOTAD, en pronunciamiento contenido en oficio No. 03486 de 1 de septiembre de 2011, manifesté que la contribución de áreas verdes procede siempre "(…) que se trate de un fraccionamiento con fines urbanos, sin que proceda tal exigencia en el caso de fraccionamiento de terrenos con fines agrícolas previstos en el artículo 471 del COOTAD".

El COOTAD no define el significado de "área útil de terreno" según expuse en pronunciamiento contenido en oficio No. 04642 de 9 de noviembre de 2011, en el que concluí 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".

A lo dicho en los pronunciamientos citados es pertinente agregar que, la contribución de áreas verdes fruto de un fraccionamiento o urbanización, se realiza mediante la entrega de un porcentaje del lote fraccionado en beneficio de la Municipalidad que, según el artículo 424 del COOTAD debe ser "mínimo el diez por ciento y máximo el veinte por ciento calculado del área útil del terreno urbanizado o fraccionado"; es decir que, según el tenor de esa norma, el porcentaje del terreno fraccionado que se entrega como área verde se calcula respecto del área útil de terreno.

De acuerdo con el segundo inciso de artículo 424 del COOTAD, de no ser posible la contribución de área verde, esto es, la entrega de un porcentaje del terreno, por la aplicación del lote mínimo, dicha contribución se compensa mediante el pago en dinero.

La Enciclopedia Jurídica Omeba, define la palabra "terreno" de la siguiente forma: "Dícese por un espacio de tierra". Idéntico significado consta en el Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, en el que se lee "terreno" "Espacio de tierra".

A manera de ilustración, cito el artículo 79 del Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito, ubicado en el Parágrafo VII que contiene las Reglas Técnicas de Arquitectura y Urbanismo, que respecto de la compensación en dinero de la contribución de áreas verdes, prevé:

"Art. (...) (79).- Supuesto en el que la contribución de áreas verdes y áreas para equipamiento comunal para subdivisiones puede ser compensada.-

1. Cuando el 10% del área útil del predio sea inferior a la asignación mínima del lote que establezca la zonificación del sector, se entregará el valor monetario correspondiente al 5% del valor del área útil del lote a subdividirse.

2. El valor del suelo se calculará en función de la ordenanza metropolitana vigente que aprueba el plano del valor del suelo que rige para cada bienio en el Distrito Metropolitano de Quito.

3. Las compensaciones recaudadas serán asignadas a un fondo exclusivo para la provisión y mantenimiento de áreas verdes y áreas de equipamiento comunal".

De los conceptos citados se desprende que, la compensación en dinero que suple la contribución de áreas verdes, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 424 del COOTAD, que es el tema específico al que se refiere la consulta, considera exclusivamente el valor del suelo, lote o terreno fraccionado o urbanizado, pues dicho pago reemplaza la entrega de un porcentaje del lote en calidad de área verde.

Es decir que, según el tenor del artículo 424 del COOTAD, la contribución de área verde consiste en un porcentaje del lote, sin que al efecto se deba considerar si en él existen o no edificaciones.

En consecuencia, si el pago de la compensación en dinero suple o reemplaza la entrega de área verde, dicho pago debe ser equivalente y representar el valor de la porción de terreno (área verde) a la que sustituye, por lo que, según prescribe el segundo inciso del artículo 424 del COOTAD, el pago de la compensación por área verde, se debe calcular según el avalúo catastral del terreno o lote.

El artículo 495 del (COOTAD) que según refiere el informe del Procurador Síndico, citado en los antecedentes, ha invocado el Jefe de Avalúos y Catastros, describe la forma en que se debe establecer el valor de una "propiedad inmueble", previendo al efecto que se sume el valor del suelo y de haberlas, el de las construcciones que se hayan edificado sobre el mismo; la norma dispone que: "Este valor constituye el valor intrínseco, propio o natural del inmueble y servirá de base para la determinación de impuestos y para otros efectos tributarios, y no tributarios".

Del citado artículo 495 del COOTAD se desprende que, es jurídicamente posible distinguir el valor del suelo o terreno, del valor de las edificaciones construidas en él; y, que la suma de dichos valores constituye el valor del inmueble.

Mientras que, la materia sobre la que trata la consulta, referida a la compensación en dinero de la contribución de áreas verdes, tiene su base de cálculo específica, establecida por el artículo 424 del COOTAD, cuyo segundo inciso alude exclusivamente al valor del área útil del terreno.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el segundo inciso del artículo 424 del COOTAD, para calcular el valor que la Municipalidad debe cobrar por concepto de compensación de la contribución de área verde a quienes realicen fraccionamientos, se debe considerar según el tenor de esa norma, el valor del área útil del terreno a fraccionarse, que debe ser equivalente al valor del área verde a la que dicho pago sustituye, por lo que no es jurídicamente procedente que para tal efecto se sume el valor de las edificaciones que existieren en el lote a fraccionar.

2.- El Procurador Síndico de la Maná cita en su informe los artículos 472 y 473 del COOTAD; y, concluye:

"(…) existe una autorización de fraccionamiento otorgado por la máxima autoridad conforme lo establece la parte final del art. 472 del COOTAD, misma que se convierte tácitamente en autorización para cualquier acto que los propietarios del terreno fraccionado quieran hacer, ya sea donación, compraventa, adjudicación, etc., en tal virtud, se ha dado cumplimiento a lo establecido en los art. 472 y 473 del COOTAD, por lo que no es necesario que el Alcalde extienda nuevamente una autorización para que se inscriba la partición, además por no ser de su competencia autorizar particiones sino fraccionamientos, ya que las particiones extrajudiciales son realizadas por voluntad de las partes intervinientes y para efectuarlas se necesita que el ejecutivo autorice el fraccionamiento correspondiente; en tal virtud, la señora registradora de la propiedad, con la autorización de fraccionamiento debe inscribir la partición extrajudicial".

Los artículos 470 y 472 del COOTAD definen al fraccionamiento como la división de terreno en dos a diez lotes con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto; prevén que los lotes fruto del fraccionamiento tengan superficies mínimas (en armonía con el plan de ordenamiento territorial); y, establecen que los notarios y registradores de la propiedad, para la suscripción e inscripción de escrituras de fraccionamiento exigirán la autorización del ejecutivo de la Municipalidad.

Corresponde al Alcalde como ejecutivo de la municipalidad, autorizar los fraccionamientos, de conformidad con el artículo 472 del COOTAD, según concluí en

pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 00720 de 3 de marzo de 2011 y 03486 de 1 de septiembre de 2011.

Por su parte, el artículo 473 del COOTAD, prevé lo siguiente:

"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. 12897 de 22 de abril de 2013, atendí varias consultas de la Municipalidad del Cantón Cañar, relacionadas con el informe municipal previo a la partición que establecen los artículos 472 y 473 del COOTAD; y, concluí que, "(…) la partición judicial o extrajudicial de inmuebles urbanos constituye fraccionamiento urbano solamente cuando de lugar a la división material del bien raíz en dos o más lotes, en los términos del artículo 470 del COOTAD".

Su consulta tiene por propósito determinar si, luego de que un fraccionamiento para efectuar una partición extrajudicial ya ha sido aprobado por el Alcalde de conformidad con el artículo 472 del COOTAD, hace falta una nueva autorización municipal para efectuar la inscripción de los actos de partición en el Registro de la Propiedad.

De acuerdo con la letra f) del artículo 25 de la Ley de Registro, están sujetos al registro, entre otros títulos, actos y documentos, "(…) los actos de partición, judiciales o extrajudiciales".

Sobre la naturaleza declarativa de los títulos que contienen actos legales de partición me pronuncié en oficio No. 11923 de 6 de febrero de 2013.

El artículo 472 del COOTAD alude a "la autorización" del ejecutivo municipal previa al fraccionamiento urbano; y, en tal contexto el artículo 473 del mismo Código, al referirse a la partición extrajudicial, reitera que los interesados pedirán al gobierno municipal "la autorización respectiva", de lo que se desprende que se trata de una sola autorización o informe municipal que habilita los actos legales de partición de inmuebles (cuando ésta implique fraccionamiento, es decir, división material de un lote).

Por tanto, una vez que el Alcalde como ejecutivo de la Municipalidad autoriza el fraccionamiento, los interesados pueden efectuar los actos legales de partición.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el tenor de los artículos 472 y 473 del COOTAD, la autorización que el Alcalde otorga para el fraccionamiento es una sola y constituye habilitante para la suscripción e inscripción de las escrituras que contengan los actos legales de partición.

GARANTÍAS DE BUENA EJECUCIÓN DE ESTUDIOS: PARA ESTUDIOS EN TIPOS DE CONTRATO

OF. PGE. N°: 11482, de 14-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Autoridad Portuaria de Guayaquil

CONSULTA:

"¿Puede aplicarse la disposición antes referida mediante la emisión por parte del contratista de cualquier otra de las garantías previstas en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?"

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 13.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 37, 73, 77 y 92 núm. 1.
Ley General de Seguros, Art. 25.
D.E. N° 451, Registro Oficial N°. 259, 18-08-2010, Art. 4.
D.S. N° 1147, Registro Oficial N°. 123, 07-12-1963, Art. 7.
Res. N° 17, Registro Oficial N° 102, 11-06-2007, Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe jurídico contenido en memorando No. APG-UAJ-2012-001290-M de 27 de noviembre de 2012, cita el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 451, publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010 y refiere entre los antecedentes el siguiente:

"1.4. Mediante oficio No. 03547 del 6 de septiembre de 2011, el Dr. Diego García

Carrión, Procurador General del Estado, ante las consulta realizadas por esta entidad respecto de la garantía antes señalada, se pronuncia en el siguiente sentido:

'En el caso específico materia de consulta, el contrato de consultoría celebrado por Autoridad Portuaria de Guayaquil y el ingeniero Roberto Apolo, tiene por objeto según la cláusula cuarta, realizar el inventario vial de las obras inconclusas existentes, y estudios y diseños definitivos, actualizados de los tramos pendientes de la Calle B y Prolongación de la Calle P de APG; es decir que se trata de una consultoría de obra vial y por tanto tal consultoría está sujeta a las normas del Decreto 451 (…).

(…) En atención a los términos de su primera consulta se concluye que para efectuar la entrega recepción de los estudios contratados para realizar el inventario vial de una calle del recinto portuario y realizar los estudios y diseños para concluir un tramo inconcluso, debe requerirse al Consultor la presentación de la Garantía de Buena Ejecución de los Estudios, de conformidad con la estipulación que consta en la cláusula décima cuarta del contrato, numeral 14.02, en virtud de que se trata de una garantía exigible en todo contrato de consultoría relacionado con obras viales, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 451 y por tanto los estudios integran el concepto de proyecto integral en la contratación de obra vial (…)".

Continúa el informe del Asesor Jurídico y respecto del pronunciamiento contenido en el oficio No. 03547 del 6 de septiembre de 2011, antes referido, se cita el siguiente texto:

"En consecuencia, en atención a los términos de su tercera consulta, se concluye que para la determinación del monto de la garantía de buena ejecución de estudios, se debe atender a la estipulación contractual contenida en el numeral 14.2 de la Cláusula Décima y a la norma vigente al tiempo de celebración del contrato; es decir, en el caso específico, se aplica el artículo 4 del Decreto 451 publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010, que establece que el consultor entregará a la entidad, al momento de recibirse los estudios respectivos, una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, emitido por un banco o compañía de seguros autorizada, equivalente al 100% del estudio contratado, por un plazo de 5 años, para asegurar que los estudios hayan sido bien realizados una vez contratada la obra (…)".

Adicionalmente el informe jurídico remitido señala como antecedente que, con oficio No. APG-DTEC-2012-000023-O del 20 de abril de 2012, el Jefe del Departamento Técnico solicita al contratista que motiva su consulta, que entregue la Garantía de Buena Ejecución de los Estudios, prevista en el Decreto No. 451, publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010 y en comunicación de 15 de mayo de 2012, el contratista expresa que una empresa aseguradora le ha comunicado que no existe un ramo aprobado para este tipo de garantía y que la banca privada le requirió

el pago de siete mil seiscientos dólares y la hipoteca de una propiedad por el 140% del valor total del contrato.

Añade que, mediante oficio No. APG-G-000566-O de 29 de mayo de 2012 el Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil solicitó al Superintendente de Bancos y Seguros, se sirva indicar qué empresas de seguros en el mercado ecuatoriano prevén fianzas como Garantía de Buena Ejecución de Estudios, ante lo cual el Intendente Nacional del Sistema de Seguro Privado en oficio No. INSP-2012-4734 de 6 de noviembre de 2012, informa:

"(…) le indico que el capítulo I 'Clasificación de los riesgos', título VI 'de las pólizas y tarifas' del libro II 'Normas generales para la aplicación de la Ley General de Seguros' de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, no contempla dentro de la clasificación de riesgos, el seguro de finanzas de buena ejecución de los estudios.

Las empresas de seguros legalmente autorizadas para operar en el país, de conformidad con el artículo 25 de la Ley General de Seguros y 7 del Decreto Supremo 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963, deben observar en las pólizas de seguro, las legislaciones aplicables al contrato de seguro y, en el caso de las pólizas de fianza, simultáneamente la legislación sobre contratación pública que regula los riesgos asegurables en el mercado de garantías públicas (…).

(…) En consecuencia y una vez revisados los archivos de esta Institución, pongo en su conocimiento que no existe ninguna compañía en el mercado asegurador ecuatoriano que tenga autorización para otorgar este tipo de garantía dentro del ramo de fianzas, por cuanto esta garantía no se encuentra contemplada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (…)".

Como fundamento legal, el informe jurídico hace referencia al Decreto Ejecutivo No. 451, publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010, el Decreto Ejecutivo No. 711, publicado en el Registro Oficial No. 424 de 11 de abril de 2010, que reformó el Decreto citado en primer término, así como los artículos 37, 73. 77 y 92 número 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y concluye con el siguiente criterio jurídico:

"Con los antecedentes expuestos, una vez analizado el caso, considerando que el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala cuáles son las formas de garantía que se pueden otorgar por parte de los contratistas, y que con oficio R.A.G # 09-03-2012-01 del 09 de marzo de 2012, el Ingeniero Civil

Roberto Apolo G., envía documentos con el fin de que se elabore una minuta para poder hipotecar una propiedad a favor de esta entidad, lo que sí se contempla en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es procedente, se otorgue dicha garantía o cualquiera de las contempladas en el artículo 73 de la Ley referida. Lo anterior, por cuanto la misma trata de privilegiar la contratación de profesionales ecuatorianos, de conformidad a lo exigido por la entidad contratante y por el Instituto Nacional de Contratación Pública".

Conforme concluí en la tercera consulta del pronunciamiento No. 03547 del 6 de septiembre de 2011: "(…) para la determinación del monto de la garantía de buena ejecución de estudios, se debe atender a la estipulación contractual contenida en el numeral 14.2 de la Cláusula Décima y a la norma vigente al tiempo de celebración del contrato; es decir, en el caso específico, se aplica el artículo 4 del Decreto 451 (…)", que dispone:

"Artículo 4.- Toda consultoría que se refiera a estudios y diseños definitivos de obras señaladas en el artículo 2 deberá rendir, al momento de recibirse los estudios respectivos, una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato emitido por un banco o compañía de seguros autorizada, equivalente al 100% del estudio contratado, por un plazo de 5 años, para asegurar que los estudios hayan sido bien realizados una vez contratada la obra".

Adicionalmente, en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 03547 del 6 de septiembre de 2011, referido en su consulta, la Procuraduría General del Estado analizó que

"Ni la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni su Reglamento, contienen norma alguna que prevea entre las garantías, una que asegure la correcta realización de los estudios objeto de los contratos de consultoría. Dicha materia ha sido regulada exclusivamente por el Decreto No. 451, publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010 y su reforma contenida en el Decreto Ejecutivo No. 711, publicado en el Registro Oficial No. 424 de 11 de abril de 2011. No existe en consecuencia, conflicto de normas que deba ser resuelto aplicando el principio de prevalencia de la ley respecto de Decreto Ejecutivo, principio que exige que las normas en conflicto regulen en forma diversa la misma materia, lo que no ocurre en el caso materia de consulta":

De la cita anterior, se evidencia que la normativa que regula la Garantía de Buena Ejecución de los Estudios es el Decreto Ejecutivo No. 451, publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010, posteriormente reformado por el Decreto

Ejecutivo No. 711, publicado en el Registro Oficial No. 424 de 11 de abril de 2011 y en consecuencia deben cumplirse sus disposiciones.

En consecuencia, al haber previsto el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 451, publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010, expresamente que la garantía de buena ejecución de los estudios deben ser emitidas "por un banco o compañía de seguros autorizada", en aplicación de la regla primera del artículo 18 del Código Civil, que establece que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu, se concluye que no puede aplicarse la disposición antes referida mediante la emisión por parte del contratista de cualquier otra de las garantías previstas en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Adicionalmente, según consta del memorando No. APG-UAJ-2012-001290-M de 27 de noviembre de 2012, que contiene el criterio del asesor jurídico de Autoridad Portuaria, así como la comunicación de 15 de mayo de 2012, suscrito por el contratista, se señala que es posible la emisión de la garantía a través de la banca privada.

Sin perjuicio de lo anterior, de no ser posible cumplir con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 451, la autoridad consultante bien puede dirigirse al Señor Presidente de la República y plantearle la necesidad de reformar dicha norma a fin de prever otro tipo de garantías de buena ejecución de estudios, sin que para ello se requiera de un pronunciamiento del Procurador General del Estado.

GIRO DE NEGOCIOS: CONTRATACIONES

OF. PGE. N°: 11796, de 30-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Municipal de Vivienda de Manta -SIVIVIENDA-EP-

CONSULTAS:

1.- "¿A tenor de lo previsto en el número 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en conexión con el artículo 104 de su Reglamento General, a quién compete la determinación de las contrataciones de obras, bienes o servicios que las empresas públicas pueden realizar bajo el giro de negocios?".

2.- "¿A tenor de lo previsto en los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a quién compete el establecimiento de los requisitos o procedimientos para implementar los mecanismos asociativos, de expansión y desarrollo previstos en el Capítulo II del Título V de la referida Ley Orgánica de Empresas Públicas?".

3.-"¿Para el escogimiento de un socio estratégico a través del procedimiento señalado en los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es exigencia legal obtener la determinación o autorización del Director Ejecutivo del INCOP?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225 y 315.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1 núm. 5, 2 núm. 8; y, 103, 104, 105 de su Reglamento.
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 4, 11 núm. 15, 6, 35 y 36.
Código Municipal, Art. 1.
Normas Complementarias para el Giro Especifico del Negocio, Arts. 1, 2 y 3.

PRONUNCIAMIENTOS:

El informe jurídico de la entidad consultante, contenido en el oficio No. AJ-EP-0090 de 10 de diciembre de 2012, argumenta:

"De conformidad con lo previsto en el número 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), los procedimientos precontractuales para la adquisición de obras, bienes o servicios de las empresas públicas, que tengan relación con el giro específico del negocio, se '…someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley'. Agrega la norma, por una parte, que para la adquisición de obras, bienes o servicios relacionados con el giro común, se aplicará el régimen común previsto en esta Ley; y por otra parte, que la determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública (…)".

Concluye el Asesor Legal de la Empresa Pública consultante, con el siguiente criterio:

"De lo anterior, puede concluirse que es competencia del Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Compras públicas, la determinación de las contrataciones que correspondan al giro específico y al giro común del respectivo negocio de las empresas públicas".

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".

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, define a las empresas 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, reformada mediante Ordenanza No. 0301, que establece el Régimen Común para la Organización y Funcionamiento de las Empresas Públicas, "De las Empresas públicas 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".

Por su parte, 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 este contexto, el artículo 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 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.

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.

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", en su artículo 103, prevé:

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

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

2. Las subsidiarias definidas como tales en el numeral 11 del artículo 6 de la Ley y conforme lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 2 de la Ley".

El artículo 103 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, previamente citado, prevé que los contratos relacionados con el giro específico de los negocios, las 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 y que estén relacionadas con el giro específico de sus negocios, se sujetarán a las disposiciones contenidas en el artículo 104 del indicado Reglamento, que dispone lo siguiente:

"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 especificas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General.

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

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

El artículo 104 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica en mención y su Reglamento General, las contrataciones a cargo de las empresas previstas en el artículo 103 del Reglamento, relacionadas con el giro específico de sus negocios, las 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.

Para que proceda el régimen de excepción, la máxima autoridad de las empresas o sus delegados deben remitir al Instituto de Contratación Pública, INCOP, la solicitud para que éste determine las contrataciones que pertenecen al giro específico y al giro común del respectivo negocio. Dicha determinación no se refiere a contrataciones en particular, sino que el INCOP, de manera general, establece los rubros de bienes o servicios que son propios del objeto de la Empresa, sobre la base del detalle de contrataciones que la empresa remite, de conformidad con el Clasificador Central de Productos -CPC-, según disponen las Normas Complementarias, emitidas por el INCOP, que citaré más adelante.

De lo expuesto, se colige que la definición de giro específico que efectúa el INCOP abarca los bienes o servicios requeridos para el cumplimiento del objeto social de la entidad y no se refiere a contrataciones en particular. En consecuencia, dicha definición

es un marco general en el que se determinan los ítems relacionados con las actividades propias de la Entidad, en base de la cual todas las contrataciones sobre tales ítems se sujetan al régimen de excepción, sin que se requiera autorización adicional para cada contratación que se efectúe al amparo del giro específico, previamente aprobado por el INCOP.

Por su parte, el artículo 105 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina:

"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".

Las Normas Complementarias para el giro específico del negocio, emitidas por el INCOP, mediante Resolución NO. 051-2011, determinan lo siguiente:

"Art. 1.- Ámbito de aplicación.- La presente resolución será aplicable a todas las empresas públicas, subsidiarias, o personas jurídicas de derecho privado cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público, que de conformidad con el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP- requieran la determinación del giro específico del negocio por parte del Director Ejecutivo del INCOP, de acuerdo con el objeto social de la entidad contratante que conste en la ley de creación, instrumento constitutivo, normativa sectorial o regulatoria o estatuto social, según sea el caso".

Art. 2.- Requisitos para solicitud de giro específico del negocio.- Todas las empresas públicas o personas jurídicas de derecho privado enunciadas en el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP, deberán solicitar expresamente la determinación del giro específico del negocio al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, para lo cual detallarán y adjuntarán la siguiente documentación:

1. Documento suscrito por el representante legal en la que se solicite la determinación del giro específico del negocio de la empresa pública.

2. Copia certificada del acto o normativa legal de constitución en la que se verifique la razón social, objeto o actividad económica principal de la empresa pública, de ser el caso, o copia certificada de la escritura pública o acto normativo legal de constitución en la que se verifique la razón social y objeto o actividad económica principal de la empresa, de ser el caso.

3. Detalle magnético de las contrataciones de bienes, obras, servicios, incluidos las de consultoría, requeridas y relacionadas con el objeto social de la empresa pública, mismas que deberán justificarse y relacionarse con el Clasificador Central de Productos -CPC- (…)".

Art. 3.- Ampliación del giro específico del negocio.- En cualquier tiempo las empresas públicas o empresas privadas enunciadas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que hayan obtenido la determinación del giro específico del negocio podrán solicitar al INCOP una ampliación o modificación del giro de negocio, siempre que la petición se encuentre respaldada por el objeto social vigente y certificado.

Para el efecto, deberá adjuntar el detalle magnético de las contrataciones de bienes, obras, servicios, incluidos las de consultoría, requeridas y relacionadas con el objeto social de la empresa, mismas que deberán justificarse y relacionarse con el Clasificador Central de Productos –CPC".

De los artículos 1, 2 y 3 de las Normas Complementarias emitidas por el INCOP, que han quedado citadas, se establece que éstas son aplicables a las empresas públicas, a las subsidiarias, o personas jurídicas de derecho privado cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público, las que deberán solicitar al INCOP la determinación del giro específico del negocio, de acuerdo con el objeto social de la entidad. Para tales fines deberá cumplir los requisitos que se señalan en el artículo 2 de las indicadas Normas, entre ellos, el detalle magnético de las contrataciones de bienes, obras, servicios, incluidos las de consultoría, requeridas y relacionadas con el objeto social de la empresa pública, mismas que deberán justificarse y relacionarse con el Clasificador Central de Productos -CPC-, que según consta del Portal de Compras Públicas, está establecido mediante ítems o rubros.

Tanto para la autorización de las contrataciones de giro específico del negocio, como para la ampliación de dicho giro, que requieran las empresas que hayan obtenido la determinación del giro específico del negocio, es necesario que la empresa presente al Instituto rector de la contratación pública, un detalle en medio magnético en el que se señalen los bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría requeridos y que se relacionen con el objeto social o actividad de la empresa. Además, debe justificar la necesidad de tales contrataciones para cumplir el objeto social y los ítems que consten en el detalle magnético deben establecerse en base del Clasificador Central de Productos que maneja el INCOP.

En el oficio No. 08783 de 13 de julio de 2012, en atención a la consulta formulada por la Empresa Pública Metropolitana de Hábitat y Vivienda, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en el siguiente tenor:

"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".

En atención a su consulta se concluye que, del tenor de lo previsto en el número 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en conexión con el artículo 104 de su Reglamento General, le compete al INCOP determinar las contrataciones de obras, bienes o servicios que las empresas públicas pueden realizar bajo el giro de negocios. La aplicación de dicha autorización a cada contratación en particular, es responsabilidad de la administración de la empresa.

Se advierte además, que en las contrataciones que se efectúen bajo el giro específico del negocio, se deben observar las normas generales que rigen para todas las contrataciones referidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre ellas, las relacionadas con los contratos, garantías, inhabilidades, Registro Único de Proveedores.

2.- Con relación a su segunda consulta, el criterio jurídico institucional, contenido en el oficio No. AJ-EP-0090 de 10 de diciembre de 2012, señala lo siguiente:

"Según el número 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP), el Directorio es el órgano de dirección de las empresas públicas. La misma Ley, en el Capítulo II del Título V, otorga capacidad asociativa y determina el órgano competente para fijar los requisitos o procedimientos a tales propósitos. En efecto, el artículo 35 de la mencionada Ley señala que las empresas '…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 y 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".

En base del análisis anterior, respecto de esta consulta, el oficio No. AJ-EP-0090, antes citado, concluye con el siguiente criterio:

"Por lo expuesto, se infiere que la facultad para establecer los requisitos o procedimientos que permitan implementar los mecanismos asociativos, de expansión o desarrollo previstos en el Capítulo II del Título V de la referida Ley Orgánica de Empresas Públicas, es competencia exclusiva de los directorios de cada empresa pública".

Mediante oficios Nos. 06885 de 8 de marzo de 2012 y 10100 de 9 de octubre de 2012, esta Procuraduría se ha pronunciado respecto del tema materia de su segunda consulta, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

Adicionalmente, pongo en su conocimiento que en el portal institucional www.pge.gob.ec se encuentran, a disposición del público, los pronunciamientos vinculantes emitidos por la Procuraduría General del Estado a través del Sistema de Consultas Absueltas, herramienta informática diseñada por esta Institución para facilitar su búsqueda y la obtención de los pronunciamientos emitidos a partir del año 2008.

3.- Respecto de la tercera consulta, el Asesor Legal de la entidad consultante, en su informe jurídico expresa el siguiente criterio:

"Se ha preocupado el legislador en aclarar, en el (sic) artículos 35 y 36, que los acuerdos asociativos e inversiones 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.

A la luz de las previsiones citadas, es meridiano que tanto la LOSNCP como la LOEP guardan coherencia al ordenar que para las contrataciones de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que lleven adelante las empresas públicas por régimen común, se observen las previsiones de la LOSNCP; que para las contrataciones de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría que lleven adelante las empresas públicas, por giro del negocio, se observen las previsiones del artículo 104 de del RGLOSNCP, en cuyo caso es requisito obtener una determinación del Director Ejecutivo del INCOP; y, que, para el escogimiento de un socio estratégico a través del procedimiento señalado en los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se esté exclusivamente a la resolución del directorio de la respectiva empresa pública, no requiriéndose de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el mencionado cuerpo colegiado para perfeccionar la asociación o inversiones. En otras palabras, en este último caso, la ley no exige obtener la determinación o autorización del Director Ejecutivo del INCOP".

Los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, referidos en su consulta, en su orden prevén 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.

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".

En lo principal, los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, antes citados, facultan a las empresas públicas a 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; y, determina que a excepción de los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional, 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.

Además, el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas determina que, 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, organismo al que también le compete aprobar los procesos de asociación.

Esta Procuraduría en oficio No. 10100 de 9 de octubre de 2012, señaló la competencia del Directorio de las empresas públicas para determinar los requisitos y procedimientos para la selección de socios privados, en el siguiente tenor:

"Le corresponde al Directorio, determinar los requisitos y procedimientos para la selección de socios privados. De igual manera, es responsabilidad del Directorio precautelar la legalidad y transparencia del proceso, así como las condiciones de participación de la empresa pública.

La conveniencia de constituir una asociación, alianza estratégica o una sociedad de economía mixta y, en general, de escoger una forma asociativa, así como de establecer los requisitos y procedimientos para seleccionar un socio privado, son de competencia del Directorio de la Empresa Pública".

Adicionalmente a lo expuesto, cabe indicar que los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuyos textos han quedado citados, no determinan como requisito previo para la selección de un socio estratégico, que la empresa pública requiera autorización del organismo rector del sistema nacional de contratación pública, por lo que se concluye que no existe la exigencia legal de obtener la autorización del Director Ejecutivo del INCOP para la selección de un socio estratégico.

GUARDERIA: PAGO EN EFECTIVO

OF. PGE. N°: 11538, de 16-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Sucumbíos

CONSULTA:

¿Procede que el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Sucumbíos, pague en dinero en efectivo a las servidoras o servidores públicos por el servicio de guarderías dispuesto en el literal p) del Art. 23 de la LOSEP y último inciso del Art. 240 de su Reglamento, tomando en cuenta que: Los Gobiernos Autónomos descentralizados provinciales gozan de autonomía política, administrativa y financiera; y se cuenta con la correspondiente Partida Presupuestaria?.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 23 lit. p), 96, 236, 240, Disp. Gen. Décima Cuarta; y, 240 inc. Ultimo de su Reglamento.
Normas de Control Interno, Registro Oficial N° 87, 14-12-2009.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa el criterio jurídico del Director de Gestión Sindicatura, constante en oficio No. 34-GS GADPS-12 de 3 de diciembre de 2012, quien en aplicación a la letra p) del Art. 23 de la LOSEP y el último inciso del Art. 240 de su Reglamento, referente al pago del servicio de guardería, concluye manifestando lo siguiente:

"Bajo estas consideraciones de carácter constitucional y legal, señor Prefecto considero procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Sucumbíos, pague en dinero en efectivo a las servidoras o servidores públicos por el servicio de guarderías dispuesto en el literal p) del Art. 23 de la LOSEP y último inciso del Art. 240 de su Reglamento; por cuanto: 1.- Los Gobiernos Autónomos descentralizados provinciales gozan de autonomía política, administrativa y financiera; 2.- Se cuenta con la correspondiente Partida Presupuestaria; 3.- Se realizó los correspondientes procesos de contratación a través del portal de compras públicas, los cuales fueron declarados desiertos; y la Institución no cuenta con los locales apropiados para dar la atención a las hijas o hijos de los servidores del GADPS".

Entre los documentos que se adjuntan a su consulta, consta el oficio No. 105 GATH de 21 de marzo de 2012, suscrito por el Director de la Gestión Administrativa y Talento Humano de la Entidad a su cargo, quien solicita autorizar el trámite para contratar el servicio de guardería para los hijos e hijas menores a 5 años de los servidores del Gobierno Autónomo Descentralizado de Sucumbíos.

El inciso segundo del artículo 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece que para la determinación de la remuneración mensual unificada, no se incluirán los siguientes conceptos: "a) Décimo tercer sueldo; b) Décimo cuarto sueldo; c) Viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias y extraordinarias; d) El Fondo de reserva; e) Subrogaciones o encargos; f) Honorarios por capacitación; g) Remuneración variable por eficiencia; h) Gastos de residencia; e, i) Bonificación geográfica", los mismos que constituyen los únicos ingresos complementarios que prevé la referida Ley.

La Disposición General Décima Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público, prescribe lo siguiente:

"DÉCIMA CUARTA.- Prohíbase 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 las disposiciones citadas, se desprende que el servicio de guardería no es un ingreso permanente y regular del servidor, y por tanto, no es parte de la remuneración mensual unificada, ni constituye una remuneración compensatoria, sino exclusivamente un beneficio que las entidades del sector público pueden prestar a sus servidores, de conformidad con las normas que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales.

En el Título IV, Capítulo VIII del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, referente al tema de "Salud Ocupacional", los Arts. 236 y 240 han regulado ampliamente lo relacionado con este beneficio en los siguientes términos:

"Art. 236.- Bienestar social.- A efectos del plan de salud ocupacional integral, el Estado aportará dentro del programa de bienestar social, que tiende a fomentar el desarrollo profesional y personal de las y los servidores públicos, en un clima organizacional respetuoso y humano, protegiendo su integridad física, psicológica y su entorno familiar, con lo siguiente:

Los beneficios de transporte, alimentación, uniformes y guarderías, que deberán ser regulados por el Ministerio de Relaciones Laborales, en los que se determinarán las características técnicas relacionadas con salud ocupacional, y techos de gastos para cada uno de ellos, para lo cual previamente deberá contarse con la respectiva disponibilidad presupuestaria".

"Art. 240.- De las guarderías.- Las instituciones comprendidas en el ámbito de la LOSEP, deberán conceder únicamente a las y los hijas o hijos de sus servidores y servidoras, o niñas o niños de las y los servidores públicos que se encuentren bajo su cuidado o patria potestad el servicio de cuidado diario infantil, hasta el día que cumplan los 5 años de edad. Estos servicios podrán ser brindados de acuerdo al siguiente orden de prioridad:

a) Centros de cuidado diario infantil financiados por el Instituto de la Niñez y la Familia - INFA;

b) Centros de cuidado diario infantil, creados o que se creen y manejados directamente por las instituciones del sector público; o,

c) Centros de cuidado infantil privado.

Las instituciones recibirán las solicitudes de las o los servidores para acceder a este beneficio y lo concederán de acuerdo a su disponibilidad presupuestaria y organización interna y planes pedagógicos del centro de cuidado infantil.

Los centros infantiles públicos o privados que proporcionen el servicio de cuidado diario, deberán cumplir con todas las disposiciones del organismo que regule este tipo de establecimientos, así como haber obtenido la autorización de funcionamiento correspondiente, de tal manera que se pueda garantizar los planes pedagógicos y de cuidado, la infraestructura, implementos y materiales adecuados, así como el personal especializado y capacitado para brindar atención y estimulación, acordes a las edades de las y los niños o niñas y cuidar de que la alimentación que brinden mantenga los estándares óptimos para un adecuado desarrollo y la buena nutrición de las niñas y niños.

Dichos centros contemplarán la infraestructura para el caso de niñas y niños con discapacidad y programas para tal efecto.

Podrán realizarse convenios entre dos o más instituciones para que se utilicen las instalaciones de una institución por parte de las o los hijos de las o los servidores que laboren en otra institución.

En el caso de que sean servidores públicos en dos instituciones diferentes, tanto el padre, como la madre de las y los niñas y niños, podrán beneficiarse con este servicio en una de las dos instituciones por cada hija o hijo, de tal manera que el beneficio no se duplique.

La UATH o las que hicieren sus veces serán las responsables de organizar y controlar permanentemente la correcta prestación de este beneficio.

En caso de que una institución no cuente con los servicios necesarios, podrá pagarse en dinero por cada hija o hijo que tengan hasta el día que cumpla los 5 años de edad, a la servidora o servidor hasta los montos máximos establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, y previo el respectivo dictamen favorable del Ministerio de Finanzas".

Del artículo transcrito se desprende que, las instituciones inmersas en el ámbito de la Ley Orgánica del Servicio Público, podrán conceder el servicio de guardería únicamente a los hijos de sus servidores, o a los niños que se encuentren bajo el cuidado o patria potestad de aquellos, hasta que cumplan 5 años edad. Este cuidado diario infantil podrá ser otorgado por centros públicos o privados, los mismos que deberán cumplir con las disposiciones del organismo que regule este tipo de establecimientos, así como haber obtenido la autorización de funcionamiento correspondiente.

El monto máximo de pago por el servicio de guardería será el establecido de conformidad con los techos que para el efecto establezca el Ministerio de Relaciones Laborales, previo el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas.

Finalmente, la Norma de Control Interno 403-09 "Pagos a Beneficiarios", en sus incisos quinto y final dispone lo siguiente:

"Las remuneraciones y otras obligaciones legalmente exigibles, serán pagadas mediante transferencias a las cuentas corrientes o de ahorros individuales de los beneficiarios, aperturadas en el sistema financiero nacional o internacional, registradas en la base de datos del sistema previsto para la administración de los servicios públicos.

Bajo ninguna consideración se podrán realizar pagos en efectivo, a excepción de los gastos que se realizan a través de la caja chica".

Por lo expuesto, se concluye que las entidades y organismos que no cuentan con los servicios de cuidado diario infantil, pueden transferir a las cuentas de sus servidores beneficiarios los respectivos valores, mientras sus hijos o los niños que se encuentren bajo su cuidado o patria potestad cumplan los cinco años de edad, dentro de los

montos máximos establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, previo dictamen favorable del Ministerio de Finanzas, de conformidad con la Disposición General Décima Cuarta de la Ley Orgánica del Servicio Público y el artículo 240 de su Reglamento General.

IMPUESTO A LA UTILIDAD Y PLUSVALIA: TRANSFERENCIA DE DOMINIO DE INMUEBLES A TÍTULO ONEROSO

OF. PGE. N°: 11923, de 06-02-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Rumiñahui

CONSULTAS:

1. "Sobre la base de lo dispuesto en el Código Civil, ¿se debe considerar a los actos legales de partición como justo título traslativo de dominio y a su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad como un modo de transferir el dominio?".

2.- "Si se considera a los actos legales de partición como justo título y a su inscripción como modo de transferir el dominio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 559 literal a) del COOTAD ¿se debería considerar la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura pública de partición como el 'momento de la adquisición' para definir las deducciones al impuesto a las utilidades en la transferencia de predios urbanos y plusvalía de los mismo?".

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 13 inc. Segundo.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 556, 558 y 559 lit. a).
Código Civil, Arts. 603, 687, 691, 702, 703, 718, 733, 735, 742 y 743.
Código Tributario, Arts. 16, 23 y 24.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Respecto del tema de su primera consulta, la Procuradora Síndica Municipal en el

oficio No. 2012-864-S-GADMUR de 6 de diciembre de 2012 cita los artículos 718 del Código Civil y 556 y 558 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, concluye con el siguiente criterio jurídico:

"Por lo antes mencionado, siendo que la última transferencia de dominio, previo a la compra venta que genera la utilidad real a favor del vendedor, fue un acto legal de partición, es criterio de la Sindicatura Municipal que el cálculo del impuesto a la plusvalía del contrato de compra venta, deberá tener en cuenta como último antecedente de dominio al acto legal de partición, para los fines dispuestos en el artículo 559 del COOTAD".

El ordenamiento jurídico ecuatoriano distingue los modos de transmitir el dominio de los títulos. Así el artículo 603 del Código Civil, determina que son modos de adquirir el dominio, la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

El Código Civil en el artículo 686, establece que la "tradición" es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo.

El artículo 687 del Código Civil, llama tradente a la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él a su nombre y adquirente la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre.

Sobre la tradición, el tratadista chileno Luis Claro Solar, explica:

"(…)La tradición es un modo de adquirir derivativo, de derecho natural, que implica enajenación de una cosa ya apropiada y mediante la cual una persona deja de ser propietaria de ella al mismo tiempo que otra persona pasa a serlo".

De acuerdo con el artículo 691 del Código Civil, para que valga la tradición se requiere un título translaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

De conformidad con el artículo 702 del referido Código Civil, se efectúa la tradición del dominio de bienes raíces por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad.

El artículo 703 del Código Civil determina que la inscripción del título de dominio se hará en el registro del cantón en que esté situado el inmueble; y, si éste, por su situación,

pertenece a varios cantones, deberá hacerse la inscripción en el registro de cada uno de ellos y si por un acto de partición se adjudican a varias personas los inmuebles o parte de los inmuebles que antes se poseían proindiviso, el acto de partición, en lo relativo a cada inmueble o cada parte adjudicada, se inscribirá en el cantón o cantones a que por su situación corresponda dicho inmueble o parte.

A fin de continuar con el análisis del tema de consulta, es necesario definir jurídicamente a la partición, que según Guillermo Cabanellas es:

"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".

Por su parte, el artículo 718 del Código Civil, en cuanto al justo título dispone:

"Art. 718.- El justo título es constitutivo o translativo de dominio.

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.

Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición.

Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión.

Las transacciones, en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; pero, en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo".

Su consulta se halla encaminada a determinar si los actos legales de partición

constituyen título translaticio de dominio y si su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad es un modo de transferir el dominio.

Cabe señalar que el Código Civil no define el 'justo título' y al respecto, el tratadista ecuatoriano Dr. Juan Larrea Holguín, analiza:

"No es fácil definir el 'justo título'. Transcribiré a continuación algunas definiciones de autores: 'Por justo título se entiende el que tiene existencia jurídica. Justo título es sinónimo de título legal: título conforme a la Ley (González Valencia).- 'Es una causa de adquisición del bien, reconocida como legítima por la Ley (Rodríguez Piñeres).- 'Justo título es la causa en virtud de la cual poseemos alguna cosa de acuerdo con las leyes (Fernando Vélez).- Justo título es el que da al poseedor un justo motivo para creerse dueño de la cosa (Alessandri). Todas las definiciones propuestas coinciden en que el justo título debe ceñirse a la Ley, ser conforme a ella, pero la cuestión fundamental radica en saber hasta qué punto es preciso el cumplimiento de la Ley, y desde qué momento la violación de alguna norma legal hace al título no justo o injusto. Bien sabido es que no toda transgresión es sancionada de igual manera, por ejemplo la nulidad se reserva sólo para las más graves violaciones de la Ley.

Por la razón anotada, nuestro Código no define lo que es justo título sino que indica cuáles son justos (Art. 743), y clasifica los títulos justos en constitutivos y traslativos del dominio (Art. 742).

De todas formas no pueden deducir que el justo título es aquel que reúne estas cualidades: ser válido, verdadero y apto para transferir el dominio o constituir en él. A la validez, se opone la nulidad; a la verdad, la falsedad, aunque no sea aparente (título putativo), y lo contrario de apto para transferir o constituir el dominio, es precisamente lo no apto o no suficiente. Por ejemplo, la compraventa, aunque apta para transferir el dominio, no es suficiente, puesto que se requiere, además, la tradición de la cosa, la cual, si se trata de inmuebles de verifica mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad".

Respecto de las sentencias de adjudicación, a las que también se refiere el cuarto inciso del artículo 718 del Código Civil que motiva su consulta, el doctor Juan Larrea Holguín, señala lo siguiente:

"Algunos títulos podrían presentar motivos de duda sobre su naturaleza, y por ello el Código lo aclara. El Art. 735 (corresponde al artículo 703 del Código Civil vigente) indica que las sentencias de adjudicación de juicios divisorios y los actos legales de partición, constituyen títulos traslativos de dominio, esta norma debe prevalecer sobre otras que parecen en contradicción con ella, y que no se refieren directamente a la naturaleza de

tales títulos. Así, el artículo 1397 (1360 Código vigente) establece que 'cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión'. Y el Art. 757 (artículo 733 vigente), refiriéndose en general a las particiones señala que 'cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía pro indiviso se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo de la indivisión.' Pero estas disposiciones constituyen una ficción legal con efecto retroactivo, y no quitan que realmente mediante la adjudicación o la división se concrete al dominio en manos de una persona, dominio que antes correspondía a muchos, de modo que acertadamente considera el Código que hay en estos casos un títulos traslativo de domino (…)".

"(…) Un poco diferente es la situación, en el caso de las sentencias de adjudicación en los juicios divisorios, pero presentan también analogía con los anteriores casos. Estas sentencias, dice el Art. 742 (corresponde al artículo 718 del vigente Código Civil) que se encuadran en los títulos traslaticios de dominio. Pero es preciso entender que no trasladan el dominio, otros derechos, ni mucho menos la posesión, de la masa común al particular, al individuo que recibe la adjudicación; no sucede esto, sino que tales sentencias perfeccionan la transferencia de dominio del causante de la indivisión al adjudicatario directamente, puesto que la ley ordena presumir que incluso el adjudicatario 'ha poseído desde el primer momento' todo lo que se le adjudica y sólo lo que se le adjudica. Por eso, la sentencia de adjudicación debe entenderse que es título sólo en el sentido de 'documento que certifica el título', el verdadero título será de compra pro-indiviso, la herencia, etc.".

De su parte, Fernando Alessandri, respecto de esta institución, cuyo tratamiento en el derecho civil chileno es similar al ecuatoriano, expone:

"En el Derecho chileno, como en el francés, el italiano y otros, la partición o, si se prefiere, la adjudicación no es un modo de adquirir un acto traslativo de la propiedad, sino un acto de naturaleza puramente declarativa. Supone la existencia de una propiedad exclusiva anterior en manos del copartícipe. Esta concepción principió a delinearse en el siglo XV con los comentaristas del Derecho Romano (…).

Desde el siglo XVI, el Derecho francés, como más tarde nuestro Código Civil, estima que la partición no es un acto traslativo de propiedad sino de naturaleza declarativa. Se considera que el derecho de propiedad exclusiva reconocido al partícipe adjudicatario estaba ya en potencia durante la comunicada, actualizándose con la adjudicación (…)".

Aún más esclarecedor, resulta el análisis de los tratadistas Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, respecto de la clase de títulos a que pertenecen las

sentencias de adjudicación y los actos legales de partición, que aunque opuesto al Dr. Juan Larrea Holguín, está referido precisamente a la norma del artículo 718 del Código Civil ecuatoriano (artículo 703 del Código Civil Chileno), que he citado y corresponde tener en cuenta en el tema de consulta:

"Qué clases de títulos son las sentencias de adjudicación y los actos legales de partición.- Hay en el artículo 703 un punto de mucha importancia, pero oscuro. Dice el artículo, después de definir los títulos traslaticios: 'Pertenecen a esta clase las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición'. Se nos presenta la duda de saber qué clase de títulos son estas sentencias: traslaticios, constitutivos o declarativos de dominio. Demos algunas nociones previas.

Jurídicamente, la adjudicación se presenta cuando existe con anterioridad una comunidad. Entonces, la adjudicación viene a ser, lisa y llanamente, el acto por el cual, al liquidarse la comunidad, se le da a cada comunero un bien determinado en pago del derecho que sobre él tenía como comunero. Por ejemplo, si fallece una persona y deja tres herederos, se crea un estado de comunidad; si se liquida esta comunidad y se le adjudica a Pedro la casa que constituía el patrimonio de la comunidad, esto es lo que jurídicamente constituye la adjudicación. En este caso, ella no es un título traslaticio ni constitutivo de dominio, sino que es el caso más típico de título declarativo, ya que el derecho existía con anterioridad, y la adjudicación sólo ha venido a confirmar ese derecho".

En abono del análisis precedente, cabe señalar que la partición procede en múltiples casos, siempre que haya una comunidad de bienes, entre otros, el caso de los bienes de una sociedad civil o mercantil, el condominio y el más común que es el caso de los bienes hereditarios, en el que se ejemplifica claramente el carácter declarativo de la partición en el derecho sucesorio, conforme lo analiza el tratadista Luis Claro Solar:

"Según nuestro Código, la partición de bienes ha dejado de ser atributiva de propiedad; es simplemente declarativa. Dice el art. 1344: Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. De modo que cada asignatario adquiere directo y exclusivamente del difunto a quien sucede, por el testamento de éste o por disposición de la ley, la propiedad de todos los efectos que le han cabido en su lote a partir de la apertura de la sucesión; y no haber tenido jamás parte alguna en los efectos que han correspondido a su coherederos, en sus respectivos lotes.

La partición de los bienes de la herencia solamente tiene por objeto declarar cuáles son los bienes en que ha sucedido al difunto cada uno de los copartícipes (…)".

Concordante con lo anterior, el fallo de la Corte Suprema de Justicia, que a continuación cito, señala lo siguiente:

"CONCEPTO DE PARTICIÓN

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.

(…) No desplaza, no transfiere nada; su papel de orden distributivo, consiste en situar, en localizar los derechos preexistentes, en sustituir partes alícuotas, fracciones, números por casos".

El fallo judicial en mención cita a Manuel Somarriva Undurraga, en el siguiente tenor:

"La partición conforme el concepto dado, supone una serie de operaciones complejas, cuyo objeto es liquidar y distribuir el caudal poseído en común, en términos tales que se asignen a cada asignatario bienes que correspondan exactamente a los derechos cuotativos de cada copartícipe en la comunidad. En consecuencia, ninguno de los copartícipes puede enriquecer, empobrecerse, recibiendo más o menos que los otros, porque es en esencia de la partición, el carácter igualitario que la preside. No desplaza, no transfiere nada; su papel, de orden distributivo, consiste en situar, en localizar los derechos preexistentes (…)".

El efecto retroactivo de la partición, está establecido en el artículo 733 de nuestro Código Civil, el cual dispone que:

"Art. 733.- Posesión de los partícipes en la parte adjudicada.- Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo de la indivisión.

Podrá, pues, añadir este tiempo al de su posesión exclusiva, y las enajenaciones que haya hecho, por sí solo, de la cosa común, y los derechos reales con que la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte, si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen. Pero si lo enajenado o gravado se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen, en cuanto al exceso, contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios".

De otra parte, cabe considerar que nuestro ordenamiento civil, diferencia entre el título y el modo de adquirir el dominio y en este contexto, en cuanto a los modos de adquirir

el dominio el primer inciso del artículo 603 del Código Civil, prescribe: "Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción".

Sobre la distinción entre modos originarios y derivativos, Larrea Holguín explica:

"El Derecho regula como cuestión de singular importancia lo relativo al inicio de un derecho, lo mismo que respecto de su terminación o final.

A veces, se tratará de un comienzo absoluto, es decir, de un derecho que surge por primera vez, sin antecedente alguno, como algo totalmente nuevo no sólo en un determinado sujeto, sino en todo el conjunto de la vida jurídica. Entonces se requiere que el orden jurídico determine cómo se establece tal derecho; nos hallamos ante lo que se llama un modo originario de adquirir.

En otros casos, el derecho de un sujeto deriva de otro derecho anterior; por ejemplo, otra persona le transmite su derecho o lo traspasa; entonces tenemos un modo derivativo de adquirir (…)."

"(…)Todo esto se ve más claramente en el caso de la propiedad, y sobre todo de la propiedad inmueble. La compraventa por sí sola no transfiere el derecho de dominio. El vendedor se obliga a transferir el dominio; el comprador adquiere sólo el derecho personal, el derecho a exigir que se le transmita la propiedad. La compra venta es un título para adquirir el dominio, una causa remota, pero con el modo apropiado que, en el caso consiste en la tradición, se transfiere la propiedad y la adquiere el comprador.

Tratándose de inmuebles, se hace una escritura pública en la que consta la cosa, el precio y la voluntad de vender y de comprar respectivamente; así se ha constituido un título, una causa remota que origina el derecho del comprador para que el vendedor lo transfiere el dominio. Pero el dominio no se transfiere por la simple escritura, sino mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad; éste es el modo concreto, la causa próxima; por la tradición o entrega, que respecto de los inmuebles se hace por la inscripción en el Registro, así es como se adquiere el dominio de bienes inmuebles".

Los artículos 603 y 718 del Código Civil deben ser inteligenciados en forma conjunta y armónica, pues de ellos se desprende que en los modos derivativos (tradición y sucesión por causa de muerte), nuestro sistema jurídico exige que al modo preceda un título translaticio.

A manera de ejemplo resulta pertinente considerar que, tratándose de actos de partición que ponen fin a la indivisión proveniente de una herencia, los herederos adquirieron

por el modo sucesión por causa de muerte y los títulos que precedieron y permitieron esa adquisición son el testamento o la ley según el artículo 994 del Código Civil, lo que evidencia que la partición voluntaria o judicial que efectúen los herederos con posterioridad, tiene únicamente carácter declarativo de derechos que antes ya existían. Del análisis del artículo 718 del Código Civil, se evidencia que los actos legales de partición, al igual que las sentencias de adjudicación en los juicios divisorios, no son títulos translaticios de dominio, sino únicamente títulos declarativos de derechos preexistentes. De acuerdo con el citado artículo 733 del Código Civil, por el efecto retroactivo de la partición, "(…) cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo de la indivisión".

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 718 y 733 del Código Civil, los actos legales de partición entre condóminos o coherederos, constituyen justo título declarativo de dominio puesto que ponen fin al dominio conjunto y preexistente que varias personas tenían sobre el mismo bien raíz, adquirido previamente por los modos tradición o sucesión por causa de muerte, según el caso.

Respecto a la segunda parte de su consulta se concluye que, la inscripción de los actos legales de partición no constituye un modo de adquirir el dominio, puesto que, según el análisis jurídico realizado, sólo concreta o especifica el dominio por el efecto retroactivo de la partición. En consecuencia la adquisición del dominio se produjo inicialmente, proindiviso, con anterioridad a la partición. Es en esa fecha anterior cuando se perfeccionó la transferencia mediante uno de los modos previstos en el artículo 603 del Código Civil, en virtud de un título válido precedente. La partición no crea ni traslada el dominio.

2.- De acuerdo con los artículos 16, 23 y 24 del Código Tributario, los elementos básicos de la obligación tributaria son el sujeto activo como ente acreedor del tributo, el sujeto pasivo obligado al pago del tributo, y el hecho generador esto es el presupuesto legal que al producirse da nacimiento a la obligación tributaria.

El primer inciso del artículo 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece el hecho generador del impuesto por utilidades y plusvalía, en los siguientes términos:

"Art. 556.- Impuesto por utilidades y plusvalía.- Se establece el impuesto del diez por ciento (10%) sobre las utilidades y plusvalía que provengan de la transferencia de inmuebles urbanos, porcentaje que se podrá modificar mediante ordenanza".

El artículo 558 del citado Código Orgánico, establece:

"Art. 558.- Sujetos pasivos.- Son sujetos de la obligación tributaria a la que se refiere este capítulo, los que como dueños de los predios, los vendieren obteniendo la utilidad imponible y por consiguiente real, los adquirentes hasta el valor principal del impuesto que no se hubiere pagado al momento en que se efectuó la venta.

El comprador que estuviere en el caso de pagar el impuesto que debe el vendedor, tendrá derecho a requerir a la municipalidad que inicie la coactiva para el pago del impuesto por él satisfecho y le sea reintegrado el valor correspondiente. No habrá lugar al ejercicio de este derecho si quien pagó el impuesto hubiere aceptado contractualmente esa obligación.

Para los casos de transferencia de dominio el impuesto gravará solidariamente a las partes contratantes o a todos los herederos o sucesores en el derecho, cuando se trate de herencia, legados o donaciones.

En caso de duda u oscuridad en la determinación del sujeto pasivo de la obligación, se estará a lo que dispone el Código Tributario".

Conforme a los artículos 556 y 558 del COOTAD, el hecho generador del impuesto por utilidades y plusvalía, es la transferencia onerosa de inmuebles urbanos; y, por tanto, sujeto pasivo del tributo es el dueño del predio que lo transfiere obteniendo utilidad imponible.

Como deducciones al impuesto a la utilidad y plusvalía, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, ha previsto lo siguiente:

"Art. 557.- Deducciones.- Para el cálculo del impuesto determinado en el artículo anterior, las municipalidades deducirán de las utilidades los valores pagados por concepto de contribuciones especiales de mejoras.

Art. 559.- Deducciones adicionales.- Además de las deducciones que hayan de efectuarse por mejoras y costo de adquisición, en el caso de donaciones será el avalúo de la propiedad en la época de adquisición, y otros elementos deducibles conforme a lo que se establezca en el respectivo reglamento, se deducirá:

El cinco por ciento (5%) de las utilidades líquidas por cada año que haya transcurrido a partir del momento de la adquisición hasta la venta, sin que en ningún caso, el

impuesto al que se refiere esta sección pueda cobrarse una vez transcurridos veinte años a partir de la adquisición; y,

La desvalorización de la moneda, según informe al respecto del Banco Central".

En pronunciamiento contenido en oficio No. 001850 de 18 de mayo de 2011, dirigido al Alcalde del Cantón Baños, esta Procuraduría se refirió al hecho generador del impuesto a las utilidades y plusvalía en los siguientes términos:

"En consecuencia, el hecho generador del impuesto a las utilidades y plusvalía, previsto en el artículo 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se produce cuando se perfecciona la transferencia de dominio del bien inmueble a título oneroso, obteniendo una utilidad imponible y por consiguiente real (…)".

(…) la transmisión o transferencia de bienes inmuebles a título gratuito no está sujeta al pago del impuesto sobre las utilidades y plusvalía previsto en el artículo 556 del Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización, sino al pago del impuesto sobre los ingresos o el incremento patrimonial proveniente de las herencias, legados o donaciones previsto en el artículo 36 letra d) de la Ley de Régimen Tributario Interno y los artículos 54 y siguientes de su Reglamento de aplicación".

Respecto de las deducciones aplicables al impuesto a la plusvalía, en pronunciamiento contenido en oficio No. 00988 de 21 de marzo de 2011, este Organismo analizó que:

"La rebaja o deducción del impuesto municipal a la plusvalía, del cinco por ciento anual de la utilidad proveniente de la transferencia, establecida en la letra a) del artículo 559 del COOTAD, que se transcribió al atender su primera consulta, es aplicable para efectos del cálculo del impuesto; es decir, que es aplicable únicamente cuando procede el pago del tributo".

En el mismo pronunciamiento se concluyó:

"Por lo tanto, para los efectos de la deducción del cinco por ciento (5%) de las utilidades líquidas en la transferencia de inmuebles, prevista en la letra a) del artículo 559 del COOTAD, aplicable por cada año transcurrido a partir del momento de la adquisición hasta la venta (o siguiente transferencia), debe contabilizarse como fecha de adquisición, la fecha de la tradición inmediata anterior en la que sí se configuró el hecho generador del pago del impuesto (…)".

Como quedó señalado al atender su primera consulta, los actos legales de partición

constituyen un título declarativo, mas no un título translaticio de dominio, puesto que se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes. La partición pone fin al dominio conjunto de varias personas sobre una misma cosa, y tiene efecto retroactivo conforme al artículo 733 del Código Civil, por lo que, una vez efectuada la partición, se entenderá que cada adjudicatario ha poseído durante la indivisión, exclusivamente la parte o bien que por la división le corresponda.

En consecuencia, la partición o sentencia expedida en juicios divisorios, se limita a reconocer o declarar derechos preexistentes y no transfiere propiedad a título oneroso, por lo que, no se configura el hecho generador del impuesto municipal que grava la utilidad y plusvalía, establecido en el artículo 556 del COOTAD.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, los gobiernos autónomos descentralizados municipales, deben determinar el impuesto a la utilidad y plusvalía, únicamente respecto de las transferencias de dominio de inmuebles urbanos que se efectúen a título oneroso, por lo que, las deducciones dispuestas en los artículos 557 y 559 del referido Código Orgánico son aplicables cuando se configure el hecho generador de ese tributo, establecido por los artículos 556 y 558 ibídem, esto es, cuando quien transfiere el dominio a título oneroso obtenga utilidad imponible y por tanto real.

Respecto del impuesto a la utilidad en la venta de inmuebles, esta Procuraduría se ha pronunciado mediante oficios Nos. 00988 de 21 de marzo de 2011 y 02821 de 15 de julio de 2011, entre otros.

JUBILACIÓN: COMPENSACIÓN VARIABLE DE ACUERDO A LA EDAD Y AÑOS DE SERVICIO

OF. PGE. N°: 13574, de 17-06-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Universidad Nacional de Chimborazo

CONSULTA:

"¿La Universidad Nacional de Chimborazo para el pago de una compensación por jubilación variable que relacione edad y años de servicio, determinada en la Disposición Vigésimo primera de la Constitución de la República, que guarda relación con el Art.

129 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el Art. 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, a sus profesores que hayan planificado su jubilación, que cumplan con los requisitos de las leyes de la seguridad social para jubilación y exista disponibilidad presupuestaria, puede reconocer al momento de realizar su cálculo, los años de servicios prestados en otra institución pública o se limita al calcular proporcionalmente al tiempo de dedicación durante su tiempo de servicio como personal académico, en las universidades y escuelas politécnicas?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 343, 355, 425 y Disp. Vigésimo Primera.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 84, 129, Disp. General Décima; y, 76 de su Reglamento.
Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 70, 169 y Disposición Transitoria Vigésima.
Reglamento de Carrera y Escalafón del profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, Art. 76.

PRONUNCIAMIENTO:

El Procurador General de la Universidad Nacional de Chimborazo, UNACH, en oficio sin número y fecha que se adjuntó a la consulta, manifiesta que para el cálculo de la compensación por jubilación a los profesores que deseen jubilarse, que cumplan con los requisitos para la jubilación, y si existe la respectiva disponibilidad presupuestaria, debe reconocerse el tiempo de servicios en otras instituciones públicas, como lo dispone el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, pues la norma citada guarda relación con la Disposición Vigésimoprimera de la Constitución de la República y es de mayor jerarquía que el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, considerándose además que el docente universitario es un servidor público.

Para contestar la consulta formulada es necesario partir de lo previsto en la Disposición Transitoria Vigésimoprimera de la Constitución de la República del Ecuador, que establece:

"VIGESIMOPRIMERA.- El Estado estimulará la jubilación de las docentes y los docentes del sector público, mediante el pago de una compensación variable que relacione edad y años de servicio. El monto máximo será de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado, y de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado en general por año de servicios. La ley regulará los procedimientos y métodos de cálculo".

La norma constitucional expedida en octubre de 2008 prevé que, tanto el procedimiento como el método de cálculo de la jubilación de los y las docentes del sector público, serán regulados por una ley posterior, que no puede ser sino la que, en respeto del principio de especialidad, regule la educación superior, para el caso de la consulta formulada.

En esta línea, la Ley Orgánica de Educación Superior, al tratar del régimen laboral de los servidores públicos y trabajadores del Sistema de Educación Superior, señala lo siguiente:

"Art. 70.- Régimen laboral de las y los servidores públicos y de las y los trabajadores del Sistema de Educación Superior.- El personal de las instituciones y organismos públicos del Sistema de Educación Superior son servidores públicos, cuyo régimen laboral se regirá por la Ley de Servicio Público de conformidad con las reglas generales; salvo el caso de los obreros, que se regulan por el Código del Trabajo.

Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación. En las instituciones de educación superior particulares se observarán las disposiciones del Código del Trabajo.

Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras visitantes extranjeros podrán tener un régimen especial de remuneraciones de acuerdo a la reglamentación que para el efecto expida el Consejo de Educación Superior.

Se prohíbe que recursos provenientes del Estado financien fondos privados de jubilación complementaria, de cesantía privados o cualquier fondo privado sea cual fuere su denominación en las instituciones del Sistema de Educación Superior públicas o particulares que reciben rentas o asignaciones del Estado. Estos fondos podrán continuar aplicándose y generando sus prestaciones para efecto de este tipo de coberturas, siempre y cuando consideren para su financiamiento única y exclusivamente los aportes individuales de sus beneficiarios".

La norma citada distingue con claridad tres situaciones: a) Los obreros bajo relación de dependencia con una universidad o escuela politécnica de carácter pública, que estarán amparados por la legislación laboral, es decir, por el Código del Trabajo; b) Los servidores públicos dependientes de las universidades o escuelas politécnicas que sean parte del Sector Público, y en tal virtud integren el Sistema de Educación Superior, cuyo

régimen laboral se regirá por la Ley Orgánica del Servicio Público; y, c) Los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas, a quienes se define como servidores públicos sujetos a un régimen propio, que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

La Ley Orgánica del Servicio Público en su Disposición General Décima Octava, define al docente como a "(…) toda servidora o servidor legalmente nombrado o contratado para prestar servicios exclusivamente de docencia en centros educativos, Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas; y, las del Sistema Nacional de Educación Pública (…)". La citada Ley, a partir de la definición señalada, establece en su artículo 84 respecto de la carrera docente, lo siguiente:

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

A partir de las consideraciones normativas anotadas, en pronunciamiento contenido en oficio No. 02256 de 13 de junio de 2011, concluí que: "(…) Por lo expuesto, teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 70, 169 y Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, y del artículo 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, los profesores de las universidades y escuelas politécnicas públicas están sujetos a la Ley Orgánica de Educación Superior y a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, en el que se fijará entre otros, las normas que rijan la cesación y jubilación de dicho personal docente; y que el beneficio de jubilación previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público es aplicable únicamente a los servidores públicos, mas no a los docentes conforme a los conceptos señalados en su Disposición General Décima Octava, se concluye que no es procedente que mientras se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, la Universidad Técnica de Manabí aplique de manera subsidiaria el beneficio de jubilación en el referido artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público a los docentes que se acojan a la jubilación".

Posteriormente, una vez expedido el Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior, a través de pronunciamiento contenido en el oficio No. 09185 de 3 de agosto

de 2012, concluí que: "(…) de conformidad con la Disposición Transitoria Décima Novena del Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior, que prescribe que las jubilaciones que se produzcan a partir de la vigencia de dicho Reglamento, se sujetarán a las disposiciones de la LOSEP hasta que se expida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior (…)".

El Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior fue expedido por el Consejo de Educación Superior mediante Resolución No. 37, y en su artículo 76 (Capítulo II, Jubilación del Personal Académico de las Instituciones de Educación Superior Pública), regula de manera específica la compensación por jubilación voluntaria del personal académico, de la siguiente manera:

"Art. 76.- Compensación por jubilación voluntaria.- Los miembros del personal académico titular de las universidades y escuelas politécnicas públicas que cumplan con los requisitos de las leyes de seguridad social para la jubilación, podrán jubilarse voluntariamente del servicio público. Para ello, deberán informar de su decisión a la institución durante el primer semestre del año a fin de que ésta la considere en su planificación institucional del siguiente año fiscal. Una vez que la universidad o escuela politécnica cuente con los recursos económicos pagará una compensación del valor de cinco remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado por cada año de servicio, contado a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta de éstas.

La compensación por jubilación que percibirá el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas públicas deberá calcularse proporcionalmente al tiempo de dedicación durante su tiempo de servicio como personal académico.

En el caso de los institutos y conservatorios superiores públicos se aplicarán las normas de la Ley Orgánica del Servicio Público".

La norma citada es terminante en restringir el cálculo del tiempo de servicio del personal académico titular, a aquel directamente relacionado con funciones académicas. Esta previsión reglamentaria tiene sentido si se considera que la propia Ley Orgánica del Servicio Público define con claridad el alcance y los límites de la carrera docente, y expresamente prevé que docente es aquel servidor legalmente nombrado o contratado para prestar servicios exclusivamente de docencia en centros educativos, universidades y escuelas politécnicas públicas.

De lo expuesto, se colige que la Constitución de la República, que mediante su artículo 343 creó el Sistema Nacional de Educación, ha ordenado que la ley determine las condiciones y método de cálculo de la jubilación de los docentes que prestan

sus servicios en el sector público. En el ámbito de la Educación Superior, la ley aplicable no puede ser sino la Ley Orgánica de Educación Superior, que expresamente trata del tema en el citado artículo 70, diferenciando la situación de los docentes e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas que son parte del Estado, de los demás servidores públicos, y señalando que su régimen propio estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, cuerpo normativo que efectivamente regula la compensación por jubilación voluntaria del personal académico de las entidades de educación superior que integran el sector público. Esta construcción normativa no contraviene en modo alguno el principio de jerarquía previsto en el artículo 425 de la citada Carta Política.

En esta lógica y en el contexto de la consulta formulada, lo previsto en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público debe entenderse aplicable únicamente respecto de los servidores públicos que, sin ser docentes o investigadores, prestan sus servicios en universidades o escuelas politécnicas que son parte del sector público.

Con relación a la forma de cálculo de la compensación por jubilación voluntaria, se considerará el tiempo de servicio del interesado, únicamente respecto de su desempeño como personal académico de las universidades y escuelas politécnicas públicas; es decir, la compensación deberá calcularse proporcionalmente al tiempo de dedicación durante el tiempo de servicio del interesado como parte del personal académico.

A propósito de una consulta relacionada con el pago de la jubilación complementaria a un docente universitario que prestó sus servicios académicos en más de una institución de educación superior, en pronunciamiento emitido con oficio No. 03080 de 1ro. de agosto de 2011, concluí lo siguiente:

"(…) En consecuencia de lo expuesto, al haber laborado el Dr. Francisco Whuipes Erazo Parrales en la Facultad de Ciencias Agrarias y Medicina Veterinaria y Zootecnia de la Universidad de Guayaquil desde el primero de febrero de 1974 hasta el 31 de julio de 1992, cuya Facultad pasó luego a pertenecer a la Universidad Agraria del Ecuador, en la que laboró desde el primero de agosto de 1992 hasta el 27 de septiembre de 2010, se infiere que dicho profesional cumplió más de treinta y seis años de ejercicio como docente, y por tanto, con el tiempo de servicio requerido para acogerse a la jubilación auxiliar prevista en el artículo 1 del Decreto Legislativo, publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, que contemplaba 'siempre que hubieren completado treinta años de servicios en Instituciones Educacionales' (…)".

De lo expuesto se concluye que, respecto de la jubilación de los docentes de una universidad o escuela politécnica que sea parte del sector público, y a fin de cumplir

lo previsto en la Disposición Transitoria Vigésimo primera de la Constitución de la República y en el artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, deberá aplicarse el procedimiento y método de cálculo establecidos en el artículo 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior. Al respecto, en pronunciamiento emitido con oficio No. 13093 de 8 de mayo de 2013, concluí lo siguiente:

"(…) Por lo expuesto, del tenor del artículo 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Docente de Educación Superior, se concluye que los docentes universitarios titulares que cumplan con los requisitos de las leyes de seguridad social para la jubilación, podrán jubilarse voluntariamente del servicio público, para lo cual deben informar su decisión a la institución durante el primer semestre del año 2013, para que la institución de educación superior los considere en la planificación del siguiente año fiscal".

En atención a los términos de su consulta, se concluye que los miembros del personal académico titular de las universidades y escuelas politécnicas públicas, que cumplan con los requisitos de las leyes de seguridad social para la jubilación, podrán jubilarse voluntariamente y recibir una compensación equivalente al valor de cinco remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado por cada año de servicio, que deberá calcularse proporcionalmente a su tiempo de dedicación en calidad de personal académico y que será contada a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta remuneraciones.

Para ser beneficiario de esta compensación, el interesado deberá informar de su decisión a la institución académica, según señalé en mi pronunciamiento contenido en el oficio No. 13093 de 8 de mayo de 2013, anteriormente citado.

JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA: CÓMPUTO PARA EL PAGO

OF. PGE. N°: 11302, de 04-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Escuela Superior Politécnica de Chimborazo

CONSULTAS:

1.- "¿La Escuela Superior Politécnica de Chimborazo puede reconocer el beneficio de jubilación complementaria, al amparo de la disposición transitoria décima novena de

la Ley Orgánica de Educación Superior, a favor del licenciado José Ricardo Velásquez Cadena, quien se acogió al derecho de jubilación el 6 de septiembre de 2011, habiendo prestado sus servicios para la ESPOCH durante 32 años 8 meses, de los cuales 21 años 6 meses en calidad de empleado administrativo del Departamento Financiero y sólo los últimos 11 años dos meses se desempeñó en calidad de Profesor Titular a Tiempo Completo?".

2.- "¿En el caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuere positiva, el valor correspondiente a la pensión complementaria, deberá ser calculado de acuerdo a lo dispuesto en los incisos segundo y tercero de la disposición transitoria décima segunda del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior y desde qué fecha deberá reconocerse dicho beneficio?".

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Educación Superior, Art. 70, Disp. Trans. Décima Vigésima, Décima Novena.
Código Civil, Art. 6.
D.L. N° s/n, Registro Oficial N° 380, 03-12-1953, Arts. 1 y 2.
D.L. N° s/n, Registro Oficial N° 404, 02-01-1954, Art. 9.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- La consulta refiere como antecedente que el licenciado José Ricardo Velásquez Cadena, inicialmente nombrado como Contador General de la ESPOCH en enero de 1979, fue designado como profesor auxiliar a tiempo completo a partir de junio del año 2000, ascendido a profesor agregado y posteriormente a profesor principal a tiempo completo.

Según refiere la consulta, el indicado docente presentó su renuncia para acogerse a jubilación, aceptada mediante Acción de Personal No. 821DDH.2011 de 6 de septiembre de 2011; y, "(…) mediante comunicación de 31 de octubre de 2012, solicita el pago de pensión complementaria desde la fecha en que se ha acogido a la jubilación voluntaria, al amparo de lo establecido en la disposición transitoria décima novena de la LOES".

El informe del Procurador de la entidad consultante, contenido en oficio No. 795. PROCU.2012 de 16 de noviembre de 2012 cita entre otras normas, la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior que regula la jubilación complementaria en beneficio de los docentes.

Agrega que:

"En la actualidad la disposición transitoria décima segunda del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior dispone que se reconozca la pensión complementaria establecida en la disposición transitoria décima novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, a favor de los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas, que tuvieren al menos treinta años de servicio de los cuales se permite que al menos veinte se hayan dedicado a la docencia en educación superior y finalmente se reproduce el requisito de que se jubilen hasta el 31 de diciembre de 2014".

Sobre dicha base, el Procurador de la Universidad consultante concluye que:

"Por lo mencionado y considerando que a la fecha de la aceptación de la renuncia del señor Licenciado José Ricardo Velásquez Cadena, la aplicación de la disposición décima novena de la LOES se hallaba condicionada al cumplimiento de los términos indicados en Decreto Legislativo de 1953, es criterio de la Procuraduría Institucional, el sugerir la aplicación de dichos términos es decir el requisito de los treinta años en calidad de profesor ya que la regulación de que solamente parte de éstos hayan sido dedicados a la docencia es posterior a la renuncia del peticionario, debiendo tomarse en cuenta que aún en este caso tampoco cumpliría con este requisito ya que de los 32 años ocho meses prestados al servicio de la ESPOCH, sólo los últimos 11 años dos meses se desempeñó en calidad de Profesor Titular a Tiempo Completo".

Por su parte, el Presidente del Consejo de Educación Superior se refiere a la pensión complementaria creada mediante Decreto Legislativo de 1953 y contemplada en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, cita además, el artículo 9 del Decreto Legislativo No. 1, publicado en el Registro Oficial No. 404 de 02 de enero de 1954. Sobre dicha base argumenta:

"Con el fin de regular el acceso a la pensión complementaria referida en la disposición transitoria décima novena de la LOES, para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, el Consejo de Educación Superior expidió el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el mismo que en su disposición transitoria décima segunda determina no solo los requisitos para acceder a este beneficio reafirmando lo determinado en el Decreto Legislativo de 1954, sino también la forma de cálculo del mismo".

El Presidente del Consejo de Educación Superior concluye:

"(…) es criterio de este Consejo de Educación Superior que el licenciado José Ricardo

Velásquez Cadena no puede acogerse al beneficio de la pensión complementaria por jubilación establecida en el Decreto Legislativo de 1953 y normado a través del Decreto Legislativo de 1954, por no reunir los requisitos exigidos para tal efecto por las normas que se dejan anotadas, esto es, contar con al menos treinta años de servicio, veinte de los cuales se hayan dedicado a la docencia en educación superior".

De conformidad con el segundo inciso del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

La Disposición Transitoria Vigésima de la citada Ley Orgánica, confirió al Consejo de Educación Superior, atribución para expedir el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que regule el ingreso, promoción, estabilidad, escalafón evaluación, cesación y jubilación de dicho personal.

Con respecto a la jubilación complementaria en beneficio de los docentes de establecimientos públicos de educación superior, la Disposición Transitoria Décima Novena de la citada Ley Orgánica de Educación Superior, prescribe lo siguiente:

"Décima Novena.- Jubilación Complementaria.- Los fondos de pensión complementaria creados al amparo del Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, continuarán generando este beneficio con recursos del Estado en los términos indicados en el aludido Decreto Legislativo, para los actuales beneficiarios.

Los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la vigencia de esta Ley o los que lo hicieren hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio".

Los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, al que se refiere la citada Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, establecían:

"Art. 1°- Los profesores universitarios jubilados por la Caja de Pensiones, tendrán derecho a una pensión auxiliar a cargo del Presupuesto de la Universidad respectiva, siempre que hubieren completado treinta años de servicios en Instituciones Educacionales y tuvieren por lo menos cincuenta y cinco años de edad.

La pensión auxiliar será la diferencia entre el último sueldo mensual que hubiere percibido el profesor y la jubilación otorgada por la Caja de Pensiones.

Art. 2°- Los profesores universitarios jubilados por el Estado con pensiones inferiores a setecientos sucres, tendrán derecho a que desde enero de mil novecientos cincuenta y cuatro se les pague el doble de su actual pensión".

Conforme se desprende del texto transcrito del Decreto Legislativo de 1953, la pensión auxiliar creada por dicho Decreto en beneficio de los docentes de establecimientos públicos de educación superior, se pagaría siempre que el docente hubiere cumplido con el tiempo de servicio (30 años) y edad (55 años) previstos en dicho Decreto.

Si bien los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo de 1953 fueron derogados por la Disposición Derogatoria Quinta de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior, la Disposición Transitoria Décima Novena de esa ley, antes transcrita prevé que los profesores de las universidades y escuelas politécnicas públicas "(…) que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la vigencia de esta Ley o los que lo hicieren hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio".

Sobre dicha base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 06980 de 14 de marzo de 2012, concluí que corresponde a las universidades públicas:

"(…) incluir en su presupuesto los recursos destinados a la jubilación complementaria, exclusivamente respecto del personal docente de ese establecimiento de educación superior, que actualmente es beneficiario de la prestación de pensión auxiliar creada al amparo del Decreto Legislativo de 1953, así como también a los profesores e investigadores de la Institución que se hubieren acogido a la jubilación antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, o los que lo hicieren hasta el mes de diciembre del 2014".

En similar sentido me pronuncié en oficio No. 03358 de 23 de agosto de 2011, en atención a una consulta formulada por el Rector de la Universidad Nacional de Chimborazo; y, en pronunciamiento contenido en oficio No. 08781 de 13 de julio de 2012, con el que atendí varias consultas de la Universidad Técnica de Machala, concluí que:

"(…) los profesores que se jubilaron a partir o después de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010, y no están percibiendo la jubilación complementaria, tienen derecho que la Universidad Técnica de Machala les cancele la jubilación complementaria, conforme lo previsto en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior".

El artículo 9 del Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 404 de 2 de enero de 1954, que cita el Presidente del Consejo de Educación Superior en la comunicación a la que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, dispone:

"Art. 9º- Los profesores universitarios que tuvieren al menos treinta años de servicios, de los cuales, al menos veinte se hayan dedicado a la enseñanza Superior, tendrán derecho a jubilarse con una suma igual al promedio de los tres últimos años de servicios. La Caja de Pensiones pagará la jubilación en la cuantía que le corresponda, y la diferencia será a cargo del Presupuesto de la respectiva Universidad".

El Decreto Legislativo de 1954 previamente citado, no fue derogado por la Ley Orgánica de Educación Superior y según refiere el Presidente del Consejo de Educación Superior, los presupuestos establecidos en él para el reconocimiento de la jubilación a los docentes (treinta años de servicio y al menos veinte años en docencia) se reafirman por la Disposición Transitoria Décima Segunda del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior expedido por ese Organismo.

El artículo 6 del Código Civil dispone que: "La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces". También se publican en el Registro Oficial los actos normativos, según prescribe el artículo 82 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que cito a manera de ejemplo.

Considerando que el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior constituye un acto normativo expedido por el Consejo de Educación Superior conforme a la Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, para que sean conocidas y obligatorias, las normas de dicho Reglamento se deben publicar en el Registro Oficial conforme al artículo 6 del Código Civil.

Del análisis que precede se concluye que, al amparo de la Disposición Transitoria Décima Novena de la vigente Ley Orgánica de Educación Superior que se remite al Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar o complementaria en beneficio de los docentes de los establecimientos públicos de educación, para tener derecho a dicha jubilación, el docente debe haber prestado servicios por al menos treinta años, de los cuales al menos veinte años debe haber desempeñado la docencia, conforme al artículo 9 del Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 404 de 2 de enero de 1954.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la inteligencia y aplicación de las normas legales, sin que sea competencia de la Procuraduría General del Estado pronunciarse sobre el caso particular al que se refiere su consulta.

2.- Al atender su primera consulta se citó el artículo 9 del Decreto Legislativo de 1954 que establece tanto los requisitos como la forma de determinar el monto de la jubilación complementaria de los docentes de los establecimientos de educación superior.

Por tanto, en armonía con lo analizado al atender su primera pregunta se concluye que, hasta que se publique el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el cálculo de la jubilación docente se deberá efectuar conforme a la parte final del artículo 9 del Decreto Legislativo de 1954, es decir que será igual al promedio de la remuneración que el docente hubiere percibido durante los tres últimos años de servicios; el IESS cancelará la pensión de jubilación que corresponda conforme a la Ley de Seguridad Social y la Universidad la diferencia o complemento respectivo.

Es de exclusiva responsabilidad de la Universidad consultante, verificar que los docentes cumplan los requisitos para percibir la jubilación complementaria y de ser así, determinar su monto.

JUNTA BANCARIA: ABSTENCIONES Y VOTOS AFIRMATIVOS

OF. PGE. N°: 11522, de 16-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Superintendencia de Bancos y Seguros

CONSULTA:

"(…) consulto a usted la situación jurídica en la que quedarían los actos administrativos recurridos ante la Junta Bancaria y, respecto de los cuales, el organismo colegiado no logre, por abstenciones u otras causas, los votos afirmativos necesarios para cumplir con lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226, 232 y 233.
Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Arts. 7, 8, 137, 174 y 274.

PRONUNCIAMIENTO:

El criterio del Intendente Nacional Jurídico de la Entidad consultante, contenido en memorando No. INJ-DNJ-SAL-2012-1261 de 27 de noviembre de 2012, cita el artículo 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que regula la forma en que se integra la Junta Bancaria y determina el quórum necesario para que ese órgano colegiado se reúna y adopte sus decisiones.

Argumenta el citado criterio que, "El término abstención deriva de la voz latina abstentio, es un no hacer o no obrar, que únicamente produce efectos jurídicos cuando la ley expresamente lo prevé. En el caso del artículo 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la abstención no surte ningún efecto jurídico".

Sobre dicha base, concluye el criterio institucional que:

"(…) se puede señalar que para que la Junta Bancaria resuelva válidamente los recursos administrativos sometidos a su conocimiento debe contar con al menos tres votos afirmativos de sus integrantes, por lo que, los puntos del orden del día en que existan abstenciones y no se logre completar los votos afirmativos mínimos para tomar una decisión, deberían ser tratados en una reunión subsiguiente hasta que se adopte la resolución respectiva, pues el estado de estos temas seguirá siendo el de no resueltos".

La integración y funcionamiento de la Junta Bancaria, que es un órgano colegiado que forma parte de la estructura de la Superintendencia de Bancos y Seguros, está regulada por el artículo 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y por la Resolución incorporada como Título XX "De la Superintendencia de Bancos y Seguros", Capítulo I "Del funcionamiento de la Junta Bancaria" de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos.

De conformidad con el primer inciso del artículo 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la Junta Bancaria está conformada por cinco miembros: el Superintendente de Bancos, quien la presidirá; el Gerente General del Banco Central del Ecuador; dos miembros con sus respectivos alternos, que serán designados por el Presidente Constitucional de la República; y, un quinto miembro y su alterno, que serán designados por los cuatro restantes.

Los miembros de la Junta Bancaria y sus alternos, distintos del Superintendente de Bancos y del Gerente General del Banco Central del Ecuador, duran seis años en sus funciones, de acuerdo con el tercer inciso del citado artículo 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; y, en caso de vacancia, impedimento o remoción de un miembro principal, éste será subrogado por su respectivo alterno, por el tiempo que falte para completar el período para el cual fue designado, de acuerdo con el cuarto inciso de la misma norma.

Es atribución de la Junta Bancaria, entre otras, según el artículo 175 de la citada Ley, letra d) "Resolver los recursos de revisión de orden administrativo planteados ante este órgano".

Concordante, el artículo 137 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero prevé que, de las resoluciones administrativas dictadas por el Superintendente de Bancos y Seguros, se puede interponer recurso de revisión ante la Junta Bancaria; y, que las Resoluciones de ese órgano colegiado se pueden impugnar en sede contencioso administrativa.

El quórum para que la Junta Bancaria se pueda instalar y adoptar resoluciones, está determinado por los incisos séptimo y octavo del citado artículo 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que disponen:

"La Junta Bancaria se reunirá con la presencia de al menos tres de sus miembros y los acuerdos se tomarán por tres o más votos afirmativos 'entre los cuales, necesariamente, deberá constar el del Superintendente'. En caso de empate, el Superintendente tendrá voto dirimente.

No se requiere del voto favorable del Superintendente en las decisiones, que se expidan respecto de los recursos de revisión interpuestos ante la Junta Bancaria".

En el undécimo considerando de la sentencia publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 196 de 23 de octubre de 2007, el Tribunal Constitucional consideró que:

"(…) resulta atentatorio a los principios de la democracia y de la igualdad, el que el Superintendente de Bancos y Seguros, condicione las decisiones de la junta Bancaria con la simple prevalencia de su sola voluntad, impidiendo adoptar los acuerdos necesarios de este organismo técnico de control, en una forma participativa, equitativa y de concertación (…)".

Sobre dicha base, en la referida sentencia el Tribunal Constitucional resolvió "Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de la frase 'entre las cuales, necesariamente,

deberá constar el del Superintendente', contenida en el séptimo inciso del Art. 174 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (…)".

Como consecuencia, la Junta Bancaria requiere para resolver, tres votos afirmativos de sus miembros, entre los que puede o no incluirse el voto del Superintendente de Bancos y Seguros.

Similares previsiones sobre el quórum que requiere la Junta Bancaria para instalarse y resolver, constan en los artículos 7 y 8 del Título XX "De la Superintendencia de Bancos y Seguros", Capítulo I "Del funcionamiento de la Junta Bancaria" de la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, que disponen:

"Art. 7.- Las sesiones de la Junta Bancaria se declararán instaladas con la presencia de al menos tres de sus miembros. Se considerarán como presentes, para todos los efectos, los miembros que participen a través del sistema de video - conferencia.

Las sesiones de la Junta Bancaria tendrán el carácter de reservadas pudiendo asistir tan sólo los funcionarios que por decisión del ente o pedido al Superintendente de Bancos y Seguros deban estar presentes. Cuando se aceptare la presencia de otras personas o representantes de entidades controladas se declarará a la Junta en comisión general y restablecida la sesión reservada, si fuere del caso, deliberará y tomará las resoluciones que sean pertinentes.

Si por cualquier causa se redujere el número de miembros presentes a menos de tres, no podrá continuar la sesión procediendo el Presidente a declararla concluida".

"Art. 8.- Las decisiones se tomarán por tres o más votos afirmativos. En caso de empate, el Superintendente de Bancos y Seguros tendrá voto dirimente.

Para efectos de decisión, existiendo el quórum legal se podrán considerar también los votos consignados vía fax o por teléfono, por parte de los miembros ausentes.

Los actos administrativos contentivos de resoluciones u otras decisiones de la Junta Bancaria deben ser notificados o ejecutados en forma inmediata, sin necesidad de aprobación de la redacción del acta de la sesión en la que tales resoluciones o decisiones fueron adoptadas, siempre y cuando el proyecto anexo al informe correspondiente se conozca y apruebe en su tenor literal; y, consecuentemente, se lo acoja y no se dispongan o sugieran enmiendas a su texto.

En caso de que los miembros del organismo colegiado no aprueben el proyecto de resolución o decisión, corresponde al Secretario, con el apoyo de las áreas técnicas

relacionadas con el tema, elaborar un nuevo proyecto de resolución y ponerlo en conocimiento de dichos miembros, quienes se pronunciarán dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores a su recepción, debiendo entenderse como favorablemente acogido si es que, en dicho término, no efectúan comentario alguno".

El artículo 8 de la Resolución que regula el funcionamiento de la Junta Bancaria, previamente transcrito, concuerda con el inciso séptimo del artículo 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero que exige que las decisiones de ese órgano colegiado se adopten con tres votos afirmativos.

La misma norma prevé en sus incisos tercero y cuarto que los actos administrativos "que contienen la decisión de la Junta Bancaria" deben ser notificados o ejecutados sin necesidad de aprobación de la redacción del acta de la sesión en que fueron adoptados, "siempre y cuando el proyecto anexo al informe correspondiente se conozca y apruebe en su tenor literal", de lo que se infiere que hay dos momentos: el de toma de decisión con el quórum legal; y, el de aprobación del texto que contiene la decisión.

Es para el evento de inconformidad con el texto del proyecto, que el citado artículo 8 de la Resolución impone al Secretario de la Junta Bancaria la obligación de elaborar un nuevo proyecto de resolución, ponerlo en conocimiento de los miembros, estableciéndose que de no haber observaciones, transcurridas 48 horas dicho proyecto se entiende acogido.

El segundo inciso del artículo 232 de la Constitución de la República, dispone que: "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".

Concordante, el artículo 20 de la Resolución que regula el funcionamiento de la Junta Bancaria prevé que, "Cuando un miembro de la Junta Bancaria tuviere algún interés personal o patrimonial en la discusión o resolución de determinado asunto, o lo tuvieren sus consocios en compañías o su cónyuge o sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, no podrá participar en tal discusión o resolución y deberá retirarse de la sesión por el tiempo en que dicho asunto se trate".

El principio de legalidad que rige en Derecho Público consta establecido por el artículo 226 de la Constitución de la República que dispone:

"Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la

ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución".

Por otra parte, el artículo 233 de la citada Carta Constitucional, prescribe que: "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".

Considerando que los miembros de la Junta Bancaria son servidores públicos que deben ejercer las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley, son responsables por sus acciones y omisiones según los artículos 226 y 233 de la Constitución de la República. Su abstención en el caso de conflicto de interés conforme al artículo 232 ibídem, constituye un deber legal que da lugar a que el órgano colegiado se integre por el alterno del miembro principal que se abstiene o excusa.

En consecuencia, una vez integrada la Junta Bancaria por sus miembros titulares y/o alternos, al contar con el quórum establecido en el inciso séptimo del artículo 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, le corresponde adoptar las decisiones y resoluciones de su competencia.

Cabe entonces distinguir la obligación del servidor que integra un órgano colegiado, de abstenerse de intervenir en un caso específico, por configurarse un conflicto de interés en los términos que establece el artículo 232 de la Constitución de la República; y, el efecto de la abstención de votar proveniente de la decisión personal de los miembros de la Junta Bancaria, legalmente reunidos para adoptar decisiones respecto de los temas sujetos a resolución de ese órgano colegiado entre ellos los recursos administrativos, que es lo que constituye materia de la consulta.

La abstención se define como "(…) un acto negativo de carácter voluntario, decidido libremente por el sujeto o impuesto por la ley y cuyas consecuencias pueden ser imputadas al agente que se abstiene".

Sobre el funcionamiento de los órganos colegiados, Alessi explica:

"(…) cada voto concurre a la determinación del contenido del acuerdo colegial sólo subordinadamente a una condición: que se trate de voto que sirva para formar con otros votos de contenido homogéneo el acto complejo compuesto por las declaraciones de los componentes de la mayoría del colegio".

El artículo 274 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero antes transcrito,

ha establecido el quórum con el que la Junta Bancaria se puede reunir y adoptar decisiones, previendo que "los acuerdos se tomarán por tres o más votos afirmativos".

Siendo así, el efecto jurídico de la abstención de votar es que la misma no sirve para sumarse a los votos afirmativos, o dicho de otra manera, no se contabiliza como voto a favor, puesto que no constituye un voto afirmativo.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, conforme prescribe el inciso séptimo del artículo 174 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, los acuerdos de la Junta Bancaria se adoptarán por tres o más votos afirmativos, por lo que, las resoluciones que no cuenten con tres votos afirmativos no se entienden aprobadas y deben ser puestas a consideración de la Junta Bancaria hasta que tome una decisión.

LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN: SECRETARIO GENERAL - APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ACTUAL -

OF. PGE. N°: 13321, de 23-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado San Pedro de Pelileo

CONSULTAS:

1.- "¿La remoción al Secretario General del Concejo le corresponde al Alcalde como máxima autoridad o al Concejo que es quien lo designó?".

2.- "¿Para la remoción se debe considerar la normativa que estuvo vigente al año 2009? o debemos aplicar la normativa actual?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 226.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 83 lits. a) y h) y 85
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 9, 60 lit. i), 56 lit. p), 57 lit. p), 60 lit. i), 317, 354 y 357.
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 81 (derogada).

PRONUNCIAMIENTO:

1.- En el memorando No. GMCSPP-DJ-2013-089 de 18 de marzo de 2013, anexado a su consulta, la Procuradora Síndica Municipal de Pelileo menciona los artículos 83 y 85 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, relacionados con los servidores excluidos de la carrera del servicio público; así como, los artículos 57 literal p) y 60 literal i) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, relativos a la atribución del Concejo Municipal para designar al Secretario del Concejo y a las facultades del Alcalde para resolver administrativamente los asuntos correspondientes a su cargo.

En dicho memorando, la Procuradora Síndica hace referencia al oficio de esta Procuraduría No. 009208 de 24 de marzo del 2008 en el que, en atención a una consulta formulada por el Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas sobre el régimen de administración del personal de las municipalidades que contemplaba la normativa de las derogadas Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA y Ley Orgánica de Régimen Municipal, este Organismo se pronunció en el sentido de que: "(…) las resoluciones sobre personal y remuneraciones que adopten las municipalidades, deben guardar armonía con las resoluciones que sobre esos regímenes emita la SENRES, conforme a LOSCCA".

La Procuradora Síndica concluye manifestando que: "En aplicación a la normativa jurídica señalada, y de conformidad a una de las atribuciones del Concejo conferidas en la letra p) del Art. 56 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, de designar al Secretario de una terna presentada por el Alcalde; en concordancia con el pronunciamiento del Procurador General del Estado en el sentido de que le corresponde a éste mismo órgano colegiado conocer la remoción o renuncia voluntaria del Secretario, y en virtud de no existir norma expresa respecto a quien le corresponde la remoción en forma exclusiva del Secretario General del Concejo quien es el único funcionario de libre remoción designado por el Cuerpo Colegiado, considero que le corresponde al Concejo Municipal del Cantón Pelileo resolver sobre la remoción".

En relación a lo expuesto por la Procuradora Síndica de la Entidad consultante, se aclara que el pronunciamiento constante en el oficio No. 09208 de 24 de marzo de 2008, no se refiere al caso específico del Secretario General del Consejo.

En el oficio No. AME-DE-2013-0217 de 17 de abril de 2013, la Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, AME, invoca los artículos 57 literal p) y 357 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización,

COOTAD, los cuales confieren atribuciones al Concejo Municipal para designar de fuera de su seno, al Secretario del Concejo, de la terna que presente el alcalde.

Menciona además la Directora Ejecutiva de la AME, los artículos 9 y 60 literal i) del COOTAD relativos a la facultad ejecutiva de los alcaldes para el ejercicio de las potestades de naturaleza administrativa correspondientes a su cargo; y, expresa que: "Es claro que el Alcalde o Alcaldesa tiene de forma privativa bajo su responsabilidad el ámbito administrativo, y debe entenderse que el personal que labora en los Gobiernos Municipales se circunscribe en este aspecto, al tenor de la Ley Orgánica del Servicio Público cuando hace referencia a la administración a cargo de la máxima autoridad.

Es claro también que el Concejo Municipal entre sus competencias está la de legislar y fiscalizar, así lo prescribe el Art. 56 del COOTAD, y no tiene aptitudes para intervenir en el ámbito administrativo de la municipalidad".

Adicionalmente, la Directora Ejecutiva de la AME invoca, el artículo 226 de la Constitución de la República, referido al principio de legalidad que tienen las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, para ejercer solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley; y, agrega que: "Por tanto, la competencia que se traduce en la capacidad de obrar, la capacidad de hacer, está limitada por la norma Constitucional a las competencias que sean atribuidas. Actuar más allá de las competencias o al margen de ellas deviene en una arbitrariedad que viola el principio constitucional enunciado, provocando que dichos actos se han viciados de nulidad y de eficacia jurídica".

Concluye la Directora Ejecutiva de la AME manifestando que: "Sobre la base de lo expuesto y de conformidad a las atribuciones que le corresponde al señor Alcalde o Alcaldesa, es de su competencia remover al secretario o secretaria del Concejo Municipal".

El "Reglamento Orgánico Funcional de Gestión Organizacional por Procesos del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Pedro de Pelileo", dentro de los "PROCESOS HABILITANTES DE APOYO" contempla en el punto 2.2.1. la "SECRETARIA GENERAL"; y, como responsable al "Secretario General" con las siguientes atribuciones y responsabilidades: "1. Dar fe de los actos del Concejo Municipal del cantón San Pedro de Pelileo. 2. Notificar, con la debida anticipación, las convocatorias ordenadas. 3. Asistir a las sesiones del Concejo, sentar y suscribir las actas; certificar en general todos los actos del Concejo; y, sancionar en unión del Alcalde las ordenanzas, acuerdos y resoluciones (…)".

La Ley Orgánica de Régimen Municipal (derogada por el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización) en el inciso primero del artículo 81, establecía que: "El secretario será designado por el concejo de una terna de fuera de su seno, presentada por el alcalde (…)"; y, en su inciso final disponía que: "El tiempo de duración del cargo de secretario, no excederá de la fecha en la cual el alcalde termine sus funciones, pudiendo ser reelegido".

El artículo 57 literal p), del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, concordante con los artículos 317 y 357 ibídem, confiere expresamente atribuciones al Concejo Municipal para: "Designar, de fuera de su seno, al secretario o secretaria del concejo, de la terna presentada por el alcalde o alcaldesa". En dichas disposiciones no se establece tiempo de duración de las funciones del Secretario del concejo.

En cuanto a las atribuciones del alcalde, el artículo 60 literal i) del citado Código Orgánico, le confiere facultades para: "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".

De lo expuesto se desprende que, en atención a lo dispuesto en el artículo 57 literal p) del COOTAD, es atribución del concejo municipal designar, de fuera de su seno, al Secretario del concejo, de la terna que presente el alcalde; en tanto que, conforme al artículo 60 letra i) del citado Código, corresponde al alcalde nombrar y remover a los funcionarios de dirección, procurador síndico y demás servidores de libre nombramiento y remoción.

El inciso primero del artículo 354 del COOTAD, prescribe 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".

De conformidad con lo expuesto, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, establece que sus disposiciones son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende, entre otras: "2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales".

El artículo 83 de la LOSEP excluye del sistema de la carrera del servicio público, entre otros: "a) a. 3 Las o los secretarios y subsecretarios comprendidos en el nivel jerárquico superior; (…) a.7 Las o los secretarios generales y prosecretarios".

En el caso consultado, el "Reglamento Orgánico Funcional de Gestión Organizacional por Procesos del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Pedro de Pelileo", ubica dentro del Proceso Habilitante de Apoyo a la "SECRETARÍA GENERAL", con atribuciones y responsabilidades de su titular para dar fe de los actos del Concejo Municipal, asistir a las sesiones del Concejo, sentar y suscribir las actas, certificar todos los actos del Concejo, sancionar en unión del Alcalde las ordenanzas, acuerdos y resoluciones, entre otras.

El artículo 85 de la LOSEP referido a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, establece que: "Las autoridades nominadoras podrán designar, previo el cumplimento de los requisitos previstos para el ingreso al servicio público, y remover libremente a las y los servidores que ocupen los puestos señalados en el literal a) y el literal h) del Artículo 83 de esta Ley. La remoción así efectuada no constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza".

Respecto de la autoridad nominadora, cabe señalar que el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas (Tomo I, 25ª Edición pág. 424), define a la "autoridad", entre otras acepciones como: "La potestad, poder o facultad que uno tiene para hacer alguna cosa. II Los Poderes constituidos del Estado, región, provincia o municipio"; y, por el término "nominador" (Tomo V, pág. 563): "Quien nombra o elige para un cargo o función (…)".

Sobre la remoción del funcionario que motiva su consulta, el tratadista Rafael Bielsa, en su obra "Derecho Administrativo", Sexta edición, Tomo III, (p. 140) refiere la extinción de la relación jurídica de la función y del empleo público, entre otros casos, por voluntad de la administración pública en los siguientes términos: "La revocatoria la dicta la autoridad que nombra, pues la facultad de remover deriva en principio, de la de nombrar".

De acuerdo con el 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 tanto, en atención al principio de legalidad previsto en el citado artículo 226 de la Constitución de la República; a los artículos 57 literal p), 317 y 357 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que confieren atribuciones al concejo para designar al Secretario; y, a lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que faculta a las autoridades nominadoras para designar y remover libremente a los servidores que ocupen puestos excluidos de la carrera administrativa, como son los secretarios y prosecretarios generales, se concluye que,

corresponde al Concejo del Gobierno Municipal del Cantón Pelileo, como autoridad nominadora del Secretario General de esa corporación, resolver sobre la remoción de dicho funcionario municipal.

2.- En el memorando No. GMCSPP-DJ-2013-089 de 18 de marzo de 2013, la Procuradora Síndica Municipal de Pelileo, expresa que el Secretario General de esa Municipalidad ingresó en el año 2009, cuando regía la Ley Orgánica de Régimen Municipal y la LOSCCA, que fueron derogadas por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, y la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, en su orden.

Cita la Procuradora Síndica, la Disposición Transitoria Quinta de la LOSEP, la cual establece que los procesos judiciales pendientes y los trámites administrativos iniciados con anterioridad a la expedición de esta Ley, continúen sustanciándose hasta su conclusión, con las normas de la derogada LOSCCA.

Concluye la Procuradora Síndica Municipal manifestando que: "En virtud de que no se encuentra vigente la normativa con la cual fue nombrado el Secretario General, supliendo nuevas normas vigentes y aplicables a todos los servidores públicos, para la remoción del Secretario General de debe considerar la aplicación de la normativa legal vigente actual".

En el oficio No. AME-DE-2013-0217 de 17 de abril de 2013, la Directora Ejecutiva de la AME, invoca la Disposición Derogatoria de la Constitución de la República del Ecuador, la cual 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".

Menciona además la Directora Ejecutiva de la AME, la Resolución de la Corte Constitucional expedida dentro del Caso No. 0034-206, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 607 de 8 de junio de 2009, que en su consideración cuarta manifiesta que la Disposición Derogatoria de la Constitución vigente, deroga y deja sin efecto expresamente a la Constitución Política de la República del Ecuador que fue publicada en el Registro Oficial No. 1 del 19 de agosto de 1998; y, agrega que: "En estricto acatamiento del mandato transcrito, la Corte Constitucional ha proclamado que, 'conforme esta disposición, se identifica la relación que debe existir entre las leyes viejas y la nueva Constitución, o respecto de las leyes promulgadas bajo la Constitución anterior. La Constitución vigente limita el ingreso de las normas del sistema anterior. Este límite, no se refiere de modo alguno al procedimiento de formación de las leyes; es claro que las leyes viejas no son formalmente válidas según el parámetro de la nueva

Constitución'. El límite más bien se refiere al contenido de las leyes viejas y, precisamente, no a los supuestos de hecho regulados en aquellas, sino a las consecuencias jurídicas conectadas a tales supuestos. En suma, las leyes viejas no pueden entrar de 'pleno derecho' en el nuevo ordenamiento constitucional cuando contradicen sustancialmente cualquier norma de la Constitución o cuando violan cualquier prohibición dirigida al legislador. '¿Pero en qué sentido las viejas leyes no pueden entrar de Pleno Derecho al nuevo ordenamiento?', existen dos principios que responden a esta pregunta: a) Las leyes viejas pueden considerarse abrogadas en virtud del principio 'lex posterior'; y, b) Las leyes viejas pueden ser consideradas inválidas (materialmente inválidas), en virtud del principio 'lex superior', que es aplicado por la Corte Constitucional para el Período de Transición, para eliminar del sistema jurídico las normas que sean contrarias a la Constitución vigente".

Indica la Directora Ejecutiva de la AME que: "Si bien el Secretario o Secretaria del Concejo se designó al amparo de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, hoy se encuentra derogada de forma expresa, por lo que, debe aplicarse la normativa vigente, 'lex posterior'; esto es, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización –COOTAD-, y la Ley Orgánica del Servicio Público y demás legislación conexa".

Concluye a Directora Ejecutiva de la AME, expresando que: "En virtud de que no se encuentra vigente la normativa con la cual fue nombrado la Secretaria o el Secretario del Concejo y habiéndose aprobado nuevas leyes aplicables a todos los servidores/as públicos/as para la remoción del Secretario del Concejo se debe considerar la aplicación de la normativa vigente actual, a fin de garantizar el principio Constitucional de la Seguridad Jurídica, previsto en el Art. 82 de la Constitución de la República: 'El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes'".

A la época en que fue nombrado el Secretario General del Concejo Municipal de Pelileo (año 2009), regía la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que en su artículo 81 facultaba al concejo para designar al secretario de una terna de fuera de su seno, presentada por el alcalde; cuyo tiempo de duración del cargo no debía exceder de la fecha en la cual el alcalde termine sus funciones, pudiendo ser reelegido.

Téngase en cuenta que, los artículos 57 literal p), 317 y 357 del vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, mencionados en la primera consulta, por los cuales se confiere atribuciones al concejo para designar al secretario, de fuera de su seno, de la terna que presente el alcalde, no establecen tiempo de duración en dicha función.

El Título Preliminar del Código Civil relativo a la promulgación de la ley, establece en su artículo 6, que: "La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial (…)"; en este sentido, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en su Disposición Final, prevé que: "El presente Código entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial".

En atención a una consulta formulada por el Alcalde del Cantón Pujilí respecto a que si al encontrarse en vigencia el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, se debe elegir y nombrar nuevamente a la Segunda Autoridad del Ejecutivo o Vicealcalde, Secretaria General y comisiones permanentes que fueron elegidos con la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, esta Procuraduría con oficio No. 00281 de 30 de diciembre de 2010 manifestó que: "De acuerdo con el artículo 7 del Título Preliminar del Código Civil, que establece el carácter irretroactivo de las normas jurídicas, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, entró en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial según su Disposición Final; por lo tanto, tiene aplicación a partir de la fecha de su expedición".

Respecto de la derogación de las leyes, el artículo 37 del mencionando Código Civil, determina que la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita; es expresa: "cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua"; en el caso consultado, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dentro de las Derogatorias y Reformatorias, en su Disposición Primera dispuso expresamente la derogatoria de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Por lo expuesto, toda vez que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización entró en vigencia a partir del 19 de octubre del 2010, fecha de su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 y dispuso la derogatoria expresa de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, se concluye que para la remoción del Secretario General del Concejo Municipal debe aplicarse la normativa prevista en el referido Código Orgánico.

LICENCIA SIN REMUNERACIÓN: ASUNTOS PERSONALES

OF. PGE. N°: 13349, de 28-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Tribunal Contencioso Electoral

CONSULTAS:

1.- "¿Es procedente que un funcionario público solicite licencia sin remuneración para asuntos personales, prevista en el artículo 28 letra a) de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con el artículo 40 de su Reglamento, para reemplazar a un juez titular del Tribunal Contencioso Electoral, en consideración al carácter temporal y de suplencia, expresamente determinados en el artículo 74 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador – Código de la Democracia?".

2.- "¿Al servidor público que es también designado juez suplente del Tribunal Contencioso Electoral, que se le ha autorizado licencia sin remuneración en la entidad en la que presta regularmente sus servicios, es procedente que se le reconozca el pago por el trabajo efectivamente realizado sea a través de un honorario, al amparo del artículo 148 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, que regula la suscripción de contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados, sin relación de dependencia, o por dietas?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 66 núm. 17, 217 inc. Segundo.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 y 13.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 2, 12, 13, 17 lit. b.2) inc. Final, 27, 28 lit. a), 30, 31, 51, 83, 117, 125, Disp. Gen. Tercera; y, 40, 148 de su Reglamento.
Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Arts. 62 y 74.

PRONUNCIAMIENTOS:

"De las normas legales invocadas esto es, el artículo 28 letra a) de la LOSEP; y artículo 40 de su Reglamento, se desprende que la licencia sin remuneración para asuntos particulares se lo puede conceder hasta por quince días calendario durante cada año de servicio con autorización del jefe inmediato y conocimiento de la máxima autoridad, considerando las necesidades de la o el servidor, previo informe favorable de la UATH en la que se determinará las circunstancias que lo ameriten; y hasta sesenta días durante cada año de servicio, previa autorización de la autoridad nominadora o su delegado, contándose previamente con el informe señalado, no siendo acumulables de un período a otro.

Por efecto del artículo 17 letra b.2, e inciso final de la Ley Orgánica del Servicio Público, el puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración puede ser llenado provisionalmente a favor de una o un servidor público

de carrera de la misma institución o a favor de personas que no tengan la calidad de servidores públicos, no pudiendo exceder estos nombramientos el tiempo señalado para la licencia sin remuneración, que en el presente caso puede ser de hasta quince días, o hasta sesenta días como lo señala el artículo 28 letra a) de la citada Ley.

Por lo expuesto se concluye que la licencia sin remuneración puede ser concedida por asuntos netamente de orden particular que ataña a una o un servidor público, puntualizándose que en el caso de los que ocupan puestos excluidos de la carrera del servicio público, como son los que ejercen funciones con nombramiento a período fijo por mandato legal, los de libre nombramiento y remoción; y, de nombramiento provisional están sujetos a esa condición.

Como ya se dejo precisado en el oficio No. MRL-DM-2012-9685 de 7 de diciembre del 2012, dirigido a la Presidente del Tribunal Contencioso Electoral, para el caso de prestación de servicios en otras instituciones del Estado por parte de las o los servidores públicos de carrera, la LOSEP ha establecido un régimen de comisiones de servicios con o sin remuneración, las cuales están viabilizadas en su Reglamento General".

El informe jurídico de la entidad consultante, contenido en el memorando No.052-2013-DAJ-TCE, cita los artículos 66 numeral 17, 127, 220 y 230 de la Constitución de la República, 63 y 74 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia. También se fundamenta en los artículos 12, 13, 28, 30, 31, 117 y 125 de la Ley Orgánica del Servicio Público y concluye con el siguiente criterio jurídico:

"Considerando la imposibilidad de aplicar la comisión de servicios con o sin remuneración dada la exclusión de la carrera del servicio público de las y los actuales Jueces Suplentes del Tribunal Contencioso Electoral, es procedente que soliciten licencia sin remuneración con sujeción a sus necesidades a efecto de que se vinculen a éste Organismo jurisdiccional conforme lo determina el artículo 28 letra a) de la Ley Orgánica del Servicio Público, tanto porque en el lapso otorgado como licencia, el o la servidora no tiene la obligación de acudir a su puesto de trabajo o en otros términos, no ejerce o desempeña materialmente ese cargo público, luego no exista simultaneidad en el ejercicio de puestos, cuanto porque en tal período y como consecuencia de la autorización a la que nos referimos, la o el servidor no percibe remuneración alguna de la institución pública de la que proviene, así, la vinculación del o la Jueza Suplente en ese período y en esas condiciones al Tribunal Contencioso Electoral es jurídicamente posible, pues no recibe en tal período remuneración y se encuentra relevado jurídicamente del desempeño del puesto del que proviene".

El inciso segundo del artículo 217 de la Constitución de la República, respecto de la Función Electoral, establece:

"Art. 217.- La Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía.

La Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Ambos órganos tendrán sede en Quito, jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa, y personalidad jurídica propia (…)".

Sobre el Tribunal Contencioso Electoral, el inciso primero del artículo 220 de la Constitución de la República dispone que, se conformará por cinco miembros principales, que ejercerán sus funciones por seis años que se renovará parcialmente cada tres años, dos jueces o juezas en la primera ocasión, tres en la segunda, y así sucesivamente; y, que existirán cinco miembros suplentes que se renovarán de igual forma que los principales. En idénticos términos se refiere a la conformación del indicado Tribunal, el artículo 62 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

Como prohibiciones para integrar el Tribunal Contencioso Electoral, el artículo 68 del la Ley Orgánica en mención, señala a los candidatos a cargos de elección popular y el personal en servicio activo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y el artículo 69 ibídem prevé que, el ejercicio del cargo de jueza o juez del Tribunal Contencioso Electoral es a tiempo completo y de dedicación exclusiva, incompatible con cualquier otra función, excepto con la docencia universitaria fuera del horario de trabajo del Tribunal.

El artículo 74 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia prevé:

"Art. 74.- En el Tribunal Contencioso Electoral existirán cinco juezas o jueces Suplentes, designados en el mismo proceso que los principales.

Serán funciones de las y los jueces Suplentes remplazar a los principales en su ausencia y cumplir las obligaciones designadas por el Pleno del Tribunal y las normas reglamentarias".

De las normas constitucionales y legales hasta aquí citadas, se desprende que el Tribunal Contencioso Electoral se integra por cinco jueces principales y cinco jueces

suplentes; que están prohibidos de integrar dicho Tribunal, candidatos a cargos de elección popular y el personal en servicio activo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Además que el ejercicio del cargo de Juez del Tribunal Contencioso Electoral es a tiempo completo y de dedicación exclusiva, incompatible con cualquier otra función, excepto con la docencia universitaria fuera del horario de trabajo del Tribunal y que las funciones de los jueces suplentes se circunscriben a remplazar a los principales en su ausencia y cumplir las obligaciones designadas por el Pleno del Tribunal y las normas reglamentarias, situación ésta última, que permite colegir que los jueces suplentes ejercen el cargo de juez del Tribunal, únicamente en reemplazo del titular, es decir de manera temporal.

La Enciclopedia Jurídica de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, define al vocablo suplente como "Substituto// reemplazante" y a suplencia como una palabra usual para referirse al ejercicio interino de cargos, lo que afianza la temporalidad con que el juez suplente ejerce las funciones de titular, que he señalado.

A las premisas señaladas en los dos párrafos precedentes, debe sumarse el hecho de que los jueces suplentes desempeñan otros cargos públicos, según señala en su oficio inicial de consulta No. 041-2013-P-TCE de 1 de febrero de 2013, bajo el título "SITUACIÓN PLANTEADA":

"i. Al corriente de que el Tribunal Contencioso Electoral se encuentra constituido por cinco (5) miembros principales y que, en su ausencia, son reemplazados por las juezas o jueces suplentes, básicamente en dos (2) circunstancias: a. cuando la jueza o juez titular por alguna razón, se excusa de conocer una o varias causas específicas y determinadas, y en consecuencia es la jueza o juez suplente la que conoce el proceso hasta su finalización con la respectiva sentencia o resolución que corresponda, debiendo puntualizar que aquello no significa que la jueza o juez titular, deje de conocer de manera simultánea las demás causas que se encuentran a su despacho; y, b. Cuando se produce la ausencia de la jueza o juez titular por vacaciones o licencias, circunstancia en la que los han suplido en todas las actividades inherentes al cargo de juez del Tribunal Contencioso Electoral.

ii. Al tenor de las estipulaciones del Código de la Democracia, si bien las señoras juezas y jueces suplentes legalmente se encuentran facultados para actuar en ausencia o en caso de excusa de la jueza o juez titular conforme a las causales establecidas en el ordenamiento jurídico, no es claro el mecanismo de pago de la cual las y los referidos jueces que se han integrado a éste Órgano a ejercer las calidades de jueces una vez principalizados, considerando la particular situación de que desempeñan otros cargos públicos".

Los servidores públicos del Tribunal Contencioso Electoral, se encuentran sujetos al ámbito de la Ley Orgánica del Servicio Público, según su artículo 3.

El mecanismo que ha previsto nuestra legislación para que un servidor público de carrera se incorpore temporalmente a prestar sus servicios en otra institución del sector público, es la Comisión de Servicios, con o sin remuneración, a la cual hace referencia el Ministro de Relaciones Laborales en el oficio No. MRL-AJ-2013-0981 de 22 de febrero de 2013, que contiene el criterio institucional de la citada Cartera de Estado, en los siguientes términos:

"Como ya se dejó precisado en el Oficio No. MRL-DM-2012-9685 de 7 de diciembre de 2012, dirigido a la Presidente (sic) del Tribunal Contencioso Electoral, para el caso de prestación de servicios en otras instituciones del Estado por parte de las o los servidores públicos de carrera, la LOSEP ha establecido un régimen de comisiones de servicios con o sin remuneración, las cuales están viabilizadas en su Reglamento General".

La comisión de servicios se halla regulada por los artículos 30 y 31 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que disponen:

"Art. 30.- De las comisiones de servicio con remuneración.- Las o los servidores públicos de carrera podrán prestar servicios en otra entidad del Estado, con su aceptación por escrito, previo el dictamen favorable de la unidad de administración del talento humano, hasta por dos años, mediante la concesión de comisión de servicios con remuneración, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido un año de servicio en la institución donde trabaja y cumpla con los requisitos del puesto a ocupar.

La servidora o servidor público en goce de esta comisión tendrá derecho a percibir la remuneración mayor, o al pago de la diferencia entre lo que percibe en la entidad de origen y lo presupuestado en la que prestará sus servicios.

La servidora o servidor conservará todos sus derechos adquiridos en la institución de origen, en la cual se encontraba originalmente sirviendo; y, una vez que concluya su comisión de servicios, tendrá derecho a ser reintegrada o reintegrado a su cargo original o a uno equivalente si el anterior hubiere sido suprimido por conveniencia institucional. Para efectuar estudios regulares de posgrados, reuniones, conferencias, pasantías y visitas de observación en el exterior o en el país, que beneficien a la Administración Pública, se concederá comisión de servicios hasta por dos años, previo dictamen favorable de la unidad de administración del talento humano, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido un año de servicio en la institución donde trabaja.

Art. 31.- De las Comisiones de Servicio sin remuneración.- Las y los servidores públicos de carrera podrán prestar servicios en otra institución del Estado, mediante comisión de servicios sin remuneración, previa su aceptación por escrito y hasta por seis años, durante su carrera administrativa, previo dictamen favorable de la Unidad de Administración del Talento Humano, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido al menos un año de servicios en la institución. Concluida la comisión la servidora (sic) servidor será reintegrada o reintegrado a su puesto original. Se exceptúan de esta disposición los períodos para el ejercicio de puestos de elección popular. La entidad que otorgó comisión de servicios no podrá suprimir el cargo de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin sueldo.

No se concederá esta clase de comisión de servicios a servidoras o servidores que ocupen puestos de nivel jerárquico superior, periodo fijo, nombramientos provisionales o tengan contratos de servicios ocasionales.

Ninguna entidad pública se rehusará a conceder comisión de servicios para sus servidores".

Conforme se evidencia del tenor de los artículos 30 y 31 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que han quedado citados, la entidad donde labora regularmente un servidor público, puede conferir comisión de servicios con o sin remuneración exclusivamente a los servidores públicos de carrera, por lo que, cabe advertir que tal particularidad torna inaplicable dicha figura jurídica al caso planteado, de conformidad con lo expresado en el memorando No. 052-2013-DAJ-TCE de 22 de abril de 2013, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica del Tribunal Contencioso Electoral, quien expresa textualmente en el acápite a.1., al referirse a la Comisión de Servicios, lo siguiente:

"(…) esta vía jurídica en la condición de las y los actuales Jueces Suplentes, no es procedente toda vez que su acceso únicamente se habilita para quienes se encuentran en la carrera del servicio público, hipótesis en la que no insertan las y los aludidos Jueces Suplentes, toda vez que por su forma de vinculación al sector público – contratos de servicios ocasionales, cargos de libre nombramiento y remoción – son excluidos precisamente de tal carrera, de acuerdo a las reglas contenidas en el artículo 83 de la Ley ejusdem, por lo tanto, no es posible la aplicación de la comisión de servicios para el caso de las y los jueces del Tribunal Contencioso Electoral".

Continuando con el análisis jurídico, el Director de Asesoría Jurídica del Tribunal Contencioso Electoral, bajo el título "Licencias", en el acápite a.2. del memorando No. 052-2013-DAJ-TCE de 22 de abril de 2013, expresa:

"Examinando las posibilidades que permiten a las y los servidores ausentarse o dejar de concurrir ocasionalmente a su lugar de trabajo, se encuentra la figura de la licencia, concluyendo que la situación planteada con las y los actuales Jueces Suplentes no se encuadra en los casos detallados para la licencia con remuneración establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

(…) En este punto es necesario traer al análisis el pronunciamiento del Ministerio de Relaciones Laborales emitido en mérito a la consulta efectuada en su momento por el Tribunal Contencioso Electoral sobre el particular que tratamos, la que se consigna en el Oficio No. MRL-DM-2012 - 9685 de diciembre 7 de 2012, y que a nuestro criterio, deja abierta la posibilidad de que los Jueces Suplentes se integren a este Órgano con licencia sin remuneración, en consecuencia y al permitirlo el órgano rector sobre la materia de acuerdo al artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público, la aplicación de la disposición contenida en la letra a) del artículo 28, es procedente a efecto de que las y los servidores presten sus servicios en este Organismo electoral en las calidades de jueces".

El artículo 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público, respecto de las licencias sin remuneración prevé los casos en que pueden conferirse y el plazo máximo de su concesión:

"Art. 28.- Licencias sin remuneración.- Se podrá conceder licencia sin remuneración a las o los servidores públicos, en los siguientes casos:

a) Con sujeción a las necesidades de la o el servidor, la Jefa o el Jefe de una oficina, podrá conceder licencia sin remuneración hasta por quince días calendario; y, con aprobación de la autoridad nominadora respectiva o su delegada o delegado, hasta por sesenta días, durante cada año de servicio, a través de la Unidad de Administración del Talento Humano;

b) Con sujeción a las necesidades e intereses institucionales, previa autorización de la autoridad nominadora, para efectuar estudios regulares de posgrado en instituciones de educación superior, hasta por un período de dos años, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido al menos dos años de servicio en la institución donde trabaja;

c) Para cumplir con el servicio militar;

d) Para actuar en reemplazo temporal u ocasional de una dignataria o dignatario electo por votación popular; y,

e) Para participar como candidata o candidato de elección popular, desde la fecha de inscripción de su candidatura hasta el día siguiente de las elecciones, en caso de ser servidor de carrera de servicio público".

El artículo 40 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, que forma parte de la Sección Segunda, titulada "De las licencias sin remuneración", dispone:

"Art. 40.- Licencia para asuntos particulares.- Previo informe favorable de la UATH, en el cual se determinen las circunstancias que lo ameriten, se podrá conceder licencia sin remuneración para asuntos particulares durante cada año de servicio, hasta por 15 días calendario durante cada año de servicio, previa autorización de la jefa o jefe responsable de una unidad, autorización que se pondrá en conocimiento de la máxima autoridad con por lo menos 3 días de anticipación.

Se podrán conceder licencias de hasta sesenta días, durante cada año de servicio, previa autorización de la autoridad nominadora o su delegado, conforme lo dispuesto en el artículo 28 literal a) de la LOSEP, para lo cual se considerará la fecha de ingreso a la institución.

Dichas licencias no son acumulables de un período a otro".

De la letra a) del artículo 28 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 40 de su Reglamento General, se observa que los servidores públicos, sean estos de carrera o no, pueden solicitar licencia para asuntos particulares, durante cada año de servicio, hasta por quince días, y dicha licencia le puede ser conferida, previo informe de la UATH, con autorización del jefe directo; o, hasta por sesenta días, previo el indicado informe y con aprobación de la autoridad nominadora o su delegado.

Por lo expuesto, para los servidores públicos que motivan su consulta, excluidos de la carrera del servicio público (y que tienen la calidad de jueces suplentes del Tribunal Contencioso Electoral) es procedente que aquellos soliciten la licencia sin remuneración para asuntos personales, prevista por el artículo 28 letra a) de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con el artículo 40 de su Reglamento General, para reemplazar a un juez titular del Tribunal Contencioso Electoral, en consideración al carácter temporal e interino, expresamente determinados en el artículo 74 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia. La concesión de la licencia es potestad de la correspondiente autoridad, según las normas de la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento, antes referidas.

2.- Al respecto, el Director de Asesoría Jurídica del Tribunal Contencioso Electoral, en el memorando No.052-2013-DAJ-TCE de 22 de abril de 2013, expresa el siguiente criterio jurídico:

"ii Conforme lo determina el artículo 66 número 17 de la Constitución de la República, nadie está obligado a realizar un trabajo gratuito, no obstante de ello, no se puede dejar de lado que por su condición de servidoras y servidores públicos las y los Jueces Suplentes, no pueden percibir dos o más remuneraciones provenientes de organismos del sector público sea por nombramientos o contratos de servicios ocasionales, como tampoco aquellas provenientes de dietas precisamente por la calidad que ostentan, a lo que debemos agregar que el pago por honorarios no resulta la vía idónea, pues resulta incontrovertible que una o un servidor público pueda percibir doble remuneración por efecto de la regla del artículo 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, situación que consideramos además determinante en el pronunciamiento del Ministerio de Relaciones Laborales a través de oficio No. MRL-DM-2012-9685 de 07 de diciembre de 2012".

La Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, según consta de los oficios Nos. 01883 y 08668 de 19 de mayo de 2011 y 4 de julio de 2012, dirigidos en su orden a los Alcaldes de Pelileo y Gualaceo, respecto de la prohibición de ejercer simultáneamente dos cargos públicos o recibir dos remuneraciones por parte del Estado.

Lo que nuestro derecho positivo ha denominado "prohibición de pluriempleo", se conoce en la doctrina jurídica como incompatibilidad administrativa. Al respecto, la Enciclopedia Jurídica Omeba explica:

"No es fácil hallar en la doctrina un concepto claro de incompatibilidad. Dice Bielsa que 'la incompatibilidad resulta de la oposición de intereses del funcionario o empleado respecto de los intereses de la Administración pública, que prevalecen siempre, y que son, por eso mismo, los que determinan la exclusión del cargo, función o empleo'. Y a continuación agrega: 'Los intereses de la Administración pública son administrativos, económicos, morales. / La incompatibilidad puede resultar también de la incoherencia de diversos cargos, de la prohibición de acumulación de ellos, y de la posible (pero inadmisible) subordinación del interés público al del funcionario, cuando esos intereses no son, por regla general, paralelos o coincidentes (…)".

Continúa la Enciclopedia Jurídica Omeba:

"Dice Guffanti: Incompatibilidad significa falta de aptitud moral o legal para asumir un empleo, sea por incapacidad propia, sea por relaciones jurídica preexistentes. Tanto el derecho administrativo como el derecho constitucional, han usado la palabra incompatibilidad para indicar la prohibición legal de reunir dos o más cargos o empleos públicos en una misma persona".

Cabe advertir que la persona que goza temporalmente de licencia sin remuneración,

al mantener su calidad de servidor público, se encuentra sujeta a las limitaciones y prohibiciones propias del servicio público, entre las que consta la del numeral 1 del artículo 230 de la Constitución de la República, que prohíbe "Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita".

El artículo 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone:

"Art. 12.- Prohibición de pluriempleo.- Ninguna persona desempeñará, al mismo tiempo, más de un puesto o cargo público, ya sea que se encuentre ejerciendo una representación de elección popular o cualquier otra función pública.

Se exceptúa de esta prohibición a las y los docentes de Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas y Privadas, legalmente reconocidas, siempre que el ejercicio de la docencia lo permita y no interfiera con el desempeño de la función pública. Igual excepción se aplicará a los músicos profesionales de las orquestas sinfónicas del país, quienes también podrán desempeñar la docencia en los conservatorios de música.

Adicionalmente, se exceptúan de la disposición establecida en el presente artículo las autoridades o sus delegados que, por el ejercicio de sus cargos, deban integrar directorios y organismos similares del sector público. Para estos casos excepcionales, la citada delegación no será remunerada.
El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar, en calidad de vocales, las Juntas Parroquiales, no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes, siempre y cuando su horario de trabajo lo permita.

A la servidora o servidor público de carrera que resultare electo para una dignidad de elección popular, se le otorgará de manera obligatoria licencia sin remuneración por el periodo de tiempo para el cual fue electo, bastando al efecto la notificación pública que efectúe el organismo electoral respectivo con los resultados correspondientes y la resolución de las impugnaciones que hubieren de ser el caso".

Además, la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica del Servicio Público prevé que: "El Nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, las inhabilidades; y, las prohibiciones para desempeñar cargos públicos, constituirán normas de aplicación general para todas las entidades y organismos dispuestos en el Artículo 3 de esta Ley".

Concordante, el artículo 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que dispone:

"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".

Como se evidencia, la norma antes citada prohíbe que una autoridad o servidor perciba dos o más remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos contemplados en el artículo 3 de esta Ley y prohíbe expresamente a quienes integran cuerpos colegiados, la percepción de dietas, salvo las excepciones de la misma norma.

Por su parte, el Art. 148 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé:

"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".

La norma trascrita ha previsto la posibilidad de que la autoridad nominadora pueda suscribir contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados, los cuales no generan relación de dependencia, siempre que no se configure ninguna de las inhabilidades, prohibiciones e impedimentos establecidos en dicho cuerpo legal para los servidores públicos.

Conforme ha quedado señalado en el presente pronunciamiento, la concesión de la licencia sin remuneración, aún cuando interrumpe el ejercicio del cargo durante el tiempo que dure la licencia en la entidad en la que presta regularmente servicios, no extingue la relación jurídica existente.

Por lo expuesto, en atención a su consulta se concluye que es improcedente que al servidor público que es también designado juez suplente del Tribunal Contencioso Electoral, y a quien se le haya otorgado licencia sin remuneración en la entidad en la que presta regularmente sus servicios, se le cancelen honorarios al amparo del artículo 148 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, que regula la suscripción de contratos civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados o por dietas, puesto que incurriría en la prohibición determinada en el artículo 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con el artículo 230 numeral 1 de la Constitución de la República, que son de aplicación general para toda la administración pública, por mandato de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica del Servicio Público.

MINISTRO DE AGRICULTURA, GANADERÍA, ACUACULTURA Y PESCA: COMPETENCIA PARA CONOCER, SUSTANCIAR Y RESOLVER LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

OF. PGE. N°: 12678, de 08-04-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Ministerio de Agricultura, Ganadería Acuacultura y Pesca

CONSULTAS:

1.- "¿El señor Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, es competente para conocer, sustanciar y resolver los recursos administrativos propuestos por los administrados contra las decisiones o resoluciones, generadas por sus subalternos, tal como lo prevé los arts. 176, 178 y más mandamientos normativos del ERJAFE?";

2. "¿El señor Subsecretario de Tierras y Reforma Agraria, al ser un subordinado del Ministro, puede tomar decisiones unilateralmente para inadmitir recursos administrativos, y paralizar servicios públicos, sin un sustento constitucional y legal?";

3. "¿Se puede mantener la estructura orgánico funcional del ex – Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (persona jurídica suprimida mediante Decreto Ejecutivo No. 373), y reactivar el Consejo Superior, Cuerpo Colegiado, y más dependencias que constaban dentro de la estructura básica del extinto INDA; dentro de la Subsecretaría de Tierras y Reforma Agraria, teniendo en consideración que éste último es un proceso – área dependiente del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca?"; y,

4. "¿Cuáles son los efectos jurídicos que tiene la supresión de los organismos o entidades públicas?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 173 y 237 núm. 3.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.
Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 31 y 217 núm. 3.
Ley de Desarrollo Agrario, Arts. 36, 37, 39, 41, 42 núm. 2, 51, 53 y Disp. General Tercera.
Ley de Modernización del Estado, Art. 38.
Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 31 lit. c).
Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, Arts. 176 y 178.
Ley de Tierras Baldías y Colonización, Arts. 4, 26, 32 y 35 ibídem.
Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio de Agricultura, Art. 62.
D.E. N° 373, Registro Oficial Suplemento N° 206, de 03-06-2010, se suprimió el Instituto de Desarrollo Agrario, INDA, Arts. 1, 2 y 3.
Res. N° 17, Registro Oficial N° 102, de 11-06-2007, Art. 2.

PRONUNCIAMIENTOS:

El informe de la Coordinadora de Asesoría Jurídica, contenido en memorando No. MAGAP-CGAJ-2013-0649-M de 7 de marzo de 2013, refiere como antecedente que,

mediante Decreto Ejecutivo No. 373, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 206 de 3 de junio de 2010, se suprimió el Instituto de Desarrollo Agrario (INDA) y se transfirieron todas sus competencias a la Subsecretaría de Tierras y Reforma Agraria, dependencia del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca.

Agrega, que en memorando No. MAGAP-STRA-2013-1164-M de 28 de febrero del 2013, el Subsecretario de Tierras y Reforma Agraria, sobre la base del artículo 53 de la Ley de Desarrollo Agrario ha manifestado que:

"(…) podemos establecer que las resoluciones administrativas que emiten los Directores Distritales de Tierras y Subsecretario de Tierras y Reforma Agraria, atribución conferida por la Ley de Desarrollo Agrario y su Reglamento General, y la Ley de Tierras Baldías, no son susceptibles de sustanciación ante la máxima autoridad de esta Cartera de Estado, de conformidad con los procedimientos impugnatorios contemplados en el ERJAFE; ya que por mandato legal de los Arts. 31 y 217, numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial en concordancia con el Art. 53 (reformado) de la Ley de Desarrollo Agrario, Art. 38 de la Ley de Modernización vigente, y demás normas citadas, estas impugnaciones deben ser conocidas e interpuestas ante las juezas y jueces de lo contencioso administrativo.

Sin embargo aquellos recursos administrativos interpuestos de las resoluciones que emiten los Directores Distritales y Subsecretario de Tierras y Reforma Agraria, dentro de los trámites de extinción del acto administrativo de adjudicación, declaratorias de oficio de nulidad de las adjudicaciones realizadas en zonas de playa y bahía o áreas de manglares y Procedimientos Administrativos sobre adjudicaciones presuntamente forjadas, son atribuciones que nacen del ERJAFE, en consecuencia su sustanciación se regirá al procedimiento administrativo establecido en dicho cuerpo legal, y por tanto las impugnaciones seguirán siendo remitidas oportunamente a la Coordinación General de Asesoría Jurídica".

La Coordinadora Jurídica del MAGAP expone que:

"Es importante señalar que en ninguna parte del Decreto Ejecutivo aludido se menciona que se mantendrá la estructura del Ex INDA dentro de la Subsecretaría de Tierras y Reforma Agraria del MAGAP, quedando insubsistente la aplicación fáctica del Art. 53 de la Ley de Desarrollo Agrario, pues no se puede aplicar una estructura recursiva de un ente Estatal que legalmente no existe".

Argumenta que, "La confusión se origina en la aplicación del Art. 53 de la Ley de Desarrollo Agrario, cuando manifiesta que el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario no ejercerá funciones jurisdiccionales, sino solamente decisiones de carácter

administrativo; y, que las resoluciones adoptadas por las autoridades del INDA serán susceptibles de impugnación ante las juezas o jueces de lo Contencioso Administrativo; circunstancia que contraviene lo ya analizado respecto de la garantía constitucional que toda resolución, en el presente caso administrativa, puede ser susceptible de impugnación, y conforme lo prevé el ERJAFE previo al inicio de una acción de carácter jurisdiccional se debe agotar la vía administrativa, a fin de obtener un método alternativo de solución de conflictos".

Concluye el referido informe de la Coordinación Jurídica del MAGAP que:

"5. El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, faculta al señor Ministro la revisión de las decisiones administrativas que desarrollen sus subalternos, tal como lo prevén los artículos 176 y 178 de dicho cuerpo legal".

Para el análisis de la consulta resulta pertinente considerar que, el actualmente extinto Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA) fue creado por el artículo 36 de la Ley de Desarrollo Agrario y suprimido por el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 373, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 206 de 3 de junio de 2010.

Las atribuciones del extinguido INDA según el artículo 37 de la citada Ley fueron establecidas en los siguientes términos:

"Art. 37.- ATRIBUCIONES DEL INDA.- El Instituto Nacional de Desarrollo Agrario tendrá las siguientes atribuciones:

Otorgar títulos de propiedad a las personas naturales o jurídicas que, estando en posesión de tierras rústicas y teniendo derecho a ellas, carecen de título de propiedad;

a) Adjudicar las tierras que son de su propiedad;

b) Declarar la expropiación de tierras que estén incursas en las causales establecidas en el artículo 32 de la presente Ley;

c) Realizar y mantener un catastro de las tierras agrarias;

d) Perfeccionar el proceso de reforma agraria integral; y,

e) Las demás que consten en la presente Ley y su Reglamento".

De acuerdo con el artículo 39 de la Ley de Desarrollo Agrario, el INDA contaba con la siguiente estructura: a) Un Consejo Superior; b) Un Director Ejecutivo; c) Cuatro

Direcciones Distritales; y, d) Las unidades administrativas establecidas en su Reglamento Orgánico Funcional.

Las atribuciones del INDA fueron transferidas por el artículo 2 del citado Decreto No. 373 al Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, para cuyo efecto se creó la Subsecretaría de Tierras y Reforma Agraria, según el artículo 3 ibídem.

Los citados artículos 2 y 3 del Decreto No. 373, disponen en su orden:

"Art. 2.- Trasfiéranse al Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca las competencias, atribuciones, funciones, administración y ejecución de políticas agrarias, patrimonio, derechos y obligaciones del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario".

"Art. 3.- Para el ejercicio y ejecución de las atribuciones de que trata el artículo anterior, créase en el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, la Subsecretaría de Tierras y Reforma Agraria".

La competencia para resolver en sede administrativa los trámites de expropiación y de oposición a la adjudicación, correspondía al Director Ejecutivo del INDA, de acuerdo con los artículos 42 numeral 2º y la Disposición General Tercera de la citada Ley de Desarrollo Agrario, cuyo último inciso establece:

"El Director Ejecutivo del INDA es competente también para resolver en una instancia, sin perjuicio de la acción contencioso administrativa, los trámites de oposición a la adjudicación y de presentación de títulos que se sustancien al amparo de la Ley de Tierras Baldías y Colonización".

Los procedimientos de adjudicación de tierras y reversión de las adjudicaciones a cargo del extinguido INDA, constan establecidos en los Capítulos III y IV de la citada Ley de Tierras Baldías y Colonización, respectivamente; y, su resolución correspondía al Director Ejecutivo del extinguido INDA, según los artículos 4, 26, 32 y 35 ibídem.

La aplicación de los procedimientos establecidos por la Ley de Desarrollo Agrario y la Ley de Tierras Baldías y Colonización, para efectos de adjudicar las tierras del INDA, está dispuesta también por el artículo 62 del Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio de Agricultura.

Las atribuciones del Consejo Superior del extinguido INDA que establece el artículo 41 de la Ley de Desarrollo Agrario, no incluye ninguna que le asigne competencia para resolver recursos en sede administrativa. Tampoco existe norma en tal sentido en la Ley de Tierras Baldías y Colonización.

Respecto de la naturaleza de las resoluciones del INDA, el artículo 53 de la Ley de Desarrollo Agrario que ha citado la consulta, dispone:

"Art. 53.- JURISDICCION.- El Instituto Nacional de Desarrollo Agrario (INDA) no ejercerá funciones jurisdiccionales. Las decisiones que adopte serán de carácter administrativo.

Las juezas y jueces de lo contencioso administrativo serán competentes para conocer y resolver las impugnaciones de las resoluciones de los Directores Distritales, del Director Ejecutivo y del Consejo Superior del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, (INDA)".

Como consecuencia de la supresión del INDA, dicho Instituto dejó de existir, así como su estructura administrativa. Las atribuciones y competencias que, en sustitución del INDA, corresponde ejercer a la actual Subsecretaría de Tierras y Reforma Agraria del MAGAP son las establecidas por el artículo 37 de la Ley de Desarrollo Agrario, esto es la titulación, expropiación y adjudicación de tierras rústicas con aptitud agraria.

De ahí que, los procedimientos de titularización, adjudicación y reversión de adjudicación de tierras rústicas con vocación agrícola, que en sustitución del extinguido INDA, corresponden en la actualidad a la Subsecretaría de Tierras del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, tienen naturaleza administrativa y por tanto las resoluciones que en ellos se expiden tienen idéntico carácter según el artículo 53 de la Ley de Desarrollo Agrario.

La Ley de Desarrollo Agrario y la Ley de Tierras Baldías y Colonización, no han establecido recursos en sede administrativa para impugnar las resoluciones que se expiden en los procedimientos sujetos a esas Leyes.

Sin embargo, el artículo 173 de la Constitución de la República dispone que: "Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial".

Por su parte, los artículos 176 y 178 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que ha citado la entidad consultante, regulan los recursos de apelación y de revisión, en sede administrativa. Dichas normas, en su orden disponen:

"Art. 176.- Recurso de apelación. Objeto.

1. Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin

que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa.

2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado".

"Art. 178.- Recurso extraordinario de revisión.- Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurran alguna de las causas siguientes:

a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;

b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;

c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,

d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme (…)".

Del tenor del artículo 176 del ERJAFE se desprende que, el recurso administrativo de apelación procede respecto de resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa; mientras que, el recurso de revisión procede por las causales taxativamente establecidas por el artículo 178 ibídem y su conocimiento y resolución corresponde a los Ministros de Estado.

Si bien la Ley de Desarrollo Agrario y la Ley de Tierras Baldías y Colonización, no establecen recursos en sede administrativa que permitan impugnar las resoluciones del Director Ejecutivo del INDA (actual Subsecretaría de Tierras del MAGAP), tratándose de resoluciones adoptadas en sede administrativa por un órgano del Ministerio de Agricultura y Ganadería, procede el recurso administrativo de apelación según el tenor del artículo 176 del ERJAFE.

Mientras que, de configurarse las causales establecidas por el artículo 178 del ERJAFE, el Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, tiene competencia para conocer y resolver el recurso extraordinario de revisión que impugne la resolución adoptada por el Subsecretario de Tierras, que es un órgano subordinado de esa Cartera de Estado.

Si bien la letra c) del artículo 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa exigía que al escrito de demanda en esa vía, se acompañaran "c) Los documentos que justifiquen haber agotado la vía administrativa y que el reclamo ha sido negado en ésta", con posterioridad, al promulgarse la Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada, que en su artículo 38 confiere a los jueces de lo contencioso administrativo, competencia para conocer y resolver las demandas derivadas de actos, contratos, hechos administrativos, se establece que "(…) No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa (…)".

Es decir que, de acuerdo con los artículos 173 de la Constitución de la República y 38 de la Ley de Modernización del Estado, la impugnación de los actos administrativos en sede administrativa es facultativa y no constituye requisito agotar la vía administrativa para recurrir a la vía judicial, por lo que, es decisión del administrado agotar o no la vía administrativa, lo que no obsta a que acuda a sede judicial.

En atención a los términos de su consulta, de conformidad con los artículos 176 y 178 del ERJAFE, el Ministro de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, es competente para conocer, sustanciar y resolver los recursos administrativos de apelación y de revisión, propuestos por los administrados contra las resoluciones del Subsecretario de Tierras en sustitución del Director Ejecutivo del INDA, por tratarse de un órgano dependiente de esa Cartera de Estado.

SEGUNDA, TERCERA Y CUARTA CONSULTAS

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 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional

De la lectura de los términos de sus consultas, no aparece que estén dirigidas a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de mis competencias previstas en el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo que, me abstengo de atenderlas.

MUNICIPALIDADES: CAMBIO DE NOMBRES, DETERMINACIÓN DE LINDEROS DE TERRITORIO CANTONAL Y FUSIÓN DE PARROQUIAS

OF. PGE. N°: 12363, de 12-03-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Aguaríco

CONSULTA:

1.- "¿De acuerdo con el contenido del Art. 57 literal v) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los Concejos Municipales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados pueden crear, suprimir y fusionar parroquias urbanas y rurales, cambiar sus nombres y determinar sus linderos en el territorio cantonal?".

2.- "¿Con la vigencia de la ORDENANZA MUNICIPAL QUE ESTABLECE LA DECLARATORIA DE PARROQUIA URBANA A LA PARROQUIA TIPUTINI dejan de ejercer sus funciones de representantes de la comunidad los señores Vocales de la junta Parroquial Rural de Tiputini; o, como manda dicha Ordenanza, continúan en sus funciones hasta que finalice el período para el cual fueron elegidos?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 237 núm. 3 y 262.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 13, 20, 28, 24, 25, 53, 57 lit. v), 58 y 63.
Código de la Democracia, Art. 90
Creación del Cantón Aguaríco, Res. N° s/n, Registro Oficial N° 169 de 30 de abril de 1969.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- El criterio del Procurador Síndico de la Municipalidad de Aguarico, contenido en Informe Jurídico No. 001-2013 DJ-FRG de 9 de enero de 2013, manifiesta que: "2.2. Es una facultad del Concejo Cantonal, 'Crear, suprimir y fusionar parroquias urbanas y rurales, cambiar sus nombres y determinar sus linderos en el territorio cantonal', estipulados en el Art. 57 literal v) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización".

Por su parte, el Presidente del CONAGOPARE expone:

"Dando cumplimiento a la atribución del concejo municipal establecida en el artículo 57 letra v) del COOTAD, en sintonía con el artículo 25 del cuerpo legal citado, el concejo municipal, tiene la capacidad mediante ordenanza, de crear, modificar y suprimir una parroquia rural, respetando los procedimientos que establece la ley, entre ellos, el trabajo coordinado con el Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial Rural y la aplicación de mecanismos de participación ciudadana para dicho efecto".

La Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas expone que: "El Cantón Aguaríco se crea mediante resolución del Senado de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 169 de 30 de abril de 1969, y se crea de la siguiente manera: Cantón Aguaríco: Nuevo Rocafuerte (urbana) debe entenderse que es la cabecera cantonal, y, con las siguientes parroquias rurales: Cononato; Cuyabeno, Sta. María de Huirinima; Capitán Augusto Rivadeneira; Tiputini; y, Yazuní".

Agrega que, para cambiar la cabecera cantonal se requeriría: "a) que se efectúe una consulta popular; y, b) que se reforme la ley"; y que, con respecto al cantón Aguaríco: "En lo atinente a la consulta popular, ésta se llevó a efecto y sus resultados se encuentran publicados en el Registro Oficial No. 394 de 1 de agosto de 2008. A la fecha la Asociación de Municipalidades no conoce de la reforma de la ley de creación del Cantón".

El referido criterio institucional de la AME cita los artículos 20 y 24 del COOTAD y sobre su base manifiesta:

"De la disposición citada claramente se infiere que el marco legal de la parroquia rural lo contiene la ordenanza correspondiente, esta ordenanza reglamenta a la parroquia en todo su ámbito".

La Presidenta de la Junta Parroquial de Tiputini no ha incluido en su comunicación, el criterio jurídico institucional sobre el tema materia de consulta pero refiere que los resultados de la consulta popular efectuada el 8 de junio del año 2008 demuestran "(…) que el pueblo de Aguaríco se pronunció favorablemente con el 55% para que Tiputini sea la cabecera cantonal de Aguaríco, sin embargo no se ha legitimado este proceso a pesar que la CELIR remitió informe favorable al señor Presidente de la República, con este argumento el proyecto de Ley de Fijación de Límites Territoriales en el Art. 3 consta Aguaríco Cabecera Cantonal Tiputini, proyecto de ley que fue enviado a la Asamblea Nacional para su aprobación y tengo entendido que fue aprobado en primer debate y que para el segundo debate se ha solicitado informes ampliatorios".

Para atender su consulta es pertinente considerar que, la Constitución de la República a partir de su artículo 262, establece las competencias que corresponde ejercer a los distintos niveles de gobiernos autónomos descentralizados (GADs), en las circunscripciones territoriales regional, provincial, cantonal y parroquial rural.

El artículo 13 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) dispone que: "La creación de regiones, provincias, cantones y parroquias rurales respetará de manera rigurosa los requisitos previstos en la Constitución y este Código: su inobservancia acarreará la nulidad absoluta del acto normativo correspondiente".

De acuerdo con el artículo 20 del citado COOTAD "Los cantones son circunscripciones territoriales conformadas por parroquias rurales y la cabecera cantonal con sus parroquias urbanas, señaladas en su respectiva ley de creación, y, por las que se crearen con posterioridad, de conformidad con la presente ley".

Concordante, el artículo 24 del COOTAD prevé que: "Las parroquias rurales constituyen circunscripciones territoriales integradas a un cantón a través de ordenanza expedida por el respectivo concejo municipal o metropolitano".

Según prevén los artículos 53 y 63 del COOTAD, los gobiernos autónomos descentralizados municipales y parroquiales rurales son personas jurídicas de derecho

público, con autonomía política, administrativa y financiera, y por tanto tienen su respectiva estructura administrativa según el artículo 338 ibídem.

De acuerdo con el artículo 28 del COOTAD, los GADs se integran por ciudadanos electos democráticamente, quienes ejercerán su representación política.

Concordante, el artículo 90 de la Ley Orgánica Electoral (Código de la Democracia), los alcaldes, concejales municipales y vocales de las juntas parroquiales, se designan mediante elección que se realiza cada cuatro años.

De lo anterior se infiere que, según el artículo 20 del COOTAD, el cantón se crea por ley y está integrado por parroquias urbanas y rurales; y, por aquellas que se crearen con posterioridad, mediante Ordenanza expedida por el Concejo Cantonal.

La cabecera cantonal está determinada por la ley de creación del cantón de acuerdo con el artículo mencionado en el párrafo anterior; en consecuencia, la modificación de la cabecera cantonal requiere la expedición de una ley.

La letra v) del artículo 57 del COOTAD, sobre cuya aplicación trata su consulta, asigna como atribución del Concejo Municipal, órgano legislativo del GAD Municipal, la siguiente:

"v) Crear, suprimir y fusionar parroquias urbanas y rurales, cambiar sus nombres y determinar sus linderos en el territorio cantonal (…)".

Concordante, el artículo 25 del COOTAD establece el procedimiento para la creación o modificación de parroquias mediante Ordenanza, cuando dispone que:

"Art. 25.- Creación.- Corresponde al respectivo concejo metropolitano o municipal la creación o modificación de parroquias rurales, mediante ordenanza que contendrá la delimitación territorial y la identificación de la cabecera parroquial. El proyecto contendrá la descripción del territorio que comprende la parroquia rural, sus límites, la designación de la cabecera parroquial y la demostración de la garantía de cumplimiento de sus requisitos. En caso de modificación, el concejo metropolitano o municipal actuará en coordinación con el gobierno autónomo descentralizado parroquial rural, garantizando la participación ciudadana parroquial para este efecto".

Sobre esta materia, en pronunciamiento contenido en oficio No. 09187 de 3 de agosto de 2012 concluí:

"(…) de conformidad con el artículo 25 y 57 v) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es facultad del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón, la creación o modificación de parroquias rurales y la determinación de los límites de las mismas, mediante ordenanza, así como conocer y resolver sobre el pedido de desmembración de una comunidad".

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 25 y 57 letra v) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los Concejos Municipales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados tienen atribución para crear, modificar, suprimir o fusionar parroquias urbanas y rurales.

La decisión de declarar como urbana a la Parroquia Tiputini del cantón Aguaríco, es de exclusiva responsabilidad del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Aguaríco.

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.

De la lectura de los términos de la consulta, no aparece que esté dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de mis competencias previstas en el Art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo que me abstengo de atenderla.

MÚSICOS SERVIDORES PÚBLICOS: PAGO DE HONORARIOS -RECONSIDERACIÓN-

OF. PGE. N°: 13327, de 27-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Orquesta Sinfónica de Cuenca

CONSULTA:

Solicita la reconsideración del pronunciamiento emitido por esta Entidad, contenido en el oficio No. 12673 de 8 de abril de 2013, por el cual se absolvió la consulta efectuada en el oficio No. OSC-DE-113-2013 de 27 de febrero de 2013, referente a la procedencia de que de conformidad a lo establecido en la excepción prevista en el segundo párrafo del Art. 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, la entidad que usted representa, pueda cancelar honorarios y otros emolumentos a los servidores instrumentistas músicos que realicen las orquestaciones musicales sinfónicas.

BASES LEGALES:

Constitución de la República, Art. 66 núm. 17
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 núm. 1, 117; y, 9 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

En el pronunciamiento cuya reconsideración se solicita, concluí en los siguientes términos:

"Por lo anotado se concluye que, de conformidad con el artículo 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con el artículo 9 de su Reglamento General, los servidores públicos que prestan sus servicios en calidad de músicos, pueden percibir honorarios y otros emolumentos, sin incurrir en pluriempleo, únicamente cuando sean requeridos a colaborar fuera de su jornada de trabajo institucional como docentes en programas de formación o capacitación, en tal virtud, no procede reconocer valor alguno por la realización de otras actividades adicionales.

La determinación de las actividades de formación o capacitación es de responsabilidad de la entidad consultante".

Como fundamento principal de su solicitud de reconsideración, señala que el Capítulo Sexto, Derechos de Libertad, Art. 66 numeral 17 de la Constitución de la República, consagra el derecho a la libertad de trabajo y señala que nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.

En el oficio No. OSC-DE-187-2013 de 18 de abril de 2013, que contesto, argumenta que:

"(…) ha requerido la participación de Instrumentistas Músicos Sinfónicos de la Orquesta Sinfónica de Cuenca, a fin de que realicen fuera de su jornada de trabajo, el desarrollo de material sinfónico (arreglos orquestales sinfónicos) (…)".

Adjunta a su pedido de reconsideración, el criterio jurídico del abogado de la Orquesta Sinfónica de Cuenca, contenido en el oficio No. OSC-AJ-038-2013 de 15 de abril de 2013 y el oficio No. 030-DTT-OSC-13 de 16 de abril de 2013, por el que el Director Titular de la Orquesta Sinfónica de Cuenca emite el informe técnico mediante el cual presenta "los argumentos técnicos que sustentan el pago de arreglos orquestales por parte de los músicos de la Institución", que me permito indicar a continuación:

"(…) Ni los Conservatorios peor aún las orquestas sinfónicas cuentan con la especialidad definida de arreglistas, orquestadores, compositores.

Si comparamos los arreglos de Edición profesional, los costos de compra de este material sobrepasa los $ 1.000, en el Ecuador el costo es de apenas unos $200.

En ningún caso se trata de utilizar erróneamente el calificativo de 'Pluriempleo'. De lo que entiendo, pluriempleo significa trabajar en 2 instituciones con las obligaciones que esto conlleva, es decir, seguro social, horario establecido, remuneración fija, funciones específicas; el trabajo de arreglos orquestales lo realizan en sus domicilios en sus tiempos libres sin representar erogaciones del Estado o instituciones, sin reconocimientos adicionales.

Anualmente, las orquestas sinfónicas requieren un trabajo de unos 15 arreglos, lo cual representa unos $3.000/año. Si lo tuviésemos que incluir un especialista al cuerpo institucional con todos sus derechos, esto significaría que el burócrata cobraría en solo 2 meses el trabajo anual de un arreglista, lo cual no tiene comparación alguna del despilfarro del Estado en una sola persona. El burócrata le significará al Estado unos $ 18.000/año y trabajando escasamente (¿?).

El trabajo de un arreglista es tan productivo que ése material se convierte en patrimonio de la institución y se podrá utilizar cuantas veces se requiera, por tanto es un trabajo excesivamente rentable para el Estado (…)".

Con relación a esta consulta, el Abogado de la Orquesta Sinfónica de Cuenca, en el criterio jurídico constante en oficio No. OSC-AJ-021-2013 de 25 de febrero de 2013, expresa lo siguiente:

"(…) considero que es procedente y legal el pago de los encargos de arreglos musicales al personal de la Orquesta Sinfónica de Cuenca, por su trabajo realizado, ya que el mismo no se encuentra contemplado dentro de sus funciones y las realizan fuera de la jornada diaria de trabajo, por lo que de conformidad con la Constitución Política (Constitución de la República del Ecuador), Capítulo Sexto, Art. 66. Derechos de Libertad, numeral 17, se proclama el derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley". (La frase en paréntesis me pertenece)

Entre los fundamentos jurídicos del pronunciamiento constante en el oficio No. 12673 de 8 de abril de 2013, señalé el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, que expresamente somete a sus disposiciones, de manera obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, entre otros, a los organismos y dependencias de la Función Ejecutiva, así como los incisos primero y segundo del artículo 12 de la indicada Ley Orgánica, que dispone:

"Art. 12.- Prohibición de pluriempleo.- Ninguna persona desempeñará, al mismo tiempo, más de un puesto o cargo público, ya sea que se encuentre ejerciendo una representación de elección popular o cualquier otra función pública.

Se exceptúa de esta prohibición a las y los docentes de Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas y Privadas, legalmente reconocidas, siempre que el ejercicio de la docencia lo permita y no interfiera con el desempeño de la función pública. Igual excepción se aplicará a los músicos profesionales de las orquestas sinfónicas del país, quienes también podrán desempeñar la docencia en los conservatorios de música".

Adicionalmente, me referí al artículo 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el cual establece que: "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 (…)".

Como excepción a la prohibición de recibir dos remuneraciones, el mismo artículo 117

de la LOSEP, prevé "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".

De las disposiciones enunciadas se establece que los músicos profesionales, en calidad de servidores públicos, únicamente pueden percibir más de una remuneración erogada por entidades u organismos contemplados en el artículo 3 de la LOSEP, cuando sea a consecuencia de su colaboración en programas de formación o capacitación, sin que proceda efectuar una interpretación extensiva de la norma que contraríe su mandato expreso.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con el artículo 9 de su Reglamento General, los servidores públicos que prestan sus servicios en calidad de músicos, pueden percibir honorarios y otros emolumentos, sin incurrir en pluriempleo, únicamente cuando sean requeridos a colaborar fuera de su jornada de trabajo institucional como docentes en programas de formación o capacitación, sin que sea procedente reconocer valor alguno por la realización de otras actividades adicionales.

Por lo expuesto, toda vez que los argumentos legales que sirvieron de fundamento para el pronunciamiento contenido en el oficio No. 12673 de 8 de abril de 2013 no han variado, esta Procuraduría lo ratifica en su total contenido.

NOTARIO: COBRO DE IMPUESTOS A PATENTE MUNICIPAL

OF. PGE. N°: 11539, de 16-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Shushufindi

CONSULTA:

1.- "¿Debe el Notario Primero del Cantón Shushufindi pagar impuestos de patente, porque es una actividad económica realizada por un profesional del Derecho? ¿Debe pagar, desde que inició sus actividades o desde la fecha que se le notificó con el pago, desde cuándo, o simplemente no debe pagar, por ser un funcionario público, por delegación del Estado para ejercer el servicio Notarial? ¿Debe el notario Primero del Cantón Shushufindi pagar el impuesto del 1.5 por mil, por los bienes muebles, equipos informáticos, maquinarias que forman parte del activo fijo de oficina, que sirven como herramientas indispensables propias para ejercer sus actividades, considerando que es un servidor público que percibe honorarios que cancelan los usuarios?".

2.- "El Art. 548 del COOTAD, establece la base mínima de USD 10,00 y como máxima los USD 25.000.000 sobre el patrimonio, para el cobro del Impuesto a la Patente Municipal. Pues, los sujetos pasivos, solicitan se reforme la ordenanza manteniéndose los techos mínimo y máximo establecidos en dicho Código, pero que se baje los rangos de variación. ¿Se puede bajar los rangos de variación, manteniendo los techos mínimo y máximo establecido en el Art. 8, de la Ordenanza elaborada para el efecto, de acuerdo a la tabla establecida? ¿Pero al bajar los rangos disminuyen los Ingresos? Es legal, hacerlo, a sabiendas que si no se suben los ingresos para el siguiente año, al menos deben ser iguales al año anterior, pero de ninguna manera menor?. ¿Es procedente o no?".

3.- "Las Cooperativas de Transportes tanto livianos como pesados del Cantón Shushufindi, están cancelando el impuesto de patentes municipales, como personas jurídicas y también individualmente como personas naturales, debido a que la declaración del Impuesto a la Renta, la realizan como persona jurídica y como persona natural y por ésta razón, se aplica el cobro de la patente, tanto como persona jurídica y como persona natural por poseer RUC, en ambos casos por la misma actividad que ejercen, en razón de que facturan a diferentes empresas e instituciones por el servicio que prestan. ¿Es procedente seguirlo haciendo o es ilegal? ¿Deben pagar como persona jurídica y no como persona natural?".

4.- "(…) ¿Es procedente, cobrar el Impuesto a la Patente Municipal a la Empresa Pública PETROECUADOR, por su actividad que realiza, conforme lo establece el Art. 547 del COOTAD, considerando que es una empresa Pública que compite con otras empresas privadas?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador Arts. 199, 200 y 301.
Código Orgánico de la Función Judicial Arts. 38 núm. 5; 136 inc. Final, 296, 299, 303 y 304.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD,

Arts. 491, 543, 546 547, 548, 550, 552 al 554 y 547.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 115 y 178.
Código Tributario, Arts. 1, 16, 24, 31, 32, 35 núm. 1 y 68.
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 1 y 41.
Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Arts. 56 y 57.
Ley de Control Tributario y Financiero, Arts. 31, 32 y 33.
Ley Notarial, Art. 6.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Del tenor de la consulta se desprende que está referida a dos temas: el impuesto de patente; y, el impuesto del 1.5 por mil sobre activos fijos, ambos de carácter municipal, y que tiene por objeto determinar si los Notarios son sujetos pasivos de dichos tributos.

El criterio del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante está contenido en informe No. 207-PS-GADMSFD-2012 de 5 de mayo de 2012, y en él se refiere que, el Notario Primero del Cantón Shushufindi ha presentado un reclamo administrativo respecto al pago del impuesto de patente que le ha notificado la Tesorera Municipal, argumentando que "(…) la Notaría única del Cantón Shushufindi a su cargo, ejerce una función pública y no se practica una actividad, industrial o financiera (…)".

El citado informe invoca entre otras normas, el artículo 547 del COOTAD que establece que son los sujetos pasivos del impuesto a la patente quienes ejerzan permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales; así como, el artículo 6 de la Ley Notarial que define a los notarios como "funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados por las leyes".

En el acápite 3.5 de su informe argumenta que los Notarios "(…) perciben honorarios, de los usuarios, esto, es un actividad económica, realizada por una actividad de un profesional (…)"; y, concluye que:

"4.2 Al no existir exoneración alguna a los notarios, siendo, una actividad económica la que realizan, es opinión de Procuraduría Síndica que, deben obtener la patente municipal y por lo tanto pagar los impuestos que determinan las disposiciones señaladas".

El informe del Procurador Síndico no analiza ni consigna su criterio sobre la aplicación a los Notarios de las normas del COOTAD que establecen el impuesto del 1.5 por mil a los activos totales.

Por su parte, la Directora Ejecutiva de la AME, en el oficio al que antes se hizo

referencia, cita entre otras normas, los artículos 547 y 550 del COOTAD que en su orden, determinan los sujetos pasivos del impuesto de patente y exoneran del pago de ese tributo a los artesanos; así como, los artículos 31 y 35 numeral 1 del Código Tributario que establecen el concepto de exención y las exoneraciones generales aplicables al pago de impuestos.

Concluye la AME que:

"De la normativa citada se concluye que, toda exoneración o exención debe constar en una ley, no existiendo norma que exonere del pago del impuesto de patente al Notario Primero del Cantón Shushufindi, considerado sujeto pasivo de este tributo municipal".

Sobre el impuesto del 1.5 por mil, la AME cita los artículos 552 al 554 del COOTAD, y concluye:

"(…) al no existir norma expresa que exonere del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales a los notarios; el Notario Primero del Cantón Shushufindi es sujeto pasivo del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales".

El artículo 491 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, incluye entre los impuestos municipales, entre otros, al de patente y del 1.5 por mil sobre los activos totales. Tratándose de dos tributos que tienen sus propios hechos generadores y sujetos pasivos, se analizarán por separado.

El artículo 546 del COOTAD, establece el impuesto de patentes municipales y metropolitanas; y, el artículo 547 ibídem, determina que son sujetos pasivos de dicho impuesto, "(…)las personas naturales, jurídicas, sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal o metropolitana, que ejerzan permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales".

Según el artículo 550 del COOTAD, están exentos del impuesto de patente municipal, únicamente los artesanos calificados como tales por la Junta Nacional de Defensa del Artesano.

En consecuencia, es sujeto pasivo del impuesto de patente municipal, toda persona natural o jurídica o sociedad nacional o extranjera, domiciliada o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal, que ejerza permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales, de conformidad con el artículo 547 del COOTAD; y, la única exención establecida en el artículo 550 del COOTAD, beneficia a los artesanos.

En relación al impuesto municipal del 1.5 por mil sobre los activos totales fijos, es pertinente considerar que las municipalidades son sujetos activos de dicho tributo, de conformidad con los artículos 31 de la Ley de Control Tributario y Financiero y 552 del COOTAD, que establecen que son sujetos activos del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, las municipalidades y distritos metropolitanos "en donde tenga domicilio o sucursales los comerciantes, industriales, financieros, así como los que ejerzan cualquier actividad de orden económico".

El artículo 553 del COOTAD, establece que son sujetos pasivos del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, las personas naturales, jurídicas, sociedades nacionales o extranjeras domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal, "que ejerzan permanentemente actividades económicas y que estén obligados a llevar contabilidad, de acuerdo con lo que dispone la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y su Reglamento". Similar previsión consta en el artículo 32 de la citada Ley de Control Tributario y Financiero.

Las exenciones aplicables al impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, se prevén en el artículo 33 de la Ley de Control Tributario y Financiero y por el artículo 554 del COOTAD.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 06645 de 27 de febrero de 2012, concluí que:

"De las normas citadas se desprende que las municipalidades son sujetos activos del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales; y, que son sujetos pasivos de este impuesto, las personas naturales o jurídicas domiciliadas en el respectivo cantón, que ejerzan actividades comerciales, industriales y financieras, y que estén obligadas a llevar contabilidad de conformidad con la Ley de Impuesto a la Renta y su Reglamento de Aplicación".

Por tanto, de acuerdo con los artículos 553 del COOTAD y 32 de la Ley de Control Tributario y Financiero, son sujetos pasivos del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos fijos, quienes ejerzan actividades económicas y estén obligados a llevar contabilidad.

A fin de determinar si respecto de la actividad de los Notarios se configura el hecho generador del impuesto municipal de patente y del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos fijos, es pertinente considerar que de conformidad con el artículo 199 de la Constitución de la República, los servicios notariales son públicos; dicha norma dispone:

"Art. 199.- Los servicios notariales son públicos. En cada cantón o distrito metropolitano habrá el número de notarias y notarios que determine el Consejo de la Judicatura. Las

remuneraciones de las notarias y notarios, el régimen de personal auxiliar de estos servicios, y las tasas que deban satisfacer los usuarios, serán fijadas por el Consejo de la Judicatura. Los valores recuperados por concepto de tasas ingresarán al Presupuesto General del Estado conforme lo que determine la ley".

De acuerdo con el artículo 200 de la citada Carta Constitucional, corresponde al Consejo de la Judicatura la designación de los notarios mediante concurso.

Conforme a los artículos 38 numeral 5 y 136 inciso final del Código Orgánico de la Función Judicial, los notarios son servidores de la Función Judicial sujetos a período fijo. Concordante, el artículo 296 ibídem, dispone:

"Art. 296.- NOTARIADO.- El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarias y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia.

El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial".

Son requisitos para ser notario, entre otros, tener título de abogado y haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado por un lapso no menor de tres años, según el artículo 299 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Según el primer inciso del artículo 304 del Código Orgánico de la Función Judicial, al Notario corresponde "(…) asumir los costos de la administración general de su despacho, su propia remuneración y el cumplimiento de las obligaciones laborales de su personal, por medio de la recaudación directa que por concepto de tasas realiza (…)"; y, según el tercer inciso de la misma norma, el Estado debe recibir un porcentaje del ingreso bruto percibido por el notario.

El carácter tributario de la tasa consta establecido en el artículo 1 del Código Tributario.

Si bien es requisito para ser Notario tener título de abogado, conforme al artículo 299 del Código Orgánico de la Función Judicial, los ingresos que perciben los Notarios no son honorarios provenientes del ejercicio de una profesión sino que tienen el carácter de tasas, esto es, de tributos que pagan los usuarios del servicio y que están destinadas por el artículo 304 del citado Código, a cubrir los costos de la administración general de la Notaría, es decir, la remuneración del Notario, las obligaciones laborales de su personal y el porcentaje que conforme al tercer inciso de la misma norma, corresponde percibir al Estado.

Conforme al citado artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y los servicios que éstos prestan tienen el carácter de servicios públicos de acuerdo con el artículo 199 de la Constitución de la República, servicios por los que los Notarios perciben las tasas que pagan los usuarios de los servicios y que son fijadas por el Consejo de la Judicatura, según los artículos 303 y 304 del citado Código Orgánico de la Función Judicial.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, los Notarios no son sujetos pasivos del impuesto municipal de patente ni tampoco del impuesto municipal del 1.5 por mil, puesto que los servicios notariales son públicos conforme prevé en forma expresa el artículo 199 de la Constitución de la República y los ingresos de los Notarios no provienen del ejercicio de la profesión sino de la recaudación de las tasas que pagan los usuarios de los servicios públicos notariales y que están destinadas a los fines establecidos por el artículo 304 del Código Orgánico de la Función Judicial. En consecuencia, con relación a la actividad notarial no se configuran los hechos generadores de los impuestos de patente y del 1.5 por mil, determinados en los artículos 547 y 543 ibídem.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la aplicación de las normas legales. La Resolución de las situaciones particulares le corresponde al Municipio como autoridad tributaria, en ejercicio de su facultad determinadora definida por el artículo 68 del Código Tributario, como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

2.- En pronunciamiento contenido en oficio No. 17796 de 7 de diciembre de 2010, atendí una consulta formulada sobre esta materia por la Municipalidad de Catamayo y concluí que:

"(…) en ejercicio de su autonomía financiera es legal que la Municipalidad apruebe una nueva ordenanza que regule el pago de las patentes, de conformidad con lo previsto en la normativa vigente aplicable al tema, que se ajuste a la realidad económica local, ya que en aplicación del inciso segundo del artículo 548 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde al Concejo mediante ordenanza establecer, de conformidad con la Ley, la tarifa del impuesto anual en función del patrimonio de los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón, observando como tarifa mínima el piso de diez dólares y el techo de veinte y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América.

Con relación a la eventual disminución de ingresos que por este concepto venía percibiendo la municipalidad y que son parte esencial del financiamiento de las

obligaciones permanentes adquiridas con anterioridad, esta Procuraduría no se pronuncia por no ser de su competencia, siendo responsabilidad del Concejo Municipal, con fundamento en los informes financieros y técnicos correspondientes, establecer los mecanismos pertinentes para que el presupuesto municipal no se desfinancie, en caso de que éste se afecte por la eventual expedición de una nueva ordenanza de patentes, deberán arbitrarse las medidas presupuestarias correspondientes, en base de las normas establecidas en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, tomando en cuenta además que de conformidad con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, ninguna entidad u organismo público podrá contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria, so pena de las sanciones y responsabilidades dispuestas en el artículo 178 ibídem".

En virtud de que esta Procuraduría ya se ha pronunciado sobre el tema materia de su consulta, no es necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

3.- Sobre esta materia, en pronunciamiento contenido en oficio No. 03198 de 10 de agosto de 2011, concluí que:

(…) de conformidad con los artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, los servicios de transporte terrestre público y comercial deben ser prestados únicamente por compañías y cooperativas autorizadas para tal objeto, por lo que dichas Compañías o Cooperativas son sujetos pasivos del impuesto municipal de patente de conformidad con el artículo 547 del COOTAD; y, para el caso del transporte por cuenta propia, según el artículo 58 de la citada Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que es un servicio que satisface necesidades de movilización de personas o bienes, dentro del ámbito de las actividades comerciales exclusivas de las personas naturales y/o jurídicas, mediante el uso de su propio vehículo o flota privada, el sujeto pasivo del impuesto municipal de patente es la respectiva persona natural y/o jurídica, pero no por la actividad de transporte por cuenta propia, sino por el giro comercial de su negocio".

Toda vez que esta Procuraduría ya se ha pronunciado sobre el tema materia de su consulta, no es necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

4.- El criterio del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en informe No. 607-PS-GADMSFD-2012 de 8 de octubre de 2012, cita entre otras normas, el artículo 546 del COOTAD que establece el impuesto municipal de patente.

En el acápite 3.5 de su informe, argumenta el Procurador Síndico que:

"El numeral 1 del Art. 35 del Código Tributario determina que las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas estarán exentas de los impuestos, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes orgánicas o especiales, entendiéndose como tal que si en una ley Orgánica o especial no estipula tal exoneración, mal podrían acoger las Empresas Públicas a tal beneficio (…)".

Sobre dicha base concluye que "(…) no es posible aplicar tal exoneración del impuesto a la Patente Municipal a las empresas públicas, y en el caso que nos atañe a la Empresa Pública PETROECUADOR, por ser el COOTAD, un Código Orgánico".

Por su parte, el Gerente General Subrogante de EP Petroecuador, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, argumenta que esa empresa pública tiene como objeto principal la gestión de un sector estratégico; y, cita entre otras disposiciones legales, el numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario que exonera del pago de impuestos a las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Sobre dicha base concluye:

"(…) es criterio de esta Procuraduría que la EP PETROECUADOR, al ser una Empresa Pública creada para la Gestión del Sector estratégico de los recursos naturales no renovables y su aprovechamiento sustentable, mediante Decreto Ejecutivo al amparo de la LOEP, está exonerada del pago del impuesto a la Patente Municipal (…)".

El criterio de la AME, constante en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, se refiere al pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 06273 de 8 de febrero de 2012, en el que atendí una consulta de la Empresa Pública Coca Codo Sinclair y concluí que: "El régimen tributario establecido por el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, rige a partir de la promulgación de esta Ley Orgánica (…)".

Respecto del tema materia de consulta, el criterio institucional de la AME tiene el siguiente tenor:

"(…) PETROECUADOR E.P. por ser una empresa pública, estaría exenta del pago del impuesto de patente municipal, lo cual deberá ser establecido por el Gobierno Municipal del Cantón Shushufindi en base de sus facultades tributarias establecidas en el Código Orgánico Tributario".

El régimen tributario aplicable a las empresas públicas está establecido por el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuyo primer inciso 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".

De conformidad con el artículo 1 del Código Tributario, los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones especiales o de mejoras.

Atento el contenido de la consulta es pertinente considerar que el artículo 301 de la Constitución de la República, dispone que solo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrán establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos.

El artículo 16 del citado Código Tributario, define al "hecho generador" como el "presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo"; y, el artículo 24 ibídem, dispone que el sujeto pasivo del tributo es la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable (…)".

La exención se define por 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"; y, el artículo 32 ibídem, prevé 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".

En consecuencia, tanto los impuestos como las exenciones, son materias con reserva de ley, es decir, que deben ser establecidas mediante ley que determine el hecho generador del tributo y los sujetos pasivos obligados al cumplimiento de la prestación tributaria, o exentos de ella.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario, están exentos del pago de impuestos: "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".

En relación con la administración tributaria seccional, el artículo 65 del Código Tributario, dispone que: "En el ámbito provincial o municipal, la dirección de la administración tributaria corresponderá, en su caso, al Prefecto Provincial o al Alcalde, quienes la ejercerán a través de las dependencias, direcciones u órganos administrativos que la ley determine".

Como se revisó al atender su primera consulta, de acuerdo con el artículo 547 del COOTAD es sujeto pasivo del impuesto de patente municipal, toda persona natural o jurídica o sociedad nacional o extranjera, domiciliada o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal, que ejerza permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales; y, la única exención establecida en el artículo 550 del COOTAD, beneficia exclusivamente a los artesanos.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 06645 de 27 de febrero de 2012, analicé el régimen tributario aplicable a las empresas públicas, establecido en el citado artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, con relación a los impuestos municipales establecidos en el COOTAD, considerando el ámbito de aplicación de cada uno de dichos cuerpos normativos que tienen el rango de leyes orgánicas y manifesté:

"De lo anteriormente expuesto, se establece que dada la especialidad de la normativa de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y, en particular de las exenciones determinadas para las empresas públicas, dispuestas en el artículo 41 de la indicada Ley Orgánica, aplicable a las sociedades anónimas en las que el Estado fuere accionista único o mayoritario, de conformidad con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, estas priman con respecto a la norma contenida en el inciso final del artículo 554 del COOTAD, aún cuando este cuerpo legal haya sido expedido con posterioridad, ya que el indicado COOTAD, como ha quedado establecido, regula la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio a través del régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera, es decir que abarca un conjunto más general de temas e instituciones jurídicas".

Respecto de la exención general de impuestos que beneficia a las entidades del sector público y entre ellas a las empresas públicas, conforme al numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario, en el pronunciamiento de la referencia, se consideró que:

"El numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario, anteriormente citado, fue reformado por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, incluyendo a dichas empresas como entidades exentas del pago de impuestos, lo que ratifica la voluntad del legislador de establecer

una normativa tributaria particular para las empresas públicas, aplicables también a las sociedades anónimas en las que el Estado es accionista único o mayoritario".

Sobre dicha base, concluí:

"Del análisis jurídico que precede se concluye que el régimen tributario establecido por el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en concordancia con el numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario, rige a partir de la promulgación de esa Ley y se aplica a las sociedades anónimas de propiedad del Estado, de conformidad con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 300 de la Ley de Compañías, por el numeral 1.5 de la Disposición Final Segunda "Reformas y Derogatorias" de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. En consecuencia, las sociedades anónimas cuyo capital está integrado única o mayoritariamente con recursos provenientes de entidades del sector público, se encuentran exentas de declarar y pagar los impuestos de patente y de 1.5 por mil que motivan su consulta, desde la expedición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, como quedó señalado".

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la Empresa Pública PETROECUADOR, en virtud de su carácter de empresa pública está exenta del pago de impuestos de conformidad con el numeral 1 del artículo 35 del Código Tributario, reformado por la Ley Orgánica de Empresas Públicas que por su especialidad prevalece respecto del artículo 547 del COOTAD, por lo que, dicha empresa está exenta del impuesto municipal de patente.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la aplicación de las normas legales. La Resolución de las situaciones particulares le corresponde al Municipio como autoridad tributaria, en ejercicio de su facultad determinadora definida por el artículo 68 del Código Tributario, como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

ORQUESTA SINFÓNICA: PAGO DE HONORARIOS Y EMOLUMENTOS A MÚSICOS INSTRUMENTISTAS

OF. PGE. N°: 12673, de 08-04-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Orquesta Sinfónica de Cuenca

CONSULTA:

"¿Si es legal, pertinente o no, que la Orquesta Sinfónica de Cuenca, de conformidad a lo establecido en la excepción prevista en el Segundo Párrafo del Art. 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, pueda cancelar honorarios y otros emolumentos a los servidores instrumentistas músicos de la Orquesta Sinfónica de Cuenca que por su conocimiento, formación o capacitación han sido requeridos por la Orquesta Sinfónica de Cuenca a fin de que realicen las orquestaciones musicales sinfónicas, resaltando que éstas actividades son ajenas a sus funciones como Instrumentistas de la Institución y que las realizan fuera de su horario de trabajo, por lo tanto al haber realizado esta actividad estaría la Orquesta Sinfónica de Cuenca en la obligación de cancelar por sus actividades realizadas, considerando que de Conformidad con la Constitución Política, Capítulo Sexto, Art. 66. Derechos de Libertad, numeral 17, se proclama el Derecho a la Libertad de Trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley?".

BASES LEGALES:

Constitución Política del Ecuador, Art. 66 núm. 17 (derogada).
Constitución de la República del Ecuador, Art. 230 núm. 1.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 núm. 1, 12, 117; y, 9 de su Reglamento.
D. Supremo N° 1260, Crea con sede en la capital Azuaya, la Orquesta Sinfónica de Cuenca, Art. 1.
D. E N° 5, Crea el Ministerio de Cultura.

PRONUNCIAMIENTO:

Con relación a esta consulta, el Abogado de la Orquesta Sinfónica de Cuenca, en el criterio jurídico constante en oficio No. OSC-AJ-021-2013 de 25 de febrero de 2013, expresa lo siguiente:

"(…) considero que es procedente y legal el pago de los encargos de arreglos musicales al personal de la Orquesta Sinfónica de Cuenca, por su trabajo realizado, ya que el mismo no se encuentra contemplado dentro de sus funciones y las realizan fuera de la jornada diaria de trabajo, por lo que de conformidad con la Constitución Política, Capítulo Sexto, Art. 66. Derechos de Libertad, numeral 17, se proclama 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 artículo 1 del Decreto Supremo No. 1260, crea con sede en la capital Azuaya, la

Orquesta Sinfónica de Cuenca, con personería jurídica, "la misma que dependerá del Ministerio de Educación Pública".

Mediante Decreto Ejecutivo No. 5 de 15 de enero del 2007, se crea el Ministerio de Cultura, el cual asume las funciones que correspondían a la Subsecretaría de Cultura del Ministerio de Educación.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 230 de la Constitución de la República del Ecuador, en el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley, "Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita".

El numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, expresamente somete a sus disposiciones, de manera obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, entre otros, a los organismos y dependencias de la Función Ejecutiva.

La referida Ley Orgánica del Servicio Público, en los incisos primero y segundo del artículo 12 prevé, lo siguiente:

"Art. 12.- Prohibición de pluriempleo.- Ninguna persona desempeñará, al mismo tiempo, más de un puesto o cargo público, ya sea que se encuentre ejerciendo una representación de elección popular o cualquier otra función pública.

Se exceptúa de esta prohibición a las y los docentes de Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas y Privadas, legalmente reconocidas, siempre que el ejercicio de la docencia lo permita y no interfiera con el desempeño de la función pública. Igual excepción se aplicará a los músicos profesionales de las orquestas sinfónicas del país, quienes también podrán desempeñar la docencia en los conservatorios de música".

Adicionalmente, el artículo 117 ibídem, establece que: "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 "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".

De las disposiciones enunciadas se observa que los músicos profesionales, en calidad de servidores públicos, únicamente pueden percibir más de una remuneración erogada por entidades u organismos contemplados en el artículo 3 de la LOSEP, cuando sea a consecuencia de su colaboración en programas de formación o capacitación.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 9, respecto a las excepciones al pluriempleo contempla que: "Las y los servidores públicos podrán ejercer la docencia en Universidades, Escuelas Politécnicas Públicas y Privadas, Orquestas Sinfónicas y Conservatorios de Música, únicamente fuera de la jornada de trabajo institucional".

Por lo anotado se concluye que, de conformidad con el artículo 117 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con el artículo 9 de su Reglamento General, los servidores públicos que prestan sus servicios en calidad de músicos, pueden percibir honorarios y otros emolumentos, sin incurrir en pluriempleo, únicamente cuando sean requeridos a colaborar fuera de su jornada de trabajo institucional como docentes en programas de formación o capacitación, en tal virtud, no procede reconocer valor alguno por la realización de otras actividades adicionales.

La determinación de las actividades de formación o capacitación es de responsabilidad de la entidad consultante.

En similares términos se pronunció la Procuraduría General del Estado en el oficio No. 03542 de 5 de septiembre de 2011.

OTECEL: COBRO DE INTERESES LEGALES EN LIQUIDACIÓN DE TARIFA PARCIAL POR USO DE FRECUENCIAS

OF. PGE. N°: 11731, de 28-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Secretaria Nacional de Telecomunicaciones

CONSULTAS:

1.- "¿Si el artículo 36 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, publicado en el R.O. 242 de 30 de diciembre de 2003, con fundamento la norma supletoria contenida en el artículo 7, regla 20a del Código Civil, es aplicable al contrato de concesión del STMC, suscrito con OTECEL S.A. en el año 1996, para efectos del procedimiento a seguir para el cobro de tarifas por uso de frecuencias adeudadas por el período noviembre 2002 a abril 2003 y liquidadas en el año 2012?".

2.- "¿Si en aplicación de la Resolución 14-005-CONATEL-96, de 4 de marzo de 1996, por la que el CONATEL aprueba y expide el Reglamento de Tarifas por el Uso de Frecuencias, publicado en el R.O. 896 de 4 de marzo de 1996 y de manera especial de lo dispuesto en el capítulo 3 de las tarifas, artículo 3.2.6, literal a) y sus reformas contenidas en la Resolución 480-33-CONATEL-99, publicada en el Registro Oficial 351 del 31 de diciembre de 1999, para el caso de que OTECEL S.A., como operador del servicio de telefonía móvil, no haya pagado la Tarifa Parcial "A", en forma oportuna, como en efecto ocurrió por los meses de noviembre de 2002 a abril de 2003, dá lugar o no al cobro de intereses por parte de la SENATEL y desde cuándo?".

3.- "¿Si con independencia de lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, publicado en el R.O. 242 de 30 de diciembre de 2003, con fundamento en la norma supletoria contenida en el artículo 7, regla 18 del Código Civil, es aplicable al contrato de concesión del STMC, suscrito con OTECEL S.A. en el año 1996, lo dispuesto en los artículos 1575 No. 2 y 1607 del Código Civil, es decir, que por la falta de pago de la Tarifa Parcial "A", por el período de noviembre de 2002 a abril de 2003, genera el pago de intereses legales a favor de la SENATEL, para lo cual no es necesario justificar nada, pues basta el simple retardo en el pago de OTECEL S.A.?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 237 núm. 3.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.
Ley Especial de Telecomunicaciones, Arts. 9, 13, 19; y, 1, 72, 76 lit. f), 103 lit. h) de su Reglamento.
Código Civil, Arts. 7 regla 20, 22, 24, 1567, 1572, 1575, 1567 y 1607.
Reglamento de Tarifas por Uso de Frecuencias, Disps. Generales
Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, Arts. 36 y 37.
Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular, Art. 2, 11; y, 58, Disposición

General de su Reglamento.
Res. N° 297-17-CONATEL, Registro Oficial N° 346, de 24-06-1998, Art. único.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- La Regla 20 del artículo 7 del Título Preliminar del Código Civil mencionado por usted, se refiere a que: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente"; sin embargo, los artículos 36 y 37 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, publicado en el Registro Oficial No. 242 del 30 de diciembre del 2003, como se verá más adelante, no constituyen normas procesales o de procedimiento.

Al respecto de lo mencionado en el párrafo anterior, los tratadistas Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, en el acápite referente a las "LEYES RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL" mencionan lo siguiente: "Vimos que el artículo 22 de la Ley de efecto retroactivo establece como excepción a la regla que entiende incorporadas a los contratos las leyes vigentes al tiempo de su celebración, las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos. El artículo 24 reitera la misma idea, al decir: "Las leyes concernientes a las sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación", agregando que: "Roubier justifica la aplicación inmediata de las leyes de procedimiento diciendo que el proceso mismo constituye una situación actual y pendiente, que nada tiene que ver con las situaciones pasadas que se debaten dentro del pleito. De ahí que sea lógico aplicar la nueva ley. Y, por el contrario, la norma nueva no puede aplicarse, sin caer en la retroactividad, a los actos de procedimiento anteriores a los plazos ya cumplidos".

Para el presente caso, es aplicable la Regla 18 del artículo 7 del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que determina que:

"En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición: 1ro., las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato; y, 2., las que señalan penas para el caso

de infracción de lo estipulado en los contratos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido".

La Ley Especial de Telecomunicaciones en el artículo 9, manifiesta que: "El Estado regulará, vigilará y contratará los servicios de telecomunicaciones en el País".

En este sentido, el artículo 13 de la mencionada Ley, establece como facultad privativa del Estado, el aprovechamiento pleno de los recursos naturales, correspondiéndole administrar, regular y controlar la utilización del espectro radioeléctrico en sistemas de telecomunicaciones en todo el territorio, de acuerdo con los intereses nacionales.

La prestación de cualquier servicio de telecomunicaciones por medio de empresas legalmente autorizadas, está sujeta al pago de tarifas reguladas en los respectivos contratos de concesión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Especial de Telecomunicaciones.

El Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, en su artículo 1, dispone lo siguiente:

"Art. 1.- El presente reglamento tiene como finalidad establecer las normas y procedimientos generales aplicables a las funciones de planificación, regulación, gestión y control de la prestación de servicios de telecomunicaciones y la operación, instalación y explotación de toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, imágenes, datos y sonidos por cualquier medio; y el uso del espectro radioeléctrico".

El artículo 72 inciso primero ibídem, define a la concesión como la delegación del Estado para la instalación, prestación y explotación de los servicios a los cuales se refiere la ley; así como, para el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico, mediante la suscripción de un contrato autorizado por el CONATEL y ejecutado por el Secretario Nacional de Telecomunicaciones con una persona natural o jurídica domiciliada en el Ecuador.

El Reglamento de Tarifas por el Uso de Frecuencias, contenido en la Resolución No. 14-005-CONATEL, en su Capítulo I "Disposiciones Generales", numeral 1.3, establecía que:

"Los valores por tarifas deberán ser pagados a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones en los sitios que ella determine. Se podrá pagar en efectivo o con cheque certificado a la orden de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones dentro de los plazos fijados en los convenios o contratos celebrados con la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones.

Adicionalmente a los valores que se paguen por tarifas, se deberán agregar los impuestos determinados por la Ley".

El numeral 1.4 del Reglamento mencionado, adicionalmente agregaba que: "Los valores facturados por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones deberán ser cancelados dentro del plazo de quince días contados a partir de la emisión de las planillas".

El numeral 1.7 de la norma invocada, determinaba la consecuencia que provocaba la falta de pago oportuno de las planillas generadas por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones:

"1.7 Toda planilla que no haya sido cancelada en el plazo estipulado, deberá pagar un recargo por intereses. Para el cálculo de estos intereses se utilizará la tasa de interés legal vigente a la fecha de pago".

Por su parte, el artículo 2 del Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular define el régimen legal para dicho servicio, aclarando que el mismo se rige por:

"(…) la Ley Especial de Telecomunicaciones, por la Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones, por el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, por este Reglamento, por el Reglamento de Tarifas por el Uso de Frecuencias, por el Reglamento de Interconexión y Conexión entre Redes y Sistemas de Telecomunicaciones por las Normas y Regulaciones Expedidas por el CONATEL. Lo no previsto en estos instrumentos se regirá por las disposiciones del derecho común".

Respecto a los cambios producidos en el marco regulatorio de las telecomunicaciones, el artículo 11 del citado Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular, prevé que las partes adecuarán los contratos a la nueva norma jurídica, en el plazo establecido por el CONATEL, previo el acuerdo entre las partes y siguiendo el procedimiento establecido en la Ley.

El artículo 36 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por el Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, mencionado por usted en su primera consulta, determina que:

"Art. 36.- Para el cobro de las tarifas por uso de frecuencias del espectro radioeléctrico, la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones emitirá las facturas en forma mensual, a cada uno de los concesionarios, una vez que se hayan firmado los respectivos contratos. Los valores facturados corresponderán al valor de las tarifas más los impuestos de ley. Las facturas deberán ser canceladas en diez días laborables contados a partir de

su emisión; vencido este término, el concesionario pagará el valor de las tarifas, los impuestos de ley y el interés causado por la mora".

De su parte, el artículo 37 ibídem, manifiesta que: "Los concesionarios del espectro radioeléctrico, deberán pagar los derechos de concesión y las facturas por uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico en las oficinas de recaudación de la matriz, en las direcciones regionales o en las instituciones financieras del sector público o privado que la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones determine. Los pagos se efectuarán en efectivo o cheque certificado a nombre de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones. La Secretaría Nacional de Telecomunicaciones podrá determinar los procedimientos de pago de los derechos de concesión y las facturas por uso de frecuencias, reconocidos por las instituciones monetarias del país. El pago por uso de espectro radioeléctrico se lo hará a mes vencido a no ser que exista una disposición expresa al contrario".

En cuanto a la vigencia del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por el Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, publicado en el Registro Oficial No. 242 de 30 de diciembre de 2003, la Disposición Final del mismo, manifiesta lo siguiente:

"Esta resolución es de ejecución inmediata y el reglamento entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2004, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial".

En la "Escritura Ratificatoria, Modificatoria y Codificación del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular – (STMC) y de Autorización para Uso de Frecuencias Esenciales otorgado por la Superintendencia de Telecomunicaciones a favor de OTECEL S.A. el 29 de noviembre de 1993, y modificado el 9 de marzo de 1995", celebrada entre el Estado Ecuatoriano y OTECEL Sociedad Anónima el 19 de diciembre de 1996, se prevé lo siguiente:

La Cláusula Undécima: "ADMINISTRACIÓN DEL SISTEMA Y CONVENIOS DE INTERCONEXIÓN.- Once punto uno.-" estipula que: "(…) todas las frecuencias a utilizar por la Operadora, son las autorizadas para la banda B, de acuerdo al Reglamento para el STMC. La utilización de estas frecuencias se pagará por separado al tenor del Reglamento de Tarifas para el uso de Frecuencias, vigente y en los términos del Reglamento para el STMC".

En la Cláusula Décimo Octava: "TRATAMIENTO IGUALITARIO", constante en la citada Escritura, se menciona que: "La Secretaría y la Operadora convienen en que el régimen de este Contrato en sus aspectos técnicos y económicos se sustentan en el marco regulatorio vigente en el país a la fecha de la firma de este Contrato".

Finalmente, la Cláusula Vigésimo Cuarta: "COMPLEMENTACION", determina: "en todo lo que no estuviera expresamente establecido en el Contrato, se estará a lo dispuesto en la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, en su Reglamento General, en el Reglamento para el STMC y en la oferta de la Operadora, en ese orden".

En el memorando No. DGJ-2012-2702 de 29 de octubre de 2012, el Director General Jurídico (E) expresa que: "OTECEL S.A., suscribió con el Estado Ecuatoriano el Contrato Ratificatorio, Modificatorio y Codificatorio del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular (STMC) y de autorización para Uso de Frecuencias esenciales, en 1996, contrato que se encontraba vigente hasta el 20 de noviembre de 2008, fecha en la cual se firmó el Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Móvil Avanzado de tal manera que el servicio no se interrumpió, se continuó prestando a través de otro régimen jurídico y con otro título habilitante (SMA)".

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con la Regla 18, numeral 2 del artículo 7 del Título Preliminar del Código Civil Ecuatoriano, para el cobro de las tarifas adeudadas entre noviembre de 2002 a abril de 2003, son aplicables al contrato las disposiciones del Reglamento de Tarifas por el Uso de Frecuencias, publicado en el Registro Oficial No. 896 de 4 de marzo de 1996 y sus reformas vigentes a la fecha de su celebración.

El artículo 36 del Reglamento de Derechos por Concesión y Tarifas por Uso de Frecuencias del Espectro Radioeléctrico, publicado en el Registro Oficial No. 242 de 30 de diciembre del 2003, no se refiere a la sustanciación y ritualidad de un procedimiento, en el contexto previsto en la Regla 20 del artículo 7 del Código Civil, y es inaplicable en el caso consultado por cuanto no regía en el período impago citado.

2.- De acuerdo con el artículo 76 letra f) del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, el contrato de concesión debe contener: "Los derechos y obligaciones de las partes y las sanciones por el incumplimiento del contrato".

De igual forma, el artículo 103 letra h), establece entre las atribuciones de la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones, el "Recaudar los dineros que por derechos de concesión, derecho de autorización y uso de frecuencias y otros conceptos deba percibir el Estado y distribuirlos en forma inmediata y automática a la Superintendencia de Telecomunicaciones, de acuerdo al presupuesto aprobado por el CONATEL (…)".

Dentro de las Disposiciones Generales en el Capítulo XII, artículo 58 del Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular, se ratifica el hecho de que: "La Secretaría Nacional de Telecomunicaciones es la única entidad con facultad recaudadora de los montos por derecho de concesión, tarifas por uso de frecuencias, de homologación y

otros valores que se expresen en el contrato de acuerdo con el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada".

De conformidad con el Reglamento de Tarifas por el Uso de Frecuencias contenido en la Resolución No. 14 – 005- CONATEL, Capítulo I, Disposiciones Generales, numeral 1.4: "Los valores facturados por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones deberán ser cancelados dentro del plazo de quince días contados a partir de la emisión de las planillas".

En consideración a lo expuesto, el numeral 1.7 del Reglamento señalado preveía que: "Toda planilla que no haya sido cancelada en el plazo estipulado, deberá pagar un recargo por intereses. Para el cálculo de estos intereses se utilizará la tasa de interés legal vigente a la fecha de pago".

Mediante Resolución No. 297 – 17 – CONATEL - 98, Artículo Único, se reformó el Reglamento citado ut supra, sustituyendo en la letra B, el apartado 3.3 "Tarifas para los sistemas de servicios fijo y móvil por satélite" del Capítulo III.

Igualmente, las reformas al Reglamento de Tarifas por el Uso de Frecuencias, dadas mediante Resolución No. 480 – 33 - CONARTEL, en su ARTÍCULO ÚNICO, letra A, "Suprime el párrafo primero del acápite 3 DE LAS TARIFAS, del CAPÍTULO III, del Reglamento de Tarifas por el Uso de Frecuencias".

La Cláusula Tercera: "MARCO JURÍDICO" de la ya mencionada "Escritura Ratificatoria, Modificatoria y Codificación del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular – (STMC) y de Autorización para Uso de Frecuencias Esenciales", determina que el contrato se rige por las siguientes normas: "Tres punto Uno.- La Constitución Política de la República del Ecuador; Tres punto Dos.- La Ley Especial de Telecomunicaciones y la Ley de (sic) Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones; Tres punto Tres.- El Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada; Tres punto Cuatro.- El Reglamento para el Servicio de Telefonía Móvil Celular; Tres punto Cinco.- El Reglamento de Interconexión y Conexión entre Redes y Sistemas de Telecomunicaciones; Tres punto Seis.- La legislación Internacional sobre Telecomunicaciones, especialmente el Convenio de la UIT; Tres punto Siete.- Las leyes vigentes en el Ecuador en lo que fueren aplicables; y, Tres punto Ocho.- Las Bases del Concurso para autorizar la prestación del Sistema de Telefonía Móvil celular número DC guión TC guión nueve mil doscientos uno".

Por lo expuesto, de conformidad con los numerales 1.4 y 1.7 de las Disposiciones Generales del Capítulo I del Reglamento de Tarifas por el Uso de Frecuencias, contenido en la Resolución No. 14 – 005- CONATEL, promulgado en el Registro Oficial No. 896

de 4 de marzo de 1996, vigente en el período noviembre de 2002 a abril de 2003; se concluye que, habrá lugar al cobro de intereses de parte de la SENATEL, si desde la emisión de las respectivas planillas, éstas no hubieren sido canceladas dentro del plazo de 15 días.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales, sin que competa a la Procuraduría General del Estado pronunciarse sobre casos específicos.

3.- En el memorando No. DGJ-2012-2702 de 29 de octubre de 2012 que contiene el criterio jurídico institucional, se menciona que: "(…) resulta aplicable para la liquidación de los valores adeudados por OTECEL S.A. por Tarifa Parcial 'A', el procedimiento previsto en el artículo 36 del reglamento supra, con lo cual, si bien no cabe el cobro de intereses por mora, se estima procedente el pago de los intereses legales, pues conforme al artículo 7, regla 18 del Código Civil, al Contrato de Concesión de OTECEL S.A., de 1996, se incorporaron las normas vigentes a la fecha de su celebración(…)".

La regla 18 del artículo 7 del Título Preliminar del Código Civil, transcrita ya en este pronunciamiento, señala que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, a excepción de las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en los contratos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

El artículo 1567 del mismo Código, contempla que: "El deudor está en mora: 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; 2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, 3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

Como se dejó señalado, de acuerdo con el Reglamento de Tarifas por el Uso de Frecuencias contenido en la Resolución No. 14 – 005- CONATEL, Capítulo I, Disposiciones Generales, numeral 1.4, publicado en el Registro Oficial No. 896 de 4 de marzo de 1996: "Los valores facturados por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones deberán ser cancelados dentro del plazo de quince días contados a partir de la emisión de las planillas".

Así mismo, el numeral 1.7 del Reglamento reseñado indica que: "Toda planilla que no haya sido cancelada en el plazo estipulado, deberá pagar un recargo por intereses. Para el cálculo de estos intereses se utilizará la tasa de interés legal vigente a la fecha de pago".

En la cláusula Diez Punto Dos de la "Escritura Ratificatoria, Modificatoria y Codificación del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular – (STMC) y de Autorización para Uso de Frecuencias Esenciales", celebrada entre el Estado Ecuatoriano y OTECEL Sociedad Anónima el 19 de diciembre de 1996, se menciona que se deberá pagar a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones una tarifa mensual.

Respecto del numeral 1 del artículo 1567 ya citado (Art. 1551 del Código Civil Chileno), los escritores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, indican que: "En este caso coinciden y se confunden la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora del deudor, pues, cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, la obligación pasa a ser en ese mismo instante exigible".

Nuestro Código Civil en el inciso primero del artículo 1572, establece que: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento".

De lo transcrito en los párrafos que preceden, se entiende que son dos los casos en los que procede la indemnización de perjuicios, el primero porque ha existido incumplimiento total o parcial de la obligación (en el cual la doctrina denomina a la indemnización como "compensatoria"); y, el segundo, en el que el cumplimiento de la obligación ha sido tardía (en el cual la doctrina la califica como indemnización "moratoria"). Las reglas del Derecho Civil en materia de indemnización de perjuicios, rigen en ausencia de estipulación expresa de las partes, de conformidad con lo previsto en la Cláusula Tercera: "MARCO JURÍDICO", numeral Tres punto Siete.

En relación a las dos clases de indemnización de perjuicios referidas, los profesores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, definen lo siguiente:

La indemnización compensatoria es "(...) la cantidad de dinero que el acreedor tiene derecho de exigir del deudor cuando éste no cumple su obligación o solo la cumple en parte", agregando que:

"(…) la cosa misma que fue objeto de la estipulación, aquella que el acreedor y deudor convinieron, no podrá realizarse pero se reemplazará o subsistirá por la indemnización de perjuicios, la cual, en el hecho, reemplaza al objeto debido", por lo tanto, esta indemnización equivale al cumplimiento de la obligación es por eso que "(…) no puede exigirse conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la indemnización de perjuicios compensatoria".
Del mismo modo, en la obra citada se define a la indemnización de perjuicios moratoria

como la cantidad de dinero que el acreedor puede exigir del deudor cuando éste no cumple oportunamente su obligación.

Es decir, como indican los autores, "La indemnización compensatoria representa o substituye al objeto mismo de la obligación; la indemnización moratoria representa el beneficio que le habría reportado al acreedor el cumplimiento oportuno de la obligación por parte del deudor: subsiste el objeto principal de la obligación, el acreedor lo obtiene, pero tardíamente, y es este perjuicio que resulta de cumplir la obligación con atraso el fundamento de la indemnización moratoria"; en consecuencia, el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación principal y la indemnización compensatoria al mismo tiempo.

Por lo tanto, es evidente que tanto la indemnización compensatoria como la moratoria tienen distinto origen y buscan reparar perjuicios de diferente orden, no obstante que en ambos casos existan los mismos requisitos para su procedencia en términos generales, es así que los citados autores precisan cuatro requisitos que simultáneamente deben concurrir para que el acreedor pueda exigir la indemnización de perjuicios, que son los siguientes:

"El primer requisito para que proceda la indemnización de perjuicios es la infracción de la obligación, sea por no haberse cumplido o porque se ha cumplido en forma imperfecta o tardía.

El segundo requisito es la imputabilidad de los perjuicios al deudor, o sea, que ellos se deban a su dolo o culpa y no a hechos extraños, como la fuerza mayor o caso fortuito.

El tercer requisito es la interpelación hecha por el acreedor al deudor; esto es que lo haya constituido en mora.

El cuarto requisito es que la infracción de la obligación origine perjuicios al creedor".

Comprobada la existencia del o los perjuicios sufridos por el acreedor y demostrado su derecho a ser indemnizado, se debe determinar la cuantía ya sea de forma legal, judicial o convencional, dependiendo de si la hace la Ley, el Juez o las Partes, respectivamente.

La evaluación legal está prevista en el artículo 1575 del Código Civil, el mismo que establece lo siguiente:

"Art. 1575.- Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes, en ciertos casos;

2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo;

3. Los intereses atrasados no producen interés; y,

4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas".

De acuerdo con la Doctrina y en concordancia con lo previsto en el citado artículo 1575 del Código Civil, la indemnización moratoria puede ser fijada ya sea por la ley, por las partes a través de una cláusula penal en el contrato, o por disposiciones especiales que autoricen el cobro de intereses corrientes.

De acuerdo al artículo 1567 del Código Civil, previamente trascrito, cuando la obligación tiene por objeto el pago de una suma de dinero, en caso de retardo en su cumplimiento, es aplicable la indemnización moratoria y para tal efecto, de acuerdo con el citado numeral 1.7 del Reglamento de Tarifas por el Uso de Frecuencias contenido en la Resolución No. 14 – 005- CONATEL, las planillas que no hayan sido canceladas oportunamente, deben pagar un recargo por intereses, para lo cual se debe utilizar la tasa de interés legal vigente a la fecha de pago.

Tanto en el oficio de consulta como en el que contiene el criterio jurídico institucional, se cita el artículo 1607 del Código Civil, el mismo que prevé que: "El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".

Como se dejó señalado anteriormente, en la "Escritura Ratificatoria, Modificatoria y Codificación del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular – (STMC) y de Autorización para Uso de Frecuencias Esenciales otorgado por la Superintendencia de Telecomunicaciones a favor de OTECEL S.A. el 29 de noviembre de 1993, y modificado el 9 de marzo de 1995", celebrada entre el Estado Ecuatoriano y OTECEL Sociedad Anónima el 19 de diciembre de 1996, se estipula lo siguiente:

Cláusulas Undécima: "(…) todas las frecuencias a utilizar por la Operadora, son las autorizadas para la banda B, de acuerdo al Reglamento para el STMC. La utilización de

estas frecuencias se pagará por separado al tenor del Reglamento de Tarifas para el uso de Frecuencias, vigente y en los términos del Reglamento para el STMC".

Décimo Octava estipulan: "La Secretaría y la Operadora convienen en que el régimen de este Contrato en sus aspectos técnicos y económicos se sustentan en el marco regulatorio vigente en el país a la fecha de la firma de este Contrato".

Conforme se dejó expuesto en la primera consulta, son aplicables al contrato las disposiciones vigentes a la fecha de su celebración, en la especie, el Reglamento de Tarifas por el Uso de Frecuencias, publicado en el Registro Oficial No. 896 de 4 de marzo de 1996 y sus reformas.

Del análisis precedente se concluye que, de conformidad con el numeral 2 de la Regla 18 del artículo 7 del Título Preliminar y el artículo 1567 del Código Civil, en concordancia con los numerales 1.4 y 1.7 del Reglamento de Tarifas por el Uso de Frecuencias contenido en la Resolución No. 14-005-CONATEL, una vez notificado el deudor con la planilla correspondiente al período noviembre de 2002 a abril de 2003, si éste no la cancela dentro del plazo de 15 días, se genera un recargo por intereses, para cuyo cálculo se debe utilizar la tasa de interés legal vigente a la fecha de pago.

Mediante oficio No. 02401 de 20 de junio de 2011, esta Procuraduría se pronunció en el sentido de que el deudor se constituye en mora, cuando no cumple la obligación en el plazo establecido, según consta en el pronunciamiento referido.

PASANTÍAS PAGADAS: MI PRIMER EMPLEO - SUPREMACÍA DE REGLAMENTO -

OF. PGE. N°: 13611, de 19-06-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Universidad Técnica de Cotopaxi

CONSULTA:

"¿La disposición contenida en el artículo 149 del Reglamento General de la LOSEP, en donde se utiliza por parte del Legislador la palabra podrán, es imperativa o facultativa?, toda vez que, los Acuerdos Ministeriales referidos en los numerales 6 y 7 de esta consulta, contienen las palabras será y deberán, que a nuestro entender expresan una

aplicación imperativa o de aplicación obligatoria, que estaría en contradicción con lo establecido en el Reglamento de la LOSEP; es decir, que de acuerdo al artículo 425 de la Constitución, un Acuerdo Ministerial, no puede estar por sobre un Reglamento?".

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 59; y, 149 de su Reglamento.
Ley Orgánica de Educación Superior, Art. 87.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 115.
Convenios de Pasantías y Practicas Profesionales en el Sector Público, Arts. 17 y 18.
Normas Técnicas que establecen las Directrices para la Celebración de los Convenios de Pasantía y prácticas Pre Profesionales en el Sector Público, Art. 2, Disposición General Quinta.

PRONUNCIAMIENTO:

Como antecedentes en su oficio de consulta señala que la Universidad Técnica de Cotopaxi, al amparo de las Leyes Orgánicas de Educación Superior anterior y actual, ha procedido a suscribir convenios de cooperación con diversas entidades e instituciones del sector público, centros de educación de nivel medio, empresas públicas y privadas, para que sus estudiantes puedan dar cumplimiento con el requisito de pasantías, previo a la obtención de su título profesional.

Adjunto a su oficio de consulta, ha remitido el criterio del Procurador Síndico de la Universidad consultante constante en el oficio No. DP-228-2013 de 6 de mayo de 2013, quien señala como fundamentos jurídicos los artículos 59 de la Ley Orgánica del Servicio Público, 149 de su Reglamento General y 87 de la Ley Orgánica de Educación Superior, así como los artículos 17 y 18 del Acuerdo Ministerial No. MRL-2012-0191 de 12 de noviembre de 2012, emitido por el Ministerio de Relaciones Laborales que establece las directrices para la celebración de convenios de pasantías y prácticas pre profesionales en el sector público y el Acuerdo Ministerial No. MRL-2013-0034 de 20 de febrero de 2013, que establece las normas para la implementación del programa Mi Primer Empleo, Sistema de Pasantías Pagadas para el año 2013.

En base de la normativa referida en el párrafo precedente, el Procurador Síndico de la Universidad Técnica de Cotopaxi efectúa el siguiente análisis y concluye con el criterio jurídico que a continuación cito:

"El artículo 59 de la LOSEP y el artículo 149 de su Reglamento de aplicación, en todo su contexto, en cuatro ocasiones utiliza la palabra podrán, lo que refleja una disposición facultativa y no imperativa, en relación con las pasantías remuneradas; mientras que

en los Acuerdos Ministeriales arriba referidos se utiliza la palabra será y deberán, lo que a mi entender expresan una disposición enteramente imperativa, notándose en consecuencia, que existe contradicción o conflicto entre las disposiciones de una Ley Orgánica como es la LOSEP, así como de su Reglamento de aplicación, y los señalados Acuerdos Ministeriales, lo que de conformidad con el inciso segundo del artículo 425 de la Constitución, habiendo un conflicto entre normas de distinta jerarquía, se resolverá mediante la aplicación de la norma jerárquica superior, es decir en el presente caso, mediante la aplicación de las disposiciones de la LOSEP y su Reglamento de aplicación, que son jerárquicamente superiores a los Acuerdos.

(…) Como resultado del análisis arriba constante, me pronuncio en relación al tema objeto de la consulta, en el sentido de que las normas contenidas en la LOSEP y en su Reglamento de aplicación, deben aplicarse por sobre las normas y demás disposiciones de los Acuerdos Ministeriales, y en tal virtud, el pago de las pasantías y la afiliación al IESS, no son obligatorios".

El artículo 59 de la Ley Orgánica del Servicio Público, materia de su consulta, dispone lo siguiente:

"Art. 59.- Convenios o contratos de pasantías y prácticas.- Las instituciones del sector público podrán celebrar convenios o contratos de pasantías con estudiantes de institutos, universidades y escuelas politécnicas, respetando la equidad y paridad de género, discapacidad y la interculturalidad, así mismo, las instituciones del Estado podrán celebrar convenios de práctica con los establecimientos de educación secundaria.

Por estos convenios o contratos no se origina relación laboral ni dependencia alguna, no generan derechos ni obligaciones laborales o administrativas, se caracterizan por tener una duración limitada y podrán percibir un reconocimiento económico, establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales".

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 149, prevé:

"Art. 149.- Convenios o contratos de pasantías o prácticas.- Las instituciones del sector público podrán celebrar convenios o contratos de pasantías con estudiantes de institutos, universidades y escuelas politécnicas, reconocidas por el organismo competente en el país, conforme al artículo 59 de la LOSEP, mismos que se sustentarán en convenios previamente celebrados con las respectivas instituciones del sistema de educación superior.

A través de los convenios con las instituciones del sistema de educación superior, se definirán las características de los programas de pasantía, y los requerimientos de las instituciones del Estado.

Los contratos individualizados de pasantía contendrán las condiciones específicas acordadas entre el estudiante y la institución pública, que por ser una relación de origen académico no produce ningún tipo de vínculo laboral.

Del mismo modo, las instituciones del sector público podrán celebrar convenios de práctica estudiantil con los establecimientos de educación regular de nivel medio.

Adicionalmente las instituciones del Estado para contar con pasantes universitarios podrán utilizar los proyectos específicos de pasantías que mantenga el Ministerio de Relaciones Laborales.

La base normativa y procedimental para la aplicación de lo dispuesto en este artículo se sujetará a la norma que para el efecto expida el Ministerio de Relaciones Laborales.

Por estos convenios o contratos no se origina relación laboral, no generan derechos ni obligaciones laborales o administrativas, se caracterizan por tener una duración limitada y podrán percibir un reconocimiento económico establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales.

El Ministerio de Relaciones Laborales expedirá la regulación que establezca el reconocimiento económico a entregarse a los pasantes y/o practicantes, por parte del Ministerio de Relaciones Laborales o de las instituciones que lo requieran por efecto de estos convenios o contratos. En esos casos, la institución contratante deberá contar con la disponibilidad presupuestaria respectiva".

El artículo 59 de la Ley Orgánica del Servicio Público, antes citado, ha previsto la posibilidad de que las instituciones del sector público puedan celebrar convenios o contratos de pasantías con estudiantes de institutos, universidades y escuelas politécnicas y respecto de ellos cabe un reconocimiento económico, establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales. Adicionalmente, el artículo 149 del Reglamento General a la indicada Ley Orgánica, dispone que le corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales expedir una regulación para establecer el reconocimiento económico a entregarse a los pasantes y/o practicantes, para lo cual la institución contratante deberá contar con la disponibilidad presupuestaria respectiva.

La Disposición General Quinta del Acuerdo Ministerial No. MRL-2012-191 de 16 de

noviembre de 2012, que contiene la "Norma Técnica que establece las Directrices para la Celebración de los Convenios de Pasantías y Prácticas Pre Profesionales en el Sector Público" determina que las instituciones del sector público deberán previamente solicitar el dictamen presupuestario favorable al Ministerio de Finanzas, para obtener el rubro presupuestario de pasantes y remitir al Ministerio de Relaciones Laborales dicha certificación, lo cual concuerda con el artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el cual determina que ninguna entidad u organismo público podrá contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

La Norma Técnica que establece las Directrices para la Celebración de los Convenios de Pasantías y Prácticas Pre Profesionales en el Sector Público tiene como objeto según su artículo 1, el establecer la base normativa, técnica y procedimental para la vinculación de los estudiantes, y determinará el reconocimiento económico que percibirán dentro de las pasantías y prácticas pre profesionales de las instituciones del sector público. Por su parte, el artículo 2 de la Norma Técnica citada, señala que sus disposiciones son de aplicación obligatoria en todas las instituciones públicas, de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que requieran pasantes y/o practicantes de las instituciones de Educación Superior y/o establecimientos de Educación Media.

En cuanto a la retribución económica y derecho de afiliación al IESS a favor de los pasantes, los artículos 17 y 18 de la Norma en mención, disponen lo siguiente:

"Art. 17.- Del Reconocimiento Económico.- El reconocimiento económico de las y los pasantes, será equivalente a una remuneración básica unificada y su pago será cubierto con cargo a la partida presupuestaria establecida para el efecto.

Art. 18.- De la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- Las y los pasantes deberán estar afiliados obligatoriamente al régimen de la Seguridad Social desde el primer día de sus pasantías, de conformidad con lo establecido en las normas vigentes expedidas por la respectiva entidad rectora".

Adicionalmente, la Disposición General Primera de la Norma Técnica contenida en el Acuerdo Ministerial No. MRL-2012-191 en referencia, prevé que los convenios de pasantías y/o prácticas que se encuentren vigentes al momento de la promulgación de la presente norma, deberán adecuarse a sus prescripciones en el término de treinta días, excepto lo referido sobre el horario y la duración de las pasantías, lo que se cumplirán hasta la finalización del plazo originalmente suscrito, y no podrán ser renovados ni prorrogados; y, la Disposición General Sexta ibídem, preceptúa que sin perjuicio de las regulaciones de la indicada Norma, las instituciones públicas, podrán participar en el Programa Mi Primer Empleo, Sistema de Pasantías Pagadas, para contar con pasantes.

De otra parte, mediante Acuerdo Ministerial No. MRL-2013-034 de 20 de febrero de 2013, el Ministerio de Relaciones Laborales expidió las "Normas para la Implementación del Programa Mi primer Empleo, Sistema de Pasantías Pagadas, para el año 2013", que en su artículo 11 prevé que pueden participar en el mismo las y los estudiantes a nivel nacional comprendidos entre los dieciocho y veintinueve años de edad, que se encuentren cursando estudios en Instituciones del Sistema de Educación Superior, debidamente avaluadas y acreditadas por la institución competente, siempre y cuando no hayan participado con anterioridad en este programa y que no hayan tenido historia laboral en el sector público, pudiendo participar en el Programa por una sola vez.

En cuanto al reconocimiento económico, el Acuerdo Ministerial No. MRL-2013-034, dispone lo siguiente:

"Art. 12.- Del reconocimiento económico.- Como reconocimiento económico del Estado a favor de cada pasante que ingrese al Programa Mi Primer Empleo 2013, Sistema de Pasantías Pagadas, se le entregará una cantidad mensual de trescientos dieciocho 00/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 318,00), valor que será pagado con cargo a los recursos que para el efecto constan en el presupuesto del Ministerio de Relaciones Laborales, del cual se retendrá el valor de contribución individual del 17,50% a la Seguridad Social de conformidad con la Resolución No. C.D. 380 emitida por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Los pagos del reconocimiento económico a las y los pasantes, se efectuarán previa presentación del registro de asistencia remitido por la Dirección de Talento Humano de cada institución en la cuál se realicen las pasantías, además de un informe mensual y evaluación de las actividades realizadas por la o el pasante; y, la aprobación de la Dirección de Atención a Grupos Prioritarios del Ministerio de Relaciones Laborales, bajo los formatos previamente establecidos, cuya implementación será de uso obligatorio de las instituciones públicas".

El mismo Acuerdo Ministerial No. MRL-2013-034, en lo que atañe a la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, prevé:

"Art. 8.- De la afiliación al Seguro Social.- El Ministerio de Relaciones Laborales afiliará a la Seguridad Social a las y los pasantes, desde el primer día de sus pasantías, para lo cual, se depositará al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social los correspondientes aportes de conformidad con lo establecido en la Resolución C.D. 380 del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social".

Del análisis jurídico precedente, se concluye que los Acuerdos Ministeriales No. MRL-2012-191 y MRL-2013-034 son las normas que regulan las pasantías y prácticas en el

sector público, así como el Programa Mi Primer Empleo por el año 2013 y han sido expedidos por el Ministerio de Relaciones Laborales en ejercicio de sus atribuciones, conferidas por los artículos 59 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 149 de su Reglamento General, para regular el reconocimiento económico a entregarse a los pasantes y/o practicantes, toda vez que de conformidad con la letra a) del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público, es competencia de dicha Cartera de Estado, ejercer la rectoría en materia de remuneraciones del sector público, y expedir las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos.

En consecuencia, los artículos 59 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 149 de su Reglamento General facultan a las entidades y organismos del sector público a celebrar convenios o contratos de pasantías con estudiantes de institutos, universidades y escuelas politécnicas. Ahora, si bien la decisión de celebrar o no convenios o contratos de pasantías es facultativa, la suscripción de tales convenios conlleva el cumplimiento de las normas que los regulan y en tal virtud, la entidad pública que los suscribe se encuentra obligada a cumplir con lo previsto en los Acuerdos Ministeriales Nos. MRL-2012-191 de 16 de noviembre de 2012, que contiene la "Norma Técnica que establece las Directrices para la Celebración de los Convenios de Pasantías y Prácticas Pre Profesionales en el Sector Público" y MRL-2013-034 de 20 de febrero de 2013, que establece las "Normas para la Implementación del Programa Mi primer Empleo, Sistema de Pasantías Pagadas, para el año 2013", incluyendo el reconocimiento económico a favor de los pasantes o practicantes y su afiliación al Seguro Social.

PATENTES MUNICIPALES: EXONERACIÓN EN PROCESO JUDICIAL DE REMATE Y EXENCIONES DE IMP. ARTESANOS

OF. PGE. N°: 12505, de 22-03-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Baños de Agua Santa

CONSULTAS:

1.- "¿Existe la obligación de pagar el impuesto por utilidades y plusvalía en transferencias de dominio de inmuebles urbanos efectuadas por adjudicaciones forzosas dispuestas por juez competente, luego de un proceso judicial de REMATE. En caso de existir tal obligación, quién sería el sujeto pasivo?".

2.- "¿Los artesanos que poseen la calificación otorgada por instituciones como el Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO-MIC), las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad, también son sujetos de la exención del impuesto de patente municipal que se indica en el artículo 550 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 35, 36, 37 núm. 5, 47 núm. 4, 84 y 264 núm. 5.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Arts. 55 lit. e), 186, 546, 550, 556, 558, 559, 569, 575 y 591.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 94.
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 367 (derogada).
Ley de Régimen Tributario Interno, Arts. 36 lit. d); y, 54 y siguientes de su Reglamento.
Código Tributario, Arts. 16, 23, 24, 31 y 32.
Código Civil, Arts. 687, 691 y 702.
Código de Procedimiento Civil, Arts. 440, 456, 257, 457, 462, 478 y 643.
Ley de Registro, Arts. 11 núm. 2, lit. a).
Ley del Anciano, Arts. 1 y 14.
Ley de Protección de Ciegos, Art. 20
Ley de Fomento Artesanal, Arts. 13, 22 y 27.
Ley de Defensa del Artesano, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. GADBAS-AJ-697-2012 de 10 de diciembre de 2012, manifiesta:

"(…) considero que no existe la obligación de pagar el impuesto por utilidades y plusvalía en transferencias de dominio de inmuebles urbanos efectuadas por adjudicaciones forzosas dispuestas por un Juez competente luego de un proceso judicial de remate, ya que esta clase de actos jurídicos (adjudicaciones forzosas por remate) no constituyen una venta por mutuo acuerdo entre las partes y por consiguiente no se obtiene una utilidad imponible, como así lo establece el artículo 558 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) (…)".

Por su parte, la Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, cita en lo principal el artículo 556 del COOTAD que establece el impuesto municipal por utilidades y plusvalía, así como el pronunciamiento que sobre la aplicación de esa norma, expidió este Organismo en oficio No. 01850 de 18 de mayo de 2011, cuyo contenido se revisará más adelante; y, sobre dicha base concluye:

"(…) le corresponde al juez competente dentro de un proceso judicial disponer el remate de un bien inmueble y el pago de las obligaciones que se deriven de ello, entre ellas cancelar el impuesto a las utilidades y plusvalía en caso de predios urbanos; siendo el sujeto pasivo el dueño de dicho predio y el sujeto activo la administración tributaria municipal".

De acuerdo con los artículos 16, 23 y 24 del Código Tributario, los elementos básicos de la obligación tributaria son el sujeto activo como ente acreedor del tributo, el sujeto pasivo obligado al pago del tributo y el hecho generador, esto es, el presupuesto legal que al producirse da nacimiento a la obligación tributaria.

El artículo 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece el hecho generador del impuesto por utilidades y plusvalía, en los siguientes términos:

"Art. 556.- Impuesto por utilidades y plusvalía.- Se establece el impuesto del diez por ciento (10%) sobre las utilidades y plusvalía que provengan de la transferencia de inmuebles urbanos, porcentaje que se podrá modificar mediante ordenanza".

El artículo 558 del citado Código Orgánico, determina quienes son sujetos pasivos del impuesto por utilidades y plusvalía; y, prescribe:

"Art. 558.- Sujetos pasivos.- Son sujetos de la obligación tributaria a la que se refiere este capítulo, los que como dueños de los predios, los vendieren obteniendo la utilidad imponible y por consiguiente real, los adquirentes hasta el valor principal del impuesto que no se hubiere pagado al momento en que se efectuó la venta.

El comprador que estuviere en el caso de pagar el impuesto que debe el vendedor, tendrá derecho a requerir a la municipalidad que inicie la coactiva para el pago del impuesto por él satisfecho y le sea reintegrado el valor correspondiente. No habrá lugar al ejercicio de este derecho si quien pagó el impuesto hubiere aceptado contractualmente esa obligación.

Para los casos de transferencia de dominio el impuesto gravará solidariamente a las partes contratantes o a todos los herederos o sucesores en el derecho, cuando se trate de herencia, legados o donaciones.

En caso de duda u oscuridad en la determinación del sujeto pasivo de la obligación, se estará a lo que dispone el Código Tributario".

Conforme a los artículos 556 y 558 del COOTAD, el hecho generador del impuesto por

utilidades y plusvalía, es la transferencia (no solamente mediante venta) de inmuebles urbanos; y, por tanto, el sujeto pasivo del tributo es el dueño del predio que lo transfiere obteniendo utilidad imponible.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 01850 de 18 de mayo de 2011, al atender una consulta formulada por la Municipalidad de Baños de Agua Santa sobre el impuesto por utilidades y plusvalía, analicé que para efectos de la transferencia de dominio el ordenamiento jurídico ecuatoriano distingue el título y el modo; y, que según los artículos 687 y 691 del Código Civil el modo "tradición" requiere un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

Además, analicé que el título traslaticio de dominio puede ser gratuito u oneroso; que en el caso de los inmuebles, el título debe constar en escritura pública; y, que conforme al artículo 702 del citado Código Civil, la tradición del dominio de inmuebles se efectúa por la inscripción del título en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad.

En tal contexto, en el pronunciamiento de la referencia concluí que:

"(…) el hecho generador del impuesto a las utilidades y plusvalía, previsto en el artículo 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se produce cuando se perfecciona la transferencia de dominio del bien inmueble a título oneroso, obteniendo una utilidad imponible y por consiguiente real; es decir, cuando se produce la tradición mediante la inscripción del título traslaticio de dominio en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad, de conformidad con el artículo 558 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (…)".

"(…) la transmisión o transferencia de bienes inmuebles a título gratuito no está sujeta al pago del impuesto sobre las utilidades y plusvalía previsto en el artículo 556 del Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización, sino al pago del impuesto sobre los ingresos o el incremento patrimonial proveniente de las herencias, legados o donaciones previsto en el artículo 36 letra d) de la Ley de Régimen Tributario Interno y los artículos 54 y siguientes de su Reglamento de aplicación".

Resulta pertinente señalar que, la parte final de la letra a) del artículo 559 del COOTAD, no se genera el impuesto a las utilidades y plusvalía "una vez transcurridos veinte años a partir de la adquisición".

Toda vez que la consulta se refiere a la transferencia de inmuebles por remate forzoso, es importante considerar que el procedimiento para el remate está reglado a partir del artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, ubicado en el parágrafo 2º de la Sección 2ª "De los juicios ejecutivos", del Título II "De la Sustanciación de los Juicios".

De acuerdo con los artículos 457, 462 y 643 del citado Código, en el procedimiento de remate, las posturas que presenten los interesados se califican por el juez y sirven de base para la adjudicación del inmueble objeto del remate al mejor postor.

El artículo 478 del Código de Procedimiento Civil, dispone que: "De la cantidad que se consigne por el precio de la cosa rematada, se pagará al acreedor inmediatamente su crédito, intereses y costas, si todavía se debieren, y lo que sobrare se entregará al deudor (…)".

En consecuencia, de acuerdo con el citado artículo 478 del Código Adjetivo Civil, en el remate forzoso hay pago del precio de la cosa rematada y por tanto transferencia onerosa pues el postor paga el precio del bien rematado, con cuyo producto se paga al acreedor y de haber saldo se entrega al deudor.

Conforme al segundo inciso del artículo 440 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al juez intervenir en el otorgamiento y suscripción del respectivo instrumento, en representación de quien deba realizarlo.

El producto del remate permite cubrir parcial o totalmente las obligaciones de pago respecto del acreedor; y, de haber saldo del producto del remate, se lo entrega al deudor.

Por lo tanto, el producto del remate del inmueble es el precio de venta según el artículo 478 del Código de Procedimiento Civil; si ese valor es mayor al precio en que el inmueble fue adquirido por el deudor ejecutado, se configura el hecho generador del impuesto por utilidades y plusvalía establecido por el artículo 556 del COOTAD, salvo que hubieren transcurrido veinte años a partir de la adquisición, evento en el que no puede cobrarse el tributo conforme a la parte final de la letra a) del artículo 559 del COOTAD.

En consecuencia, en el caso de remate forzoso de inmuebles, el impuesto que grava las utilidades y plusvalía en la transferencia de dominio de inmuebles urbanos, lo debe determinar la administración municipal sobre la base del precio del remate; de haber lugar al pago, éste debe preceder a la inscripción de la transferencia de dominio en beneficio del postor adjudicatario, pues de lo contrario, el Registrador de la Propiedad estaría impedido de efectuar la inscripción, conforme al numeral 2 de la letra a) del artículo 11 de la Ley de Registro que dispone:

"Art. 11.- Son deberes y atribuciones del Registrador:

a) Inscribir en el Registro correspondiente los documentos cuya inscripción exige o permite la Ley, debiendo negarse a hacerlo en los casos siguientes

(…) 2.- Si los impuestos que causan la celebración del acto o contrato o su inscripción no han sido pagados de acuerdo con la Ley".

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en las transferencias de dominio de inmuebles urbanos efectuadas por adjudicaciones forzosas dispuestas por juez competente, luego de un proceso judicial de remate, existe transferencia de inmueble a título oneroso, por tanto existe la obligación de pagar el impuesto por utilidades y plusvalía si el precio del remate es mayor al precio en que el inmueble fue adquirido por el deudor ejecutado, pues se configura el hecho generador de lo establecido en el artículo 556 del COOTAD.

De acuerdo con el artículo 558 del COOTAD, es sujeto pasivo del impuesto por utilidades y plusvalía quien transfiere el dominio del inmueble urbano obteniendo utilidad; en el caso de remate, de configurarse el hecho generador, es sujeto pasivo de esa obligación tributaria el deudor ejecutado, aún cuando sea el juez quien intervenga en el otorgamiento de la escritura pública que sirve de título para la tradición del bien raíz, pues dicha intervención se efectúa en representación del deudor conforme al artículo 440 del Código de Procedimiento Civil.

Para el caso de venta forzosa la legislación no ha previsto quien debe efectuar el pago de la obligación tributaria a falta del deudor y tampoco ha previsto que los valores correspondientes a impuestos sean descontados del producto del remate antes de pagar al acreedor, vacío legal que no puede ser llenado a través de la absolución de una consulta sobre la inteligencia de la norma.

Debe notarse, en todo caso, que el artículo 558 del COOTAD establece la posibilidad de que el comprador pueda aceptar contractualmente el pago del impuesto a las utilidades y plusvalía, que es lo que sucede en la práctica.

2.- El artículo 550 del COOTAD sobre cuya aplicación trata la consulta, establece la exención del pago del impuesto de patente en los siguientes términos:

"Art. 550.- Exención.- Estarán exentos del impuesto únicamente los artesanos calificados como tales por la Junta Nacional de Defensa del Artesano. Las municipalidades podrán verificar e inspeccionar el cumplimiento de las condiciones de la actividad económica de los artesanos, para fines tributarios".

Con relación a su consulta el informe del Procurador Síndico, argumenta:

"(…) considero que el artículo 550 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización es muy claro al disponer que únicamente los artesanos

calificados como tales por la Junta Nacional de Defensa del Artesano estarán exentos del impuesto de patente municipal; esta disposición legal no establece que las calificaciones de artesanos otorgadas por otras Instituciones del Estado tengan facultad legal para generar el derecho de acogerse a la exención tributaria dispuesta en el COOTAD".

Concluye el citado informe que:

"(…) la única manera para que los artesanos calificados por el MIPRO-MIC, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad, puedan estar exentos del pago del impuesto de patente municipal, es que dicha exención se encuentre establecida en la ley es decir en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización o en sus respectivas leyes, es decir Ley del Anciano y la Ley Orgánica de Discapacidades".

Con respecto a la exención que beneficia a los artesanos, la Directora Ejecutiva de la AME cita los pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 22558 de 3 de febrero de 2006 y 003604 de 14 de agosto de 2007, que se revisarán más adelante, que se fundamentaron en la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, así como, el artículo 550 del COOTAD y sobre dicha base concluye que: "(…) los artesanos debidamente calificados por la Junta Nacional de Defensa del Artesano se encuentran exentos del impuesto de patente municipal".

En relación a las exenciones que benefician a los adultos mayores, la Directora Ejecutiva de la AME, manifiesta que:

"La exoneración total de los impuestos municipales para las personas de la tercera edad se aplicará exclusivamente cuando el adulto mayor cumpla las condiciones establecidas en el inciso primero del Art. 14 de la Ley del Anciano, excepto en el pago de la tasa por consumo de agua potable que no admite exoneración total; mientras que los adultos mayores que no se encuentren dentro de la disposición citada, serán beneficiarios exclusivamente de exenciones o rebajas parciales en el pago de impuestos y tasas municipales".

Finalmente, en relación a las exenciones que benefician a las personas con discapacidad, la Directora Ejecutiva de la AME invoca la Ley Orgánica de Discapacidades y el artículo 20 de la Ley de Protección de Ciegos. Sobre dicha base, manifiesta:

"Podemos notar que, la Ley Orgánica de Discapacidades es posterior a la normativa constitucional, presumiendo que el legislador la adecuó formal y materialmente conforme lo dispone el Art. 84 de la Constitución de Montecristi, constando en los

artículos citados exenciones en materia tributaria municipal a favor de las personas con discapacidad, no constando norma expresa que les dispense del impuesto de patente municipal ni en la citada ley ni en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, sólo consta dispensa en el Art. 20 de la Ley de Protección de los Ciegos.

Por tanto, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Baños de Agua Santa debe aplicar las dispensas contenidas en la Ley Orgánica de Discapacidades, no teniendo facultad de exonerar del impuesto de patente a este grupo de atención prioritaria exceptuando lo dispuesto en la Ley de Protección de los Ciegos, lo cual guarda armonía con los criterios vertidos por el Procurador General del Estado".

El análisis de su consulta impone considerar como antecedente que, el artículo 546 del COOTAD establece el impuesto de patentes municipales y metropolitanas; y, el artículo 547 ibídem determina que son sujetos pasivos de dicho impuesto, "(…) las personas naturales, jurídicas, sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal o metropolitana, que ejerzan permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales".

La exención está definida por 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"; y, el artículo 32 ibídem, prevé 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".

En consecuencia, tanto los impuestos como las exenciones, son materias con reserva de ley, es decir, que deben ser establecidas mediante ley que determine el hecho generador del tributo y los sujetos pasivos obligados al cumplimiento de la prestación tributaria, o exentos de ella.

Toda vez que la consulta tiene por objeto determinar si respecto del impuesto municipal de patente establecido en el artículo 546 del COOTAD, están exentos los artesanos calificados por organismos distintos a la Junta Nacional del Artesano, así como si se aplican a dicho impuesto exenciones en beneficio de los adultos mayores y los discapacitados según sus leyes especiales, se revisará cada una de esas materias por separado.

Artesanos.-

Los artículos 22 y 27 de la Ley de Fomento Artesanal, que cita la consulta, confieren a los artesanos beneficios como seguridad social y acceso a créditos de fomento. La competencia para calificar el cumplimiento de los requisitos y otorgar los beneficios a los artesanos corresponde al Ministerio de Industrias y Productividad según el artículo 13 ibídem.

Según el artículo 1 de la Ley de Defensa del Artesano, ese cuerpo normativo ampara a los artesanos y establece los mecanismos para hacer valer sus derechos por sí mismos o por medio de sus asociaciones; sin embargo, las Leyes de Fomento Artesanal y de Defensa del Artesano no determinan el régimen tributario aplicable a los artesanos.

Con respecto al impuesto municipal de patente que es al que se refiere la consulta, el artículo 550 del COOTAD que fue citado en los antecedentes, establece exención en beneficio "(…) únicamente de los artesanos calificados como tales por la Junta Nacional de Defensa del Artesano".

La exención del pago del impuesto de patente, en beneficio de los artesanos calificados como tales por la Junta Nacional de Defensa del Artesano, estuvo prevista en el artículo 367 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Sobre dicha base normativa, en los pronunciamientos de este Organismo contenidos en oficios Nos. 22558 de 3 de febrero de 2006 y 03604 de 14 de agosto de 2007, que citó la Directora Ejecutiva de la AME, se concluyó en forma reiterada que "(…) para que los artesanos puedan beneficiarse de la referida exoneración, deberán estar calificados como tales por la Junta Nacional de Defensa del Artesano".

Considerando que, de conformidad con los artículos 31 y 32 del Código Tributario, solo mediante ley se pueden establecer exenciones tributarias, se concluye que, de acuerdo al tenor de lo dispuesto en el artículo 550 del COOTAD, están exentos del pago del impuesto municipal de patente únicamente los artesanos calificados como tales por la Junta Nacional de Defensa del Artesano, por lo que no es jurídicamente procedente extender dicho beneficio a quienes no cumplan ese requisito.

Adultos mayores.-

El artículo 35 de la Constitución de la República incluye entre los grupos de atención prioritaria, a los adultos mayores y a las personas con discapacidad, al disponer que:

"Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres

embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad".

Respecto de los adultos mayores, el artículo 36 de la citada Carta Constitucional, establece que: "(…) recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad".

Concordante, el numeral 5 del artículo 37 de la Constitución de la República, prescribe que: "El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos: (…) 5. Exenciones en el régimen tributario (…)".

El artículo 1 de la Ley del Anciano, dispone:

"Art. 1.- Son beneficiarios de esta Ley las personas naturales que hayan cumplido sesenta y cinco años de edad, sean éstas nacionales o extranjeras que se encuentren legalmente establecidas en el país. Para acceder a las exoneraciones o rebajas en los servicios públicos o privados estipulados en esta Ley, justificarán su condición únicamente con la cédula de identidad y ciudadanía o con el documento legal que les acredite a los extranjeros".

El artículo 14 de la citada Ley del Anciano, establece la exoneración de impuestos que beneficia a los adultos mayores, en los siguientes términos:

"Art. 14.- Toda persona mayor de sesenta y cinco años de edad y con ingresos mensuales estimados en un máximo de cinco remuneraciones básicas unificadas o que tuviera un patrimonio que no exceda de quinientas remuneraciones básicas unificadas, estará exonerada del pago de toda clase de impuestos fiscales y municipales.

Para la aplicación de este beneficio no se requerirá de declaración administrativa previa, provincial o municipal.

Si la renta o patrimonio excede de las cantidades determinadas en el inciso primero, los impuestos se pagarán únicamente por la diferencia o excedente".

Conforme se desprende de su tenor, el artículo 14 de la Ley del Anciano exonera del pago de impuestos a las personas de la tercera edad, cuyos ingresos o patrimonio no excedan de quinientas remuneraciones básicas unificadas. Según la norma, la exoneración se aplica respeto de toda clase de impuestos fiscales y municipales.

Sobre la aplicación del citado artículo 14 de la Ley del Anciano, en pronunciamiento contenido en oficio No. 14562 de 7 de junio de 2010, expedido al amparo de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, cuyo artículo 367 tenía similar texto al artículo 550 del COOTAD, en actual vigencia, concluí:

"(…) la exoneración total de los impuestos municipales para las personas de la tercera edad se aplicará exclusivamente cuando el adulto mayor cumpla las condiciones establecidas en el inciso primero del Art. 14 de la Ley del Anciano, excepto en el pago de la tasa por consumo de agua potable que no admite exoneración total; mientras que los adultos mayores que no se encuentren dentro de la disposición citada, serán beneficiarios exclusivamente de exenciones o rebajas parciales en el pago de impuestos y tasas municipales".

En consecuencia, respecto del impuesto municipal de patente se concluye que los adultos mayores están exentos conforme al artículo 14 de la Ley del Anciano, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en esa norma, es decir, que cuenten con ingresos mensuales estimados en un máximo de cinco remuneraciones básicas unificadas o que tuvieran un patrimonio que no exceda de quinientas remuneraciones básicas unificadas.

Discapacitados.-

De conformidad con el artículo 35 de la Constitución de la República, cuyo texto consta transcrito en los antecedentes, las personas con discapacidad integran los grupos de atención prioritaria; y, según el numeral 4 del artículo 47 de la Carta Constitucional gozan de exenciones en el régimen tributario.

La Sección Octava "De las Tarifas Preferenciales, Exenciones Arancelarias y del Régimen Tributario" de la Ley Orgánica de Discapacidades, establece exenciones tributarias específicas que benefician a las personas con discapacidad, entre las que no consta ninguna referida al impuesto municipal de patente.

El artículo 20 de la Ley de Protección a los Ciegos que cita la Directora Ejecutiva de la AME, establece en beneficio de los invidentes, exenciones específicas respecto del pago de los impuestos municipales del uno por mil sobre los activos fijos y predial

exclusivamente, por lo que, no es jurídicamente procedente extender dicha exoneración tributaria a otros impuestos. La referida norma dispone:

"Art. 20.- Los ciegos están exonerados del pago del impuesto del un por mil sobre los activos fijos; así mismo, se encuentran exonerados del impuesto predial sobre bienes raíces de su propiedad siempre que su valor no exceda de doscientos salarios mínimos vitales generales".

En consecuencia, la exención del pago del impuesto de patente municipal que establece el artículo 550 del COOTAD no se puede extender a las personas con discapacidad en virtud de que las exenciones solo pueden ser establecidas mediante ley de acuerdo con los artículos 31 y 32 del Código Tributario.

Los adultos mayores y las personas con discapacidad pertenecen a grupos de atención prioritaria, de conformidad con el artículo 35 de la Constitución de la República, y gozan de exenciones en el régimen tributario conforme a los artículos 37 numeral 5 y 47 numeral 4 de la Carta Política. Sin embargo, las exenciones específicas deben ser establecidas mediante ley, por así disponerlo el Código Tributario.

Este Organismo ha analizado en varios pronunciamientos, las disposiciones específicas del COOTAD que autorizan a las Municipalidades a exonerar o disminuir el pago de tasas y contribuciones especiales de mejoras, en beneficio de personas que integran los grupos de atención prioritaria, e incluir el importe de dichas exenciones en el presupuesto de esos GADs conforme dispone el artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que prescribe:

"Art. 94.- Renuncia de ingresos por gasto tributario.- Se entiende por 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.

Para el gasto tributario de los ingresos nacionales, la administración tributaria nacional estimará y entregará al ente rector de las finanzas públicas, la cuantificación del mismo y constituirá un anexo de la proforma del Presupuesto General del Estado.

Para el 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".

En pronunciamiento contenido en oficio No. 00247 de 2 de febrero de 2011, sobre la base de los artículos 57 letra c) y 186 del COOTAD que asignan al Concejo Municipal

competencia para crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecuta concluí:

"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 (…)'.

(…) 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 grupos de atención prioritaria señalados en la Constitución de la República, así como la determinación de los porcentajes de disminución aplicables a cada caso".

En similar sentido, en pronunciamiento contenido en oficio No. 03604 de 8 de septiembre de 2011, concluí:

"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 proforma presupuestaria correspondiente".

En consecuencia, las exenciones o rebajas tributarias que benefician a las personas que integran los grupos de atención prioritaria, requieren el análisis de las normas específicas que establecen los tributos, en concreto aquellas que regulan el impuesto municipal de patente al que se refiere la consulta, contenidas en los artículos 546 y 550 del COOTAD que fueron citados en los antecedentes.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, están exentos del pago del impuesto municipal de patente, los artesanos calificados por la Junta de Defensa del Artesano, de acuerdo al requisito que en tal sentido establece el artículo 550 del COOTAD. También están exentos del pago de patente municipal los adultos mayores que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Ley del Anciano, esto es que sus ingresos mensuales estimados sean máximo de cinco remuneraciones básicas unificadas o tengan un patrimonio que no exceda de quinientas remuneraciones básicas unificadas.

Mientras que, la Ley Orgánica de Discapacidades y el COOTAD no han incluido ninguna exención específica respecto del impuesto municipal de patente en beneficio de las personas con discapacidad.

POLICÍA NACIONAL: REELECCIÓN DE VOCALES PRINCIPALES Y SUPLENTES DEL SERVICIO DE CESANTÍA

OF. PGE. N°: 13495, de 06-06-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Dirección del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional

CONSULTAS:

1. "¿Qué la disposición legal constante en el Art. 17 de la Ley del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, es clara e imperativa al manifestar que los vocales por los diferentes cuadros de la Junta Directiva y sus suplentes pueden ser reelegidos por una sola vez, indistintamente de que hayan sido elegidos suplentes o principales con anterioridad o con posterioridad?"; y,

2. "¿Al considerarse en la normativa legal en análisis constante en el Art. 17 de la Ley del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, una prohibición de reelección por tercera vez de los vocales principales y sus suplentes, el citado oficial o cualquier otro miembro policial elegidos como vocales principales y sus suplentes, no podían ni pueden ser reelegido por tercera ocasión ni como principal ni como suplente de la Junta Directiva del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional; salvo una nueva reelección como representante de otro cuadro en consideración a su ascenso?".

BASES LEGALES:

Ley del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, Arts. 3, 4 lit. b), c), d) e), 8, 15, 16, 17, 21 lit. c); y, 24 y 123 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe del Director de Asesoría Jurídica del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, contenido en oficio No. 20l3-264-SCPN-AJ de 20 de mayo de 2013, refiere como antecedente que un Oficial Subalterno, del grado de Teniente, fue elegido como Vocal Suplente de la Junta Directiva de esa Entidad para el periodo 2010 "periodo en el cual había sido principalizado en las ocasiones que el titular no ha podido asistir a las sesiones de dicho órgano colegiado". Agrega el informe jurídico que:

"Asi mismo en la Asamblea General Ordinaria, efectuada el 16 de marzo del 2012, el mismo señor Oficial nuevamente ha sido elegido eh, calidad de Vocal Principal de la Junta Directiva quien ha venido, desempeñándose como miembro del referido organismo hasta el día. viernes 28 de abril del presente año".

"Para el presente periodo 2013/20 14, en la Asamblea General realizada el 26 de abril del presente año, por tercera ocasión el señor Capitán de Policía CHRISTIAN HERNÁN ESCOBAR ANDRADE, nuevamente ha sido elegido como Vocal Principal por el mismo cuadro de señores Oficiales Subalternos".

El referido informe cita los artículos 3, 4, 8 y 16 de la Ley del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional; y, sobre dicha base concluye:

"Al considerarse en la normativa legal en análisis una prohibición de reelección por tercera vez de los vocales principales y su suplementes el señor Capitán de Policía CHRISTIAN HERNAN ESCOBAR ANDRADE, no podía ser reelegido por tercera ocasión ni como principal ni como suplente de la Junta Directiva del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional; salvo una nueva reelección como, representante de otro cuadro en consideración a su ascenso (oficial superior)".

El Servicio de Cesantía de la Policía Nacional consta como "Organismo del Sector Público", en el acápite 03 01 03 09 04 00 00 00 00 00001 del Catastro de Instituciones, Entidades y Empresas y Organismos del Estado, publicado en el Registro Oficial No. 19 (Edición Especial) de 10 de noviembre de 2009; y, de acuerdo con el primer inciso del artículo 1 de la vigente Ley de Servicio de Cesantía de la Policía Nacional', "El Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, es una persona jurídica con autonomía económica y administrativa, con finalidad social". La representación legal de dicha Entidad corresponde a su Director Ejecutivo.

Para el análisis de su consulta es pertinente considerar como antecedente que, el seguro de cesantía es una prestación que ampara al personal policial, de acuerdo con el articulo 15 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional2, que dispone: "El Seguro de Cesantía continuará siendo administrado por el Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, de conformidad con su propia Ley".

Es decir que, si bien el seguro de cesantía es una prestación que ampara al personal policial según el artículo 15 de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional, es un seguro que no administra el ISSPOL sino el Servicio de Cesantía de la Policía Nacional.

Respecto de la estructura del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, el articulo 3 de su Ley prevé que se integra por órganos Directivos, de Control, de Asesoramiento y Operativos.

La Junta Directiva del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, según los artículos 4 letra b) y 16 de la citada Ley, es uno de los Órganos Directivos del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional y el máximo Órgano Administrativa de esa Entidad.

Según el citado artículo 16 de la Ley del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, la Junta Directiva se integra por los siguientes miembros:

"a) El Director General de Personal de la Policía Nacional, quien la presidirá;

b) Un Delegado por el cuadro de Oficiales Generales y Superiores;

c) Un Delegado por el Cuadro de Oficiales Subalternos;

d) Un Delegado por el Cuadro de Clases;

e) Un Delegado por el Cuadro de Policías;

f) El Director Técnico Financiero de la Policía Nacional;

g) El Jefe Financiero del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional;

h) Un Asesor Jurídico del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional; e,

i) El Director Ejecutivo, que actuará como Secretario de la Junta Directiva".

El inciso final del citado articulo 16 de la Ley de Servicio de Cesantía de la Policía Nacional prescribe que, 'los delegados establecidos en los literales b), c), d) y e) tendrán dos suplentes designados en la misma forma que los principales a quienes remplazaran en caso de ausencia. A falta del principal y suplentes, la Junta Directiva designará su reemplazo de entre los Delegados. a la Asamblea General".

Del tenor de la norma transcrita en el párrafo que precede se desprende que, la Junta Directiva del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional se integra, entre otros miembros, por Delegados de los Cuadros de Oficiales Generales y Superiores, Subalternos, Clases y Policías (articulo 16 letras b, c, d y e), cuyos suplentes son designados en la misma forma.

Los miembros de la Junta Directiva del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, principales y suplentes, que representan a los Cuadros de Oficiales Generales y Superiores, Subalternos, Clases y Policías, son elegidos por la Asamblea General, de acuerdo con los artículos 12 letra c) de la Ley de Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, 2 1 letra c) y 24 de su Reglamento, norma ésta última que dispone lo siguiente:

"Art. 24.- Los delegados de los cuadros de oficiales generales y superiores, oficiales subalternos, clases y policías, integrantes de la Junta Directiva, serán elegidos por los delegados a la asamblea general ordinaria, reunidos en sus respectivos cuadros, por separado, luego de que éstos hayan sido debidamente acreditados. Se designará un principal y dos suplentes por cada cuadro, de lo que se dejará constancia en las respectivas actas.

Para ser designado delegado por los diferentes cuadros, a la Junta Directiva, solo se requiere encontrarse en servicio activo".

El artículo 17 de la Ley de Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, sobré cuya aplicación trata su consulta, prescribe lo siguiente:

"Art. 17.- Los vocales por los cuadros de oficiales generales - y superiores, oficiales subalternos, clases, policías y sus suplentes serán elegidos cada año, de acuerdo con esta Ley y su Reglamento y pueden ser reelegidos por una sola vez; salvo una nueva elección, como representante de otro Cuadro en consideración a su ascenso".

Según se desprende del tenor del artículo 17 de la Ley del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, los vocales de la Junta Directiva del Servicio de Cesantía que representan a los distintos cuadros de Oficiales Generales y Superiores, Subalternos, Clases y Policías, y los vocales suplentes, son elegidos cada año.

Respecto de la reelección de dichos vocales, que es el tema al que se refiere su consulta, el artículo 17 de la Ley del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional establece un límite, que consiste en que el vocal pueda ser reelegido "por una sola vez". La excepción a dicho límite, se da únicamente en el caso en que por haberse producido ascenso del Oficial, Clase o Policía, la misma persona sea designada como Vocal en representación de un grupo distinto de personal policial.

Considerando que el artículo 17 de la Ley del Servicio de Cesantía de la Poli6ia Nacional, establece una limitación general para la reelección de los vocales que integran la Junta Directiva de esa Entidad, en representación de cada cuadro de personal policial, dicha excepción se debe aplicar tanto a los vocales principales como a los suplentes, pues es principio general del Derecho que donde el legislador no distingue el intérprete no puede distinguir.

Concordante, el artículo 123 del Reglamento a la Ley de Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, dispone también en forma general que:

"Art. 123. Los vocales de los órganos del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, y sus suplentes serán elegidos cada año de acuerdo con la ley y este reglamento, pudiendo ser reelegidos por una sola vez, salvo una nueva elección como representante de otro cuadro en consideración de su ascenso".

La Enciclopedia Jurídica Omeba define el término "Elección" como "Designación para un puesto o cargo mediante votación"; mientras que, respecto de la "reelección" no contiene definición; sin embargo, el Diccionario Manual Ilustrado de la Lengua Española, manifiesta que "reelegir es Volver a, elegir". Es decir que, de los conceptos citados se desprende que existe, reelección cuando se vuelve a elegir a una persona.

En tal contexto, cuando la Asamblea General designa a una persona como vocal, principal o suplente, para integrar la Junta Directiva del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, lo hace en representación de un cuadro o grupo específico de personal policial; y, por tanto, designar a la misma persona por el mismo cuadro, constituye reelección que se puede efectuar por una sola vez, según el articulo 17 de la Ley del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional. Mientras que, según la parte final de la referida norma, producido un ascenso, se podría efectuar una nueva designación de

la misma persona pero en representación de otro cuadro o grupo de personal policial, distinto de aquel al que antes representó.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley del Servicio de Cesantía de la Policía Nacional, los vocales principales y suplentes de la Junta Directiva de esa Entidad pueden ser reelegidos por una sola vez en representación del mismo cuadro o grupo de personal policial. En consecuencia, quien ya ha sido elegido indistintamente como vocal principal o suplente en representación de un grupo o cuadro de oficiales, puede participar en otra elección por el mismo cuadro de personal y ser reelegido como vocal principal o suplente, por una sola vez. En caso de ascenso, quien antes representó a un grupo de personal policial, podría representar a otro grupo distinto de personal en una nueva elección, pues en tal evento se aplicaría la excepción al límite de reelección, que prevé el citado artículo 17 de la Ley Cesantía de la Policía Nacional.

PRESUPUESTO MUNICIPAL: DISTRIBUCIÓN PARA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

OF. PGE. N°: 13056, de 07-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA EP
CONSULTAS:

1.- "¿La disposición del literal a) del Art. 189 del COOTAD obliga a que las transferencias anuales que recibe el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cuenca del presupuesto general del Estado deban destinarse a la prestación de servicios públicos de agua potable, alcantarillado y saneamiento?".

2.- "¿Por disposición del literal a) del Art. 189 del COOTAD las transferencias que para la prestación de servicios públicos recibe el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cuenca deben a su vez ser asignadas a la Empresa Municipal ETAPA EP por ser la encargada de la prestación de servicios públicos de agua potable, alcantarillado y saneamiento en el Cantón Cuenca, según lo dispone su ordenanza de creación, organización y funcionamiento?".

3.- "¿De acuerdo con el literal b) del Art. 193 del COOTAD, la transferencia que el gobierno autónomo descentralizado del Cantón Cuenca debe hacer a favor de ETAPA EP para prestación de servicios públicos de agua potable, alcantarillado y saneamiento, se

hará en base a la distribución de las transferencias previstas para el ejercicio económico 2010, para cumplir de esta manera con un modelo de equidad territorial en la provisión de bienes y servicios públicos o en base a qué consideraciones deberá hacerse?".

4.- "¿Según la disposición del literal a) del Art. 189 del COOTAD el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cuenca debe entregar a favor de ETAPA EP, las transferencias que para la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado y saneamiento reciba del presupuesto general del Estado del año 2013 en adelante?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 264 núm. 4, 270, 271, 314 y 315.
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 4 y 5 núm. 2 y 9.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 5 lit. g).
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 194 y 487 (derogada).
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 55 lit. d), 57 lit. j), k), 129, 137, 188, 189 lit. a), 191, 192, 193 lit. a), b), 194, 195, 267 y 277.
Código orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 73.
Ordenanza que regula la constitución, organización y funcionamiento de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca (ETAPA EP), Arts. 1 y 4 lit. a), b) y 40.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- El informe del Subgerente Jurídico de ETAPA EP, contenido en oficio No. 2013-0000026-SJ de 4 de enero de 2013, cita entre otras normas, los artículos 314 y 315 de la Constitución de la República, 55 y 189 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) y sobre dicha base manifiesta:

"(…) al corresponder a la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA EP, el estudio, planificación y ejecución de proyectos destinados a la prestación de servicios públicos de agua potable y alcantarillado, su mejoramiento y ampliación en el Cantón Cuenca que satisfagan necesidades públicas de la población cuencana más vulnerable, la asignación del presupuesto general del Estado a favor de los Gobiernos Autónomos Descentralizados según lo dispone el Art. 189 del COOTAD, y que tienen por objeto garantizar una debida prestación de servicios públicos, entre otros, de agua potable, alcantarillado y saneamiento, en el caso del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cuenca, debe ser transferida a la Empresa Pública Municipal ETAPA EP, ya que es quien garantiza

provisión de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado de manera adecuada y equitativa (…)".

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 264 de la Constitución de la República, entre otras competencias exclusivas, propias de los gobiernos municipales, les corresponde "4. Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley". Idéntica previsión consta en la letra d) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD).

El Capítulo IV "Del Ejercicio de las Competencias Constitucionales" del COOTAD, desarrolla a partir del artículo 129 de ese Código Orgánico, las distintas competencias que la Constitución de la República asigna a los gobiernos autónomos descentralizados, entre ellos, el municipal.

De acuerdo con el artículo 137 del COOTAD, ubicado en el citado Capítulo IV, corresponde a las municipalidades el ejercicio de las competencias de prestación de servicios públicos de agua potable en todas sus fases, esto es, abastecimiento de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos y actividades de saneamiento ambiental.

Tanto el artículo 315 de la Constitución de la República, como los artículos 57 letra j), 277 del COOTAD y 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prevén la posibilidad de constitución de empresas públicas, entre otros fines, para la prestación de servicios públicos.

En el caso de los GADs, sus empresas se crean mediante Ordenanza de conformidad con el numeral 2 del artículo 5 de la citada Ley Orgánica de Empresas Públicas y el citado artículo 277 del COOTAD; y, su presupuesto constituye un anexo del presupuesto general del respectivo municipio, según el artículo 267 del COOTAD, como se verá más adelante.

La Ordenanza que regula la constitución, organización y funcionamiento de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca (ETAPA EP), aprobada por el Concejo Cantonal de Cuenca y sancionada por el Alcalde de esa Municipalidad el 14 de enero de 2010, (esto es antes de la promulgación de COOTAD), se ha remitido en copia certificada como anexo de la consulta.

Según el artículo 1 de la citada Ordenanza, el objeto para el cual ETAPA EP fue creada

es "(…) la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, agua potable, alcantarillado, saneamiento ambiental, sus servicios complementarios, conexos y afines que pudieren ser considerados de interés colectivo (…)."

De conformidad con las letras a) y b) del artículo 4 de la referida Ordenanza, a ETAPA EP le corresponde el estudio, planificación y ejecución de proyectos destinados a la prestación, mejoramiento y ampliación de los servicios públicos de su competencia, así como la dotación, operación, mantenimiento, administración, control y funcionamiento de dichos servicios, entre ellos los de agua potable, alcantarillado y saneamiento, y de los sistemas o infraestructuras requeridos para su prestación.

De acuerdo con el artículo 40 de la Ordenanza referida, son recursos de ETAPA EP, los siguientes:

"a. Ingresos corrientes, que provienen de las fuentes de financiamiento que se derivaren de su poder de imposición, de la prestación de servicios de telecomunicaciones; agua potable, alcantarillado, saneamiento; otros servicios y de su patrimonio; contribuciones especiales de mejoras; rentas e ingresos de la actividad empresarial; rentas e ingresos patrimoniales y otros ingresos no especificados que provengan de la actividad de la Empresa; ingresos de capital; recursos provenientes de la venta de bienes; de la contratación de crédito público o privado, externo o interno, venta de activos; donaciones; y,

b. Transferencias constituidas por las asignaciones del I. Concejo Cantonal, las del Gobierno Central y otras instituciones públicas, y privadas, para fines generales o específicos".

En materia de presupuesto de las municipalidades y sus empresas, el régimen jurídico anterior a la promulgación del COOTAD estaba contenido en las derogadas Ley Orgánica de Régimen Municipal y Ley de Distribución del 15% a Gobiernos Seccionales (derogadas por el COOTAD), Ley de Presupuestos del Sector Público y Ley de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal (derogadas por el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas).

Según el artículo 194 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, los presupuestos de las empresas públicas municipales debían figurar como anexo del presupuesto general de la municipalidad y ser aprobados por el Directorio de la empresa y ratificados por el Concejo; pero por la aplicación del principio de unidad presupuestaria establecido por los artículos 4 de la Ley de Presupuestos del Sector Público y 487 de la Ley de Régimen Municipal, todos los ingresos y rentas municipales constituían el fondo general de ingresos con cargo al cual se debían atender todos

los gastos de la municipalidad, por lo que en el presupuesto municipal no se podían establecer destinaciones especiales de rentas.

Por su parte, los artículos 270 y 271 de la vigente Constitución de la República, 188 y 191 del COOTAD, establecen que los gobiernos autónomos descentralizados participarán de las rentas del Estado, y determinan que el objetivo de las transferencias que se les realizan, es garantizar una provisión equitativa de bienes y servicios públicos, relacionados con las competencias exclusivas de cada nivel de gobierno. Con tal finalidad, el artículo 298 de la Constitución de la República incluye a los gobiernos autónomos descentralizados, entre los beneficiarios de preasignaciones presupuestarias.

El artículo 73 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece los principios que rigen el sistema nacional de finanzas públicas e incluye entre ellos, al principio de unidad. La norma dispone:

"Art. 73.- Principios del SINFIP.- Los principios del SINFIP son: legalidad, universalidad, unidad, plurianualidad, integralidad, oportunidad, efectividad, sostenibilidad, centralización normativa, desconcentración y descentralización operativas, participación, flexibilidad y transparencia".

El artículo 189 del COOTAD, define en forma general los tipos de transferencias del Presupuesto General del Estado que se pueden efectuar en beneficio de los gobiernos autónomos descentralizados; y, el artículo 192 ibídem, establece los porcentajes a transferir a los GADs, previendo los criterios para la distribución de dichos recursos que consideran, en lo principal, la densidad de la población y las necesidades básicas insatisfechas.

La letra a) del citado artículo 189 del COOTAD, sobre cuya aplicación tratan sus consultas, dispone:

"Art. 189.- Tipos de transferencias.- Las transferencias a los gobiernos autónomos descentralizados serán:

a) Transferencias provenientes de ingresos permanentes y no permanentes para la equidad territorial en la provisión de bienes y servicios públicos correspondientes a las competencias exclusivas. Por ingresos permanentes se entenderá los ingresos corrientes del presupuesto general del Estado que administra el tesoro nacional; y por no permanentes, los ingresos de capital que administra el tesoro nacional, exceptuando los de financiamiento, entre los cuales consta la cuenta de financiamiento e importación de derivados (CFID)".

De la norma transcrita se desprende que, las transferencias a las que se refiere, provenientes de ingresos permanentes y no permanentes, están destinadas a financiar los servicios públicos correspondientes a las competencias exclusivas de cada GAD.

El numeral 5 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, confiere al Directorio de la respectiva empresa, atribución para aprobar el presupuesto general de la empresa y evaluar su ejecución.

Sin embargo, el artículo 267 del COOTAD, dispone: "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 (…)".

Concordante, la letra k) del artículo 57 del COOTAD, asigna al Concejo Municipal competencia para "k) 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".

Sobre idéntica base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 03293 de 18 de agosto de 2011, concluí que:

"En materia presupuestaria, los gobiernos autónomos descentralizados participan de las rentas del Estado, recibiendo asignaciones y transferencias destinadas a la provisión de los bienes y servicios públicos que corresponden a sus competencias exclusivas, según la letra a) del artículo 189 del COOTAD. El presupuesto de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, debe ser aprobado por el Directorio de la respectiva empresa, según el artículo 9 numeral 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y luego debe ser consolidado y constar como anexo del presupuesto del gobierno municipal, según la letra k) del citado artículo 57 del COOTAD y el artículo 267 del mismo Código Orgánico."

Es decir que la prestación de los servicios públicos de agua potable en todas sus fases, es una de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, de conformidad con los artículos 264 numeral 4 de la Constitución de la República, 55 letra d) y 137 del COOTAD, que pueden gestionar a través de las empresas públicas constituidas por mediante acto normativo (Ordenanza), de conformidad con los artículos 5 numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, 57 letra j) y 277 del COOTAD.

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.

En atención a los términos de sus dos primeras consultas, se concluye que de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del artículo 189 del COOTAD establece y define los tipos de transferencias destinadas a los gobiernos autónomos descentralizados y las destina al financiamiento de todas sus competencias exclusivas, pero no impone a los GADs asignar a sus empresas los recursos provenientes de dichas transferencias.

3.- El informe del Subgerente Jurídico de ETAPA EP manifiesta que:

"(…) de conformidad con la norma del Art. 193 del COOTAD que dispone la distribución de las transferencias a los gobiernos autónomos descentralizados tomando el 2010 como año base, se deberá entregar por parte del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cuenca la asignación que ha recibido del presupuesto general del Estado de los años 2011 y 2012, el monto que por ley le correspondió a ETAPA EP en el año 2010 como mínimo (…)".

El artículo 193 del COOTAD, sobre cuya aplicación trata su consulta dispone:

"Art. 193.- Modelo de equidad territorial en la provisión de bienes y servicios públicos.- Para la asignación y distribución de recursos a cada gobierno autónomo descentralizado se deberá aplicar un modelo de equidad territorial en la provisión de bienes y servicios públicos, que reparte el monto global de las transferencias en dos tramos, de la siguiente manera:

a) La distribución de las transferencias a los gobiernos autónomos descentralizados tomará el 2010 como año base y repartirá el monto que por ley les haya correspondido a los gobiernos autónomos en ese año.

b) El monto excedente del total del veintiuno por ciento (21%) de ingresos permanentes y diez por ciento (10%) de ingresos no permanentes restados los valores correspondientes a las transferencias entregadas el año 2010, se distribuirá entre los gobiernos autónomos a través de la aplicación de los criterios constitucionales conforme a la fórmula y la ponderación de cada criterio señalada en este Código".

La norma transcrita, está ubicada en la Sección Segunda "Transferencias provenientes

de Ingresos Permanentes y No Permanentes para la Equidad Territorial", del Capítulo IV "Transferencias del Presupuesto General del Estado" del COOTAD.

De acuerdo con el artículo 191 del COOTAD, ubicado en la misma Sección y Capítulo, las transferencias que efectúa el gobierno central a los GADs tienen por finalidad "(…) garantizar una provisión equitativa de bienes y servicios públicos, relacionados con las competencias exclusivas de cada nivel de gobierno autónomo descentralizado (…)".

El artículo 192 del COOTAD establece los porcentajes de ingresos permanentes (21%) y no permanentes (10%) a transferir del Presupuesto General del Estado a los GADs; y, en tal contexto, la letra a) del artículo 193 del citado Código Orgánico, prevé que para efectuar las indicadas transferencias se tome el año 2010 como año base; mientras que, la letra b) establece el mecanismo para determinar un excedente respecto de las transferencias efectuadas en el año base, que se distribuye aplicando la fórmula establecida en ese Código.

La fórmula para el cálculo de la asignación presupuestaria para cada GAD consta establecida por los artículos 194 y 195 del COOTAD que consideran, entre otras variables, la población y la extensión territorial del respectivo GAD.

En armonía con lo analizado al atender sus dos primeras consultas se concluye que, el artículo 193 del COOTAD determina la forma en que se debe efectuar el cálculo de las transferencias del Presupuesto General del Estado a los gobiernos autónomos descentralizados, destinadas a financiar todas sus competencias exclusivas al tenor del artículo 191 ibídem; mientras que, las transferencias que efectúen los GADs a sus empresas se efectúan respecto de los presupuestos empresariales aprobados como anexos al presupuesto del respectivo GAD según el artículo 267 del COOTAD.

4.- El informe del subgerente Jurídico de ETAPA EP expone que:

"(…) la transferencia que se haga del presupuesto general del Estado a favor del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cuenca, en base a las disposiciones citadas y al criterio expuesto, deberá a su vez ser entregada a ETAPA EP, como se ha analizado, incluso para ejercicios económicos posteriores".

Al atender sus dos primeras consultas se manifestó que las transferencias del Presupuesto General del Estado a los gobiernos autónomos descentralizados, están destinadas a financiar todas sus competencias exclusivas al tenor del artículo 191 del Código Orgánico de Organización Territorial.

Se agregó que, de acuerdo con los artículos 57 letra k) y 267 del COOTAD, corresponde

al Concejo Municipal conocer y consolidar en el presupuesto de ese GAD, el presupuesto de las empresas públicas municipales, aprobado por su Directorio.

Por lo que, en el año 2013 y en adelante, el GAD Municipal de Cuenca deberá asignar a ETAPA EP, los recursos que consten en el presupuesto de esa empresa, aprobado conforme al artículo 267 del COOTAD.

PRÓRROGA DE FUNCIONES: MIEMBROS DE SOCIEDAD CIVIL DEL CONSEJO CANTONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

OF. PGE. N°: 12662, de 04-04-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia

CONSULTA:

"Que según la Ordenanza Modificatoria a la Ordenanza de Constitución y Funcionamiento del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón el Empalme, la misma que fue aprobada el 06 de enero del año 2009, los miembros del Concejo Cantonal de la niñez y adolescencia durarán tres años en sus funciones, en el presente caso el período de los mismos concluye el 16 de abril del presente año, en tal virtud, consultamos si es que se puede prorrogar el período de dichos miembros hasta que estos sean legalmente reemplazados legalmente, previo el trámite respectivo de integración de conformidad con la ley".

BASES LEGALES:

Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 201.
Ordenanza Modificatoria a la Ordenanza de Constitución y Funcionamiento del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón el Empalme, Arts. 6, 7, 9, 8, 12 y 10.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe del Técnico Jurídico de la entidad consultante, contenido en oficio No. 001-CCNA-TJ-2013 de 16 de enero de 2013, manifiesta:

"En tal virtud mi criterio Jurídico es de que si los representantes de la sociedad civil, fueron elegidos para un período fijo de funciones (3 años) no cabe la prórroga de dichos miembros ya que en la misma Ordenanza invocada anteriormente se habla de reelección por un período igual no de prórroga (Art. 9 y 10) salvo el mejor criterio del propio concejo que los eligió (…)".

Adjunta a la consulta se ha remitido copia certificada de la Ordenanza Modificatoria a la Ordenanza de Constitución y Funcionamiento del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón el Empalme, aprobada por el Concejo Municipal en sesiones ordinarias de 15 y 22 de diciembre de 2008 y sancionada por el Alcalde el 6 de enero de 2009.

El artículo 6 de la citada Ordenanza establece la forma en que se integra el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, por representantes del Estado y de la sociedad civil.

Respecto de los miembros que en representación del Estado integran el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, el artículo 8 de la referida Ordenanza, dispone que integren dicho organismo mientras ejerzan sus funciones en la Institución a la que representan y no fueren legalmente reemplazados.

Mientras que, en relación a los representantes de la Sociedad Civil, el artículo 9 de la referida Ordenanza, dispone:

"Art. 9.- Los representantes de la Sociedad Civil durarán tres años en sus funciones pudiendo ser elegidos por un periodo igual, tendrán su respectivo alterno con la misma capacidad decisoria".

Sobre la naturaleza jurídica de los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia, el artículo 201 del Código de la Niñez y Adolescencia, dispone:

"Art. 201.- Naturaleza Jurídica.- 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".

De acuerdo con el artículo 203 del citado Código de la Niñez y Adolescencia, los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia se constituirán e integrarán de acuerdo a las normas y procedimientos establecidos por cada Gobierno Municipal, en el marco de las disposiciones generales aprobadas por el Consejo Nacional.

La Directriz para la Conformación de los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia, fue expedida por Resolución No. 31 del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 442 de 8 de octubre de 2008 y establece lineamientos que se deben aplicar en todo el territorio nacional para la conformación de los Concejos Cantonales.

De acuerdo con los artículos 7 y 12 de la citada Directriz, todo Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia debe organizarse a través de ordenanza, en la que se debe determinar el tiempo que durarán sus miembros, representantes del Estado y de la Sociedad Civil. El artículo 13 ibídem, establece el procedimiento de elección de los miembros de la Sociedad Civil mediante colegios electorales.

Por estar referido al tema materia de consulta, resulta pertinente transcribir el texto del citado artículo 12 de la Directriz que, sobre la duración de los miembros del Concejo, dispone:

Art. 12.- Tiempo de duración de los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia.

Cada ordenanza debe determinar el tiempo que durarán los miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia, si no lo contemplara la ordenanza se establecerá en el reglamento de funcionamiento. Para el efecto tomará en consideración las siguientes reglas:

Representantes del Estado

1. Los representantes del Estado, 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.

2. Para los representantes titulares del Estado se debe presentar la acreditación correspondiente, otorgada por la autoridad superior competente.

3. Las delegaciones de los titulares, de igual forma contarán con la acreditación formal correspondiente, otorgada por el titular y deberá ser permanente, para no perjudicar el correcto funcionamiento de los concejos cantonales.

4. Los representantes del Estado serán designados priorizando los sectores como salud, educación, trabajo, juntas parroquiales y demás. Solamente se aceptará un representante por persona jurídica. En el caso del Municipio, no deberá incluirse más representantes que el Alcalde, como lo determina el artículo 201 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Representantes de la Sociedad Civil

1. 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.

2. La designación se hará a través del proceso de elección democrática y participativa que defina cada proceso local.

3. Deben tener su domicilio en la jurisdicción territorial del Concejo para el cual serán elegidos.

Tanto los miembros de la sociedad civil como del Estado, deberán permanecer en funciones prorrogadas como miembros del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia hasta tanto se produzca la elección o designación de los nuevos representantes".

Según el tenor del la norma previamente transcrita, los miembros de los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia están sujetos a período; el inciso final de esa disposición prevé en forma expresa que los miembros del Concejo, tanto aquellos que representan a la Sociedad Civil como al Estado, permanezcan y se prorroguen en sus funciones hasta la designación de los nuevos representantes.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, fenecidos los períodos para los que fueron designados los miembros de la Sociedad Civil que integran el Concejo

Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón el Empalme, deben permanecer en funciones prorrogadas hasta tanto se produzca la elección o designación de los nuevos representantes, según prescribe el inciso final del artículo 12 de la Directriz para la Conformación de los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia, expedida por Resolución No. 31 del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 442 de 8 de octubre de 2008.

REINGRESO AL SECTOR PÚBLICO: SERVIDORES QUE CESARON POR VENTA DE RENUNCIA

OF. PGE. N°: 13290, de 21-05-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, IECE

CONSULTA:

"¿La Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 14, cuarto inciso prevé que: '(…) podrán reingresar al servicio público quienes hubieren sido indemnizados o compensados, sin necesidad de devolver el monto de la indemnización recibida, únicamente a cargos de nombramiento provisional y a cargos o funciones de libre nombramiento y remoción establecidos en esta Ley (…)'. Sin embargo, la misma norma en su artículo 14, inciso tercero señala que, en caso de haber percibido indemnización por compra de renuncia con indemnización, para reingresar al sector público, a cualquier puesto, deberá devolver en forma previa la totalidad de la indemnización percibida. En este sentido consulto a usted si el beneficio de reingreso, sin necesidad de devolución de la indemnización o compensación, que consta en el inciso cuarto del artículo 14 de la Ley Orgánica del Servicio Público, ampara a quienes se les haya comprado la renuncia y vayan a prestar servicios a cargos de libre nombramiento y remoción, aun cuando el inciso tercero no sea claro al respecto?".

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 núm. 3, 14 inc. Cuarto y 17.
Ley del Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 12263 de 5 de marzo de 2013, este Organismo solicitó a usted remitir el criterio jurídico del Asesor Legal de esa Entidad sobre el objeto de la consulta reformulada.

En forma previa a atender la consulta, con oficio No. 12262 de 5 de marzo de 2013, esta Entidad solicitó el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales. Con oficio No. 12663 de 4 de abril de 2013 se insistió en dicho requerimiento, sin embargo no se ha recibido respuesta alguna de dicha Cartera de Estado hasta la presente fecha.

Con oficio No. IECE-018-GG-2013 de 08 de marzo de 2013, ingresado el 12 de marzo de 2013, se remite el criterio de la Gerente de Asesoría Jurídica de ese Instituto, contenido en memorando No. 044-GAJ-2013 de 26 de febrero de 2013.

El informe de la Gerente de Asesoría Jurídica del IECE cita entre otras normas, los artículos 14 y 17 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP); y, manifiesta:

"(…) la Ley Orgánica del Servicio Público contempla la posibilidad del reingreso al servicio público, de quienes recibieron compensación por compra de renuncia, renuncia voluntaria y otras modalidades, pero únicamente a cargos con nombramiento provisional o de libre nombramiento y remoción.

En mérito de lo expuesto, y como es de su ilustrado conocimiento, la ley prevalece sobre otro tipo de normativa de menor rango como son los reglamentos o acuerdos ministeriales, y en ese sentido, al estar contemplada por la ley dicha posibilidad, es procedente que la misma se aplique a quienes han sido objeto de compra de renuncia, de tal forma que no tienen impedimento legal para el reingreso al servicio público siempre y cuando sea a cargos de nombramiento provisional o de libre nombramiento y remoción".

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley Sustitutiva a la Ley del Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, el IECE es una entidad financiera pública, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, con patrimonio y fondos propios, con domicilio principal en la ciudad de Quito y jurisdicción en todo el territorio nacional.

Conforme al numeral 3 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), sus disposiciones son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende " Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado".

El artículo 14 de la LOSEP, sobre cuya aplicación trata su consulta, regula el reingreso al sector público, en los siguientes términos:

"Art. 14.- Condiciones para el reingreso al sector público.- Quien hubiere sido indemnizado por efecto de la supresión de puesto podrá reingresar al sector público solamente si devuelve el monto de la indemnización recibida, menos el valor resultante de la última remuneración que percibió multiplicado por el número de meses que no prestó servicios en el sector público, contados desde la fecha en que se produjo su separación.

Así mismo, podrá reingresar a la administración pública quien hubiere recibido compensación económica por retiro voluntario, venta de renuncia y otras figuras similares, si devolviere el valor de la indemnización percibida; en caso de haberla recibido antes de la dolarización, para su devolución, ésta se calculará al tipo de cambio vigente a la fecha de su pago.

En caso de haber percibido indemnización por compra de renuncia con indemnización, para reingresar al sector público, a cualquier puesto, deberá devolver en forma previa la totalidad de la indemnización percibida.

Además, podrán reingresar al servicio público quienes hubieren sido indemnizados o compensados, sin necesidad de devolver el monto de la indemnización recibida, únicamente a cargos de nombramiento provisional y a cargos o funciones de libre nombramiento y remoción establecida en esta ley. El mismo beneficio tendrán quienes reingresen para ejercer la docencia universitaria, formación de las o los servidores públicos o la investigación científica. Este período no será considerado como parte de la devengación de la indemnización recibida.

Las ex servidoras o los ex servidores que habiendo renunciado voluntariamente no recibieron indemnización alguna podrán reingresar al sector público.

En lo relacionado a los descuentos, suspensiones y límites de pago de pensiones, se estará a lo dispuesto en las leyes de seguridad social respectivas".

Del tenor de la norma transcrita se desprende que, procede el reingreso al sector público de una persona que hubiere percibido indemnización o compensación económica por supresión de puesto, retiro voluntario, venta de renuncia u otras figuras similares, pero que dicho reingreso está condicionado a la devolución de los valores percibidos por tales conceptos. En ese sentido concluí en pronunciamiento contenido en oficio No. 10660 de 14 de noviembre de 2012.

Con el referido pronunciamiento, atendí una consulta del Alcalde de La Maná tendiente a determinar si es procedente el reingreso al sector público como Registrador de la Propiedad de quien haya recibido compensación por venta de renuncia, retiro voluntario y otras figuras similares, sin necesidad de devolver el monto recibido por tal concepto. Considerando que dicho cargo está sujeto a nombramiento de período fijo, concluí lo siguiente:

"(…) de conformidad con los artículos 3 numeral 2; 14 y 17 letra d) de la Ley Orgánica del Servicio Público, al amparo de lo establecido en el inciso tercero del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, una persona que hubiere recibido compensación económica por retiro voluntario, venta de renuncia u otras figuras similares, puede reingresar a la administración pública como Registrador de la Propiedad, siempre que devolviere el valor percibido por aquél concepto".

Como excepción a la prohibición de reingreso, el inciso cuarto del citado artículo 14 de la LOSEP prescribe que, podrán reingresar al servicio público sin necesidad de devolver el monto de las indemnizaciones percibidas, quienes reingresen "(…) únicamente a cargos de nombramiento provisional y a cargos o funciones de libre nombramiento y remoción establecidos en esta ley (…)".

En tal contexto, para el análisis de la materia sobre la cual trata la consulta resulta pertinente considerar que, el artículo 17 de la LOSEP establece las clases de nombramientos que habilitan el ejercicio de la función pública; y, dispone:

"Art. 17.- Clases de Nombramiento.- Para el ejercicio de la función pública los nombramientos podrán ser:

a) Permanentes: Aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previstos en esta Ley;

b) Provisionales, aquellos que se expiden para ocupar:

b.1) El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto;

b.2) El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia;

b.3) Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión;

b.4) Quienes ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y,

b.5) De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior;

c) De libre nombramiento y remoción; y,

d) De período fijo.

Los nombramientos provisionales señalados en los literales b.1) y b.2) podrán ser otorgados a favor de servidoras o servidores públicos de carrera que prestan servicios en la misma institución; o a favor de personas que no tengan la calidad de servidores públicos".

Similar previsión consta en el artículo 17 del Reglamento General de la LOSEP, que prescribe:

"Art. 17.- Clases de nombramientos.- Los nombramientos extendidos para el ejercicio de un puesto en la función pública pueden ser:

a) Permanentes: El que se otorga a la o el ganador del concurso de méritos y oposición, una vez que haya aprobado el período de prueba;

b) Provisionales: Aquellos otorgados para ocupar temporalmente los puestos determinados en el literal b) del artículo 17 de la LOSEP; no generarán derecho de estabilidad a la o el servidor;

c) De libre nombramiento y remoción: Los expedidos a favor de personas que van a ocupar puestos de dirección política, estratégica o administrativa en las instituciones del Estado; y,

d) De período fijo: Aquellos cuyos titulares son nombrados para ejercer un puesto en el servicio público por un período determinado por mandato legal".

El reingreso al servicio público de quien hubiere percibido una indemnización o compensación por supresión de puesto, retiro voluntario, venta de renuncia u otras figuras similares, sin necesidad de devolver dichos valores, procede por excepción según el cuarto inciso del artículo 14 de la LOSEP, si el reingreso se produce a cargos de nombramiento provisional o de libre nombramiento y remoción, que no generan estabilidad en el puesto, con la salvedad de los nombramientos provisionales de prueba, a los que se refiere el subliteral b.5 de la letra b) del artículo 17 de la LOSEP, que según esas normas se otorgan en beneficio de los servidores que ingresan a la carrera o que fueran ascendidos.

Con fundamento en lo expuesto se concluye que, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el servidor que hubiere cesado por supresión de puestos, renuncia voluntaria, compra de renuncia o figuras similares, por las que percibió indemnización o compensación económica, no puede reingresar al sector público salvo que devolviere los valores recibidos por tales conceptos, a excepción de que el reingreso se produzca a cargos de nombramiento provisional o de libre nombramiento y remoción, según prescribe el inciso cuarto de citado artículo 14 de la LOSEP, esto es a aquellos puestos descritos en las letras b) (subliterales b.1 a b.4) y c) del artículo 17 ibídem.

RENUNCIA OBLIGATORIA: CÁLCULO PARA LA INDEMNIZACIÓN

OF. PGE. N°: 12591, de 28-03-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Pujilí

CONSULTAS:

"¿Es obligación del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Pujilí al momento de aplicar la compra de renuncia obligatoria determinada en el Decreto

Ejecutivo No. 813, calculando únicamente el tiempo de servicio prestado bajo nombramiento sujeto a la carrera administrativa, o debe calcularse por la totalidad del tiempo que ha prestado sus servicios sin considerar si lo hizo bajo otras figuras legales que le excluyen de la carrera administrativa?"; y,

"¿Es obligación del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Pujilí al momento de aplicar la compra de renuncia obligatoria determinada en el Decreto Ejecutivo 813, calculando únicamente el tiempo de servicio prestado en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Pujilí, o debe calcularse por todo el tiempo que ha sido servidor público incluso en otras instituciones?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 13.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 16, 17, 47 lit. k), 58, 81, 86; Disp. General Primera núm. 1 y 2; y, 108 Art. innumerado, 124 y 143 de su Reglamento.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 115 y 178.
Res. N° 17, sustituida Res. N° 121, Registro Oficial No. 264 de 25-08- 2010, Arts. 1 y 7.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis sobre el tema materia de sus consultas, mediante oficio No. 11437 de 10 de enero de 2013, esta Entidad solicitó el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales. Insistí en el citado requerimiento con oficio No. 11770 de 29 de enero de 2013, lo que fue atendido con oficio No. MRL-AJ-2013 0700-A de 5 de febrero de 2013.

De conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 11436 de 10 de enero de 2013, este Organismo solicitó a usted la remisión del criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico de esa Municipalidad sobre cada una de las consultas formuladas.

Con oficio No. 11771 de 29 de enero de 2013, esta Entidad insistió en el requerimiento previamente referido y debido a la falta de atención por parte de esa Municipalidad, mediante oficio No. 12025 de 15 de febrero de 2013, se dispuso el archivo de la consulta, de conformidad con el artículo 6 de la Resolución No. 17, sustituida por el artículo 1 de la Resolución No. 121 de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010, que dispone: "Si requerido el organismo o entidad del sector público, de presentar el criterio del Asesor Jurídico de la institución

o cualquier documento relacionado con el tema de consulta, debidamente certificados por autoridad competente, no lo hiciere en el plazo dispuesto en el artículo 5, letra g) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el Procurador General del Estado podrá abstenerse de emitir el pronunciamiento solicitado y disponer el archivo de la consulta formulada".

Mediante oficio No. 0054-GDMCP-A-2013 de 19 de febrero de 2013, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 26 de febrero del presente año, la Municipalidad de Pujilí remite el criterio jurídico sobre los temas materia de consulta, por lo que, procede la reactivación del trámite al tenor del artículo 7 de la citada Resolución No. 121 de este Organismo.

Con tales antecedentes atiendo sus consultas en forma conjunta por estar referidas a la misma materia.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad de Pujilí, contenido en oficio No. GADMP-AJ-009-2013 de 7 de enero de 2013, refiere como antecedente que: "(…) sucede en el caso de varios compañeros de la Institución, han prestado sus servicios durante varios años en la Municipalidad, sin embargo lo han hecho bajo varias figuras legales permitidas, es así que han sido servidores de libre nombramiento y remoción, y posteriormente han participado en un concurso de méritos y oposición del cual han resultado ganadores, obteniendo un nombramiento que les otorga la estabilidad en la carrera administrativa".

Concluye el informe que: "(…) es criterio de Asesoría Jurídica que las indemnizaciones por concepto de la compra de renuncia obligatoria aplicando el Decreto Ejecutivo 813, es pertinente que se tenga en cuenta únicamente el tiempo laborado en ésta Entidad Pública y sujeto a la carrera administrativa, conforme lo dispuesto en el artículo innumerado que se inserta a continuación del artículo 108 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público".

Por su parte, el Ministerio de Relaciones Laborales cita los artículos 229 de la Constitución de la República, 3, 16, 17, 47 letra k) y 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 108 del Reglamento a la LOSEP por el Decreto Ejecutivo No. 813.

Concluye el Ministerio de Relaciones Laborales que:

"Por tanto, en el evento de que la institución establezca planes de compras de renuncias obligatorias con indemnización en los términos de la letra k) del artículo 47 de la

LOSEP, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización, estos considerarán exclusivamente a puestos que estén ocupados por las y los servidores con nombramientos permanentes, como lo señalan el artículo 17 letra a) de la citada Ley, y artículo 17 letra a) de su Reglamento General, todo ello con el respaldo de las disposiciones presupuestarias institucionales que mandan los artículos 115 y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, debiéndose considerar para el cálculo de la indemnización y su correspondiente pago, lo que refiere el inciso quinto del artículo innumerado adicionado a continuación del artículo 108 del Reglamento General a la LOSEP, esto es, los años laborados en el sector público, sin limitar que anteriormente lo haya efectuado bajo otras modalidades de nombramiento o contrato en la institución o en otras del Estado, previo a su obtención de nombramiento permanente".

El artículo 228 de la Constitución de la República, dispone que: "El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción (…)".

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), sus disposiciones son aplicables en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la administración pública. El numeral 2 de ese artículo incluye en el ámbito de aplicación de la LOSEP a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

El artículo 16 de la LOSEP, establece que para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora.

Según el artículo 17 de la citada LOSEP, los nombramientos pueden ser permanentes, provisionales, de libre nombramiento y remoción, y de periodo fijo.
Son nombramientos permanentes según la letra a) del citado artículo 17 de la LOSEP, los que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previstos en esa Ley; y, provisionales, conforme a la letra b) del mismo artículo, los que se expiden para ocupar:

"b.1) El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto;

b.2) El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia;

b.3) Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión;

b.4) Quienes ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y,

b.5) De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior".

El inciso final del artículo 17 de la LOSEP, prevé que: "Los nombramientos provisionales señalados en los literales b.1) y b.2) podrán ser otorgados a favor de servidoras o servidores públicos de carrera que prestan servicios en la misma institución (…)".

Mientras que, los contratos de servicios ocasionales se regulan por el artículo 58 de la LOSEP y a partir del artículo 143 de su Reglamento General; dichas normas prevén que los servidores públicos que laboran bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales no ingresan a la carrera administrativa mientras esté vigente su contrato.

Respecto a la carrera del servicio público, el artículo 81 de la LOSEP, dispone:

"Art. 81.- Estabilidad de las y los servidores públicos.- Se establece dentro del sector público, la carrera del servicio público, con el fin de obtener eficiencia en la función pública, mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos. Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, el régimen de libre nombramiento y remoción tendrá carácter de excepcional".

Según el artículo 86 de la LOSEP, para el ingreso al servicio público, "(…) además de cumplir con los requisitos previstos en esta Ley, se requiere: a) Cumplir con los requisitos legales y reglamentarios exigibles para el desempeño del puesto; b) Haber sido declarado ganador del concurso de méritos y oposición, lo que debe constar en el acta respectiva; y, c) Haber sido posesionado en el cargo".

Concordante, el primer inciso del artículo 124 del Reglamento General a la LOSEP, dispone:

"Art. 124.- Ingreso a la carrera del servicio público.- Se consideran servidoras y servidores de carrera, a quienes ingresan al servicio público de conformidad con lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución de la República, el artículo 86 de la LOSEP y las disposiciones de este Reglamento General".

Es decir que, de acuerdo con los artículos 16, 17 y 58 de la LOSEP, un puesto público se desempeña mediante nombramiento o contrato; pero, la estabilidad es un derecho de los servidores que han ingresado a la carrera del servicio público, conforme al artículo 81 de la LOSEP.

El artículo 47 de la LOSEP establece los casos de cesación definitiva de los servidores públicos y la letra k) de la referida disposición incluye entre dichas causas de cesación la siguiente: "k) Por compra de renuncias con indemnización".

El procedimiento para viabilizar la compra de renuncias con indemnización se estableció mediante la reforma al Reglamento General a la LOSEP, expedida mediante Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011, que en su artículo 8 agregó un artículo innumerado a continuación del artículo 108 del citado Reglamento, con el siguiente tenor:

"Artículo…- Cesación de funciones por compra de renuncias con indemnización.- Las instituciones del Estado podrán establecer planes de compras de renuncias obligatorias con indemnización conforme a lo determinado en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, debidamente presupuestados, en virtud de procesos de reestructuración, optimización o racionalización de las mismas.

El monto de la indemnización que por este concepto tendrán derecho a recibir las o los servidores, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo.

Las servidoras y servidores públicos deberán cumplir obligatoriamente estos procesos aplicados por la administración.

En el caso de la Provincia de Galápagos, el valor de la indemnización será calculado conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 de la Disposición General Primera de la LOSEP.

Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar.

La compra de renuncias con indemnización no es aplicable para las y los servidores de libre nombramiento y remoción; con nombramientos provisionales, de período fijo, contratos de servicios ocasionales, ni para los puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior".

Conforme ha expresado el Ministro de Relaciones Laborales en oficio No. MRL-DM-2011-EDT-000139 de 5 de septiembre de 2011, que consta en los archivos de este Organismo, para hacer viable la cesación de funciones de los servidores públicos mediante la compra de renuncias con indemnización prevista en la letra k) del artículo 47 de la LOSEP, se deben cumplir los siguientes presupuestos:

"i.- Que se encuentre debidamente presupuestado el monto de las indemnizaciones a ser entregadas a las servidoras o servidores cesados en funciones;

ii.- Que la separación de las servidoras o servidores públicos en funciones se derive de un proceso de reestructuración, optimización o racionalización de la organización institucional;

iii.- Que el monto de la indemnización por este concepto tendrán derecho a recibir las o los servidores, será de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio en el sector público y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, y se pague en efectivo".

De acuerdo con el segundo inciso del artículo innumerado agregado a continuación del artículo 108 del Reglamento General a la LOSEP por el Decreto Ejecutivo No. 813, el monto de la indemnización por renuncia obligatoria es de "cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, el cual se pagará en efectivo".

Conforme al tenor del penúltimo inciso del artículo innumerado agregado a continuación del artículo 108 del Reglamento General a la LOSEP por el Decreto Ejecutivo No. 813, para el cálculo de la compensación por renuncia obligatoria, que es el tema que motiva su consulta, se considerarán "(…) los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar", es decir que la base de cálculo de dicha compensación incluye los años que el servidor hubiere laborado en el sector público.

En consecuencia, de conformidad con los artículos 47 letra k) de la LOSEP e innumerado

agregado por el Decreto Ejecutivo No. 813 a continuación del artículo 108 del Reglamento General a esa Ley, la indemnización por renuncia obligatoria corresponde reconocer a los servidores que cesen por ese mecanismo.

La base de cálculo de la indemnización por renuncia obligatoria debe incluir los años laborados en el sector público, salvo los que haya laborado en puestos de libre remoción, es decir que se deben considerar los años de servicio en todas las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la LOSEP y no solamente en aquella en la que cesa sus funciones, así como la parte proporcional o fracción de año, hasta por un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total.

El Decreto Ejecutivo No. 813, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011, ha sido objeto de tres acciones públicas de inconstitucionalidad que se encuentran en trámite en la Corte Constitucional, las mismas que están signadas con los números 0042-11-IN, 0043-11-IN y 0045-11-IN.

El artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, faculta al Procurador General a absolver consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, excepto cuando se trate de asuntos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional (actual Corte Constitucional). En cumplimiento de la citada disposición, el criterio vertido en atención a su requerimiento, se enmarca exclusivamente en la facultad de asesoramiento legal que me confiere el artículo 237 numeral 3 de la Constitución de la República, aunque sin el efecto vinculante que corresponde a la absolución de una consulta, por tratarse de un tema regulado por el Decreto Ejecutivo No. 813, cuya inconstitucionalidad ha sido demandada ante la Corte Constitucional.

SUBROGACIÓN: CÁLCULO PARA EL PAGO DE FONDOS DE RESERVA

OF. PGE. N°: 13430, de 03-06-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica Del Ecuador, CELEC EP

CONSULTA:

"Si los valores que perciben los funcionarios por concepto de subrogaciones o

encargos, deben o no ser considerados para el cálculo de fondos de reserva y para las aportaciones a la seguridad social, sabiendo que el Art. 30, numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece que los mismos no forman parte de la remuneración; y, que no constituye un ingreso regular conforme al Art. 11 de la Ley de Seguridad Social".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 370 y 372.
Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, Arts. 99; y, 270 y 271 de su Reglamento.
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 21 y 30 núm. 2, lit. c).
Ley de Seguridad Social, Art. 11, 14, 15 y 280.
Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado, Disp. Trans. Primera.
Código del Trabajo, Arts. 95 y 196.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos para atender su solicitud, mediante oficio No. 12659 de 4 de abril de 2013, este Organismo requirió el criterio institucional del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, I.E.S.S., habiendo recibido respuesta en oficio No.12000000-234 de 22 de abril de 2013, ingresado a esta Entidad el 23 de abril de 2013, al cual se anexa como criterio institucional el oficio No. 64000000-1481 de 18 de abril de 2013, suscrito por el Procurador General del I.E.S.S.

El Procurador General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social I.E.S.S., cita como argumentos legales los artículos 370 y 372 de la Constitución de la República, 11, 14, 15 y 280 de la Ley de Seguridad Social, 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, 270 y 271 del Reglamento General a la LOSEP; y, 21 y 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y concluye con el siguiente criterio:

"La Ley de Seguridad Social determina que para efectos del cálculo de las aportaciones y contribuciones del seguro general se entenderá que la materia gravada es todo ingreso regular, susceptible de apreciación pecuniaria, percibido por el afiliado con motivo de la ejecución de su actividad personal, en cada una de las categorías definidas en el artículo 9 ibídem y, tratándose del afiliado en relación de dependencia se entenderá por sueldo o salario mínimo de aportación el integrado por el sueldo básico mensual más los valores percibidos por concepto de horas extraordinarias y suplementarias, comisiones, sobresueldos, sobresueldos, gratificaciones, participación en beneficios, honorarios y cualquier otra remuneración.

El artículo 14 de la Ley de Seguridad Social especifica que rubros no constituyen materia

gravada: los gastos de alimentación, el pago por atención médica u odontológica, las primas de seguros de vida y accidentes, la provisión de ropas de trabajo y herramientas, el beneficio que representen los servicios de orden social que a criterio del IESS no constituyan privilegio, la participación del trabajador en las utilidades de la empresa y la compensación económica para el salario digno. La suma de las exenciones de los numerales 1 al 5 no podrá exceder el límite del 20% del total de la materia gravada.

El artículo 280 de la Ley de Seguridad Social, establece con precisión que los fondos de reserva de los trabajadores públicos y privados se depositarán mensualmente en el IESS en el equivalente del 8.33% de la materia gravada, conjuntamente con el pago de los aportes mensuales.

La Ley Orgánica del Servicio Público en torno a los pagos por subrogación y encargo, establece que los aportes al IESS serán los que correspondan al puesto encargado; en tanto Ley Orgánica de Servicios Públicos (Sic) sobre dichos conceptos expresa que el subrogante recibirá la diferencia entre el valor que percibe y el valor que perciba el subrogado, sin perjuicio del derecho del titular a recibir la remuneración que le corresponda".

El criterio de la Empresa Pública consultante consta en el memorando No. CELEC EP-MAT-DJU-0806-13 de 1 de abril de 2013, suscrito por el Director Jurídico, quien cita los artículos 21 y 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y 11 de la Ley de Seguridad Social; y, concluye con el siguiente criterio jurídico:

"En base a las disposiciones legales anotadas, considero que conforme a lo establecido en el Art. 30, numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas los valores que perciben los funcionarios por encargos o subrogaciones no forman parte de la remuneración, por lo tanto, no deben ser considerados para efectos del cálculo de fondos de reserva ni aportaciones a la seguridad social".

Con relación a los fondos de reserva de los servidores públicos, mediante oficio No. 00157 de 27 de enero de 2011, en atención a la consulta formulada por el Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, esta Procuraduría se pronunció en el siguiente tenor:

"Conforme al Art. 99 de la Ley Orgánica del Servicio Público publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, los servidores y servidoras del CONELEC tienen derecho a recibir anualmente y a partir del segundo año por concepto de fondos de reserva una remuneración mensual unificada del servidor equivalente a la que perciba, conforme a las normas pertinentes que regulan la seguridad social.

Respecto a la segunda parte de la consulta, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Primera de la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 644 de 29 de julio de 2009, el Consejo Nacional de Electricidad puede cancelar de manera mensual y directa a sus trabajadores o servidores, según sea el caso, el valor equivalente al ocho coma treinta y tres por ciento (8,33%) de la remuneración de aportación, por concepto de fondos de reserva, salvo que el afiliado solicite por escrito que dicho pago no se realice, en cuyo caso esos valores continuarán ingresando a su fondo individual de reserva, a través del IESS".

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

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

Respecto a su consulta, relativa a las aportaciones de la seguridad social y el pago de fondos de reserva, en casos de subrogación o encargo, cabe considerar el artículo 11 de la Ley de Seguridad Social, el cual dispone:

"Art. 11.- MATERIA GRAVADA.- Para efectos del cálculo de las aportaciones y contribuciones al Seguro General Obligatorio, se entenderá que la materia gravada es todo ingreso regular, susceptible de apreciación pecuniaria, percibido por el afiliado con motivo de la realización de su actividad personal, en cada una de las categorías ocupacionales definidas en el artículo 9 de esta Ley.

En el caso del afiliado en relación de dependencia, se entenderá por sueldo o salario mínimo de aportación el integrado por el sueldo básico mensual más los valores percibidos por concepto de compensación por el incremento del costo de vida, decimoquinto sueldo prorrateado mensualmente y decimosexto sueldo. Integrarán también el sueldo o salario total de aportación los valores que se perciban por trabajos

extraordinarios, suplementarios o a destajo, comisiones, sobresueldos, gratificaciones, honorarios, participación en beneficios, derechos de usufructo, uso, habitación, o cualesquiera otras remuneraciones accesorias que tengan carácter normal en la industria o servicio. La Compensación Económica para alcanzar el salario digno no será materia gravada.

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.

Con relación al fondo de reserva, el Código del Trabajo, en el Capítulo XI, Parágrafo 1ro., artículo 196, prevé:

"Art. 196.- Derecho al fondo de reserva.- Todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios. Estas sumas constituirán su fondo de reserva o trabajo capitalizado.

El trabajador no perderá este derecho por ningún motivo.

La determinación de la cantidad que corresponda por cada año de servicio se hará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 de este Código".

El artículo 95 del Código Laboral, determina:

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

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

La letra c) del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, con relación a la remuneración de los servidores y obreros de tales empresas, dispone lo siguiente:

"Art. 30.- NORMAS GENERALES PARA LA REGULACION DE CONDICIONES DE TRABAJO CON SERVIDORES DE CARRERA Y OBREROS.- En la relación de trabajo entre los servidores de carrera sujetos a esta Ley y los obreros, se observarán las siguientes normas:

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

La Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado, en su Disposición Transitoria Primera previó que:

"PRIMERA.- A partir del mes siguiente de la entrada en vigencia de la presente ley el empleador pagará de manera mensual y directa a sus trabajadores o servidores, según sea el caso, el valor equivalente al ocho coma treinta y tres por ciento (8,33%) de la remuneración de aportación, por concepto de fondos de reserva, salvo que el afiliado solicite por escrito que dicho pago no se realice, en cuyo caso esos valores continuarán ingresando a su fondo individual de reserva a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. La autoridad competente verificará que el empleador cumpla con esta obligación".

El fondo de reserva no estará sujeto al pago de aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ni al pago de impuesto, retenciones o deducción alguna".

Por su parte, el artículo 280 de la Ley de Seguridad Social, establece:

Art. 280.- (…) Los fondos de reserva de los trabajadores públicos y privados se depositarán mensualmente en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el equivalente al ocho punto treinta y tres por ciento (8,33%) de la materia gravada, conjuntamente con el pago de los aportes mensuales".

De las normas analizadas se establece que, según el artículo 196 del Código del Trabajo, todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario, por cada año completo posterior al primero de sus servicios, para lo cual se aplica lo dispuesto

en el artículo 280 de la Ley de Seguridad Social, el cual determina que, los fondos de reserva de los trabajadores públicos y privados equivalen al ocho punto treinta y tres por ciento (8,33%) de la materia gravada; y, en cumplimiento de la Disposición Transitoria Primera de la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva y Régimen Solidario de Cesantía por parte del Estado, el empleador pagará de manera mensual y directa a sus trabajadores o servidores, según sea el caso, el valor equivalente al ocho coma treinta y tres por ciento (8,33%) de la remuneración de aportación.

Adicionalmente, la letra c) del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas expresamente excluye de la remuneración, los valores percibidos por subrogaciones y encargos; y, por su parte el inciso primero del artículo 11 de la Ley de Seguridad Social, prevé que la materia gravada constituye "todo ingreso regular susceptible de apreciación pecuniaria, percibido por el afiliado con motivo de la realización de su actividad personal".

Por lo expuesto, en atención a su consulta, de conformidad con el artículo 280 de la Ley de Seguridad Social y la Disposición Transitoria Primera de la Ley para el Pago Mensual del Fondo de Reserva que establecen que dicho fondo se calcula en base de la remuneración de aportación o materia gravada, se concluye que los valores que perciben los servidores públicos de las empresas públicas por concepto de subrogaciones o encargos, no deben ser considerados para las aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el cálculo de los fondos de reserva, ya que la letra c) del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas excluye los rubros percibidos por encargo y subrogación de la remuneración y no son ingresos regulares, en los términos del inciso primero del artículo 11 de la Ley de Seguridad Social antes citada.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS: EMISIÓN DE TÍTULO DE CRÉDITO POR MULTA EN BENEFICIO DEL MINISTERIO DE SALUD

OF. PGE. N°: 13007, de 29-04-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Superintendencia de Compañías

CONSULTA:

"¿Cuál es la entidad del sector público que tiene la atribución de proceder al cobro de

las multas que se imponen a las compañías sujetas al control de la Superintendencia de Compañías cuyo destinatario es el Ministerio de Salud, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 445 y 457 de la Ley de Compañías y 147 del Código Orgánico de las Finanzas Públicas?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 226.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 71.
Ley de Compañías, Arts. 369, 445, 451 y 457.
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 71 y 147.
Ley para el Funcionamiento de la Superintendencia de Compañías, Art. 8.
Código de Procedimiento Civil, Art. 941.
Código Civil Art. 12.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 11984 de 14 de febrero de 2013, con fundamento en el artículo 4 de la Resolución No. 017 emitida por este Organismo, de manera previa a atender su consulta, se le solicitó remitir copia certificada del criterio jurídico emitido por el Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría de la Superintendencia de Compañías, lo cual fue atendido por la Superintendencia en oficio No. SC.INPA.G.13.0004824 de 21 de febrero de 2013.

A fin de contar con mayores elementos para atender su requerimiento, mediante oficio No. 11985 de 14 de febrero de 2013 e insistencia constante en oficio No. 12240 de 1 de marzo de 2013, la Procuraduría General del Estado requirió el criterio institucional de la Ministra de Salud, lo cual fue atendido en oficio No. DNAJ-10-2013-000573 de 21 de marzo de 2013, ingresado a esta Entidad el 22 de marzo de 2013, al que se anexa como criterio de esa Cartera de Estado, el memorando No. MSP-SGF-10-2013-0900-M de 19 de marzo de 2013, suscrito por la Directora Nacional Financiera, Encargada, quien expresa lo siguiente:

"(…) al respecto y de cuerdo a la competencia de la Dirección Financiera informo a usted que en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Capítulo II De los Requisitos y Forma de los Contratos establece:

'Artículo 71: Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

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

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

Cabe mencionar que los valores retenidos por multas los recauda el Ministerio de Finanzas en la Cuenta Única del Tesoro Nacional es decir el Banco Central del Ecuador".

Como se aprecia, el Ministerio de Salud Pública se ha referido a las multas derivadas de los contratos sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que es un tema absolutamente diferente del que motiva la consulta efectuada por la Superintendencia de Compañías.

Adicionalmente, en oficio No. 11986 de 14 de febrero de 2013 e insistencia constante en el oficio No. 12241 de 1 de marzo de 2013, se solicitó al Ministro de Finanzas el criterio de dicha Cartera de Estado, sin que se haya obtenido respuesta hasta la presente fecha.

El informe jurídico de la entidad consultante, consta en el memorando No. SC.INPA.G.13.084 de 25 de enero de 2013, suscrito por el Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría de la Superintendencia de Compañías, quien entre los antecedentes de la consulta que formula dicha Entidad de Control, señala los siguientes:

"1.- En el memorando No. SC-INAF-DNF-G-2013-006 de 4 de enero de 2013, se señala que para cumplir con la disposición contenida en el Art. 457 de la Ley de Compañías, la Superintendencia de Compañías ha emitido resoluciones de imposición de multas a compañías sujetas a su control y vigilancia que incumplieron con la presentación del cronograma de implementación de las NIIF hasta el 31 de octubre de 2011 y las conciliaciones de patrimonio neto de NEC a NIIF hasta el 30 de noviembre del mismo año, cuyo beneficiario es el Ministerio de Salud y, consecuentemente, los títulos de crédito respectivos.

2.- Con el propósito de coordinar aspectos operativos relacionados con la entrega de los títulos crédito emitidos por la Superintendencia de Compañías, mediante Oficio No. SC-INAF-DNF-G-12-209-022013 de 24 de septiembre de 2012, solicitó al Ministerio de Finanzas la designación de funcionarios para dicha finalidad.

3.- La Subsecretaria del Tesoro Nacional, Dra. María del Carmen Jibaja, mediante oficio No. MINFIN-STN-2012-4548-Q de 15 noviembre de 2012, transcribe el criterio de la

Coordinación Jurídica del Ministerio de Finanzas, que expresa: 'a pesar de que la Ley de Compañías establece que el Ministerio de Finanzas será el encargado del cobro de multas impuestas por la Superintendencia de Compañías por infringir alguna de las leyes, reglamentos, estatutos o resoluciones que la ley no contuviere una sanción especial, el Código Orgánico de Planificación de las Finanzas Públicas, no establece que esta Cartera de Estado posea competencia de cobro de títulos de crédito o posea jurisdicción coactiva, motivo por el cual, el Ministerio de Finanzas no puede realizar el cobro de los títulos de crédito emitidos por la Superintendencia de Compañías' (…)".

Continúa el informe jurídico y cita el artículo 226 de la Constitución de la República que consagra el principio de legalidad, los artículos 445 y 457 de la Ley de Compañías y el artículo 147 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; y, concluye con el siguiente criterio jurídico:

"Por las consideraciones expuestas, esta Intendencia Nacional de Procuraduría y Asesoría considera improcedente, por ser contrario al mandato legal del segundo inciso del Art. 457 de la Ley de Compañías, el procedimiento recomendado por la Dra. María del Carmen Jibaja, Subsecretaria del Tesoro Nacional, en su Oficio No. MINFIN-STN-2012-4548-Q, de 15 de noviembre de 2012, de que la Superintendencia de Compañías proceda a realizar las acciones pertinentes para el cobro de las multas cuyo beneficiario es el Ministerio de Salud; siendo competente para el cobro de las referidas multas el Ministerio de Finanzas, en virtud del mandato contenido en las antes citada norma legal, en concordancia con el segundo inciso del Art. 147 del Código Orgánico de las Finanzas Públicas".

La Ley para el Funcionamiento de la Superintendencia de Compañías, promulgada en el Registro Oficial No. 140 de 5 de junio de 1967, en su artículo 8, dispuso que:

"Cuando una compañía infringiere alguna de las leyes, reglamentos estatutos o resoluciones de cuya vigilancia y cumplimiento esté encargada la Superintendencia de Compañías y la Ley no contuviere una sanción especial, el Superintendente, a su juicio, podrá imponerle una multa (…).

El producto de las multas acrecentará los fondos de la respectiva Junta de Asistencia Social".

Posteriormente, en la Codificación a la Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial No. 389 de 28 de julio de 1977, en el artículo 451 se establece que el producto de las multas antes señaladas "acrecentará los fondos del Ministerio de Salud".

La Ley de Compañías vigente, respecto al tema materia de consulta dispone en los artículos 445, 451 y 457, lo siguiente:

"Art. 445.- Cuando una compañía infringiere alguna de las leyes, reglamentos, estatutos o resoluciones de cuya vigilancia y cumplimiento esta encargada la Superintendencia de Compañías, y la Ley no contuviere una sanción especial, el Superintendente, a su juicio, podrá imponerle una multa que no excederá de doce salarios mínimo vitales generales, de acuerdo con la gravedad de la infracción y el monto de sus activos, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

La compañía podrá impugnar la resolución de la Superintendencia que imponga la sanción, ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

La sanción de multa se entiende sin perjuicio de otras responsabilidades legales en que puedan incurrir las sociedades o sus dirigentes y sin perjuicio de lo previsto en el Art. 369 de esta Ley.

El producto de las multas acrecentará los fondos del Ministerio de Salud".

"Art. 451.- Para la recaudación de las contribuciones, intereses y multas, que adeuden las compañías morosas, el Superintendente de Compañías emitirá el título de crédito y procederá a recaudar su valor por medio de la jurisdicción coactiva. También podrá designar un delegado para la recaudación, sin que en ninguno de los casos se necesite orden de cobro. En el auto de pago se podrá ordenar cualquiera de las providencias preventivas prescritas en el Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de acompañar ninguna prueba. En lo demás se aplicarán las disposiciones contenidas en Código Tributario".

"Art. 457.- Las multas previstas en esta Ley podrán imponerse hasta por un monto de doce salarios mínimos vitales generales, de acuerdo con la gravedad de la infracción, a criterio del Superintendente o del funcionario delegado para el efecto.

Cuando las multas sean en beneficio del Ministerio de Salud, el título respectivo será emitido por la propia Superintendencia de Compañías y remitido para su cobro al Ministerio de Finanzas con notificación del particular al Ministerio de Salud".

La norma trascrita en último término, le confiere al Ministerio de Finanzas la atribución de cobrar las multas que imponga la Superintendencia de Compañías, a favor del Ministerio de Salud, dentro del marco normativo del artículo 445 de la Ley de Compañías, previamente citado, pero no le confiere jurisdicción coactiva, la cual

necesariamente debe ser atribuida por la ley, según dispone el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil:

"Art. 941.- El procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento".

En dicho contexto, la Procuraduría General del Estado, en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 11654 de 12 de enero de 2010, en atención a la consulta formulada por la Superintendencia de Compañías, analizó la naturaleza de la acción coactiva; y, concluyó:

"Con fundamento en las normas constitucionales y legales citadas, y en atención a los términos de su consulta, se concluye que no existen jueces de coactiva, sino jueces y juezas de lo contencioso administrativo y de lo contencioso tributario, a quienes en razón de la materia, les corresponde el conocimiento de las excepciones que se propongan a los procedimientos coactivos en materia no tributaria y tributaria, según corresponda.

Que existen ciertos funcionarios o empleados recaudadores (no jueces) a los que alude el artículo 942 del Código de Procedimiento Civil y otras normas especiales, a quienes se les ha conferido la atribución de hacer efectivo el pago de deudas a favor del Estado, a través de un procedimiento, que no es judicial sino administrativo; y, se les ha dotado de ciertas facultades especiales, en virtud del imperio propio del Estado, que es el acreedor, cuyo crédito debe recaudar el funcionario".

Del artículo 445 de la Ley de Compañías, se establece que en el evento de que una de las compañías sujetas a control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, infringiere alguna de las leyes, reglamentos, estatutos o resoluciones de cuya vigilancia y cumplimiento está encargada dicha Superintendencia y la Ley no contuviere una sanción especial, el Superintendente, a su juicio, podrá imponerle una multa que no excederá de doce salarios mínimos vitales generales y que el producto de tales multas acrecentará los fondos del Ministerio de Salud.

Adicionalmente, según el artículo 451 de la Ley de Compañías, se establece que la Superintendencia de Compañías tiene facultad coactiva para la recaudación de las contribuciones, intereses y multas, que adeuden las compañías morosas, no obstante lo cual, para el caso específico de las multas en beneficio del Ministerio de Salud, el título respectivo será emitido por la propia Superintendencia de Compañías y remitido para su cobro al Ministerio de Finanzas con notificación del particular al Ministerio de Salud, según el inciso segundo del artículo 457 ibídem.

Como quedó señalado, el artículo 457 de la Ley de Compañías que motiva este análisis, determina que corresponde a la Superintendencia de Compañías emitir el título por el valor de las multas en beneficio del Ministerio de Salud Pública, pero le atribuye la competencia de cobro al Ministerio de Finanzas, lo cual no guarda armonía con el artículo 451 ibídem, que le confiere facultad coactiva a la Superintendencia de Compañías para la recaudación de contribuciones, intereses y multas de las compañías sujetas a su control, ni con el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que no prevé entre las atribuciones del Ministerio de Finanzas, la de cobrar créditos a personas jurídicas de derecho privado, a favor de otras instituciones públicas.

Téngase en cuenta que según prevé el artículo 12 del Código Civil, cuando una Ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales y para el caso de las multas en beneficio del Ministerio de Salud, el inciso segundo del artículo 457 de la Ley de Compañías constituye la disposición especial.

Según el artículo 71 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la rectoría del Sistema Nacional de Finanzas Públicas (SINFIP) es atribución del Presidente de la República, quien la ejerce a través del Ministerio de Finanzas.

El artículo 147 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, invocado en el criterio jurídico de la entidad consultante, integra el Capítulo IV "Del Componente de Endeudamiento Público", Sección VI "De las Garantías"; y, dispone:

"Art. 147.- Dividendos en mora- Las obligaciones originadas en operaciones de endeudamiento público, garantizadas por el Estado ecuatoriano, que no fueren pagadas por la entidad del sector público garantizada, serán canceladas por el ente rector de las finanzas públicas en la forma y oportunidad prevista en los contratos o convenios de endeudamiento pertinentes.

El ente rector de las finanzas públicas, con cargo a la cuenta que la entidad deudora u organismo del sector público mantiene en instituciones financieras públicas, procederá a tomar los recursos correspondientes, en pago de valores que hubiere cancelado, con los costos financieros que se hubiere pactado en el respectivo convenio de restitución de valores. De ser pertinente, adoptará las medidas y acciones inmediatas que fueren necesarias para la recuperación de los valores subrogados como garante, inclusive a través de la jurisdicción coactiva, de la que queda investido, en los términos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, para la recuperación de obligaciones adeudadas al Estado ecuatoriano".

Del tenor de la disposición legal previamente citada, se evidencia que la misma se aplica exclusivamente a los casos de endeudamiento público, con garantía soberana, es decir, garantizados por el Estado ecuatoriano. En tales casos, en el evento de que la Entidad deudora no pague los correspondientes dividendos, el ente rector de las finanzas públicas cancelará los mismos y procederá a tomar los recursos que hubiere cancelado de las cuentas que la entidad deudora mantenga en instituciones financieras públicas y de ser pertinente el ente rector de las finanzas públicas queda investido de potestad coactiva para la recuperación de dichos valores.

Conforme ha quedado señalado en el párrafo precedente, el artículo 147 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, no se aplica al tema materia de consulta y el indicado cuerpo legal no ha previsto a favor del Ministerio de Finanzas facultad alguna que le permita ejercer jurisdicción coactiva por el cobro de créditos de otras entidades.

Del análisis jurídico precedente, en atención a la consulta formulada, se concluye que por mandato expreso del inciso segundo del artículo 457 de la Ley de Compañías, corresponde a la Superintendencia de Compañías emitir el título de crédito pertinente, por concepto de multa sean en beneficio del Ministerio de Salud, cuando las compañías infringieren alguna de las leyes, reglamentos, estatutos o resoluciones de cuya vigilancia y cumplimiento está encargada la Superintendencia y la Ley no contuviere una sanción especial. El cobro de dichos títulos, por mandato expreso del inciso segundo del artículo 457 de la Ley de Compañías, en concordancia con el principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República, es competencia del Ministerio de Finanzas.

Sin perjuicio de lo anterior, conforme ha quedado evidenciada la inconsistencia jurídica que presenta el segundo inciso del artículo 457 de la Ley de Compañías y la dificultad práctica de recaudar dichas multas, sería conveniente que la Superintendencia de Compañías y los Ministerios de Salud y Finanzas coordinen acciones, en aplicación de la previsión de la parte final de artículo 226 de la Constitución de la República, para que se viabilice una reforma legal que subsane dicha incongruencia.

SUPRESIÓN DE PUESTOS: INDEMNIZACIÓN

OF. PGE. N°: 11540, de 16-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Liquidador de la Dirección Nacional de Servicios Educativos, DINSE

CONSULTA:

Solicita ampliar el pronunciamiento de este Organismo contenido en oficio No. 11127 de 19 de diciembre de 2012, en el que atendí la consulta formulada por esa entidad con oficio No. 0299 de 30 de octubre de 2012, sobre las normas de la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento que determinan la base de cálculo de la indemnización por supresión de puestos.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 129; y, 285 y 287 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

Su pedido cita el segundo inciso del artículo 285 del Reglamento de la LOSEP y solicita lo siguiente:

"(…) agradeceré ampliar o aclarar su criterio, en el sentido de que 'la parte proporcional a que hubiere lugar' se refiere a la fracción del año no cumplido; o esta parte proporcional debe entenderse a la totalidad de la indemnización, sin considerar el tiempo establecido en el Art. 129 de la LOSEP".

En el pronunciamiento cuya ampliación solicita analicé que el artículo 129 de la LOSEP es aplicable para determinar el monto de la indemnización por supresión de puestos, conforme prescribe la Disposición General Primera de la LOSEP; y, que los años de servicio que se cuentan para el cálculo de esa indemnización, están determinados en forma específica por el artículo 287 del Reglamento General a la LOSEP.

Conforme manifesté en la página 5 de mi pronunciamiento, "(…) El segundo inciso del artículo 285 del citado Reglamento General a la LOSEP, en relación a las compensaciones económicas e indemnizaciones que prevé esa Ley, dispone que: 'Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar'.(…)".

El pronunciamiento de la referencia consideró conforme consta en su pág. 2, el criterio del Ministerio de Relaciones Laborales, contenido en oficio No. MRL-AGTH-2012-EDT-8491 de 6 de noviembre de 2012, que en lo principal concluyó que los artículos 285 y 287 del Reglamento General de la LOSEP, "(…) son normas jurídicas que no tienen discordancia sino más bien complementariedad (…)".

Sobre dicha base, en el pronunciamiento de la referencia concluí:

"(…) para el cálculo de la indemnización por supresión de puesto, se deberán tomar en cuenta los años laborados por el respectivo servidor en el sector público, a partir del primer año de acuerdo con el artículo 287 del Reglamento de la LOSEP, debiendo reconocerse la parte proporcional a que hubiere lugar, conforme al artículo 285 de ese Reglamento. El monto total de la indemnización por supresión de puestos es de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, de conformidad con el artículo 129 de la LOSEP al que se remite al efecto la Disposición General Primera de esa Ley".

Con el fin de atender su pedido se concluye que, la indemnización por supresión de puesto se rige por la Disposición General Primera y el artículo 129 de la LOSEP que determina su monto. Para su cálculo se deben incluir todos los años laborados por el respectivo servidor en el sector público desde el primer año de servicios de acuerdo con el artículo 287 del Reglamento General a la LOSEP; y, de ser el caso, la parte proporcional a que hubiere lugar conforme al artículo 285 ibídem, esto es la parte correspondiente a la fracción del año laborado por el servidor hasta que se hubiere producido su cesación por supresión de su puesto, conforme se infiere del texto de la norma reglamentaria.

Dejo así atendido su pedido, ratificando en todos sus términos mi pronunciamiento contenido en oficio No. 11127 de 19 de diciembre de 2012, con la ampliación previamente referida.

TRANSFERENCIA DE ACCIONES

OF. PGE. N°: 13534, de 11-06-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda

CONSULTAS:

"¿El inciso tercero del numeral II del artículo 1 del Decreto Ejecutivo 1793 de 20 de junio de 2009 permitiría que las compañías que mantienen contratos con el MIDUVI no notifiquen y en consecuencia no obtengan autorización por parte de este Ministerio para realizar transferencias de sus acciones, cuando este acto societario NO sobrepase el 25% o más del capital de la persona jurídica sin que esto incurra en la prohibición del artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?"; y,

"¿Las disposiciones contenidas en el Decreto Ejecutivo No. 144 de 19 de Noviembre de 2009, le facultarían al Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda autorizar a compañías anónimas que cotizan sus acciones en la bolsa de valores y que mantienen contratos con el MIDUVI, el traspaso de sus acciones o por el contrario dichas compañías no tienen que cumplir requisito alguno para realizar este acto societario, pese a mantener contratos administrativos con esta Cartera de Estado?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 237 núm. 3.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.
Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 4, 62, 63, 64, 78; y, 110 y 111 de su Reglamento.
Normas de Calificación de Proveedores y Prohibición de Ceder Obligaciones, Arts. 1, 2, 3 y 4.
D.E.N° 298, de 15-05-2013.
D.E.N° 1793, Registro Oficial N° 621, 26-06-2009, Art. 1.
D.E. N° 144, Registro Oficial N° 79, 02-12-2009.

PRONUNCIAMIENTO:

"1. Desde el año 2012 algunas de las compañías anónimas que mantienen contratos vigentes con el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda MIDUVI en base a lo que dispone el Decreto Ejecutivo No. 1793 de 20 de junio de 2009, han comunicado la decisión de realizar la correspondiente transferencia de acciones a otras sociedades mercantiles (veinticinco por ciento (25%) o más del capital de la persona jurídica o consorcio contratista del Estado, en otros casos menos) solicitando además previo a realizar cualquier acto societario, la debida autorización por parte de esta Cartera de Estado, con la finalidad de no configurar una causal para la terminación unilateral de sus contratos de acuerdo a lo señalado en el artículo 78 de la Ley de Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

II. Por otra parte existen compañías que pese a no cotizar acciones en la bolsa de valores han manifestado que la transferencia de estas se realizaran a favor de sociedades que si cotizan sus acciones o participaciones en las bolsas de valores nacionales o extranjeras, en estos casos han mencionado que no se requiere autorización por parte de Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, acogiéndose a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 144 de 19 de noviembre de 2009".

A fin de contar con mayores elementos para atender su requerimiento, mediante oficios Nos. 12895 y 13097 de 22 de abril y 8 de mayo de 2013, la Procuraduría General del

Estado requirió el criterio institucional del Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP respecto del objeto de sus consultas, lo cual fue atendido por Director Ejecutivo de dicho Instituto en oficio No. INCOP-DE-2013-0298-0F de 15 de mayo de 2013, ingresado en este Organismo el 16 de los mismos mes y año.

El Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública en su oficio No. INCOP-DE-2013-0298-0F de 15 de mayo de 2013, expone el siguiente criterio:

"Respecto de las consultas planteadas, se considera que toda empresa contratista debe notificar a la entidad contratante toda cesión, transferencia o enajenación bajo cualquier modalidad de acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión societaria de la persona jurídica o de las personas jurídicas que conforman los consorcios contratistas del Estado. La notificación implica el aviso que los contratistas realicen a las entidades contratantes.

Además de acuerdo con lo previsto en el Decreto Ejecutivo No. 1793 de 20 de junio de 2009 la entidad contratante debe autorizar la transferencia de las acciones o participaciones de la persona jurídica cuando la transferencia, cesión o enajenación represente el 25% o más de su capital.

La omisión de la notificación o falta de autorización, cuando sea el caso, será causal para proceder con el trámite de declaración de terminación unilateral del contrato, de acuerdo con lo señalado en el Decreto Ejecutivo No. 1793.

Finalmente y en relación al hecho de si el Decreto Ejecutivo No. 1793 exime la obligación de presentar la notificación a las compañías que mantienen contratos con el Estado y que cotizan sus acciones en la bolsa de valores, cabe señalar que el Decreto Ejecutivo No. 144 de 19 de noviembre de 2009 que reformó el Decreto Ejecutivo No. 1793 de 20 de junio del 2009 es claro al determinar que las disposiciones que se señalan en los numerales I y II del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1793 '(...) *no se aplicarán a las personas jurídicas cuyas acciones o participaciones se cotizan en las bolsas de valores nacionales o extranjeras'".*

El criterio jurídico de la Cartera de Estado consultante consta en el memorando No. 0001112-MEBS-MIDUVI-2013-CGJ de 17 de mayo de 2013, suscrito por la Coordinadora General Jurídica del Portafolio a su cargo, quien como fundamentos jurídicos cita el artículo 288 de la Constitución de la República, referido a las compras públicas y el Decreto Ejecutivo No. 1793 de 20 de junio del 2009, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 621 de 26 de junio del 2009 y su posterior reforma contenida en el Decreto Ejecutivo No. 144 de 19 de noviembre de 2009; y, expresa el siguiente criterio jurídico:

"1. La transferencia de acciones dentro de las Sociedades Anónimas que como señala la Ley de Compañías es una sociedad cuyo capital está dividido en acciones negociables; no altera la personería jurídica de la compañía. En virtud de esto, en el caso de que se realice el traspaso de dominio del paquete accionario de una compañía a una sociedad que cotice sus acciones en la bolsa de valores, las compañías que se encuentren en este caso tendrá (n) que continuar dando cumplimiento a las obligaciones adquiridas con el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, en los términos que señale cada contrato en particular.

2. Por otro lado, si las compañías han actuado en cumplimiento a lo dispuesto mediante Decreto Ejecutivo No. 1793 de 20 de junio de 2009 y en el Decreto Ejecutivo No. 144 de 19 de noviembre de 2009, sería procedente y se debe autorizar la transferencia de acciones de las Sociedades Anónimas que pretendan realizar el traspaso, sin que estas incurran en la prohibición del artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

3. Las compañías que mantienen contratos administrativos suscritos con el MIDUVI y que actualmente cotizan en la bolsa de valores sus acciones, serían las únicas que al amparo de lo establecido en el Decreto Ejecutivo No. 1793 de 20 de Junio de 2009, no tendrían la obligación de solicitar autorización alguna al Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, y no se encontrarían contraviniendo la disposición legal contenida en el Art. 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en tal virtud no podría alegar que no es necesaria dicha autorización si la compañía anónima no mantiene acciones en la bolsa aduciendo estas que, la compañía que adquiere sus acciones sí cotiza en la bolsa de valores".

En virtud de que las consultas por usted formuladas se hallan referidas a un mismo tema, procedo a atenderlas de forma conjunta.

PRIMERA Y SEGUNDA CONSULTAS

El artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que para la aplicación de dicho cuerpo normativo y de los contratos que de aquel se deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

El artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone lo siguiente:

"Art. 78.- Cesión de los Contratos.- El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato".

En el Decreto Ejecutivo No. 1793, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 621 de 26 de junio de 2009, el Presidente de la República dispuso que cumplidos los requisitos constitucionales y legales, el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, incorpore a los modelos obligatorios de pliegos, disposiciones "I. Para la Calificación como Proveedores y Habilitación como Oferente de Persona Jurídica" y "II. Notificación y Autorización para la Cesión de Acciones, Participaciones o Cualquier otra Forma de Asociación de la Persona Jurídica Contratista del Estado". La finalidad de dicha normativa, según el segundo considerando del Decreto Ejecutivo No. 1793 es "(…) prevenir que una simulación de cesión del contrato público no se verifique mediante la transferencia de acciones, participaciones o cualquier otra modalidad de asociación de la persona jurídica contratista".

Posteriormente, mediante Decreto Ejecutivo No. 144 publicado en el Registro Oficial No. 79 de 2 de diciembre de 2009 se reformó el Decreto Ejecutivo No. 1793, en sus incisos primero y final. De esta manera el citado Decreto Ejecutivo No. 1793, actualmente señala:

"Art. 1.- Disponer que luego de cumplidos los requisitos constitucionales y legales, el Director Ejecutivo del Instituto de Contratación Pública, inmediatamente, se digne incorporar a los modelos obligatorios de pliegos las siguientes disposiciones:

I. PARA LA CALIFICACIÓN COMO PROVEEDOR Y HABILITACIÓN COMO OFERENTE DE PERSONA JURÍDICA.

Será requisito previo a la calificación como proveedor y habilitación como oferente de una persona jurídica la determinación clara de sus accionistas, partícipes o asociados mayoritarios sean personas naturales o jurídicas, e inclusive de ellas; y así hasta tener la identificación plena de las personas naturales que participan de la persona jurídica, para los efectos de las inhabilidades establecidas en los artículos 62, 63 y 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 110 y 111 del Reglamento a la indicada ley.

El Instituto Nacional de Contratación Pública podrá definir la proporción que signifique la mayoría en relación con la integración de accionistas, partícipes o asociados de las personas jurídicas, en los casos concretos.

Si en la determinación de los accionistas, partícipes o asociados o cualquier forma de participación se llegare a determinar que tienen la calidad de personas jurídicas con domicilio en los denominados 'paraísos fiscales' determinados por el Servicio de Rentas

Internas de la República del Ecuador; esta situación será causa de descalificación inmediata.

La persona jurídica que no cumpla con este requerimiento significará que no desea convertirse en un co contratante del Estado.

II. NOTIFICACIÓN Y AUTORIZACIÓN PARA LA CESIÓN DE ACCIONES, PARTICIPACIONES O CUALQUIER OTRA FORMA DE ASOCIACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA CONTRATISTA DEL ESTADO.

Para evitar la simulación jurídica de la cesión del contrato público, situación prohibida por el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se constituirá como causal de terminación unilateral y anticipadamente del contrato, prevista en ese instrumento, el que no se notifique a la entidad contratante la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación.

Además, será de causa para la terminación unilateral y anticipada del contrato, prevista en ese instrumento, la falta de autorización de la entidad contratante de la transferencia, cesión, capitalización, fusión, absorción, transformación o cualquier otra forma de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital de la persona jurídica o consorcio contratista del Estado.

Las disposiciones de los numerales I y II de este artículo, que anteceden, no se aplicarán a las personas jurídicas cuyas acciones o participaciones se cotizan en las bolsas de valores nacionales o extranjeras".

Por su parte, el Director del Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, mediante Resolución No. 037-09 emitió las Normas de Calificación de Proveedores y Prohibición de Ceder Obligaciones, que en el inciso primero de su artículo 1 determina la obligatoriedad de transparentar la estructura de propiedad de las entidades contratantes:

"Art. 1.- Las entidades contratantes deberán requerir obligatoriamente en los pliegos de cada proceso de contratación, la determinación clara de la identidad de los accionistas, partícipes o socios mayoritarios de cada uno de los oferentes que sean personas jurídicas. A su vez, cuando el respectivo accionista, partícipe o socio mayoritario de aquellas sea una persona jurídica, se deberá determinar la identidad de sus accionistas, partícipes o socios, y así sucesivamente hasta transparentar la estructura de propiedad a nivel de personas naturales (…)".

El artículo 2 de la misma Resolución INCOP No. 37-09, prevé la obligatoriedad de incluir en los contratos que celebren las entidades y organismos del sector público, como causales de terminación unilateral y anticipada de los mismos, la falta de notificación de la contratista, la falta de notificación del cambio de la estructura de propiedad y la falta de autorización de la entidad contratante, en los siguientes términos:

"Art. 2.- Para efectos de observar la prohibición de cesión de contrato público, constante en el artículo 78 de la LOSNCP, toda entidad contratante, de manera obligatoria, incluirá en todo contrato, como causales de terminación unilateral y anticipada del mismo, las siguientes:

- '(...) Si el (CONTRATISTA) no notificare a la (ENTIDAD CONTRATANTE) acerca de la transferencia, cesión, enajenación de sus acciones, participaciones, o en general de cualquier cambio en su estructura de propiedad, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se produjo tal modificación (...)'.

- '(...) Si la (ENTIDAD CONTRATANTE), en función de aplicar lo establecido en el artículo 78 de la LOSNCP, no autoriza la transferencia, cesión, capitalización, fusión, absorción, transformación o cualquier forma de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación, que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital social del (CONTRATISTA) (...)'".

Adicionalmente, el artículo 3 de la Resolución INCOP No. 37-09 señala los parámetros que han de observarse para efectos de la aplicación de los artículos 1 y 2 de la indicada Resolución; y, finalmente, en cuanto a las acciones o participaciones de personas jurídicas cuyas acciones o participaciones se cotizan en las bolsas de valores, el artículo 4 de la Resolución INCOP No. 37-09, dispone lo siguiente:

"Art. 4.- En el caso de las personas jurídicas cuyas acciones o participaciones se cotizan en las bolsas de valores nacionales o extranjeras, no se aplicará lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la presente resolución. Sin embargo, estas personas jurídicas deberán presentar los siguientes documentos:

Si las acciones o participaciones de las personas jurídicas se negocian en las bolsas de valores que operan legalmente en el Ecuador, tales personas jurídicas deberán presentar a la entidad contratante en cualquier proceso de contratación, un certificado emitido por la bolsa de valores correspondiente, en el sentido de que sus acciones o participaciones se cotizan en esa corporación.

Si las acciones o participaciones de las personas jurídicas se negocian en una bolsa o bolsas de valores que operen fuera del Ecuador, tales personas jurídicas presentarán a

la entidad contratante en cualquier proceso de contratación, un certificado de la bolsa correspondiente, en el sentido de que sus acciones o participaciones se cotizan en esa corporación; o, en su defecto, los representantes legales de tales personas jurídicas presentarán una declaración juramentada, afirmando que la persona jurídica nacional o extranjera está registrada en una o más bolsas de valores extranjeras".

Del Decreto Ejecutivo No. 1793, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 621 de 26 de junio de 2009 y de su reforma constante en el Decreto Ejecutivo No. 144, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 79 de 2 de diciembre de 2009, así como de la Resolución No. 37-09 del INCOP, que contiene las Normas de Calificación de Proveedores y Prohibición de Ceder Obligaciones, se establece la obligación para toda empresa contratista con el Estado de notificar a la entidad contratante toda cesión, transferencia o enajenación bajo cualquier modalidad de acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión societaria de la persona jurídica o de las personas jurídicas que conforman los consorcios contratistas del Estado. Adicionalmente, de acuerdo con lo previsto en el Decreto Ejecutivo No. 1793, la entidad contratante debe autorizar la transferencia de las acciones o participaciones de la persona jurídica cuando la transferencia, cesión o enajenación, represente el 25% o más de su capital, lo que igualmente es recogido por el artículo 2 de la Resolución No. 37-09 del INCOP; y, la omisión de la notificación o falta de autorización, constituyen causales de declaración de terminación unilateral del contrato, de acuerdo con lo señalado en el Decreto Ejecutivo No. 1793.

Finalmente, de la normativa previamente invocada, se desprende que el Decreto Ejecutivo No. 1793 y su reforma introducida mediante Decreto Ejecutivo No. 144, exime la obligación de presentar la notificación a las compañías que mantienen contratos con el Estado y que cotizan sus acciones en las bolsas de valores del Ecuador y el extranjero, así como de solicitar la autorización previa de la entidad contratante, para la transferencia de capital que se pretende, por disposición del inciso tercero del numeral II del Artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1793.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta, al amparo del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1793 y su reforma introducida mediante Decreto Ejecutivo No. 144, se concluye que los contratistas del Estado deben notificar a la entidad contratante la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación, sea cual sea el porcentaje de capital transferido.

De igual manera, por disposición de los indicados Decretos Ejecutivos Nos. 1793 y 144, en el caso de transferencia, cesión, capitalización, fusión, absorción, transformación u otro mecanismo de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma

de expresión de la asociación que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital de la persona jurídica o consorcio contratista del Estado, los contratistas deben requerir autorización de la entidad contratante para que proceda la transferencia. La falta de autorización de la entidad contratante constituye causa para la terminación unilateral y anticipada del contrato, prevista en ese instrumento.

Respecto de su segunda consulta, se concluye que el contratista del Estado, que tiene la calidad de cedente (que cede sus acciones, participaciones u otras formas de expresión de asociación), de conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto Ejecutivo No. 144, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 621 de 2 de diciembre de 2009, está exento de notificar las transferencias de capital y requerir las autorizaciones determinadas en el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1793, cuando cotiza en bolsa, sin que sea pertinente aplicar la exención cuando sea el cesionario el que cotiza en las bolsas de valores del país o del extranjero.

VACACIONES: SERVIDOR PÚBLICO OCASIONAL POR RENOVACIÓN DE CONTRATO

OF. PGE. N°: 12344, de 11-03-2013

ENTIDAD CONSUTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Junín

CONSULTA:

"¿A la servidora o servidor público municipal que tiene contrato de servicios ocasionales y se le renueve el mismo en el siguiente año sea ejerciendo otra función o cargo, se le debe cancelar vacaciones por ese periodo sin haber cesado las funciones en la misma institución, es decir continúa laborando en la misma institución pública (Municipio)?".

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 16, 23 lit. g), 29, 58; y, 31 y 143 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe de la Procuradora Síndica de la Municipalidad de Junín cita los artículos 23 letra g) de la Ley Orgánica del Servicio Público y 31 de su Reglamento y sobre dicha base concluye:

"(…) 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 cambio de puestos, pero siempre y cuando no continúe laborando en la misma institución, ya que la Ley establece las causales por el cese de funciones y ninguna de ellas establece finalización de contrato del ejercicio fiscal, y seguir laborando en la misma institución aun cuando cambie de funciones".

De conformidad con el artículo 16 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora.

En relación al derecho de los servidores públicos a gozar de vacaciones, el artículo 29 de la LOSEP establece lo siguiente:

"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".

Sobre la compensación en dinero de las vacaciones no gozadas, en pronunciamiento contenido en oficio No. 04624 de 8 de noviembre de 2011, sobre la base del artículo 29 de la LOSEP concluí lo siguiente:

"(…) 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".

El artículo 58 de la LOSEP, regula los contratos de servicios ocasionales; el segundo inciso de esa norma dispone:

"La contratación de personal ocasional no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Relaciones Laborales, estos contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal".

Según el citado artículo 58 de la LOSEP, los contratos de servicios ocasionales no generan estabilidad, ni ingreso a la carrera del servicio público; sin embargo, mientras está vigente el contrato, el personal sujeto a esta modalidad tiene relación de dependencia y goza de todos los beneficios económicos que se reconoce al personal con nombramiento, con las salvedades previstas en el inciso tercero de esa norma legal, que prescribe:

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

El inciso final del referido artículo 58 de la LOSEP prevé que: "En caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior".

Concordante, el tercer inciso del artículo 143 del Reglamento General a la LOSEP, prevé que se pueden suscribir varios contratos de servicios ocasionales entre la misma institución y el mismo servidor, durante un ejercicio fiscal en curso, que se pueden renovar dentro del consecutivo ejercicio fiscal, por necesidad institucional solo hasta 12 meses adicionales.

Para el evento de renovación del contrato de servicios ocasionales, el quinto inciso del citado artículo 143 del Reglamento General a la LOSEP, prevé expresamente que:

"En caso de proceder a la renovación del contrato de servicios ocasionales, no se suspende la relación entre la o el servidor y la institución contratante".

Mediante circular del Ministerio de Relaciones Laborales contenida en oficio No. MRL-AGTH-2011-EDT, recibida en esta entidad el 19 de diciembre de 2011, el Viceministro del Servicio Público emitió directrices sobre los contratos ocasionales, aplicables por todas las instituciones sujetas al ámbito de aplicación de la LOSEP.

Entre las referidas directrices, respecto del plazo se dispone:

"1. El plazo máximo de duración del contrato de servicios ocasionales, será de hasta doce meses o hasta finalizar el ejercicio fiscal, pudiendo prorrogarse por un máximo de veinticuatro (24) meses incluida su renovación.

(…). La liquidación de haberes del personal contratado solo procederá cuando se de por terminada la relación laboral con la o el servidor, caso contrario de haber continuidad en la prestación de servicio, no procederá la liquidación de haberes de la persona que ha sido renovado su contrato, ya sea que los términos del mismo se hubiesen modificado o no pues el vínculo laboral continúa con la misma persona dentro de la misma institución".

En consecuencia, de acuerdo con el artículo 58 de la LOSEP, el servidor que labora en una entidad pública con la modalidad de contrato de servicios ocasionales, si bien no ingresa a la carrera del servicio público ni goza de estabilidad, sí tiene relación de dependencia y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento, con las salvedades previstas en el tercer inciso de esa norma, referidas a las indemnizaciones por supresión de puestos o incentivos para jubilación.

Según los artículos 58 de la LOSEP y 143 de su Reglamento General, el contrato de servicios ocasionales no puede exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el ejercicio fiscal en curso, pero se puede renovar por una sola vez, hasta por doce meses adicionales, evento en el que no se suspende la relación entre el servidor y la institución contratante según prevé el quinto inciso del citado artículo 143 del Reglamento General a la LOSEP.

En el caso de renovación del contrato de servicios ocasionales, no se suspende la relación laboral entre el servidor y la entidad contratante y por tanto hay continuidad de servicios, pudiendo prorrogarse el plazo del contrato por un máximo de 24 meses incluida su renovación, conforme a las directrices del Ministerio de Relaciones Laborales antes citadas. En tales circunstancias, luego de once meses continuos de labor, el servidor tiene derecho a vacaciones de conformidad con el artículo 29 de la LOSEP.

La compensación en dinero de vacaciones no gozadas procede únicamente cuando el servidor cesa definitivamente sin haber hecho uso de ese derecho, conforme dispone el citado artículo 29 de la LOSEP y ha precisado este Organismo en pronunciamiento contenido en oficio No. 04624 de 8 de noviembre de 2011, citado en los antecedentes.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el servidor público que labora

bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales a quien se le hubiere renovado el contrato, no suspende su relación con la entidad contratante según el quinto inciso del artículo 143 del Reglamento General de la LOSEP, por lo que no procede el pago o liquidación de vacaciones pues de conformidad con el artículo 29 de la LOSEP, la compensación en dinero de vacaciones no gozadas procede únicamente en caso de cesación definitiva del servidor.

VIÁTICOS POR GASTOS DE RESIDENCIA: DOMICILIO POLÍTICO

OF. PGE. N°: 11797, de 30-01-2013

ENTIDAD CONSULTANTE: Instituto para el Ecodesarrolo Regional Amazónico, ECORAE

CONSULTA:

"Si es procedente el pago de viáticos a los servidores de ECORAE que se trasladan en comisión a la ciudad de Quito, lugar en donde tienen declarado su domicilio político y que perciben el pago de viáticos por gastos de residencia".

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente N°. 2, Art. 5.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 96 lit. c), 123, 124; y, 273, 274 inc. Segundo y 275 de su Reglamento.
Código Civil, Arts. 45 y 51.
Reglamento para el pago de Viáticos, Movilización, Subsistencias y Alimentación para el cumplimiento de Licencia de Servicios Institucionales, Arts. 1, 4, 5, 6, 7 y 21.

PRONUNCIAMIENNTO:

Mediante oficio No. 10586 de 9 de noviembre de 2012, este Organismo solicitó al ECORAE la remisión del criterio jurídico del Asesor de esa Entidad, lo que ha sido atendido con oficio No. 11-1319-ECORAE-DAJ-2012 de 27 de noviembre de 2012, ingresado el 29 de los mismos mes y año, al que adjunta el criterio del Director de Asesoría Jurídica del ECORAE.

El oficio de consulta refiere como antecedente que, el Instituto para el Ecodesarrollo Regional Amazónico es una entidad creada mediante Ley publicada en el Registro Oficial No. 222 de 1 de diciembre de 2003.

Por su parte, el criterio del Director de Asesoría Jurídica del ECORAE cita el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2 que creó la "Compensación por residencia"; y, la Ley Orgánica Reformatoria al citado Mandato, que interpretó su artículo 5, en el sentido de que la compensación por residencia tiene la naturaleza jurídica de viático.

Invoca además, los artículos 123 y 124 de la Ley Orgánica del Servicio Público y el Reglamento para el pago de viáticos, movilizaciones, subsistencias y alimentación para el cumplimiento de licencias de servicios institucionales; así como el artículo 45 del Código Civil, que contiene la definición de domicilio.

Argumenta el criterio institucional que:

"(…) los servidores que tienen su domicilio político en el lugar donde cumplimos una comisión, tenemos todo el derecho de cobrar viáticos o subsistencia, toda vez que nos desplazamos y/o pernoctamos fuera de nuestro domicilio civil, que es la ciudad del Puyo, lugar en donde ejercemos nuestra profesión u oficio, donde tenemos nuestro lugar habitual de trabajo o domicilio civil".

Concluye el Director de Asesoría Jurídica que: "(…) estos gastos (Viáticos, movilizaciones y subsistencias) deben ser cubiertos por la Entidad, para cumplir con la Comisión".

Su consulta tiene por objeto determinar si los servidores que han trasladado su residencia personal y familiar para el ejercicio del cargo y que por tal razón perciben compensación por residencia, podrían percibir viáticos y subsistencias si para la prestación de servicios institucionales se deben trasladar temporalmente al lugar donde tiene declarado su domicilio habitual.

Para atender su consulta resulta pertinente distinguir la compensación por residencia; y, los presupuestos jurídicos en que procede el pago de viáticos y subsistencias a los servidores públicos.

La compensación por residencia fue inicialmente creada por el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2, como un viático en beneficio del servidor que tenga su domicilio habitual fuera de la ciudad en la que preste sus servicios y por tal motivo deba trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad.

El artículo 124 de la vigente Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), establece el viático para gastos de residencia, en los siguientes términos:

"Art. 124.- Viático por gastos de residencia.- Las servidoras y servidores que tuvieren su domicilio habitual, fuera de la ciudad en la cual presten sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia a otra ciudad de otra provincia, salvo los casos que fundamentadamente apruebe el Ministerio de Relaciones Laborales, para cubrir los gastos de vivienda, tendrán derecho a un viático que no podrá superar los tres salarios básicos unificados por mes para los trabajadores en general del sector privado, de conformidad con la norma técnica que para el efecto expida este Ministerio".

En similar sentido, el artículo 273 del Reglamento General a la LOSEP, dispone:

"Art. 273.- Del viático por gastos de residencia.- Es el estipendio monetario o valor mensual al que tienen derecho las y los servidores de las instituciones establecidas en los artículos 3 y 94 de la LOSEP, por concepto del traslado de su residencia a otra ciudad de otra provincia en la cual debe prestar sus servicios, con el propósito de cubrir los gastos de vivienda.

En caso de que la institución contare con alojamiento propio en el lugar al cual se trasladare la residencia y la servidora o el servidor hiciere uso del mismo, no se pagará este viático.

El Ministerio de Relaciones Laborales emitirá la norma técnica respectiva para establecer los casos de excepción, en las que se incluyen el traslado en la misma provincia, en las que tendrían derecho a este viático".
Concordante, el artículo 274 del citado Reglamento General a la LOSEP, establece:

Art. 274.- Del valor del viático por gastos de residencia.- Las y los servidores públicos que ocupan puestos establecidos en la Escala del Nivel Jerárquico Superior y las escalas de remuneraciones establecidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia personal o familiar a una ciudad de otra provincia o en los casos de excepción establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, percibirán durante el desempeño de sus funciones un viático por residencia mensual de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado, pago que estará sujeto a las disponibilidades presupuestarias institucionales, de acuerdo a la tabla que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales, contando con el dictamen previo del Ministerio de Finanzas.

La o el servidor que posterior a la obtención de su nombramiento permanente deba trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad de otra provincia, tendrá derecho a este viático".

Adicionalmente, el artículo 275 ibídem, establece que el servidor debe presentar una declaración juramentada para acreditar el derecho al viático por residencia y adjuntar los requisitos adicionales, de lo cual le corresponderá hacer el seguimiento y verificación posterior a UATH.

Sobre dicha base, en pronunciamiento contenido en oficio No. 07767 de 14 de mayo de 2012 concluí:

"De las normas citadas se desprende que, de conformidad con el artículo 124 de la vigente LOSEP, el viático para gastos de residencia se establece en beneficio del servidor público que deba trasladar su residencia y domicilio habitual, al lugar en el que deba ejercer el cargo; y, se exceptúa de ese derecho, al servidor con nombramiento permanente que al posesionarse del cargo aceptó las condiciones del puesto, entre ellas el lugar de trabajo, según lo establecen el segundo inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la Disposición General Cuarta de la Resolución 147 de la extinguida SENRES.

Los servidores designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, tienen derecho al viático para gastos de residencia cuando tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios, de conformidad con el primer inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la letra a) del artículo 5 de la Resolución 147 de la extinguida SENRES".

Además, de lo expuesto en el pronunciamiento previamente citado, resulta pertinente diferenciar los conceptos de domicilio y residencia.

Según el artículo 45 del Código Civil, "El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella". La misma norma clasifica al domicilio en político y civil.

Como características del domicilio, los tratadistas Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovich, comentan: ´

"De acuerdo a la teoría clásica, el domicilio es fijo, necesario u obligatorio y único.

a) Fijeza del domicilio: éste no cambia por el simple hecho de que una persona se traslade a vivir a otro lugar; mientras la nueva residencia no responda a la definición del artículo 59 del Código Civil, quedaría en simple residencia y constituiría domicilio".

La Enciclopedia Jurídica Omeba conceptualiza la residencia como "4. Lugar donde

una persona radica temporal o habitualmente"; y, Cabanellas la define como: "(…) Presencia y vivienda de determinados funcionarios en el lugar en que desempeñan sus cargos y funciones, exigida como obligación anexa al ejercicio de los mismos".

Considerando que, el servidor puede verse obligado a trasladar su residencia al lugar en el que va a ejercer habitualmente el cargo, conservando su domicilio personal y/o familiar según establece el artículo 51 del Código Civil, se reitera que en tales circunstancias, el servidor tiene derecho al pago de gastos de residencia de acuerdo con el artículo 124 de la LOSEP y 273 de su Reglamento, destinados a cubrir los egresos en que incurra por concepto de vivienda. El servidor público bien puede trasladarse únicamente él y en ese caso se trata de la residencia personal o si lo hace junto con su familia se traslada la residencia familiar, referidas en el artículo 274 del Reglamento General a la LOSEP.

Por otra parte, cabe considerar que, aunque la LOSEP no contiene definición de los conceptos de viáticos y subsistencias, la letra c) del artículo 96 de esa Ley, prevé que dichos rubros no integran la remuneración mensual unificada.

De conformidad con el artículo 123 de la LOSEP, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales expedir la reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias, lo que no ha ocurrido, por lo que, hasta tanto es aplicable el "Reglamento para el pago de Viáticos, Movilizaciones, Subsistencias y Alimentación para el cumplimiento de Licencias de Servicios Institucionales", expedido por la extinguida SENRES que continúa en vigencia, conforme se ha pronunciado esta Procuraduría en oficios Nos. 17534 de 18 de noviembre de 2010, 00477 de 14 de enero de 2011 y 01779 de 13 de mayo de 2011.

El artículo 1 del citado Reglamento, dispone que el pago de viáticos, procede "cuando los servidores se desplacen a cumplir servicios institucionales fuera del domicilio y lugar habitual de trabajo".

Respecto al "viático", el artículo 4 del mencionado Reglamento lo define como "(…) el estipendio monetario o valor diario que los servidores de las instituciones, entidades, organismos y empresas del Estado, reciben por el cumplimiento de servicios institucionales cuando tienen que pernoctar fuera de su domicilio y lugar habitual de trabajo, destinado a sufragar los gastos de alojamiento y alimentación en el lugar donde cumplen la licencia".

El cuarto inciso del artículo 4 del Reglamento para el pago de Viáticos, Movilizaciones, Subsistencias y Alimentación para el cumplimiento de Licencias de Servicios Institucionales, dispone que los servidores que reciben el valor correspondiente al viático

y al día siguiente tienen que continuar con su licencia de servicios institucionales fuera de su domicilio y lugar habitual de trabajo, "tendrán derecho al pago de alimentación o subsistencias acorde a lo estipulado en el presente reglamento".

La forma de cálculo de los viáticos se determina por el artículo 8 del citado Reglamento, que establece una tabla de cálculo conforme a los niveles que ahí se especifican.

Los artículos 5, 6 y 7 del citado Reglamento en su orden, definen a las "subsistencias", "pago por alimentación" y "pago por transporte"; y, determinan las circunstancias en que procede el reconocimiento de estos estipendios, disponiendo:

"Art. 5.- De las subsistencias.- Es el estipendio monetario o valor destinado a sufragar los gastos de alimentación en el lugar donde cumplen la licencia los servidores de las instituciones, entidades, organismos y empresas del Estado. Son declarados en licencia de servicios institucionales con subsistencias cuando tengan que desplazarse fuera de su domicilio y lugar habitual de trabajo por jornadas de 6 a 8 horas diarias de labor; y, cuando el viaje de ida y de regreso, se efectúe el mismo día.

El tiempo de cálculo de las horas para el cumplimiento de la licencia para subsistencia iniciará desde el momento y hora en que el servidor se traslade e inicie sus labores para el cumplimiento de la licencia, para lo cual deberá adjuntar en su informe los detalles y respectivos justificativos".

"Art. 6.- De la alimentación.- Se reconoce el pago por alimentación cuando la licencia deba realizarse fuera del domicilio y lugar habitual de trabajo por jornadas de 4 hasta 6 horas diarias y el viaje de ida y regreso se efectúe el mismo día.

El tiempo de cálculo de las horas para el cumplimiento de la licencia para alimentación iniciará desde el momento y hora en que el servidor se traslade e inicie sus labores por concepto de esta licencia, para lo cual deberá adjuntar en su informe los detalles y respectivos justificativos".

"Art. 7.- Del pago por movilización o transporte.- Los gastos de movilización o transporte son aquellos en los que incurren las instituciones, entidades, organismos y empresas del Estado, por la movilización y transporte de los servidores, cuando se trasladan a ciudades, u otros lugares fuera de su domicilio y lugar habitual de trabajo".

Los artículos 5 y 6 del Reglamento para el pago de Viáticos, Movilizaciones, Subsistencias y Alimentación para el cumplimiento de Licencias de Servicios Institucionales, concuerdan al disponer el pago de los estipendios correspondientes a subsistencias y

alimentación, en beneficio de los servidores que se trasladen fuera de su lugar habitual de trabajo (residencia) para cumplir actividades institucionales, siempre que el retorno se efectúe el mismo día.

En consecuencia, el servidor que por motivos institucionales deba alojarse y dormir en un lugar distinto de aquel en el que realiza habitualmente su trabajo y donde ha establecido su residencia familiar, de conformidad con el artículo 4 del citado Reglamento para el pago de Viáticos, Movilizaciones, Subsistencias y Alimentación para el cumplimiento de Licencias de Servicios Institucionales, tiene derecho al pago de viáticos para cubrir gastos de alojamiento, alimentación y transporte.

El pago de subsistencias tiene lugar según el artículo 5 del citado Reglamento, cuando el desplazamiento y retorno del funcionario para cumplir servicios institucionales en un lugar distinto de aquel en que tiene su domicilio o realiza su trabajo habitual (residencia personal), se produzca en el transcurso del mismo día, en jornadas de 6 a 8 horas, evento en el que las subsistencias le permiten cubrir los gastos de alimentación y transporte en que incurra en el lugar en que cumple la licencia por servicios institucionales.

Conforme a los artículos 6 y 21 del referido Reglamento, procede el pago de alimentos al servidor que se desplace fuera de su domicilio y lugar habitual de trabajo (residencia) para cumplir funciones institucionales, por jornadas de 4 a 6 horas, en el mismo día; y, se debe movilización conforme al artículo 7 ibídem, al servidor que se traslade fuera de su domicilio y lugar habitual de trabajo (residencia), para cumplir funciones inherentes a su cargo.

En atención a su consulta se concluye que, en el caso del servidor que ha trasladado su residencia al lugar en que debe desempeñar habitualmente el cargo y por tal razón recibe la compensación por residencia que establece el artículo 124 de la LOSEP, y para cumplir actividades relacionadas con el ejercicio de su cargo debe trasladarse temporalmente al lugar en el que tiene su domicilio, tiene derecho a percibir subsistencias; o, pago por alimentación o transporte, según los artículos 5, 6 y 7 del citado Reglamento, conforme sea el caso.

En lo que respecta al caso del servidor que ha trasladado únicamente su residencia personal, mas no familiar y deba cumplir una comisión de servicios institucionales en el lugar donde tiene su domicilio y residencia familiar, tendría derecho a subsistencias, puesto que pernoctaría en el hogar familiar. En cuanto al servidor que ha trasladado su residencia familiar al lugar en el que debe desempeñar habitualmente el cargo, cuando para cumplir actividades relacionadas con el ejercicio del cargo deba trasladarse temporalmente al lugar donde tiene declarado su domicilio, percibirá viáticos de

conformidad con el Art. 4 del Reglamento para el pago de Viáticos, Movilizaciones, Subsistencias y Alimentación para el cumplimiento de Licencias de Servicios Institucionales.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales. La procedencia del pago de subsistencias; o, de los estipendios para alimentación o transporte, corresponde determinar bajo su exclusiva responsabilidad a los personeros de esa Entidad.