

BOLETÍN JURÍDICO EDICIÓN ESPECIAL

GOBIERNOS AUTÓNOMOS
DESCENTRALIZADOS MUNICIPALES



PERÍODO
NOVIEMBRE 2010 A JUNIO 2015

TOMO II

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Rafael Parreño Navas
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



Boletín Jurídico Especial
Noviembre 2010 a Junio 2015
TOMO II

DIRECCIÓN NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA

ELABORACIÓN, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN

Subdirección de Asesoría Jurídica

REVISIÓN

Unidad de Comunicación Social

FUENTE

Dirección Nacional de Consultoría

Procuraduría General del Estado

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

Teléfono: 02 294 1300

Quito – Ecuador

Portal web: www.pge.gob.ec

TIRAJE

300 ejemplares

IMPRESION: Imprenta y Encuadernadora ARTOS

Teléfono: 2649 396

Email: imprensa_artos@yahoo.es

INDICE

F

FONDOS ASIGNADOS A LAS PARROQUIAS RURALES:

Inversión en las circunscripciones territoriales 9

FRACCIONAMIENTOS DE PREDIOS:

Contribución de área verde 16

G

GARANTÍA DE ANTICIPO NO DEVENGADO:

Ejecución de pago 23

GARANTÍA DE BUEN USO DEL ANTICIPO:

Terminación unilateral del contrato 32

GOBIERNOS MUNICIPALES:

Competencias exclusivas, regulación y control de Tránsito y Transporte Público ... 41

GUARDERÍA:

Pago en efectivo 47

I

IMPUESTO A LA UTILIDAD Y PLUSVALÍA:

Transferencia de dominio de inmuebles a título oneroso 52

IMPUESTO A LOS VEHÍCULOS:

Cobro en el lugar de residencia del propietario 63

IMPUESTO A LOS VEHÍCULOS:

Domicilio para el pago 71

IMPUESTO DE PATENTE:

Domicilio y actividad económica 80

IMPUESTO PREDIAL:

Exoneración de pago a instituciones de beneficencia 85

IMPUESTO PREDIAL RURAL:

Exenciones 88

IMPUESTOS:

Alcabala, utilidades y plusvalía 95

IMPUESTOS:

Utilidad y plusvalía de venta, donación fideicomiso de inmuebles urbanos 103

IMPUESTOS ESTATALES:

Competencia para absolución de consultas -legalidad de ordenanzas municipales... 112

J

JUBILACIÓN OBLIGATORIA:

Exclusión funcionarios del nivel jerárquico superior 119

JUNTA CANTONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL CONCEJO CANTONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA:

Naturaleza jurídica 122

JURISDICCIÓN COACTIVA:

Devolución del anticipo no amortizado 127

L

LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN:

Secretario General -aplicación de la normativa actual..... 134

LICENCIA SIN SUELDO:

Concejal que trabaja en Empresa Pública 141

M

MIEMBROS DE COMISIONES PERMANENTES DEL CONCEJO:

Período de duración 148

MIEMBROS DEL DIRECTORIO:

Empresa Pública Municipal 152

MULTAS:

Mora purga la mora 154

MUNICIPALIDAD:

Autorización de declaratoria de propiedad horizontal 160

MUNICIPALIDAD:

Crédito con institución de la banca privada 167

MUNICIPALIDADES:

Cambio de nombres, determinación de linderos de territorio cantonal y fusión de parroquias 174

MUNICIPALIDADES:

Competencias para invertir en estudios u obras de infraestructura deportiva -prestación de servicios públicos..... 178

MUNICIPALIDADES:

Transferencia de competencias, concesiones de materiales de construcción - Material Pétreo - 191

N

NOTARIO:

Cobro de impuestos a patente municipal 205

P

PAGO DE VIÁTICOS, SUBSISTENCIAS, MOVILIZACIONES Y ALIMENTACIÓN PARA SERVIDORES MUNICIPALES 216

PATENTE MUNICIPAL:

Domicilio tributario para el pago de los ingenieros y transportistas 223

PATENTES MUNICIPALES:

Exoneración en proceso judicial de remate y artesanos 234

PATRONATO MUNICIPAL:

Servicio de carácter social, personas de escasos recursos económicos
-supresión de puestos- 247

PERMISO DE ESTUDIO:

Pasantías 257

PLURIEMPLEO:

Docente Fiscal Primario y Vocal de Junta Parroquial 263

PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE DOMINIO:

Cobro de Multas por fraccionamiento no autorizado en caso de juicios 267

PRESUPUESTO MUNICIPAL:

Distribución para prestación de servicios públicos 275

R

REAJUSTE DE PRECIOS:

Anticipos no devengados 283

RECLUTAMIENTO Y SELECCIÓN DEL PERSONAL 285

REGISTRO MUNICIPAL DE LA PROPIEDAD:

Régimen administrativo del personal -funcionarios de libre nombramiento y
remoción- 296

RENUNCIA VOLUNTARIA Y JUBILACIÓN:

Requisitos, monto de indemnizaciones y compensación económica
-sumario administrativo- 302

RESIDENCIA TEMPORAL EN GALÁPAGOS:

Cálculo de viáticos 314

S

SOCIO EMPLEO:

Reclutamiento de personal, redes -subrogación de funciones- 322

T

TASAS PARA USO DE SUELO:

Actividades hidrocarburíferas 331

TASAS POR SERVICIOS TÉCNICOS Y ADMINISTRATIVOS 341

**TRANSFERENCIAS GRATUITAS A PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS DE
DERECHO PRIVADO 351**

TRANSPORTE:

Aplicación a miembros de la fuerza pública en servicio activo, vigilantes, autoridades o empleados civiles de los gobiernos municipales 369

TRANSPORTE:

Financiamiento de transporte escolar por parte de la municipalidad
-Convenios Interinstitucionales- 372

TRIBUTOS:

Condonación de obligaciones a establecimientos educativos
-excepción de juicio de coactiva- 376

TURISMO:

Competencia para calificar proyectos turísticos – Convenios de descentralización- 382

V

VACACIONES:

Servidor público ocasional por renovación de contrato 388

VACACIONES:

Tiempo de acumulación y pago por cesación de funciones 391

VICEALCALDE:

Designación con el COOTAD 394

VICEALCALDE:

Período de duración 398

F

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

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN PENIPE

CONSULTAS:

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

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

BASES LEGALES:

Constitución de la República de Ecuador, Arts. 226, 237 núm. 3 y 238.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 3 lit. c) y Disposición General Segunda.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.

Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, Arts. 1, 3 núms. 1 y 2; 4; y, 5 lit. b) inciso segundo; y, 12 de su Reglamento.

Ley No. 104, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 245 de 4 de enero de 2008, Arts. 2 inciso primero y 3.

PRONUNCIAMIENTOS:

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

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

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

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

Por su parte, la Disposición General Segunda del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), establece que los recursos que beneficiaban a los gobiernos autónomos descentralizados, provenientes de fondos creados mediante leyes especiales fueron “(...) compensados en las transferencias de recursos del presupuesto general del Estado”. La citada Disposición prescribe en su primer inciso lo siguiente:

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

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

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

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

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

“En base al marco legal citado se concluye que los recursos que los Gobiernos Autónomos Descentralizados reciben del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, mismos que son transferidos por el Banco Central del Ecuador de manera mensual, pueden ser invertidos en proyectos exclusivamente de: agua potable, alcantarillado sanitario, regeneración urbana, tratamiento de desechos sólidos y de aguas servidas, educación, salud, desarrollo productivo y microempresarial tanto en áreas urbanas como rurales; por lo tanto, los recursos no pueden ser transferidos o utilizados por un GAD diferente y en la construcción de una obra que no esté señalada en la Ley”.

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

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

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

“Art. 1.- Créase el Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico que se incrementará con los ingresos provenientes del impuesto equivalente a un dólar de los

Estados Unidos de América (USD 1.00), por cada barril de petróleo que se extraiga en la Región Amazónica, y se comercialice en los mercados interno y externo”.

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

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

“Art. 3.- El Banco Central del Ecuador, dentro de los primeros diez días de cada mes y sin necesidad de orden previa alguna, procederá a transferir los recursos de este fondo a los respectivos partícipes, en base a los siguientes porcentajes:

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

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

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

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

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

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

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

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

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad del Cantón Penipe, contenido en oficio No. 138-COMAGA-2014, de 23 de julio de 2014, cita el numeral 1 del artículo 3 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, transcrito en los antecedentes, que incluye entre los beneficiarios de los recursos de ese Fondo a varias parroquias rurales del Cantón Penipe; así como el artículo 5 del Reglamento a esa Ley, cuyo cuarto inciso establece que los recursos asignados a las parroquias rurales de Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del cantón Penipe serán administrados por el Municipio de Penipe.

Sobre la base normativa previamente referida, el Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, concluye que:

“(…) Los fondos de las parroquias son administrados por los cantones (...).

Observando las normas anotadas anteriormente, se desprende que se puede invertir en obras de inversión de interés cantonal siempre que sean beneficiarias las parroquias rurales por las cuales reciben los recursos económicos”.

Por su parte, la Subsecretaría de Relaciones Fiscales del Ministerio de Finanzas, en el criterio institucional que fue transcrito íntegro en los antecedentes, sobre la base del artículo 3 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico concluyó que los recursos del referido Fondo “(...) no pueden ser transferidos o utilizados por un GAD diferente y en la construcción de una obra que no esté señalada en la Ley”.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, transcrita en los antecedentes, son beneficiarios de los recursos de dicho Fondo:

Las municipalidades amazónicas y las parroquias rurales Río Verde y Río Negro del Cantón Baños; Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del cantón Penipe, según el numeral 1;

Los consejos provinciales de la Región Amazónica conforme al numeral 2;

El Fondo Regional Amazónico administrado por el Instituto para el Ecodesarrollo Regional Amazónico (ECORAE) según el numeral 3; y,

El Fondo de Desarrollo Parroquial Amazónico para las juntas parroquiales, de acuerdo con el numeral 4.

Es decir que según el numeral 1 del citado artículo 3 de la Ley en análisis, son partícipes y beneficiarias de los recursos del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, las municipalidades amazónicas; y, por la previsión legal expresa, las parroquias rurales Río Verde y Río Negro del Cantón Baños; y, Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del Cantón Penipe, respectivamente.

En otras palabras, la parte final del numeral 1 del artículo 3 de la citada Ley instituye en forma expresa a las parroquias rurales Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del Cantón Penipe, como beneficiarias de los recursos del Fondo; y, el artículo 5 del Reglamento a dicha Ley, confiere a la Municipalidad del Cantón Penipe, el carácter de administradora de dichos recursos, como se verá más adelante.

El destino de los recursos del Fondo, consta establecido en el citado numeral 1 del artículo 3 de la Ley en análisis y consiste en el financiamiento de proyectos de agua potable, alcantarillado sanitario, regeneración urbana, tratamiento de desechos sólidos y de aguas servidas, educación, salud, desarrollo productivo y micro empresarial.

Según el artículo 4 de la misma Ley, los recursos del Fondo se destinan también al financiamiento de proyectos de vialidad y saneamiento ambiental. El texto de la norma, es el siguiente:

“Art. 4.- Los organismos seccionales destinarán no menos del 80% de los recursos asignados en el artículo anterior al financiamiento de proyectos de vialidad y saneamiento ambiental en sus respectivas jurisdicciones; y, especialmente, para los contemplados en el Plan Maestro de Ecodesarrollo en la Región Amazónica”.

Concordante, la Ley No. 104, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 245 de 4 de enero de 2008, agregó a continuación del artículo 12 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, un segundo artículo innumerado, que reitera que los recursos del Fondo están destinados para proyectos de inversión y no a gastos corrientes; dicha norma dispone:

“Art. ...- De los fondos asignados a los gobiernos seccionales autónomos a los que se refiere esta Ley, se destinará el 100% exclusivamente a inversión y, por ningún concepto se imputará a gasto corriente o al pago de remuneraciones, viáticos, gastos de viaje y servicios de consumo”.

El segundo inciso posterior a la letra b) del artículo 5 del Reglamento a la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, publicado en el Registro Oficial No. 352 de 4 de junio de 2008, asigna al Municipio del Cantón Penipe la administración de los recursos del referido Fondo, que corresponden a las parroquias rurales beneficiarias (Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del cantón Penipe). El texto de la norma reglamentaria es el siguiente:

“Art. 5.- Los organismos seccionales de la Región Amazónica Ecuatoriana participarán en el fondo de conformidad con el artículo 3 y el artículo innumerado luego del artículo 12 agregado por la Ley Reformatoria a la Codificación de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de fortalecimiento de sus organismos seccionales.

(...) Los recursos asignados a las parroquias rurales de Río Verde y Río Negro del cantón Baños serán administrados por el Municipio de Baños.

Los recursos asignados a las parroquias rurales de Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del cantón Penipe serán administrados por el Municipio de Penipe (...).”

De las normas citadas se desprende que, según la parte final del numeral 1 del artículo 3 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento

de sus Organismos Seccionales, las parroquias rurales Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del cantón Penipe son beneficiarias de los recursos de ese Fondo; y que, de acuerdo con el segundo inciso posterior a la letra b) del artículo 5 del Reglamento a esa Ley, el Municipio de Penipe es administrador de los recursos de dicho Fondo, asignados a las referidas parroquias rurales de su circunscripción cantonal.

El destino de los recursos del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, consta establecido en los artículos 3 y 4 de la Ley en análisis y consiste en el financiamiento de proyectos de agua potable, alcantarillado sanitario, regeneración urbana, tratamiento de desechos sólidos y de aguas servidas, educación, salud, desarrollo productivo y micro empresarial; vialidad y saneamiento ambiental. Concordante, el artículo innumerado segundo agregado luego del artículo 12 de la Ley, reitera que los recursos del Fondo se deben destinar a proyectos de inversión y no a gasto corriente.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 3 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, los recursos de dicho Fondo asignados a las parroquias rurales Matus, El Altar, La Candelaria y Bayusig del cantón Penipe se deben invertir en las circunscripciones territoriales de dichas parroquias rurales.

Respecto de su segunda consulta se concluye que, los recursos del referido Fondo que el Municipio del Cantón Penipe administra, se deben destinar a proyectos de inversión en las materias expresamente previstas por el numeral 1 del artículo 3 y el artículo 4 de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico (agua potable, alcantarillado sanitario, regeneración urbana, tratamiento de desechos sólidos y de aguas servidas, educación, salud, desarrollo productivo y micro empresarial, vialidad y saneamiento ambiental), proyectos que deben ser ejecutados en las circunscripciones que corresponden a las parroquias rurales beneficiarias de esos recursos.

OF. PGE. N°: 19045 de 03-10-2014

FRACCIONAMIENTOS DE PREDIOS: CONTRIBUCIÓN DE ÁREA VERDE

ENTIDAD CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón la Maná

CONSULTAS:

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).

PRONUNCIAMIENTOS:

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 p

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 el 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.

OF. PGE. N°: 13678, de 27-06-2013

G

GARANTÍA DE ANTICIPO NO DEVENGADO: EJECUCIÓN DE PAGO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE GUAYAQUIL

CONSULTA:

“¿El artículo 83 numeral 3 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 622 de 19 de julio de 2002 tiene el alcance jurídico para que los entes contratantes devuelvan a las compañías de seguro emisoras de pólizas de buen uso del anticipo que han pagado a los entes públicos ejecutores de las correspondientes garantías el reajuste de precios negativo del anticipo no devengado de los correspondientes contratistas que firmaron los contratos al amparo de la Ley de Contratación Pública, declarados incumplidos y que requeridos oportunamente por los entes contratantes de acuerdo con la invocada norma no devolvieron el anticipo no devengado; o por ser parte del anticipo no devengado por los contratistas declarados incumplidos no cabe su devolución, pues existe plena causa económica jurídica para el pago realizado por las pertinentes compañías de seguro a los entes contratantes?”

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 94.

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

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 76.

Ley de Contratación Pública, Arts. 83 núm. 3, 105 (derogada) y 83 núm. 3; 85, 88, 92, 93, 109 y 111 de su Reglamento Sustitutivo (derogada).

Ley General de Seguros, Art. 44.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe del Procurador Síndico de esa Municipalidad, contenido en oficio No. DAJ-2012-07262 de 5 de junio del 2012, en lo principal señala lo siguiente:

“a) El Derecho Público ecuatoriano en materia de contratación pública ha establecido con tradición que los recursos que el ente contratante entrega por concepto de anticipo al contratista tengan el respaldo de la llamada garantía de buen uso del anticipo. Tal exigencia se plantea, obviamente, en consideración a que tales recursos que se entregan a título de anticipo, son recursos públicos.

b) Como se sabe, en el período que media entre la adjudicación y la firma del contrato público es posible que se produzca el incremento de precios de uno o varios componentes que estructuran los costos unitarios de los rubros contractuales, en razón de lo cual el monto del anticipo es reajustado....

c) El tratamiento jurídico de las garantías de los contratos públicos en cuanto a su ejecución estaba regulado con precisión en el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 622 de 19 de julio de 2002. Esta normativa definía en el artículo 83 No 3 que la garantía de buen uso del anticipo se ejecuta cuando efectuada la liquidación del contrato y requerido el contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciera.

d) La garantía que respalda el buen uso del anticipo entregado al contratista público por parte del ente contratante comprende los reajustes de precios correspondientes, siendo posible que el reajuste sea positivo o negativo ...Por lo mismo es irrelevante jurídicamente si el correspondiente reajuste es positivo o negativo, pues lo de fondo, lo que justifica la ejecución de la póliza ante la respectiva compañía de seguros es la no devolución del anticipo no amortizado por parte del contratista oportunamente requerido, de acuerdo con el citado artículo 83 numeral 3”.

En base de los argumentos antes señalados, el Procurador Síndico Municipal, en el oficio No. DAJ-2012-07262 de 5 de junio de 2012, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En función de lo expuesto, es mi criterio que tanto el reajuste positivo como el negativo están comprendidos en las pólizas de seguros de buen uso del anticipo, y por lo mismo si tal reajuste –positivo o negativo- se paga por parte de la correspondiente compañía de seguros, ante el requerimiento del correspondiente contratante ante la falta de pago por parte del oportunamente requerido contratista, de acuerdo con el artículo 83 numeral 3 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, el reajuste negativo no debe ser devuelto por la entidad contratante a la compañía de seguros emisora de la póliza, pues tiene plena causa jurídica – económica. Es decir el alcance del artículo 83 numeral 3 del Reglamento antes indicado no cobija la posibilidad de tal devolución del reajuste negativo. No tiene sentido alguno”. Con relación al numeral 3 del artículo 83 de la Ley de Contratación Pública, que menciona en su consulta, la Procuraduría General del Estado se pronunció anteriormente, según consta del oficio No. 07336 de 11 de abril de 2012, en atención de una consulta formulada por el propio Municipio de Guayaquil mediante oficio No. AG-2011-41734 de 15 de diciembre de 2011. El indicado pronunciamiento concluyó en los siguientes términos:

“Del análisis que precede se concluye que, atento el carácter de recursos públicos que tienen los valores entregados como anticipo a los contratistas, según los artículos 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la ejecución de la garantía que los afianza, procede cuando el anticipo no hubiera sido devengado en su totalidad, y por tanto puede producirse en los siguientes escenarios:

- a) Como consecuencia de la declaración de terminación unilateral y anticipada por parte de la entidad contratante, que según el artículo 105 de la derogada Ley de Contratación Pública (94 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), da lugar a la liquidación de las obligaciones de las partes, en el estado en que se encuentren, debiéndose incluir en la liquidación final del contrato, de ser el caso, el monto del anticipo que no hubiere sido devengado; y,
- b) En los demás casos de terminación normal o anormal del contrato, cuando hubieren valores no devengados del anticipo que se determinaren en la liquidación final del contrato y que el contratista no devolviera luego de ser requerido por la entidad contratante, según el numeral 3 del artículo 83 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, los artículos 111 y 117 *ibidem* y 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Es pertinente reiterar que, los valores entregados por concepto de anticipo a los contratistas, son recursos públicos de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que no pierden esa calidad hasta ser totalmente devengados, según el artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, lo que determina la obligación legal de la entidad contratante de recuperar dichos recursos en todo caso en que el anticipo no se hubiere devengado, independientemente de la forma en que el contrato hubiere terminado.

En consecuencia, en cualquier caso en que el contrato termine, se habilita a la entidad contratante a ejecutar la garantía del anticipo, siempre que éste no hubiere sido totalmente devengado, por lo que la terminación unilateral no es el único caso ni constituye requisito para solicitar la ejecución de la garantía por tal concepto, sino que procede siempre que se dé por terminado el contrato, cuando el contratista no ha devengado la totalidad del anticipo. Huelga decir que, para la terminación del contrato deberá observarse el procedimiento que corresponda, según la causa que la motive”.

La consulta que atiendo se halla referida a la procedencia de que se devuelvan a las compañías de seguros, emisoras de pólizas de buen uso del anticipo, que han pagado dicha garantía a los entes públicos contratantes, cuando los contratistas declarados incumplidos y que fueron requeridos, no devolvieron el anticipo no devengado.

Conforme ha quedado señalado en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 07336 de 11 de abril de 2012, antes citado, “...en cualquier caso en que el contrato termine, se habilita a la entidad contratante a ejecutar la garantía del anticipo, siempre que éste no hubiere sido totalmente devengado”, por lo que una vez terminado un contrato, de conformidad con la derogada Ley de Contratación Pública, que regía cuando se celebraron los contratos que motivan su consulta, procedía la liquidación final del contrato, en los términos dispuestos en el Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública, que preveía:

“Art. 111.- Liquidación final del contrato.- En la liquidación económico - contable del contrato, se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores que haya recibido el contratista, los que queden por entregársele o los que le deban ser deducidos o deba devolver, por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. A este efecto, podrá procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. Si no hubiere acuerdo para efectuar la liquidación del contrato, se procederá en conformidad con los artículos 83 y 84 de la ley.

Esta liquidación final será parte del acta de recepción definitiva.

Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la liquidación. Vencido este término, causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada”.

De la norma previamente transcrita, se desprende que en la liquidación económico - contable del contrato, se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores que haya recibido el contratista, los que queden por entregársele o los que le deban ser deducidos o deba devolver, por cualquier concepto, y que la liquidación final será parte del acta de recepción definitiva, cuyo contenido estaba determinado en el artículo 109 del Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública. A su vez, añadía el último inciso del artículo 111 del Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública que los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la liquidación, cumplidos los cuales causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada.

El artículo 117 del Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública, respecto de la terminación y liquidación de contratos, preveía:

“Art. 117.- Terminación y liquidaciones de contratos.- En toda terminación de contrato deberán efectuarse las recepciones correspondientes y la liquidación de aquél, en la forma dispuesta en este reglamento, exceptuados los casos de terminación de contratos sujetos a la resolución del Juez competente, evento en el cual las

liquidaciones se realizarán judicialmente”. De lo dicho se desprende que, salvo la terminación dispuesta por un juez, en cualquier otro caso de terminación de un contrato, bajo la legislación aplicable a la fecha de suscripción de los contratos a los que se refiere su consulta, proceden las recepciones correspondientes y la liquidación del mismo, en la que se aplicarán los reajustes correspondientes, por disposición del artículo 111 del Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública.

Por su parte, el artículo 85 del Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública, con relación al reajuste de precios, al que también se refiere su consulta y en los contratos que se haya estipulado, debe ser considerado para efectos de la liquidación final del contrato, según preveía:

“Art. 85.- SISTEMA DE REAJUSTE.- Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios a que se refiere esta ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios previsto en este capítulo”.

El artículo 88 del mismo cuerpo legal, respecto de los índices para el reajuste preveía lo siguiente:

“Art. 88.- INDICES.- Para la aplicación de las fórmulas, los precios e índices de precios serán proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), mensualmente, dentro de los diez días del mes siguiente, de acuerdo con su propia reglamentación. Si por la naturaleza del contrato, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos no pudiere proporcionar los precios e índices de precios, la respectiva entidad solicitará al INEC la calificación de aquellos, tomándolos de publicaciones especializadas. El INEC, en el término de diez días contado desde la recepción de la solicitud, calificará la idoneidad de los precios e índice de precios de dichas publicaciones especializadas propuestas. En caso de que dicho instituto no lo haga en el término señalado, se considerarán calificados tales precios e índice de precios, para efectos de su inclusión en la fórmula polinómica, bajo su responsabilidad”.

Sobre la aplicación del reajuste, los artículos 92 y 93 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General a la derogada Ley de Contratación Pública ordenan, respectivamente:

“Art. 92.- Procedimiento para el cálculo del reajuste.- El valor del anticipo y de las planillas calculadas a los precios contractuales de la oferta y descontada la parte proporcional del anticipo, de haberlo pagado, será reajustado multiplicándolo por el coeficiente de reajuste que resulte de aplicar, en la fórmula o fórmulas de reajuste, los

precios o índices de precios correspondientes al mes de pago del anticipo o de la planilla.

Art. 93.- Reajuste de precios y grado de cumplimiento.- Con el objeto de determinar el cumplimiento del cronograma de trabajos para efectos de reajuste de precios, se considerarán los valores de los trabajos ejecutados en cada período previsto, en relación con los valores parciales programados en el último cronograma aprobado. La diferencia no ejecutada por causas no imputables al contratista será reajustada una vez ejecutada con los índices correspondientes al mes en que se efectúe la liquidación y pago de esa parte de obra. En caso de mora o retardo total o parcial imputable al contratista, una vez que se hayan ejecutado los trabajos, su reajuste se calculará con los índices correspondientes al mes que debió ejecutarlos conforme al cronograma vigente. En caso de mora de la entidad en el pago de planillas, éstas se reajustarán hasta la fecha en que se las cubra, por lo cual no causarán intereses”.

De las normas de la derogada Ley de Contratación Pública, previamente citadas, se desprende que el reajuste de precios procedía en contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios a que se refiere esta ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios y que para la aplicación de la fórmula polinómica se debían utilizar los precios e índices de precios del INEC correspondientes al mes siguiente de aquel en que se hubieren presentado las planillas. Es decir, que el reajuste parte de la premisa que haya existido variación de los precios unitarios estipulados en el contrato y la fecha en que dicha variación se ha producido, según dispone el antes citado artículo 93 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, que no prevé ni califica al reajuste como positivo o negativo, sino que se limita a establecer las circunstancias en que procede (variación de costos), evento en el que dispone que el reajuste se calcule sobre la base de los precios o índices de precios establecidos por el INEC, según el artículo 88 del Reglamento.

Con motivo de la consulta formulada por el Alcalde del Cantón Cayambe, respecto del “reajuste de precios negativo”, la Procuraduría General del Estado en pronunciamiento contenido en el oficio No. 17283 de 27 de octubre de 2010, ha señalado que:

“La vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, no prevén en forma expresa, como lo hace la legislación colombiana por ejemplo, el principio de la revisión de los precios o reajuste a favor de la Administración; sin embargo, conforme se acaba de analizar, las disposiciones de la Ley que rige esta materia, en tanto prevén el reajuste de precios, son generales y por tanto no se puede concluir que el reajuste beneficia únicamente al contratista”.

La premisa anterior es igualmente aplicable a los contratos celebrados durante la vigencia de la derogada Ley de Contratación Pública, como el caso que motiva su consulta.

De lo expuesto, se establece que, en los contratos celebrados al amparo de la Ley de Contratación Pública, procede el reajuste de los precios unitarios estipulados en el contrato, siempre que exista variación en los costos de los precios unitarios estipulados en el contrato, conforme lo prevé el artículo 93 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública; y en consecuencia, si dicho reajuste beneficia a la entidad contratante, se deberá incluir en la liquidación del contrato su valor, que debe deducírsele al contratista, conforme lo dispone el artículo 111 del Reglamento a la derogada Ley de Contratación Pública; y, una vez efectuada la liquidación del contrato, en caso de que el contratista ha sido requerido de devolver los valores no devengados del anticipo no lo hiciere, la entidad contratante se halla habilitada a ejecutar la garantía de buen uso del anticipo, según consta del pronunciamiento contenido en el oficio No. 07336 de 11 de abril de 2012.

En el contexto hasta aquí analizado, cabe referirse al artículo 69 de la derogada Ley de Contratación Pública, que respecto de la garantía del anticipo, disponía:

“Si por la forma de pago establecida en el contrato, la entidad debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dineros, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente los bienes...”.

En el mismo sentido, el artículo 75 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, en el artículo 139 de su Reglamento se dispone que “la amortización del anticipo se realizará en cada planilla de avance, descontando de ellas, el porcentaje de anticipo contractual que haya sido entregado...”.

El numeral 3 del artículo 83 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la derogada Ley de Contratación Pública, que cita en su consulta, dispone lo siguiente:

“Art. 83.- Ejecución de garantías.- Las garantías previstas en la ley se ejecutarán en los casos contemplados por ella, con sujeción a las siguientes normas:...

3. La garantía de anticipo será ejecutada cuando, efectuada la liquidación del contrato y requerido el contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciere;”.

La norma reglamentaria antes citada, determina que la garantía de buen uso del anticipo se ejecuta cuando al efectuar la liquidación del contrato y requerido el contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciera. Es decir, que ante la negativa del contratista de devolver el monto no devengado del anticipo, el garante o fiador cumple con esa obligación.

Las garantías que corresponden rendir al contratista en forma previa a la suscripción del contrato se pueden otorgar en cualquiera de las formas previstas en el artículo 73 de la derogada Ley de Contratación Pública, entre otras, la póliza de seguro, que refiere en su consulta.

Con relación al tema, el artículo 43 de la Ley General de Seguros establece que la empresa de seguros, dentro de su actividad, está facultada, previa autorización del Superintendente de Bancos y Seguros, para otorgar mediante la emisión de pólizas, por cuenta de terceros, a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, fianzas o garantías cuyo otorgamiento no esté prohibido por ley.

Los incisos primero, segundo, tercero y cuarto del artículo 44 de la citada Ley General de Seguros, disponen:

“Art. 44.- El afianzado está obligado a mantener en vigencia la póliza, de acuerdo a las disposiciones legales o contractuales a las que accede, hasta el total cumplimiento de las obligaciones garantizadas.

La responsabilidad de la empresa de seguros no excederá de la suma máxima asegurada indicada en la póliza o sus anexos.

En ningún caso la empresa de seguros podrá obligarse a más de lo que deba el afianzado. De igual manera, el riesgo asegurado deberá constar en forma clara y determinada sin que pueda extenderse la cobertura a otras obligaciones que por ley o contrato tenga el afianzado.

En las fianzas por anticipos, la suma asegurada se reducirá a medida que se los vaya devengando”.

En igual sentido, el artículo 69 de la derogada Ley de Contratación Pública, preveía que “... el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente los bienes....” (Artículos 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 139 de su Reglamento).

Con relación al equilibrio que debe existir entre la indemnización que paga la aseguradora y el patrimonio del beneficiario de la póliza, el tratadista argentino Carlos Alberto Ghersi señala lo siguiente:

“La idea central es que el asegurado o beneficiario repare su patrimonio que ha sido dañado por la ocurrencia del siniestro y no que, a través de éste se enriquezca de manera indebida...Nosotros agregaríamos incausadamente en términos de valores relacionados (la base de la contratación de seguro es la idea de mantener incólume el patrimonio a pesar del siniestro; desde el análisis económico del derecho, es una típica indemnización por método sustitutivo)”.

De conformidad con el artículo 69 de la derogada Ley de Contratación Pública, en concordancia con el inciso cuarto del artículo 44 de la Ley General de Seguros, se desprende que la garantía de buen uso del anticipo se reduce en la medida en que se devenga el anticipo y por lo tanto en el evento de que se ejecute esta garantía al amparo del numeral 3 del artículo 83 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la derogada Ley de Contratación Pública, dicha ejecución debe efectuarse en el monto del anticipo no devengado y reajustado en los contratos en que se haya previsto reajuste de precios, ya que si se ejecuta en un valor mayor al que adeuda el contratista por concepto de anticipo no devengado, la entidad contratante habría cobrado en exceso.

Como quedó señalado en líneas anteriores, la liquidación de un contrato celebrado al amparo de la Ley de Contratación Pública, procede en cualquier caso de terminación del mismo, conforme prevé el artículo 117 del Reglamento General Sustitutivo de la derogada Ley de Contratación Pública; en la liquidación se deben considerar los reajustes correspondientes, según dispone el artículo 111 del mismo Reglamento. Cuando hubieren valores no devengados del anticipo que se determinaren en la liquidación final del contrato y que el contratista no devolviera luego de ser requerido por la entidad contratante, procede la ejecución de la garantía de buen uso del anticipo, según el numeral 3 del artículo 83 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la también derogada Ley de Contratación Pública.

Del análisis jurídico que precede se concluye que, una vez practicada la liquidación final del contrato, e incluidos en ella los reajustes que correspondan conforme dispone el artículo 111 del Reglamento General Sustitutivo de la Ley de Contratación Pública, procede la ejecución de la garantía del anticipo según el numeral 3 del artículo 83 del citado Reglamento, por el valor no devengado del anticipo determinado en la liquidación y no devuelto por el contratista, afianzado por la respectiva póliza conforme al inciso final del artículo 44 de la Ley General de Seguros. En consecuencia, el

proceso de liquidación y reajuste debe ser anterior a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el valor no devengado.

La liquidación de los contratos, incluyendo los reajustes correspondientes, así como la procedencia y circunstancias específicas en que la entidad pública beneficiaria de la póliza de seguros recibida en garantía, solicitó su ejecución, es de responsabilidad de la entidad contratante.

El presente pronunciamiento se limita exclusivamente a la inteligencia y aplicación de normas legales y, por lo tanto, este Organismo no se pronuncia respecto a la terminación de un contrato o la ejecución de una póliza de seguro en específico.

OF. PGE. N°: 09404, de 21-08-2012

GARANTÍA DE BUEN USO DEL ANTICIPO: TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN GUAYAQUIL

CONSULTAS:

"¿Es jurídicamente posible de acuerdo con el contenido del número 3 del artículo 83 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, solicitar la ejecución de una garantía de buen uso de anticipo, por no haberse devengado el anticipo de un contrato de obra que por razones técnicas se ejecutó en menos cantidad de la prevista originalmente, anticipo no devengado que, una vez requerido en la parte proporcional por la entidad contratante, no es devuelto oportunamente por el contratista, sin que sea necesario que la entidad contratante dé por terminado unilateralmente el respectivo contrato?"

"¿La indicada disposición jurídica tiene alcance jurídico suficiente para proceder conforme a lo indicado en el párrafo anterior?"

BASES LEGALES:

Constitución Política del Ecuador, Arts. 24 y 76 (derogada).

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1, 73, 75, 92 y 94; y, 83, 111, 117 y 139 de su Reglamento General.

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

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 76.

Ley de Contratación Pública, Arts. 69, 73 lits. b) y c), 74, 102, 104 y 105 (derogada); y, 83 núm. 3, y 98 de su Reglamento.

Ley General de Seguros, Arts. 42 y 44 inciso sexto.

Código Civil, Art. 2238 y 2239.

PRONUNCIAMIENTOS:

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 06507 de 16 de febrero de 2012, se requirió el criterio de la Superintendencia de Bancos y Seguros. Dicho requerimiento ha sido atendido por el Superintendente de Bancos y Seguros mediante oficio No. SBS-IDG-2012-319 de 10 de marzo de 2012, ingresado el 12 de marzo de 2012.

El informe del Procurador Síndico de esa Municipalidad, contenido en oficio No. DAJ-CON-2011-14890 de 14 de diciembre de 2011, cita el artículo 1 de la Resolución No. INCP 005-08, que contiene las disposiciones que regulan la conclusión de los procedimientos de contratación iniciados antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y prevé que todo contrato otorgado antes de la vigencia de esa Ley Orgánica se regirá por las normas de derecho vigentes a la fecha de su celebración.

Añade el informe jurídico que en virtud de la citada Resolución, los diferentes contratos suscritos por la Municipalidad de Guayaquil, que se encuentran en proceso de liquidación, están sujetos a la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, así como al Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, publicados el 22 de febrero de 2001 en el Registro Oficial No. 272 y el 19 de julio de 2002 en el Suplemento del Registro Oficial No. 622, respectivamente.

Con tal antecedente, el Procurador Síndico de la Municipalidad consultante cita el artículo 69 de la derogada Ley de Contratación Pública, relacionado con la garantía por anticipo, así como el numeral 3 del artículo 83 del derogado Reglamento de esa Ley que prevé los casos de ejecución de garantías, y argumenta que:

"El número 3 del artículo 83 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública condiciona la ejecución de la garantía de anticipo a que, efectuada la liquidación del contrato y requerido el contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciere."; y, añade: "El texto del artículo no condiciona la ejecución de la garantía de anticipo a que previamente se haya declarado la terminación unilateral del contrato."

El informe jurídico de la Municipalidad consultante agrega que:

"...La garantía de buen uso del anticipo constituye la expresión de una política pública orientada a asegurar el buen uso de los recursos públicos, que son recursos ciudadanos, en el marco específico de una ejecución contractual.

Por consiguiente, tratase de una garantía que tutela en forma amplia un elemento de interés general: el buen uso de los recursos públicos. Por contrario sensu, el mal uso

del anticipo por el contratista debe dar lugar a la ejecución de tal póliza. Consiguiente con la amplitud del objeto de la garantía los recursos que se entregan a título de anticipo no deben ser usados para fines distintos de la ejecución contractual respectiva. Ello es claro. Pudiera darse el caso en que un contratista público transitoriamente desvíe el uso de los recursos públicos entregados a título de anticipo. Es posible que la distracción temporal - por ejemplo, por falta de liquidez del contratista para la ejecución de otro contrato - en el uso del anticipo no genere colapso de la ejecución contractual, y por ello no conduzca a la entidad contratante a la terminación unilateral del contrato por incumplimiento. Pero también podría darse el caso de que la distracción en el uso del anticipo haya llevado al incumplimiento contractual, pero el contratista remedió el incumplimiento en el tiempo previsto jurídicamente para justificar la mora o remediar el incumplimiento. En ambos casos, desde el punto de vista del objeto de la garantía, la garantía de buen uso del anticipo debiera ejecutarse por haberse hecho un mal uso del anticipo, no obstante no haberse terminado el contrato por incumplimiento del contratista. Recuérdese además que la terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista no es una obligación sino una facultad. Pues pudiera ser que en función de un análisis costo-beneficio la entidad contratante resuelva no terminar el contrato".

El Procurador Síndico de la Municipalidad de Guayaquil, cita además el fallo de 20 de julio de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, que con relación a la garantía del anticipo, en su considerando segundo expone que:

"es evidente que esta garantía de anticipo cubre una situación totalmente distinta de la de cumplimiento del contrato principal de construcción. Por ello que en la Ley aplicable al caso, en independiente norma, la del Art. 74 de la Ley de Contratación Pública, legisla todo lo referente a la garantía de anticipo, totalmente, como se dijo antes, del objeto que asegura como de la posibilidad de ser ejecutada. De ahí que pretender que las frases que antes se transcriben disponen que la garantía de anticipo solo puede ser efectivizada cuando existe una previa declaración unilateral de terminación del contrato es un serio error, pues da carácter general a una situación de carácter específico en relación con la institución de la garantía de anticipo; esta clase de garantía sustancialmente permite asegurar el cumplimiento del objeto del contrato de anticipo de allí que tenga una muy marcada diferencia forma de ser rendida y una forma diferente de cumplimiento. Es así que siendo destinada dicha garantía a asegurar el buen uso de anticipo la misma bien podría ser ejecutada cuando el contratista, a pesar de encontrarse cumpliendo a cabalidad el objeto del contrato principal, sin embargo hubiere utilizado el valor del anticipo en fines distintos de aquel para los cuales este fue concebido, circunstancia esta que como se verá de ninguna manera obliga que se haya declarado la terminación unilateral del contrato para que se haga efectiva la garantía

como se pretende. Sostener que ha habido errónea interpretación del Art. 105 de la Ley de Contratación Pública porque los casos traídos a modo de ejemplo no corresponden a la situación jurídica que se trata de ejemplificar es antijurídico e inaceptable; en consecuencia no habiendo errónea interpretación del Art. 105 de la Ley de Contratación Pública en la sentencia, tal alegación no puede servir de fundamento del recurso."

El considerando tercero del fallo, añade: "refiriéndonos al texto del Art. 98 del Reglamento a la Ley aplicable al caso, cabe señalar que el mismo preceptúa que las garantías previstas por la ley se ejecutarán en los casos contemplados por ella con sujeción a las siguientes normas: "3. La garantía de anticipo será ejecutada cuando, efectuada la liquidación del contrato y requerido al contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciere;... Dicho texto reglamentario y en consecuencia que no puede modificar el texto de la ley, hay que entenderlo dentro de la materia que pretende reglamentar y así, cuando se refiere "efectuada la liquidación del contrato" ha de entenderse el contrato de anticipo; que como señalamos anteriormente es totalmente diferente del contrato de construcción, razón por la cual naturalmente la garantía de anticipo es otra y totalmente diferente de la garantía de cumplimiento del contrato principal; y esto porque conforme hemos dejado señalado, el anticipo no forma parte de la naturaleza del contrato principal de construcción a tal punto que en un contrato de construcción, puede o no acordarse la concesión de un anticipo y tal concesión está dirigida a un sujeto concreto distinto del objeto del contrato de construcción, que quizás ayuda a su cumplimiento pero que conforme se señaló es diferente en cuanto a su naturaleza del principal de construcción. Pretender que se refiere la norma reglamentaria no a la liquidación del contrato de anticipo sino a la liquidación total del contrato efectuado evidentemente es una generalización inaceptable, pues significaría que la suerte del contrato principal está necesariamente ligada a la suerte del buen uso del anticipo lo que constituiría un evidente error de lógica y que llevaría a la absurda conclusión de que una garantía distinta a la de cumplimiento carecería de sentido. En consecuencia, lo obligatorio para hacer efectiva la garantía de buen uso de anticipo es la liquidación del anticipo entregado al contratista de allí que la condición relevante para justificar la ejecución de la garantía era la presentación de la liquidación correspondiente del contrato de anticipo y no de ninguna manera la liquidación total del contrato de construcción."

Sobre dicha base, el informe del Procurador Síndico concluye que:

"si bien la regla general, y por ende lo común, es que la ejecución de la garantía de buen uso del anticipo se realice luego de concluido el contrato por incumplimiento del contratista, atenta la naturaleza y amplitud del objeto de la garantía de buen uso del anticipo es posible que la misma se ejecute válidamente sin que sea requisito indispensable para tal ejecución la terminación unilateral del contrato por

incumplimiento del contratista. Por lo mismo, en mi concepto es jurídicamente posible solicitar la ejecución de una garantía de buen uso de anticipo, entre otros, por no haberse devengado el anticipo de un contrato de obra que por razones técnicas se ejecutó en menos cantidad de la prevista originalmente, anticipo no devengado que, una vez requerido en la parte proporcional por la entidad contratante, no es devuelto oportunamente por el contratista, sin que sea necesario que la entidad contratante dé por terminado unilateralmente el respectivo contrato."

Por su parte, el Superintendente de Bancos y Seguros en el oficio No. SBS- JDG-2012-319, al que se hizo referencia en los antecedentes de este pronunciamiento, cita los artículos 24 y 76 de la Constitución Política de 1998, los artículos 69, 104 y 105 de la derogada Ley de Contratación Pública y 83 de su Reglamento General, referidos a la garantía de buen uso del anticipo y la terminación unilateral de los contratos; y, el inciso 6 del artículo 44 de la Ley General de Seguros que establece que para el cobro de la fianza, el asegurado deberá proceder de acuerdo con lo que la ley, la obligación principal y la póliza establezcan en lo pertinente a la notificación y trámite, añadiendo que se adjuntarán los documentos que acrediten el incumplimiento a lo que se refiera a la obligación afianzada, así como a la naturaleza y monto del reclamo. Sobre dicha base normativa, el Superintendente de Bancos y Seguros concluye:

"Las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias o de cualquier otro orden jurídico deben ser aplicadas no de manera aislada sino buscando que sus contenidos y prescripciones guarden conformidad y armonía con todo el ordenamiento jurídico de tal forma que en los procedimientos administrativos se cumplan los requisitos establecidos en el ordenamiento legal respectivo. En la especie, la ejecución de una garantía no constituye acto independiente; es sin duda el resultado de un proceso integral reglado y establecido en el marco jurídico antes invocado, lo que nos permite concluir que al amparo de la legislación de orden público citada no es posible ejecutarla sin que previamente la entidad contratante haya resuelto mediante acto administrativo motivado la terminación del respectivo contrato".

En relación a la segunda consulta, la Superintendencia de Bancos y Seguros manifiesta:

"En virtud de lo expuesto en líneas procedentes (sic) considero que la disposición reglamentaria invocada en el texto de la consulta, esto es el numeral 3 del artículo 83 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública no constituye base legal y fundamento jurídico suficiente para proceder conforme menciona la entidad consultante, esto es sin que sea necesario que se dé por terminado unilateralmente el respectivo contrato obviando un procedimiento administrativo tutelado, reglado y sometido al debido proceso en sede Administrativa".

El análisis de la consulta exige considerar que, de conformidad con el artículo 2238 del Código Civil, la garantía o fianza "es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple." El artículo 2239 *ibidem*, prevé que la fianza puede ser convencional, legal o judicial.

Tanto la derogada Ley de Contratación Pública, como la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establecen un sistema de garantías que tienen por finalidad afianzar el cumplimiento de obligaciones específicas por parte de los contratistas frente a la entidad contratante.

Las garantías se deben rendir por el contratista en forma previa a la suscripción del contrato; y, se pueden otorgar en cualquiera de las formas previstas en la ley (artículo 73 de la derogada Ley de Contratación Pública y 73 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), entre ellas: garantía bancaria, póliza de seguro, hipoteca de bienes raíces y depósitos de bonos.

Para el caso de las garantías bancarias y pólizas de seguros, las letras b) y c) del citado artículo 73 de la derogada Ley de Contratación Pública, reconocían a dichas garantías, el carácter de incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato.

En similar forma, el inciso final del artículo 73 de la vigente Ley, prevé para el caso de garantía bancaria y póliza de seguro, que "no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita."

En concordancia, el inciso sexto del reformado artículo 42 de la Ley General de Seguros, dispone: "Tratándose de pólizas de seguros de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo que se contrate en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las empresas de seguros deben emitirlos cumpliendo la exigencia de que sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, por lo que tienen la obligación de pagar el valor del seguro contratado, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución."

En virtud de que la consulta se refiere a contratos suscritos al amparo de la derogada Ley de Contratación Pública, es pertinente considerar que el artículo 69 de esa Ley, con respecto a garantía del anticipo, disponía que: "Si por la forma de pago establecida en el contrato, la entidad debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en

dineros, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente los bienes." Idéntica previsión consta en el artículo 75 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, en el artículo 139 de su Reglamento se dispone que "la amortización del anticipo se realizará en cada planilla de avance, descontando de ellas, el porcentaje de anticipo contractual que haya sido entregado."

El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone que: "se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales."

El carácter de los anticipos, como recursos públicos ha quedado determinado con absoluta claridad por el segundo inciso del artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone: "Los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos, hasta el momento de ser devengados."

En concordancia, el artículo 44 de la citada Ley General de Seguros, que no ha sido reformado y que por tanto estaba vigente al tiempo en que regía la derogada Ley de Contratación Pública dispone que: "El afianzado está obligado a mantener en vigencia la póliza, de acuerdo a las disposiciones legales o contractuales a las que accede, hasta el total cumplimiento de las obligaciones garantizadas."

Con respecto a la póliza de seguro que garantiza el anticipo, el inciso cuarto del citado artículo 44 de la Ley General de Seguros dispone que: "En las fianzas por anticipos, la suma asegurada se reducirá a medida que se los vaya devengando."

De las normas hasta aquí citadas se desprende que las garantías que los contratistas del Estado deben rendir de conformidad con la Ley, son fianzas legales que aseguran el cumplimiento de obligaciones específicas respecto de la entidad contratante. En el caso de la garantía del anticipo, asegura que los recursos públicos en que el anticipo consiste y que se entregan al contratista por cuenta del contrato, van a ser destinados a la ejecución del objeto de la contratación.

El valor de la garantía por el anticipo se reduce conforme este se amortiza, según el artículo 69 de la derogada Ley de Contratación Pública (artículos 75 de la vigente Ley

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 139 de su Reglamento) y en el caso de garantía otorgada mediante póliza, según el cuarto inciso del artículo 44 de la Ley General de Seguros.

En consecuencia, la garantía por el anticipo se devuelve al contratista cuando el anticipo ha sido devengado en su totalidad pues en tal evento no existiría la obligación específica que afianza.

La liquidación del anticipo se puede efectuar antes de la terminación del contrato, con la finalidad de determinar el valor en que ha sido devengado y reducir en forma proporcional el valor de la garantía; o, para devolver la garantía, aun cuando el plazo del contrato no hubiere concluido, si durante la ejecución del contrato el anticipo hubiere sido totalmente amortizado.

Con respecto a la ejecución de la garantía del anticipo, el artículo 83 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, disponía que: "3. La garantía de anticipo será ejecutada cuando, efectuada la liquidación del contrato y requerido el contratista a devolver los valores no devengados de dicho anticipo, no lo hiciere."

Nótese que la norma reglamentaria transcrita no alude a ningún tipo específico de terminación del contrato, pues la liquidación final del contrato se efectúa según el artículo 117 del citado Reglamento "En toda terminación de contrato". En concordancia, el artículo 111 ibídem, disponía:

"Art. 111.- Liquidación final del contrato.- En la liquidación económico - contable del contrato, se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores que haya recibido el contratista, los que queden por entregársele o los que le deban ser deducidos o deba devolver, por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. A este efecto, podrá procederse a las compensaciones a que hubiere lugar". Similar disposición, en relación con la liquidación final del contrato, consta en el artículo 125 del vigente Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La liquidación final del contrato se practica cuando el contrato ha terminado; y, consiste en realizar un balance de cuentas entre los contratantes, que tiene por finalidad determinar qué debe cada parte a la otra, cuánto y por qué concepto. Dicha liquidación final del contrato deberá incluir el anticipo, si éste no hubiere sido devengado en su totalidad.

Las causas de terminación de los contratos, según los artículos 102 de la derogada Ley de Contratación Pública y 92 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son las siguientes:

Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
Por mutuo acuerdo de las partes;
Por sentencia ejecutoriada o laudo que declaren la nulidad o resolución del contrato.
Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista;
Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.

Dromi explica que: "La finalización o conclusión del contrato administrativo puede obedecer a causas normales o anormales. En las primeras estamos en presencia de una relación jurídica que finaliza regularmente, conforme a lo previsto con antelación cumplimiento del objeto y expiración del término. En las segundas, la relación jurídica contractual no se extingue por causas previstas anteriormente, sino por motivos que sobrevienen en contratos en curso de ejecución y que súbitamente le ponen fin: caducidad, rescate, rescisión, muerte, quiebra, renuncia. Las consecuencias que se derivan de una u otra circunstancia son distintas."

En igual sentido, Marienhoff señala que "los contratos 'administrativos' pueden terminar o hallar fin por dos distintas razones: 1° 'cesación de sus efectos'; 2° por su 'extinción'. De modo que una cosa es que el contrato 'cese en sus efectos' y otra diferente que dicho contrato sea 'extinguido'. En el primer supuesto el contrato termina 'normalmente' y en el segundo concluye en forma 'anormal'."

El artículo 105 de la derogada Ley de Contratación Pública (94 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública) prevén que, la terminación unilateral del contrato dará derecho a la entidad a ejecutar, si fuere del caso, la garantía por el anticipo, en la parte que corresponda, es decir en la parte del anticipo que no hubiere sido devengada.

Del análisis que precede se concluye que, atento el carácter de recursos públicos que tienen los valores entregados como anticipo a los contratistas, según los artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la ejecución de la garantía que los afianza, procede cuando el anticipo no hubiera sido devengado en su totalidad, y por tanto puede producirse en los siguientes escenarios:

a) Como consecuencia de la declaración de terminación unilateral y anticipada por parte de la entidad contratante, que según el artículo 105 de la derogada Ley de Contratación Pública (94 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), da lugar a la liquidación de las obligaciones de las partes, en el estado en que se encuentren, debiéndose incluir en la liquidación final del contrato, de ser el caso, el monto del anticipo que no hubiere sido devengado; y,

b) En los demás casos de terminación normal o anormal del contrato, cuando hubieren valores no devengados del anticipo que se determinaren en la liquidación final del contrato y que el contratista no devolviera luego de ser requerido por la entidad contratante, según el numeral 3 del artículo 83 del derogado Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, los artículos 111 y 117 *ibidem* y 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Es pertinente reiterar que, los valores entregados por concepto de anticipo a los contratistas, son recursos públicos de conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que no pierden esa calidad hasta ser totalmente devengados, según el artículo 76 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, lo que determina la obligación legal de la entidad contratante de recuperar dichos recursos en todo caso en que el anticipo no se hubiere devengado, independientemente de la forma en que el contrato hubiere terminado.

En consecuencia, en cualquier caso en que el contrato termine, se habilita a la entidad contratante a ejecutar la garantía del anticipo, siempre que éste no hubiere sido totalmente devengado, por lo que la terminación unilateral no es el único caso ni constituye requisito para solicitar la ejecución de la garantía por tal concepto, sino que procede siempre que se dé por terminado el contrato, cuando el contratista no ha devengado la totalidad del anticipo. Huelga decir que, para la terminación del contrato deberá observarse el procedimiento que corresponda, según la causa que la motive.

El presente pronunciamiento no se refiere a ningún contrato en específico, sino exclusivamente a la inteligencia y aplicación de las normas que regulan la ejecución de la garantía de anticipo.

OF. PGE. N°: 07336, de 11-04-2012

GOBIERNOS MUNICIPALES: COMPETENCIAS EXCLUSIVAS, REGULACIÓN Y CONTROL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE PÚBLICO

ENTIDAD CONSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS

CONSULTA:

“Debe la Superintendencia de Compañías, aplicar lo previsto en el artículo 264 de la Constitución de la República, titulado “Competencias Exclusivas de los Gobiernos Municipales”, que señala: Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de otras que determine la ley: numeral 6.- Planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte público dentro de su territorio cantonal; o, Aplicar el artículo 29 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, numeral 25 que faculta al Director Ejecutivo, emitir informe favorable previo y obligatorio para la Constitución Jurídica de toda Compañía o Cooperativa de Transporte Terrestre, que invoca el Director de dicha entidad?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 234 inciso tercero y 264 núm. 6.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Arts. 16, 20 núms. 13, 29 núm. 25, 27 lit. d), 31 lit. a) y 44.

Convenio de Transferencia de Funciones entre el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre y el Concejo Municipal de Loja, Cláusula Segunda, acápite 2.3.

PRONUNCIAMIENTO:

Según se desprende de su oficio, en la Intendencia de Compañías de la ciudad de Loja, varios agremiados de los taxis ejecutivos han presentado para la aprobación de constituciones de compañías, el informe de factibilidad emitido por el Ilustre Municipio de Loja, Institución que según la Directora Jurídica de la Intendencia de Compañías de Quito, tiene celebrado un Convenio de Traspaso de Funciones, inherente a la planificación, organización y regulación del tránsito y transporte terrestre urbano.

Agrega, que con fecha 5 de julio del 2010, la doctora Cristina Guerrero Aguirre, Intendente de Compañías de Loja, envía el oficio No. 10.SC.ICL.L.654 al ingeniero Ricardo Antón Khairalla, Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en el que se le consulta si el Municipio de Loja tiene competencia para emitir informes favorables, previos a la constitución de compañías; y en respuesta consignada en el oficio No. DE-CNTTTTSV-2010-1126 el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, manifiesta que es de competencia exclusiva de la Comisión Nacional de Transporte, Tránsito y Seguridad Vial, emitir el informe previo para la constitución de compañías o Cooperativas de transporte terrestre.

Según el criterio consignado en el memorando No. SC.INPA.10.343 de 12 de julio del 2010 anexo a su oficio de consulta, el Intendente Nacional de Asesoría y Procuraduría de la Superintendencia de Compañías manifiesta que una vez obtenido por parte de los taxistas ejecutivos de Loja el informe de factibilidad emitido por el Ilustre Municipio de

Loja, debe obtenerse también como complemento el informe de factibilidad previo y obligatorio emitido por el señor Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, “pues se trata de un requisito sine qua non para la constitución jurídica de toda compañía o cooperativa de transporte terrestre según los parámetros que se establezcan en el Reglamento; de lo contrario estaríamos incurriendo en vacíos legales que tarde o temprano tendrían que subsanarse”.

De manera previa a atender la consulta formulada, mediante oficio No. 15537 de 28 de julio de 2010, esta Procuraduría solicitó a usted se sirva remitir copias certificadas de los informes de factibilidad emitidos por el Municipio de Loja, presentados por los agremiados de los taxis ejecutivos para la aprobación de constituciones de compañías; así como, la Ordenanza Municipal que planifica, regula y controla el transporte de taxis con servicio ejecutivo en el cantón Loja, de 19 de noviembre de 2009. Dicho requerimiento fue atendido por usted en oficio No. SC.DSC.G.10.124 0018256 de 10 de agosto de 2010, al que adjunta copias de varios informes de factibilidad emitidos por el Municipio de Loja, presentados por las compañías de taxis ejecutivos en forma previa a la aprobación de las constituciones de dichas compañías; copia de la Ordenanza emitida por el Municipio de Loja el 19 de noviembre de 2009, relativa a la planificación, regulación y control del transporte de Taxis con servicio ejecutivo en el cantón Loja; y, copia del Convenio de Transferencia de Funciones entre el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres y el Municipio de Loja, suscrito el 11 de mayo de 1999.

Por otra parte, mediante oficio No. 15538 de 28 de julio de 2010, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Municipio del cantón Loja respecto al caso planteado, el cual fue atendido en oficio No. 01577 A-2010 de 5 de agosto de 2010, adjuntando el oficio No. 609-AJM-2010 de 4 de agosto de 2010, en el cual el Procurador Síndico Municipal manifiesta que para planificar y regular el transporte terrestre, esa Municipalidad se basa además del Convenio, en el artículo 264 numeral 6 de la Constitución de la República, en el Capítulo IV de la Competencia de las Municipalidades prevista en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y en el Capítulo VI del Reglamento General para la aplicación de la mencionada Ley, las cuales establecen la competencia de las municipalidades para planificar y regular el tránsito, los procedimientos para el otorgamiento de títulos habilitantes, y la facultad dada a los municipios que hayan asumido las competencias. Concluye el informe del Procurador Síndico expresando que la Constitución de la República es posterior a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, por lo que, las normas de esta última derogan a las antiguas; y, en consecuencia, el Ilustre Municipio de Loja debe aplicar a plenitud lo previsto en el artículo 264 numeral 6 de la Constitución de la República.

Además, con oficio No. 15539 de 28 de julio de 2010, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, el cual en oficio No. DE-2010-CNTTTSV de 17 de agosto de 2010, manifiesta que si bien el Municipio de Loja cuenta con las competencias en materia de transporte, también es cierto que debe cumplir con lo que señala la Ley de Transporte Terrestre en lo referente a sujetarse a las disposiciones de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que dispone que el informe previo y obligatorio para la constitución jurídica de toda compañía o cooperativa de transporte es función y atribución privativa e indelegable del Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, una vez que se cuente con el informe técnico solicitado a las instituciones que cuenten con las competencias en transporte, tránsito y seguridad vial, sea este el Municipio o las Comisiones Provinciales. Concluye el informe del Director Ejecutivo señalando que es de competencia exclusiva de la Comisión Nacional de Transporte, Tránsito y Seguridad Vial emitir el informe previo para la constitución de compañías o cooperativas de transporte terrestre.

De la copia del Convenio de Transferencia de Funciones suscrito el 11 de mayo de 1999 entre el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre y el Concejo Municipal de Loja en la Cláusula Segunda: "OBJETO", acápite 2.3, el referido consejo transfiere al Municipio de Loja las funciones para "Conferir informe favorable previo, para la constitución de compañías y cooperativas de transporte terrestre urbano en el Cantón Loja". En la Cláusula Tercera: "OBLIGACIONES DEL MUNICIPIO", acápite 3.5, la Municipalidad de Loja se obliga a "Remitir trimestralmente al Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres, toda la información referente a constitución de compañías y cooperativas, concesiones y permisos de operación, así como las estadísticas sobre la transportación del cantón Loja".

La Constitución Política de la República, vigente a la fecha de suscripción del referido Convenio, en el artículo 234 inciso tercero establecía lo siguiente: "El concejo municipal, además de las competencias que le asigne la ley, podrá planificar, organizar y regular el tránsito y transporte terrestre, en forma directa, por concesión, autorización y otras formas de contratación administrativa, de acuerdo con las necesidades de la comunidad".

La Ley de Tránsito y Transporte Terrestres, vigente asimismo a la fecha de suscripción del indicado Convenio, en el artículo 27 letra d), confería atribuciones al Director Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres para: "Planificar las actividades de tránsito y transporte terrestre en escala nacional, y ponerla en ejecución previa la aprobación del Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres"; y, en su artículo 31 letra a), se facultaba a los Consejos Provinciales de Tránsito y Transporte Terrestres y de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas para: "Organizar, planificar y controlar

las actividades, operaciones y servicios de tránsito y transporte terrestres en su respectiva provincia, con sujeción a las regulaciones dictadas por el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres”.

La Constitución de la República, en el artículo 264 establece que los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley: “6. Planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte público dentro de su territorio cantonal”.

La Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en el artículo 16 establece que la Comisión Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial es el ente encargado de la regulación y control del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en el país, con sujeción a las políticas emanadas del Ministerio del sector.

La mencionada Ley Orgánica, en el artículo 20 numerales 2 y 13 confiere atribuciones al Directorio de la Comisión Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, para: “Regular y controlar las actividades del transporte terrestre tránsito y seguridad vial”; y, “Otorgar a los municipios la competencia en materia de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en las áreas urbanas, siempre que cumplan los requisitos previstos en la Constitución y la presente ley”.

Según el artículo 29 numeral 25 de la referida Ley Orgánica, el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial tiene atribuciones para: “Emitir informe de factibilidad previo y obligatorio para la constitución jurídica de toda compañía o cooperativa de transporte terrestre, según los parámetros que se establezcan en el Reglamento”.

En relación con las competencias de las municipalidades, el artículo 44 de la citada Ley Orgánica de Transporte Terrestre determina que otorgada la competencia a que se hace referencia en el numeral 13 del artículo 20 de la presente Ley, se transferirán automática y obligatoriamente por parte de las Comisiones Provinciales de Tránsito, las siguientes atribuciones a las Municipalidades:

- “1. Planificar, regular y controlar el uso de la vía pública en áreas urbanas del cantón, y en las áreas urbanas de las parroquias rurales del cantón;
2. Autorizar, pruebas y competencias deportivas que se realicen, en todo el recorrido o parte del mismo, las vías públicas de su respectivo cantón en coordinación con la Comisión Provincial de esa jurisdicción y con el ente deportivo correspondiente;

3. Planificar y ejecutar las actividades de control del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial que correspondan en el ámbito de su jurisdicción, con sujeción a las regulaciones emitidas por los organismos de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial;
4. Determinar la construcción de terminales terrestres, centros de transferencia de mercaderías y alimentos y trazado de vías rápidas, trolebús, metro vía u otras;
5. Decidir sobre las vías internas de su ciudad y sus accesos, interactuando las decisiones con las autoridades de tránsito”.

La Disposición General Decimocuarta de la mencionada Ley Orgánica prescribe que la Comisión Nacional evaluará permanentemente los ámbitos de las competencias transferidas a los municipios y se someterán las observaciones a conocimiento del Directorio, en caso de ser aspectos técnicos y operativos de tránsito y seguridad vial; y, a la Contraloría General del Estado, en caso de ser aspectos relacionados con los recursos que son materia de la transferencia de competencias.

La Disposición General Décima novena de la referida Ley Orgánica, establece que para la autorización de la constitución de compañías cuyo objeto social sea materia de esta Ley, “la Superintendencia de Compañías y la Dirección Nacional de Cooperativas deberán contar previamente con un informe favorable emitido por la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial”.

La Disposición Transitoria Octava de la indicada Ley Orgánica, dispone que: “Los municipios que actualmente ejerzan competencias en materia de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, en virtud de procesos de descentralización, continuarán ejerciéndolas, sujetándose a la disposiciones de la presente Ley”.

La Disposición Final Primera de la citada Ley Orgánica, derogó todas las normas, reglamentos, resoluciones, disposiciones e instructivos que se opongan a esta Ley.

El Reglamento General para la aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en el artículo 13 numeral 14 establece que compete al Director Ejecutivo: “Elaborar los proyectos de regulación y normas técnicas que contemple los requisitos y procedimientos para la emisión del informe de factibilidad, previo y obligatorio, para la constitución jurídica de compañías o cooperativas de transporte terrestre, sujetándose a la observancia de los estudios técnicos de disponibilidad de rutas y frecuencias, y someterlos a la aprobación del Directorio”.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el artículo 29 numeral 25 y la Disposición General Decima novena de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, confieren atribuciones al Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, para emitir informe de factibilidad previo y obligatorio para la constitución jurídica de toda compañía o cooperativa de transporte terrestre, se concluye que la Superintendencia de Compañías y la Dirección Nacional de Cooperativas, deben aplicar las disposiciones antes citadas de la mencionada Ley Orgánica, por las cuales el Director Ejecutivo deberá emitir informe favorable de factibilidad previo y obligatorio para la constitución jurídica de toda compañía o cooperativa de transporte terrestre.

En cuanto a las competencias municipales, el Capítulo IV de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, trata sobre el tema y su artículo 44, citado en líneas anteriores determina que, otorgada la competencia a que se refiere el numeral 13 del artículo 20 de la misma Ley, se transfieren automática y obligatoriamente por parte de las Comisiones Provinciales de Tránsito, las atribuciones que en dicho artículo se señalan y que se circunscriben a: 1. Planificar, regular y controlar el uso de la vía pública en áreas urbanas del cantón, y en las áreas urbanas de las parroquias rurales del cantón; 2. Autorizar, pruebas y competencias deportivas que se realicen, en todo el recorrido o parte del mismo, las vías públicas de su respectivo cantón en coordinación con la Comisión Provincial de esa jurisdicción y con el ente deportivo correspondiente; 3. Planificar y ejecutar las actividades de control del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial que le correspondan en el ámbito de su jurisdicción, con sujeción a las regulaciones emitidas por los organismos de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial; 4. Determinar la construcción de terminales terrestres, centros de transferencia de mercadería y alimentos y trazado de vías rápidas, trolebús, metro vía u otras; y 5. Decidir sobre las vías internas de su ciudad y sus accesos, interactuando las decisiones con las autoridades de tránsito; por lo que, de conformidad con la Disposición Transitoria Octava de la Ley de la materia, corresponde al Municipio aplicar únicamente las competencias que la actual Ley permite, atenta la normativa vigente que ha sido expuesta a lo largo de este pronunciamiento.

OF. PGE. N°: 16251, de 14-09-2010

GUARDERÍA: PAGO EN EFECTIVO

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, Disposición General Décima Cuarta; y, 240 inciso final de su Reglamento General.

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.- Prohíbese expresamente el restablecimiento, mantenimiento o creación de rubros o conceptos que impliquen beneficios de carácter económico o material no contemplados en esta ley, en lo relacionado a gastos de personal, de cualquier naturaleza, o bajo cualquier denominación, a excepción de los gastos por transporte, alimentación, guardería y uniformes, los que serán regulados por la norma que el Ministerio de Relaciones Laborales emita para el efecto”.

De 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.

OF. PGE. N°: 11538, de 16-01-2013



IMPUESTO A LA UTILIDAD Y PLUSVALÍA: TRANSFERENCIA DE DOMINIO DE INMUEBLES A TÍTULO ONEROSO

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 inciso 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 Sindica 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 traslativo 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 se 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 dominio (...).”

“(…) 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 traslativo 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 cuantitativos 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 cuantitativos 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 traspassa; 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, más 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.

OF. PGE. N°: 11923, de 06-02-2013

IMPUESTO A LOS VEHÍCULOS: COBRO EN EL LUGAR DE RESIDENCIA DEL PROPIETARIO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE GUALAQUIZA

CONSULTAS:

"¿Es procedente que el gobierno municipal de Gualaquiza, cobre el impuesto a los vehículos, aduciendo como lugar de registro del vehículo, el lugar de residencia de su propietario, particular que consta en la matrícula, o a qué lugar de registro se refiere el Art. 542 del COOTAD?"

"¿Es procedente que las Comisiones Provinciales de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, no acepten el comprobante de pago del impuesto a los vehículos, realizado en la jurisdicción de otra provincia?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 237 num3.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 113, 115, 130, 154, 491, 538, 539, 540, 541 y 542.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Arts. 13 lit. b), 15, 31 al 36, 102, 103, 139 lit. o), Disposición Transitoria Vigésimo Cuarta; y, 13 núm. 6, y 150 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Régimen Municipal Art. 359 (derogada).
Código Tributario, Art. 59.
Código Civil, Art. 45.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El artículo 13 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone que son órganos con competencia en esa materia, los siguientes: a) El Ministerio del Sector; b) La Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus órganos desconcentrados; y, c) Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Metropolitanos y Municipales y sus órganos desconcentrados.

El segundo inciso del artículo 130 del COOTAD y el artículo 15 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, asignan la rectoría general del sistema nacional de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, al Ministro del Sector; y, el artículo 29 numeral 22 de la citada Ley Orgánica, confiere al Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Tránsito atribución para "Disponer la creación, control y supervisión de los registros nacionales sobre transporte terrestre, tránsito y seguridad vial".

La letra d) del artículo 491 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, incluye entre los impuestos municipales, al impuesto sobre los vehículos; y, los artículos 538 a 542 del mismo Código lo regulan y establecen en los siguientes términos:

"Art. 538.- Forma de Pago.- Todo propietario de todo vehículo deberá satisfacer el impuesto anual que se establece en este Código.

Comenzando un año se deberá pagar el impuesto correspondiente al mismo, aun cuando la propiedad del vehículo hubiere pasado a otro dueño, quién será responsable si el anterior no lo hubiere pagado.

Prevía la inscripción del nuevo propietario en la jefatura de tránsito correspondiente se deberá exigir el pago de este impuesto".

De la norma transcrita se desprende que el sujeto pasivo del impuesto municipal a los vehículos es el propietario o dueño del automotor; y, la base imponible del tributo, según el artículo 539 del COOTAD, es el avalúo que conste registrado en el Servicio de Rentas Internas y en la jefatura provincial de tránsito correspondiente.

El artículo 542 del COOTAD, sobre cuya aplicación trata su consulta dispone: "Art. 542.- Lugar del Pago.- El impuesto se lo deberá pagar en el cantón en donde esté registrado el vehículo".

El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. GADMG 012-2011 de 6 de julio de 2011, remitido a pedido nuestro, argumenta que la disposición del artículo 542 del COOTAD es oscura "porque no se sabe a qué registro se refiere, ya que existe una base de datos del SRI y otra de la CNTTTSV y rigen a nivel nacional".

Argumenta que: "hay que entender que el impuesto a los vehículos que consta en los artículos 538 a 542 del COOTAD, está en ese cuerpo legal para ser cobrado por cada Gobierno Municipal, sino, no tendría sentido que conste en el COOTAD. Por consiguiente significa que cada Municipalidad debe crear un catastro de los vehículos, cuyos propietarios residen o están domiciliados en esa circunscripción cantonal y por ende están obligados a pagar el impuesto a los vehículos. Y será obligación de la CPTTTSV o de las Subjefaturas de Tránsito exigir que el pago del impuesto a los vehículos se realice en el lugar de residencia del Propietario".

Añade que el artículo 359 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, preveía con respecto al impuesto a los vehículos que se lo pagaría "en el cantón del domicilio del propietario". Sobre dicha base concluye que "queda claro que el impuesto a los vehículos que, establece el Art. 538 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se debe pagar en el domicilio o residencia del dueño del vehículo, para lo cual cada GAD Municipal debe crear un catastro de los vehículos, cuyos propietarios residen o están domiciliados en su circunscripción territorial cantonal".

A la consulta se ha acompañado un proyecto de Ordenanza que regula la Determinación, Administración, Control y Recaudación del impuesto a los vehículos en el cantón Gualaquiza, que prevé la creación de un catastro de vehículos en el cantón.

Con relación a la consulta, el informe No. 0280-DAJ-2011-ANT de 5 de octubre de 2011, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Agencia Nacional de Tránsito, cita los artículos 103 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y 13 numeral 6 de su Reglamento, que asignan a esa Agencia, sus Unidades Administrativas y a los GADs, competencia para emitir la matrícula; y, al Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Tránsito, atribución para diseñar y mantener el Registro Nacional de matrículas y títulos de propiedad de los vehículos.

Añade el informe de la Agencia Nacional de Tránsito que: "El artículo 538 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece el

impuesto anual a los vehículos cuya base imponible corresponde al avalúo de los vehículos que se encuentren registrados en el Servicio de Rentas Internas, Agencia Nacional de Tránsito y Comisión de Tránsito del Ecuador y se lo deberá pagar en el cantón en donde esté registrado el vehículo, según el artículo 542 de la misma norma" y concluye con el siguiente criterio:

"En consecuencia, de acuerdo a las normas jurídicas invocadas anteriormente, el lugar en el que se deberá efectuar el pago del impuesto a los vehículos es donde aquellos sean registrados. El acto mediante el cual se registra un automotor es la matriculación, como lo establece el artículo 103 de la LOTTTSV. En el caso particular el Gobierno de Gualaquiza no está facultado para matricular vehículos y realizar el registro correspondiente, puesto que no ha asumido las competencias de regulación y control del transporte terrestre, conforme lo dispuesto por el COOTAD; por lo cual tampoco puede realizar directamente el cobro del impuesto señalado en el artículo 538 del mismo Código".

El contenido de su consulta, exige considerar que de conformidad con el artículo 113 del COOTAD, las competencias son "capacidades de acción de un nivel de gobierno en un sector. Se ejercen a través de facultades. Las competencias son establecidas por la Constitución, la ley y las asignadas por el Consejo Nacional de Competencias".

El artículo 115 del citado Código Orgánico, dispone que las competencias concurrentes, "son aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia, por lo tanto deben gestionarse obligatoriamente de manera concurrente".

Con respecto a la competencia en materia de tránsito y transporte, el artículo 130 del COOTAD, confiere a los GADs atribución para planificar, regular y controlar el tránsito, transporte y seguridad vial dentro de su territorio cantonal; el inciso cuarto del mismo artículo dispone que: "Los gobiernos autónomos descentralizados municipales definirán en su cantón el modelo de gestión de la competencia de tránsito y transporte público, de conformidad con la ley, para lo cual podrán delegar total o parcialmente la gestión a los organismos que venían ejerciendo esta competencia antes de la vigencia de este Código".

El artículo 102 de la citada Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone que:

"Art. 102.- Al propietario del vehículo se le otorgará una sola matrícula del automotor, que será el documento habilitante para su circulación por las vías del país, y en ella

constará el nombre del propietario, las características y especificaciones del mismo y el servicio para el cual está autorizado.

La matrícula del vehículo registra el título de propiedad. La Comisión Nacional o sus órganos desconcentrados conferirán certificaciones sobre la propiedad del vehículo".

De conformidad con el artículo 103 reformado de la citada Ley Orgánica, "La matrícula será emitida en el ámbito de sus competencias por la Agencia Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, sus Unidades Administrativas o por los GADs, previo el pago de las tasas e impuestos correspondientes y el cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento. El documento que acredite el contrato de seguro obligatorio para accidentes de tránsito, será documento habilitante previo para la matriculación y circulación de un vehículo".

Por su parte, el inciso final del artículo 150 del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone:

"La matrícula será emitida por las Comisiones Provinciales, previo el pago de todas las tasas e impuestos vigentes y el cumplimiento de los procedimientos contemplados en el Manual respectivo emitido por la Comisión Nacional".

Ni el COOTAD, ni la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, prevén los casos en los que corresponde a los GADs emitir matrículas; sin embargo, la Disposición Transitoria Octava de la citada Ley Orgánica, prevé que: "Los municipios que actualmente ejerzan competencias en materia de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, en virtud de procesos de descentralización, continuarán ejerciéndolas, sujetándose a las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de Organización Territorial y Descentralización".

La Transitoria Décimo Octava ibídem, prevé que: "Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Metropolitanos y Municipales asumirán las competencias en materia de planificación, regulación, control de tránsito, transporte terrestre y seguridad vial, una vez que hayan cumplido con el procedimiento establecido en el COOTAD. Hasta tanto la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, ejercerá tales competencias".

El procedimiento de transferencia de competencias a los GADs, está establecido en el artículo 154 del COOTAD, que asigna atribución al Consejo Nacional de Competencias, para expedir una resolución motivada que debe contener el detalle de las competencias, talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos transferidos que de conformidad con la letra d) de dicha norma, entrará en vigencia

desde su publicación en el Registro Oficial, y se expedirá sobre la base de los informes habilitantes que prevé la letra a) del mismo artículo, referidos al estado de situación de la ejecución y cumplimiento de las competencias a ser descentralizadas y un informe de la capacidad operativa de los gobiernos autónomos descentralizados para asumir las nuevas competencias.

Según la letra b) del artículo 13 reformado de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, actúa a través de sus órganos desconcentrados.

Es pertinente considerar que los artículos 31 a 36 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que regulaban el funcionamiento y atribuciones de las Comisiones Provinciales de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, fueron derogadas por la Ley reformativa, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo del 2011, que creó la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, como ente encargado de la regulación, planificación y control del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en el territorio nacional, que reemplazó a la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

En consecuencia, las disposiciones de la citada Ley, que asignan atribuciones para emitir matrículas, a las Comisiones Provinciales, deben ser entendidas en el contexto de la Ley reformativa, que confieren dichas atribuciones a la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus órganos desconcentrados.

En forma adicional, es pertinente considerar que la letra b) del artículo 30 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, prevé que constituyen recursos de la Agencia Nacional de Tránsito "b) Los provenientes de los derechos por el otorgamiento de matrículas, placas y títulos habilitantes para la operación de servicios de transporte, tránsito y seguridad vial en el ámbito nacional que no incluyan las jurisdicciones regionales, metropolitanas y municipales que asuman las competencias respectivas"; y, el inciso final del mismo artículo prevé que: "Los recursos mencionados en el literal b) serán distribuidos automáticamente conforme lo establezca el Consejo Nacional de Competencias una vez que los Gobiernos Autónomos Descentralizados asuman las competencias respectivas."

El ordenamiento jurídico constituye una unidad en la que cada una de sus partes debe guardar armonía con las demás, por ello, a fin de ilustrar el tema, es pertinente considerar que en materia de infracciones de tránsito, también se hace referencia a la autoridad competente para efectuar el registro del vehículo, cuando se dispone en la

letra o) del artículo 139 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que constituye contravención leve de primera clase, la siguiente: "o) El comprador de un vehículo automotor que no registre, en el organismo de tránsito correspondiente, el traspaso de dominio del bien, dentro del plazo de treinta días, contado a partir de la fecha del respectivo contrato."

El domicilio fue establecido como lugar de pago del impuesto municipal a los vehículos, por el artículo 359 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, conforme argumenta el informe jurídico de la Municipalidad consultante; sin embargo, la norma vigente, contenida en el artículo 542 del COOTAD, no contiene tal previsión y por el contrario, determina que el impuesto a los vehículos se lo debe pagar en el cantón en que esté registrado el vehículo, que puede o no coincidir con aquel en el que su propietario tenga su domicilio.

De conformidad con el artículo 59 del Código Tributario, "Para todos los efectos tributarios, se tendrá como domicilio de las personas naturales, el lugar de su residencia habitual o donde ejerzan sus actividades económicas; aquel donde se encuentren sus bienes, o se produzca el hecho generador".

El artículo 45 del Código Civil, define al domicilio como la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella; y, el artículo 56 ibidem, prevé que: "El domicilio parroquial, cantonal, provincial o relativo a cualquiera otra sección del territorio, se determina principalmente por las leyes y decretos que constituyen derechos y obligaciones especiales para objetos particulares de gobierno, policía y administración, en las respectivas parroquias, cantones, provincias, etc.; y se adquiere o pierde conforme a dichas leyes o decretos. A falta de disposiciones especiales en dichas leyes o decretos, se adquiere o pierde según las reglas de este Título".

Finalmente, resulta oportuno considerar que la Vigésima Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial dispone que la Agencia Nacional de Tránsito y sus organismos desconcentrados, la Dirección Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial, la Comisión de Tránsito del Guayas y los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Metropolitanos o Municipales, están obligados a compartir la información de la que dispongan dentro del ámbito de su competencia.

Del análisis jurídico que precede, se desprende que de conformidad con el artículo 102 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, el registro sobre la propiedad del vehículo consta en la matrícula, que según los artículos 103 de esa Ley y 150 de su Reglamento, debe ser otorgada por el respectivo organismo de tránsito, es decir por la Agencia Nacional de Tránsito y sus órganos desconcentrados,

de conformidad con la Disposición Transitoria Décimo Octava de esa Ley, hasta que los GADs asuman las competencias en materia de planificación, regulación, control de tránsito, transporte terrestre y seguridad vial, una vez que hayan cumplido con el procedimiento establecido en el COOTAD.

En consecuencia, el lugar donde debe pagarse el impuesto sobre los vehículos, de conformidad con lo previsto en el artículo 542 del COOTAD, es el lugar en que ha sido otorgada la matrícula del vehículo, por parte del organismo de tránsito correspondiente, pues la matrícula, según el artículo 102 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, es el documento que registra la propiedad del automotor, registro que constituye el hecho generador del tributo, y se otorga según el artículo 103 de la misma Ley y artículo 150 de su Reglamento, por la Agencia Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus Unidades Administrativas o por los GADs.

De conformidad con la Transitoria Octava de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la Municipalidad consultante podrá asumir competencia para otorgar matrículas, una vez que se cumpla el procedimiento de transferencia de competencias establecido en el artículo 154 del COOTAD, al que antes se hizo referencia.

No corresponde en consecuencia, considerar el domicilio del propietario del vehículo, para efectos del pago del impuesto municipal que lo grava, sino el lugar en el que el automotor hubiere sido registrado por las autoridades de tránsito, conforme se ha analizado en el presente pronunciamiento, esto es por la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, sus órganos desconcentrados y los GADs a los que se hubiere transferido dicha competencia, quienes al momento de la matriculación cobran al contribuyente el impuesto que motiva su consulta, conforme lo prevé el artículo 103 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

2. El informe inicial del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. GADMG 004-2011 de 25 de febrero de 2011, manifiesta que "las CPTTTSV de cualquier lugar del Ecuador, deben hacer valer el comprobante de pago efectuado en el Gobierno Municipal de Gualaquiza, en caso de que la residencia del dueño del vehículo sea ésta".

Respecto a esta consulta, en el informe No. 0280-DAJ-2011-ANT de 5 de octubre de 2011, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, se expresa el siguiente criterio:

"Las Comisiones Provinciales de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial fueron eliminados por la Ley Orgánica Reformatoria a la LOTTTSV, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo de 2011, por lo que la Agencia Nacional de Tránsito ejerce sus atribuciones en las jurisdicciones provinciales a través de unidades administrativas. En este sentido, las unidades administrativas provinciales deben matricular los vehículos de transporte terrestre previo el pago de las tasas e impuestos, conforme lo previsto por el artículo 103 de la LOTTTSV, en el caso particular del impuesto a los vehículos, el mismo deberá ser cancelado en el cantón donde esté matriculado el automotor como lo señala el artículo 542 del COOTAD".

La Constitución de la República, en el artículo 237 numeral 3, establece que corresponde al Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley, 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.

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

De lo expuesto se desprende, que tanto la Constitución de la República, como la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, facultan al Procurador General del Estado a absolver consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público, sobre la inteligencia o aplicación de las normas.

En el caso específico, su segunda consulta no está referida a la aplicación de normas, por lo que me abstengo de atenderla.

OF. PGE. N°: 04641, de 09-11-2011

IMPUESTO A LOS VEHÍCULOS: DOMICILIO PARA EL PAGO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN CHUNCHI

CONSULTA:

"Si es procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Chunchi pueda aplicar en su beneficio y atento a la ordenanza correspondiente la recaudación del

impuesto a los vehículos registrados con su domicilio en el Cantón Chunchi, puesto que en la actualidad la Agencia de Datos de la Comisión Nacional de Tránsito con sede en el Cantón Alausí viene exigiendo que el impuesto sea pagado en el GAD Municipal de Alausí con sustento en la norma contenida en el Art. 542 del COOTAD, a nuestro criterio haciendo una interpretación errónea del término 'donde está registrado el vehículo', pues la intención del legislador fue la de residencia o domicilio del titular de dominio del vehículo".

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 6 inciso 3, 113, 130, 154, 491 lit. d), 538, 539 y 542.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Arts. 13 lit. b), 15, 29 núm. 22, 31 al 36, 102, 103, 113, 115, 130 y Disposición Transitoria Vigésima Cuarta; y, 13 núm. 6 y 150 de su Reglamento.

Código Tributario, Art. 59.

Código Civil Art. 45.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 359, 373 y 377 (derogada).

PRONUNCIAMIENTO:

Como motivo de la consulta que sobre idéntica materia realizó el Gobierno Autónomo Descentralizado de Gualaquiza, mediante oficio No. 02039 de 26 de mayo de 2011, se solicitó el criterio institucional del Director Ejecutivo Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial. Dicho requerimiento fue atendido por el Director Ejecutivo en oficio No. 0001925-DE-ANT-2011 de 24 de octubre de 2011, al que adjunta el informe No. 0280-DAJ-2011-ANT de 5 de octubre de 2011, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Agencia, ingresados a esta Procuraduría el 24 de octubre del año 2011.

El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. 365-DJMCH de 20 de diciembre de 2011, adjunto a su oficio de consulta, cita el artículo 542 del COOTAD y argumenta lo siguiente:

"La idea del legislador, al establecer este tipo de impuesto, fue la de recompensar las inversiones efectuadas en el mejoramiento vial urbano; y, por tanto el registro de aquellos vehículos consta con el domicilio o residencia que fije el contribuyente en el lugar donde ordinariamente circula; por tanto, en cada ficha o registro consta plenamente determinado aquella dirección y, por tanto esa es la información a ser considerada para aplicar la normativa invocada".

Con tales antecedentes, el Procurador Síndico Municipal de Chunchi, en su oficio No. 365-DJMCH de 20 de diciembre de 2011, concluye con el siguiente criterio jurídico:

"Lo contrario y, que es la práctica que está implementando la Comisión Nacional de Tránsito es vulnerar el contenido del Artículo 6 del COOTAD que, garantiza la autonomía municipal y, prohíbe que ninguna función del Estado ni Autoridad extraña pueda interferir en la autonomía política, administrativa y financiera propia de los GADs estándoles especialmente prohibido d) "Privar a los Gobiernos Autónomos Descentralizados de alguno o parte de sus ingresos reconocidos por ley o hacer participar de ellos a otra entidad."; y, al ser, este impuesto un beneficio que paga el contribuyente a favor del GAD al que pertenece por su residencia y lugar en el que el vehículo circula (sic), más no un beneficio para otra jurisdicción por más que en aquella este ubicada la delegación u oficina en la que se tramite su matriculación, constituyendo una forma de generar sus propios recursos conforme la ley para su auto sustentabilidad y el mantenimiento vial urbano.

Por lo (que) estimo que la inobservancia a esta normativa acarrearía una causalidad de nulidad del acto generado y la correspondiente destitución del funcionario responsable en armonía con lo dispuesto en el inciso 3 del Art. 6 del COOTAD, razón por la que se debe aceptar el pago efectuado según el catastro municipal del GAD Chunchi, y no exigir el pago en Alausí u otra ciudad".

El informe No. 0280-DAJ-2011-ANT de 5 de octubre de 2011, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Agencia Nacional de Tránsito, cita los artículos 103 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, y 13 numeral 6 de su Reglamento, que asignan a esa Agencia, sus Unidades Administrativas y a los GADs, competencia para emitir la matrícula; y, al Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Tránsito, atribución para diseñar y mantener el Registro Nacional de matrículas y títulos de propiedad de los vehículos.

Añade el informe de la Agencia Nacional de Tránsito que: "El artículo 538 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece el impuesto anual a los vehículos cuya base imponible corresponde al avalúo de los vehículos que se encuentren registrados en el Servicio de Rentas Internas, Agencia Nacional de Tránsito y Comisión de Tránsito del Ecuador y se lo deberá pagar en el cantón en donde esté registrado el vehículo, según el artículo 542 de la misma norma"; y, concluye con el siguiente criterio:

"En consecuencia, de acuerdo a las normas jurídicas invocadas anteriormente, el lugar en el que se deberá efectuar el pago del impuesto a los vehículos es donde aquellos sean registrados. El acto mediante el cual se registra un automotor es la matriculación, como lo establece el artículo 103 de la LOTTTSV. En el caso particular, el Gobierno de Gualaquiza no está facultado para matricular vehículos y realizar el registro correspondiente, puesto que no ha asumido las competencias de regulación y control

del transporte terrestre, conforme lo dispuesto por el COOTAD; por lo cual tampoco puede realizar directamente el cobro del impuesto señalado en el artículo 538 del mismo Código".

El artículo 13 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone que son órganos con competencia en esa materia, los siguientes: a) El Ministerio del Sector; b) La Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus órganos desconcentrados; y, c) Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Metropolitanos y Municipales y sus órganos desconcentrados.

La rectoría general del sistema nacional de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial le corresponde al Ministro del Sector, de conformidad con lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 130 del COOTAD y el artículo 15 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; y, de conformidad con el artículo 29 numeral 22 de la citada Ley Orgánica, al Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Tránsito le compete la atribución de "Disponer la creación, control y supervisión de los registros nacionales sobre transporte terrestre, tránsito y seguridad vial".

Por su parte, la letra d) del artículo 491 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, entre los impuestos municipales, incluye al impuesto sobre los vehículos; y, los artículos 538 a 542 del indicado Código, que regulan dicho impuesto, disponen lo siguiente:

"Art. 538.- Forma de Pago.- Todo propietario de todo vehículo deberá satisfacer el impuesto anual que se establece en este Código.

Comenzando un año se deberá pagar el impuesto correspondiente al mismo, aun cuando la propiedad del vehículo hubiere pasado a otro dueño, quién será responsable si el anterior no lo hubiere pagado.

Prevía la inscripción del nuevo propietario en la jefatura de tránsito correspondiente se deberá exigir el pago de este impuesto".

De la norma transcrita se desprende que el sujeto pasivo del impuesto municipal a los vehículos es el propietario o dueño del automotor; y, la base imponible del tributo, según el artículo 539 del COOTAD, es el avalúo que conste registrado en el Servicio de Rentas Internas y en la jefatura provincial de tránsito correspondiente.

El artículo 542 del COOTAD, sobre cuya aplicación trata su consulta dispone: "Art. 542.- Lugar del Pago.- El impuesto se lo deberá pagar en el cantón en donde esté registrado el vehículo".

A la consulta se ha acompañado copia de "La Ordenanza de aplicación y cobro del impuesto al rodaje de vehículos dentro del cantón Chunchi", publicada en el Registro Oficial No. 547 de 18 de marzo del 2005, emitida con fundamento en los "artículos 373 y 377 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal", que antes de la expedición del COOTAD regulaban el impuesto al rodaje de vehículos.

El contenido de su consulta, exige considerar que de conformidad con el artículo 113 del COOTAD, las competencias son "capacidades de acción de un nivel de gobierno en un sector. Se ejercen a través de facultades. Las competencias son establecidas por la Constitución, la ley y las asignadas por el Consejo Nacional de Competencias".

En cuanto a las competencias concurrentes, el artículo 115 del citado Código Orgánico, dispone que: "son aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia, por lo tanto deben gestionarse obligatoriamente de manera concurrente".

Con relación a la competencia en materia de tránsito y transporte, el artículo 130 del COOTAD, confiere a los GADs atribución para planificar, regular y controlar el tránsito, transporte y seguridad vial dentro de su territorio cantonal; el inciso cuarto del mismo artículo dispone que: "Los gobiernos autónomos descentralizados municipales definirán en su cantón el modelo de gestión de la competencia de tránsito y transporte público, de conformidad con la ley, para lo cual podrán delegar total o parcialmente la gestión a los organismos que venían ejerciendo esta competencia antes de la vigencia de este Código".

El artículo 102 de la citada Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone que:

"Art. 102.- Al propietario del vehículo se le otorgará una sola matrícula del automotor, que será el documento habilitante para su circulación por las vías del país, y en ella constará el nombre del propietario, las características y especificaciones del mismo y el servicio para el cual está autorizado.

La matrícula del vehículo registra el título de propiedad. La Comisión Nacional o sus órganos desconcentrados conferirán certificaciones sobre la propiedad del vehículo".

De conformidad con el artículo 103 reformado de la citada Ley Orgánica, "La matrícula será emitida en el ámbito de sus competencias por la Agencia Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, sus Unidades Administrativas o por los GADs, previo el pago de las tasas e impuestos correspondientes y el cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento. El documento que acredite el contrato de seguro

obligatorio para accidentes de tránsito, será documento habilitante previo para la matriculación y circulación de un vehículo".

Por su parte, el inciso final del artículo 150 del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone:

"La matrícula será emitida por las Comisiones Provinciales, previo el pago de todas las tasas e impuestos vigentes y el cumplimiento de los procedimientos contemplados en el Manual respectivo emitido por la Comisión Nacional".

Ni el COOTAD, ni la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, prevén los casos en los que corresponde a los GADs emitir matrículas; sin embargo, la Disposición Transitoria Octava de la citada Ley Orgánica Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, prevé que: "Los municipios que actualmente ejerzan competencias en materia de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, en virtud de procesos de descentralización, continuarán ejerciéndolas, sujetándose a las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico de Organización Territorial y Descentralización".

La Transitoria Décimo Octava *ibidem*, determina que: "Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Metropolitanos y Municipales asumirán las competencias en materia de planificación, regulación, control de tránsito, transporte terrestre y seguridad vial, una vez que hayan cumplido con el procedimiento establecido en el COOTAD. Hasta tanto la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, ejercerá tales competencias".

El artículo 154 del COOTAD, que establece el procedimiento de transferencia de competencias a los GADs, le asigna atribución al Consejo Nacional de Competencias para expedir una resolución motivada que debe contener el detalle de las competencias, talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos transferidos que de conformidad con la letra d) de dicha norma, entrará en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial, y se expedirá sobre la base de los informes habilitantes que prevé la letra a) del mismo artículo, referidos al estado de situación de la ejecución y cumplimiento de las competencias a ser descentralizadas y un informe de la capacidad operativa de los gobiernos autónomos descentralizados para asumir las nuevas competencias.

Según la letra b) del artículo 13 reformado de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, actúa a través de sus órganos desconcentrados.

Es pertinente considerar que los artículos 31 a 36 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que regulaban el funcionamiento y atribuciones de las Comisiones Provinciales de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, fueron derogadas por la Ley reformativa, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 415 de 29 de marzo del 2011, que creó la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, como ente encargado de la regulación, planificación y control del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en el territorio nacional, que reemplazó a la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

En consecuencia, las disposiciones de la citada Ley, que asignan atribuciones para emitir matrículas, a las Comisiones Provinciales, deben ser entendidas en el contexto de la Ley reformativa, que confieren dichas atribuciones a la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus órganos desconcentrados.

La letra b) del artículo 30 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, prevé que constituyen recursos de la Agencia Nacional de Tránsito "b) Los provenientes de los derechos por el otorgamiento de matrículas, placas y títulos habilitantes para la operación de servicios de transporte, tránsito y seguridad vial en el ámbito nacional que no incluyan las jurisdicciones regionales, metropolitanas y municipales que asuman las competencias respectivas"; y, el inciso final del mismo artículo establece que: "Los recursos mencionados en el literal b) serán distribuidos automáticamente conforme lo establezca el Consejo Nacional de Competencias una vez que los Gobiernos Autónomos Descentralizados asuman las competencias respectivas."

El ordenamiento jurídico constituye una unidad en la que cada una de sus partes debe guardar armonía con las demás, por ello, a fin de ilustrar el tema, es pertinente considerar que en materia de infracciones de tránsito, también se hace referencia a la autoridad competente para efectuar el registro del vehículo, cuando se dispone en la letra o) del artículo 139 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que constituye contravención leve de primera clase, la siguiente: "o) El comprador de un vehículo automotor que no registre, en el organismo de tránsito correspondiente, el traspaso de dominio del bien, dentro del plazo de treinta días, contado a partir de la fecha del respectivo contrato."

El domicilio fue establecido como lugar de pago del impuesto municipal a los vehículos, por el artículo 359 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal; sin embargo, la norma vigente, contenida en el artículo 542 del COOTAD, no contiene tal previsión y por el contrario, determina que el impuesto a los vehículos se lo debe pagar en el

cantón en que esté registrado el vehículo, que puede o no coincidir con aquel en el que su propietario tenga su domicilio.

De conformidad con el artículo 59 del Código Tributario, "Para todos los efectos tributarios, se tendrá como domicilio de las personas naturales, el lugar de su residencia habitual o donde ejerzan sus actividades económicas; aquel donde se encuentren sus bienes, o se produzca el hecho generador".

El artículo 45 del Código Civil, define al domicilio como la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella; y, el artículo 56 ibídem, prevé que: "El domicilio parroquial, cantonal, provincial o relativo a cualquiera otra sección del territorio, se determina principalmente por las leyes y decretos que constituyen derechos y obligaciones especiales para objetos particulares de gobierno, policía y administración, en las respectivas parroquias, cantones, provincias, etc.; y se adquiere o pierde conforme a dichas leyes o decretos. A falta de disposiciones especiales en dichas leyes o decretos, se adquiere o pierde según las reglas de este Título".

Finalmente, resulta oportuno considerar que la Vigésima Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial dispone que la Agencia Nacional de Tránsito y sus organismos desconcentrados, la Dirección Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial, la Comisión de Tránsito del Guayas y los Gobiernos Autónomos Descentralizados Regionales, Metropolitanos o Municipales, están obligados a compartir la información de la que dispongan dentro del ámbito de su competencia.

Del análisis jurídico que precede, se desprende que de conformidad con el artículo 102 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, el registro sobre la propiedad del vehículo consta en la matrícula, que según los artículos 103 de esa Ley y 150 de su Reglamento, debe ser otorgada por el respectivo organismo de tránsito, es decir por la Agencia Nacional de Tránsito y sus órganos desconcentrados, de conformidad con la Disposición Transitoria Décimo Octava de esa Ley, hasta que los GADs asuman las competencias en materia de planificación, regulación, control de tránsito, transporte terrestre y seguridad vial, una vez que hayan cumplido con el procedimiento establecido en el COOTAD.

En consecuencia, el lugar donde debe pagarse el impuesto sobre los vehículos, de conformidad con lo previsto en el artículo 542 del COOTAD, es el lugar en que ha sido otorgada la matrícula del vehículo, por parte del organismo de tránsito correspondiente, pues la matrícula, según el artículo 102 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, es el documento que registra la propiedad del automotor, registro que constituye el hecho generador del tributo, y se otorga según el artículo 103

de la misma Ley y artículo 150 de su Reglamento, por la Agencia Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus Unidades Administrativas o por los GADs.

De conformidad con la Transitoria Octava de la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, la Municipalidad consultante podrá asumir competencia para otorgar matrículas, una vez que se cumpla el procedimiento de transferencia de competencias establecido en el artículo 154 del COOTAD, al que antes se hizo referencia.

No corresponde en consecuencia, considerar el domicilio del propietario del vehículo, para efectos del pago del impuesto municipal que lo grava, sino el lugar en el que el automotor hubiere sido registrado por las autoridades de tránsito, conforme se ha analizado en el presente pronunciamiento, esto es por la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, sus órganos desconcentrados y los GADs a los que se hubiere transferido dicha competencia, quienes al momento de la matriculación cobran al contribuyente el impuesto que motiva su consulta, conforme lo prevé el artículo 103 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

En similares términos me pronuncié mediante oficio No. 04641 de 9 de noviembre de 2011, en atención de la consulta formulada por el Alcalde del Gobierno Municipal de Gualaquiza.

Respecto a la procedencia de que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Chunchi, cobre el impuesto a los vehículos en base de la "La Ordenanza de aplicación y cobro del impuesto al rodaje de vehículos dentro del cantón Chunchi", publicada en el Registro Oficial No. 547 de 18 de marzo del 2005, conformé señalé previamente, dicha normativa fue emitida con fundamento en los artículos 373 y 377 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (Se refiere a la Ley Orgánica de Régimen Municipal publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 331 de 15 de octubre de 1971), actualmente derogada, por lo que Municipalidad de Chunchi deberá reformar la indicada Ordenanza para que guarde armonía con el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

OF. PGE. N°: 05849, de 09-01-2012

IMPUESTO DE PATENTE: DOMICILIO Y ACTIVIDAD ECONÓMICA

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN LORETO

CONSULTA:

“¿Es requisito sine qua non para ser considerado como sujeto pasivo del Impuesto de Patente tener domicilio y actividad económica permanente dentro de la jurisdicción cantonal donde se genera la obligación tributaria o se puede considerar como sujeto pasivo del impuesto antes referido a las personas naturales y/o jurídicas que tengan actividades económicas eventuales o temporales dentro de la jurisdicción cantonal?”

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 547, 548 y 551.

Código Tributario, Arts. 15, 16, 23, 24 y 68.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su requerimiento, mediante oficio No. 08751 de 11 de julio de 2012, esta Procuraduría solicitó al Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas el criterio institucional respecto al caso planteado, el cual fue atendido por el Director Ejecutivo Encargado de la AME en oficio No. 580-DE-441-DNAJJ-2012 de 20 de julio de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 26 de julio del presente año.

En su oficio expone que, el Gerente General de la compañía TRIBOILGAS CÍA. LTDA. en oficio No. TBG-0041-2012 ha presentado una reclamación en la que “aduce que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, para la aplicación del mismo, es requisito sine qua non que el sujeto pasivo de la obligación tributaria del impuesto de patente, debe tener una actividad económica permanente con domicilio fijo dentro de la jurisdicción del Cantón donde se realice dicha actividad y, en tal consideración TRIBOILGAS CÍA. LDA., no tiene domicilio ni actividad económica financiera dentro de la jurisdicción del Cantón Loreto”.

Según consta en el memorando No. 198 de 27 de junio de 2012, anexo a su consulta, suscrito por el Procurador Síndico Municipal de Loreto, el representante legal de la compañía TRIBOILGAS CÍA. LTDA. manifiesta “no ser procedente el cobro de impuestos de patente municipal y el 1.5 x 1.000 de los activos totales, por cuanto Triboilgas no tiene una actividad permanente dentro del cantón Loreto, que al tenor de lo dispuesto en el Art. 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la premisa determinante para el cobro en el caso de impuesto de

patentes, es que el sujeto pasivo de la obligación tributaria mantenga una actividad de carácter comercial, industrial, financiera, inmobiliario y profesional de manera permanente”.

Agrega el Procurador Síndico que el término “permanente” ha dado lugar para que muchos sujetos pasivos que han sido notificados con el cobro del impuesto de patentes, “luego de realizarse la declaración presuntiva por parte de la administración tributaria municipal, han argumentado que la labor que ellos desempeñan no tiene el carácter de permanente; en el caso de la Compañía TRIBOILGAS CÍA. LTDA., aduce no tener activos o actividad permanente en el territorio del Cantón Loreto, en consideración que los servicios que presta a PETROECUADOR, dando mantenimiento a pozos petroleros cuya duración no supera los treinta días, luego de lo cual nos trasladamos hacia otro lugar donde opera PETROECUADOR en las provincias de Sucumbíos y Orellana, por lo que su actividad es ocasional en el cantón Loreto”.

Concluye el Procurador Síndico Municipal de Loreto expresando que, “la actividad realizada por la Compañía TRIBOILGAS CÍA. LTDA., no se enmarca dentro de lo dispuesto en el Art. 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, para ser considerado sujeto pasivo del Impuesto de patente Municipal”.

En el oficio No. 580-DE-441-DNAJJ-2012 de 20 de julio de 2012, el Director Ejecutivo de la AME (E), manifiesta que: “son sujetos pasivos del impuesto de patente, las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan de manera permanente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales, con domicilio o establecimiento en una jurisdicción cantonal. Por tanto, corresponderá a la administración tributaria municipal establecer el carácter de permanencia conforme a la actividad económica que desarrolla TRIBOILGAS CÍA. LTDA., así como determinar su domicilio o establecimiento al amparo de lo dispuesto en el Capítulo VIII del Título I Código Orgánico Tributario”.

De conformidad con el artículo 15 del Código Tributario, la obligación tributaria “es el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley”.

Según el artículo 16 del mencionado Código, “Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo”.

Respecto al nacimiento de la obligación tributaria, el artículo 18 del indicado Código establece que dicha obligación “nace cuando se realiza el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo”; y en cuanto a su exigibilidad, el artículo 19 del Código Tributario, dispone:

“La obligación tributaria es exigible a partir de la fecha que la ley señale para el efecto.

A falta de disposición expresa respecto a esa fecha, regirán las siguientes normas:

1ª.- Cuando la liquidación deba efectuarla el contribuyente o el responsable, desde el vencimiento del plazo fijado para la presentación de la declaración respectiva; y, 2ª.- Cuando por mandato legal corresponda a la administración tributaria efectuar la liquidación y determinar la obligación, desde el día siguiente al de su notificación”.

De acuerdo con los artículos 23 y 24 del Código en referencia, el sujeto activo de la obligación tributaria, es el ente público acreedor del tributo; en tanto que el sujeto pasivo es, “la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable”.

Según el artículo 25 del indicado Código, “Contribuyente es la persona natural o jurídica a quien la ley impone la prestación tributaria por la verificación del hecho generador”.

Respecto de la facultad determinadora, el artículo 68 del Código en análisis, prescribe que la determinación de la obligación tributaria “es el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo”.

El doctor Luis Toscano Soria, en su obra “Procedimientos Administrativos y Contenciosos en Materia Tributaria”, Edición 2006, (pág. 122-123) manifiesta que, no se puede desconocer a la obligación tributaria como el “vínculo jurídico existente entre los sujetos acreedores del tributo y las personas naturales o jurídicas u otras formas de asociación o significación económica en calidad de sujetos pasivos, en virtud del cual, estos últimos, están obligados a realizar prestaciones en dinero en la gran mayoría de casos, en especies o servicios, en casos especiales, por la verificación del hecho generador. (...) sujeto activo es el ente acreedor del tributo, siendo el más importante el Estado, el sujeto pasivo, obligado al pago del tributo en calidad de contribuyente o responsable y el hecho generador o hecho imponible, que según definición del Código Tributario es el presupuesto establecido en la ley para configurar cada tributo, o dicho en otras palabras, el presupuesto legal que una vez producido da nacimiento a la

obligación. (...) en el impuesto de patente el hecho generador es el ejercicio de cualquier actividad económica, incluidas la actividad industrial, comercial”.

En el caso del impuesto de patente que motiva su consulta, el hecho generador se encuentra previsto en el artículo 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, el cual establece lo siguiente:

“Están obligados a obtener la patente y, por ende, el pago anual del impuesto de que trata el artículo anterior, las personas naturales, jurídicas, sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal o metropolitana, que ejerzan permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales”.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, Editorial Eliasta, (Tomo VI, pág. 215) define el término “permanente” en los siguientes términos: “Continuo y duradero en el tiempo. II De actuación incesante. II Con destino y funciones fijas...”.

En relación con el término “eventual” mencionado en su consulta, el mencionado autor (Tomo III, pág. 607) expresa lo siguiente: “Sujeto a contingencia; de realización incierta o imprevisible. II Transitorio, pasajero...”.

La exigibilidad de obtener la patente municipal o metropolitana se encuentra prevista en el inciso primero del artículo 548 del COOTAD, con el siguiente texto:

“Para ejercer una actividad comercial, industrial o financiera se deberá obtener una patente anual, previa inscripción en el registro que mantendrá, para estos efectos, cada municipalidad. Dicha patente se la deberá obtener dentro de los treinta días siguientes al día final del mes en el que se inician esas actividades, o dentro de los treinta días siguientes al día final del mes en que termina el año”.

La facultad determinadora para obtener la patente, se encuentra contemplada en el inciso segundo del artículo 548 del COOTAD en los siguientes términos:

“El concejo, mediante ordenanza establecerá la tarifa del impuesto anual en función del patrimonio de los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón. La tarifa mínima será de diez dólares y la máxima de veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América”.

El artículo 551 del citado COOTAD, dispone que el Servicio de Rentas Internas, previo a otorgar el Registro Único de Contribuyentes (RUC), “exigirá el pago del impuesto de patentes municipales”.

Sobre dicha base normativa, el Servicio de Rentas Internas expidió la Circular No. 8, relativa a los sujetos pasivos de impuestos administrados por el SRI que requieran inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes, en la que establece que, los sujetos pasivos que desarrollen las actividades contenidas en los grupos de actividad económica que ahí se detalla, “previo a la inscripción el Registro Único de Contribuyentes, exigirá a los respectivos sujetos pasivos el pago del impuesto de patentes municipales mediante oficios conminatorios, para que estos cumplan con su obligación de pago, de conformidad con lo señalado en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

Añade la Circular del SRI que, “Cada mes el servicio de Rentas Internas remitirá a las municipalidades la lista de los contribuyentes inscritos en el RUC, para que estas últimas ejerzan sus facultades legales ante el no pago del impuesto de patentes, de conformidad con la ley...El detalle de actividades señaladas en la presente circular, únicamente sirve de referencia en la obtención del RUC, y no incide en la obligación de los contribuyentes de pagar el impuesto a las patentes, de conformidad con la ley y las respectivas ordenanzas emitidas por los gobiernos autónomos descentralizados, que se constituyen en el sujeto activo de este tributo”.

Por lo expuesto, toda vez que de conformidad con el artículo 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, están obligados a obtener la patente y por ende el pago anual del impuesto, las personas naturales, jurídicas, sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal o metropolitana que ejerzan permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales; se concluye que, es requisito para ser considerados sujetos pasivos del impuesto de patente, que dichas personas naturales o jurídicas ejerzan permanentemente sus actividades en la respectiva jurisdicción cantonal o metropolitana.

Este pronunciamiento se limita al análisis de la aplicación de las normas jurídicas. La resolución de las situaciones específicas de los sujetos pasivos de los tributos municipales, corresponde al respectivo gobierno autónomo descentralizado municipal, en ejercicio de su facultad determinadora establecida por el artículo 68 del Código Tributario, definida como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

OF. PGE. N°: 09488, de 27-08-2012

IMPUESTO PREDIAL: EXONERACIÓN DE PAGO A INSTITUCIONES DE BENEFICENCIA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN SUCÚA

CONSULTA:

"¿Es legal y procedente que los predios o bienes inmuebles y las construcciones y edificios de las congregaciones religiosas de diversa índole creadas como personas jurídicas ubicadas en el cantón Sucúa- área urbana- destinadas a sus fines y objeto social como instituciones educativas, de catequesis, centros ocupacionales, hospitales, asilos y otras actividades son instituciones de beneficencia o asistencia social de carácter particular, consecuentemente están exoneradas del pago del impuesto del predio urbano?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 301.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 509 lit. c).

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 94.

Código Tributario Art. 68.

D. E. N° 1682, R. O. N° 365 de 20-01-2000, Arts. 13, 17 y 22.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa copia del informe del Procurador Síndico Municipal, que consta en el oficio No. 036-DJ-GMCS- 2012 de 23 de febrero de 2012, quien expresa lo siguiente:

"En consideración a la reforma de los Estatutos de la "Sociedad de Madres Salesianas"- Acuerdo No. 754, Estatuto del Vicariato Apostólico de Méndez y Gualaquiza- Misión de los Padres Salesianos, el Contrato entre el Gobierno Nacional de la República del Ecuador y las misiones católicas del Ecuador de 21 de octubre de 2009, el Modus Vivendi con la Santa Sede, el Decreto No. 1780 de 12 de junio de 2009 publicado en el Registro Oficial No. 620 de jueves 25 de junio de 2009 y sus reformas, el reporte de exoneraciones por tipo de exoneración emitido por el Gobierno Municipal para el año 2012 en donde consta el nombre de los predios y la ubicación de las congregaciones religiosas de diferente credo o religión, son instituciones de beneficencia o asistencia social de carácter particular que se dedican o destinan sus predios, construcciones y edificios a centros educativos, aulas de catequesis, centros ocupacionales, hospitales, asilos y otras actividades y por lo tanto están exoneradas del pago del impuesto al predio urbano por así mandar el literal c) del artículo 509 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización".

La Constitución de la República, en el Art. 301 prescribe que sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos.

Por su parte, el Código Tributario, dispone que sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en la letra a) del Art. 491, entre las clases de impuestos municipales, sin perjuicio de otros tributos que se hayan creado o que se crearen para la financiación municipal o metropolitana, considera como impuesto municipal, el impuesto a la propiedad urbana. El Art. 509 del Código Orgánico citado establece las exenciones del pago de los impuestos a los predios urbanos, y son las siguientes:

- a) Los predios unifamiliares urbano- marginales con avalúos de hasta veinticinco remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general;
- b) Los predios de propiedad del Estado y demás entidades del sector público; Los predios que pertenecen a las instituciones de beneficencia o asistencia social de carácter particular, siempre que sean personas jurídicas y los edificios y sus rentas estén destinados, exclusivamente a estas funciones.

Si no hubiere destino total, la exención será proporcional a la parte afectada a dicha finalidad;

Las propiedades que pertenecen a naciones extranjeras o a organismos internacionales de función pública, siempre que estén destinados a dichas funciones; y,

Los predios que hayan sido declarados de utilidad pública por el concejo municipal o metropolitano y que tengan juicios de expropiación, desde el momento de la citación al demandado hasta que la sentencia se encuentre ejecutoriada, inscrita en el registro de la propiedad y catastrada. En caso de tratarse de expropiación parcial, se tributará por lo no expropiado.

La letra c) del Art. 509 del COOTAD, exonera del pago del impuesto predial urbano, a los inmuebles que pertenecen a las instituciones de beneficencia o asistencia social de carácter particular, siempre que sean personas jurídicas y los edificios y sus rentas estén destinados, exclusivamente a estas funciones.

El Modus Vivendi celebrado entre el Ecuador y la Santa Sede, suscrito en Quito el 24 de julio de 1937, publicado en el Registro Oficial No. 30 de 14 de septiembre de 1937,

en el artículo quinto dispuso que las Diócesis y demás organizaciones e instituciones católicas en el Ecuador tienen el carácter de personas jurídicas.

El Reglamento de Cultos Religiosos, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1682, publicado en el Registro Oficial No. 365 de 20 de enero de 2000, en el Art. 13 prescribe que se reconoce y garantiza a las entidades a las que se refiere el presente Reglamento, sus actividades de culto, difusión de doctrina, educación, cultura, servicios asistenciales, beneficios o caritativos, deportivos y similares.

Por su parte el Art. 17 del indicado Reglamento, prevé que ninguna entidad religiosa puede tener una finalidad de lucro y que los posibles beneficios económicos de las actividades que desarrollen en el ámbito comercial o financiero en el marco de las leyes, se destinarán a los fines propios de la misma entidad.

El Art. 22 del Reglamento de Cultos Religiosos dispone lo siguiente:

"Art. 22.- Como corresponde a su finalidad y naturaleza, se reconoce a las entidades religiosas que tengan personalidad jurídica conforme a la ley y este reglamento, el carácter de personas de derecho privado y utilidad social, benéfica o educacional. Por tanto, les son aplicables las exoneraciones de impuestos previstas en distintas leyes tales como la Ley de Régimen Municipal (actual Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización), Ley de Régimen Tributario Interno".

De la norma citada se desprende que el Art. 22 del Reglamento de Cultos Religiosos, reconoce a las entidades religiosas que tengan personalidad jurídica, el carácter de personas de derecho privado y utilidad social, benéfica y educacional, a las que les son aplicables las exoneraciones de impuestos previstas en distintas leyes.

Por su parte, el inciso primero del artículo 94 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, dispone que "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" y el inciso tercero prevé que "Para el gasto tributario de los ingresos de los gobiernos autónomos descentralizados, la unidad encargada de la administración tributaria de cada gobierno autónomo, la cuantificará y anexará a la proforma presupuestaria correspondiente".

Por lo expuesto, de conformidad con la letra c) del Art. 509 del COOTAD que exonera del pago del impuesto a los predios urbanos de propiedad de las instituciones de beneficencia o asistencia social, se concluye que a los predios urbanos que pertenecen a las congregaciones religiosas de ese cantón, por constituir instituciones de

beneficencia o asistencia social de carácter particular, siempre que sean personas jurídicas y los edificios y sus rentas estén destinados, exclusivamente a estas funciones, les son aplicables las exoneraciones de impuestos, están exoneradas del pago del impuesto predial a la propiedad urbana.

En consecuencia, en virtud de que el Art. 22 del Reglamento de Cultos Religiosos publicado en el Registro Oficial No. 365 de 20 de enero de 2000, reconoce a las entidades religiosas que tengan personalidad jurídica el carácter de personas de derecho privado y utilidad social, benéfica y educacional, tales entidades religiosas cumplen con los requisitos previstos en la letra c) del Art. 509 del COOTAD para que se les exonere el pago del impuesto predial a la propiedad urbana, debiendo cuantificarse el gasto tributario en los términos del artículo 94 del Código orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y anexarse a la proforma presupuestaria correspondiente.

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

OF. PGE. N°: 03951, de 29-04-2012

IMPUESTO PREDIAL RURAL: EXENCIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN CHUNCHI

CONSULTA:

Sobre la procedencia de "la aplicación del Art. 582 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, para el cálculo del impuesto predial rural, puesto que el Art. 520 del mismo cuerpo legal en su letra a) habla de las exenciones de los predios cuyo valor no exceda de quince remuneraciones básicas"; y además "si aplicando el Art. 518 para los casos en los que más de dos propiedades menores a quince remuneraciones básicas unificadas y que superen aquel valor tributan o no".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 238.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 5, 7, 53, 171, 172, 501, 502, 503, 504, 505, 514, 515, 516, 517, 518, 520 lit. a), 521, 569 y 582.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su consulta, mediante oficio No. 7127 de 23 de marzo de 2012, esta Procuraduría le solicitó el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico Municipal de Chunchi que usted representa; requerimiento que fue respondido por usted en oficio No. 303-AGADMCH de 3 de abril del 2012, al que adjunta el oficio No. 093-DJ-GADCH de 28 de marzo del 2012, suscrito por el Procurador Síndico de esa Entidad Edilicia, ingresados a la Procuraduría General del Estado el 24 de abril del 2012.

Atenta la materia consultada, mediante oficio No. 7126 de 23 de marzo de 2012, este Organismo solicitó al Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, AME, el criterio institucional respecto a los casos consultados; requerimiento que fue atendido por la Directora Ejecutiva de la AME en oficio No. 042-DE-2012-DE-254-DAJVC-2012 de 3 de abril de 2012, ingresado a esta Procuraduría el 4 de abril del presente año.

En el oficio No. 093-DJ-GADCH de 28 de marzo del 2012 remitido por usted, el Procurador Síndico Municipal menciona los artículos 238 de la Constitución de la República, 7 y 53 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, relativos a la autonomía política, administrativa y financiera de la que gozan los gobiernos autónomos descentralizados, y a la facultad normativa para expedir ordenanzas, acuerdos y resoluciones.

Cita el Procurador Síndico el artículo 5 del COOTAD, relativo a la autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales, para regirse por normas y órganos de gobierno propios, sin intervención de otro nivel de gobierno, así como de recibir los recursos que le corresponden de su participación en el Presupuesto General del Estado, y la capacidad de generar y administrar sus propios recursos; así como los artículos 171 y 172 de dicho Código Orgánico relativos a los recursos financieros de dichos gobiernos autónomos descentralizados.

Menciona el Procurador Síndico los artículos 518 y 520 del COOTAD, los cuales se relacionan con el valor imponible y las exenciones sobre el pago del impuesto predial rural; y expresa que: "al ser una de las facultades, atribuciones y competencias del

GAD Municipal, la de crearse sus propios ingresos, la de administrar los catastros inmobiliarios; atento a la normativa citada que garantiza su autonomía política, administrativa y financiera, estimo que, la forma de aplicación de la normativa contemplada en los artículos 518 y 520 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, es clara, pues la primera nos da la pauta para establecer el valor o base imponible del tributo y, allí se manda a SUMAR EL VALOR DE LOS PREDIOS QUE POSEA UN PROPIETARIO EN UN MISMO CANTÓN, DEBIENDO APLICARSE LA TARIFA AL ACUMULADO; por tanto al tenor de la norma citada si existe un contribuyente con varios predios que sumado sus avalúos supere el monto de la exención, deberá pagar el impuesto predial, previa la deducción a que tenga derecho, esto es por tercera edad, préstamos hipotecarios y los más que contempla la Ley; lo contrario implicaría una forma de evasión en perjuicio de los intereses institucionales por la reducción de sus ingresos propios".

Concluye el Procurador Síndico manifestando que: "Por todo lo anteriormente expuesto, estimo señor alcalde que es plenamente aplicable la norma del artículo 518, esto es proceder con la sumatoria de valores acumulados por los predios que posea el titular de varios de menor valor al considerado para la exención".

Si bien el texto de la pregunta del consultante hace referencia al artículo 582 del COOTAD, del desarrollo de la fundamentación del Procurador Síndico Municipal, no se encuentra ninguna mención ni análisis de dicha disposición legal.

En el oficio No. 042-DE-2012-DE-254-DAJVC-2012 de 3 de abril de 2012, mencionado en los antecedentes de este pronunciamiento, la Directora Ejecutiva de la AME cita el artículo 518 del COOTAD, así como los artículos 31 y 32 del Código Tributario, relacionados con la exención o exoneración tributaria; y manifiesta que, "Estos conceptos permiten inferir que las deducciones o las exoneraciones las puedo encontrar en diferentes leyes, así por ejemplo: Ley del Anciano; Ley sobre discapacidades; el COOTAD; entre otras. La persona que efectúa las determinaciones tributarias, que por lo general es el departamento de rentas conoce las afectaciones que por deducciones tienen las personas. A esto el Art. 518 del COOTAD lo denomina deducción previa, es decir, debo establecer todas las exenciones posibles del sujeto pasivo, para luego establecer la base imponible".

Agrega la Directora Ejecutiva de la AME, el artículo 520 letra a) del COOTAD, el cual exonera del pago del impuesto predial rural a las propiedades que no excedan del valor de quince remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

Expresa la Directora Ejecutiva de la AME que, para la determinación tributaria se debe utilizar el esquema que se especifica en dicho informe jurídico, el cual contempla el

hecho generador constituido por el valor de la propiedad, la exención o deducción tributaria y la base imponible; concluyendo que, aquellas propiedades que se encuentren por debajo de las quince remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general no están sujetas al pago del impuesto predial rural.

Concluye la Directora Ejecutiva de la AME manifestando que: "En lo que respecta a la aplicación del Art. 582 del COOTAD a los predios rurales, esto no procede en mérito a que la disposición hace referencia solamente para los predios urbanos, para ello vale revisar lo que dispone el Art. 569 del COOTAD".

El artículo 238 de la Constitución de la República, mencionado en el informe del Procurador Síndico Municipal de Chunchi, establece que los gobiernos autónomos descentralizados gozan de autonomía política, administrativa y financiera. En este sentido se expresa además el artículo 53 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD.

Respecto del artículo 582 del COOTAD, mencionado en su consulta, el cual determina la distribución del costo que deberán pagar los dueños de las propiedades, por la construcción de cercas o cerramientos realizados por las municipalidades con frente a la vía, no es aplicable al caso consultado, puesto que está comprendido dentro del Capítulo V del Título IX de dicho Código Orgánico, relativo a la contribución especial de mejoras de las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública.

El contenido de la consulta exige diferenciar los valores imponibles que deben considerarse para establecer el pago del impuesto predial urbano como el impuesto predial rural.

Respecto del impuesto a los predios urbanos, la Sección Segunda "Impuesto a los Predios Urbanos", Capítulo III, Título IX del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el artículo 501 establece que son sujetos pasivos de este impuesto los propietarios de predios ubicados dentro de los límites de las zonas urbanas; en tanto que el sujeto activo es la municipalidad o distrito metropolitano respectivo. Agrega que, para efectos de este impuesto, los límites de las zonas urbanas serán determinados por el concejo mediante ordenanza, cuya demarcación deberá tener en cuenta, preferentemente, "el radio de servicios municipales y metropolitanos, como los de agua potable, aseo de calles y otros de naturaleza semejante; y, el de luz eléctrica".

El artículo 502 del COOTAD prescribe que los predios urbanos serán valorados mediante la aplicación de los elementos de valor del suelo, valor de las edificaciones y

valor de reposición previstos en este Código. Añade que con este propósito, "el concejo aprobará mediante ordenanza, el plano del valor de la tierra, los factores de aumento o reducción del valor del terreno por los aspectos geométricos, topográficos, accesibilidad a determinados servicios, como agua potable, alcantarillado y otros servicios, así como los factores para la valoración de las edificaciones".

El artículo 503 del COOTAD contempla las deducciones por concepto de deudas hipotecarias que graven a los propietarios de los predios urbanos con motivo de su adquisición, construcción o mejora.

El artículo 504 del COOTAD contempla la banda impositiva que debe aplicarse al valor de la propiedad urbana en los siguientes términos: "Al valor de la propiedad urbana se aplicará un porcentaje que oscilará entre un mínimo de cero punto veinticinco por mil (0.25 %) y un máximo de cinco por mil (5 %) que será fijado mediante ordenanza por cada concejo municipal".

Téngase en cuenta que, conforme al artículo 505 del mencionado Código Orgánico, cuando un propietario posea varios predios valuados separadamente en una misma jurisdicción municipal, "para formar el catastro y establecer el valor catastral imponible, se sumarán los valores imponibles de los distintos predios, incluidos los derechos que posea en condominio, luego de efectuar la deducción por cargas hipotecarias que afecten cada predio. La tarifa que contiene el artículo precedente se aplicará al valor acumulado (entiéndase de las propiedades urbanas). Para facilitar el pago del tributo se podrá, a pedido de los interesados, hacer figurar separadamente los predios, con el impuesto total aplicado en proporción al valor de cada uno de ellos".

De los artículos 502 y 503 del COOTAD antes citados, se desprende que para determinar el valor imponible de los predios urbanos, el concejo municipal o metropolitano deberá aprobar mediante ordenanza el plano del valor de la tierra, los factores de aumento o reducción del terreno, la accesibilidad a los servicios públicos, así como los factores para la valoración de las edificaciones. A dichos valores deberá deducirse las cargas hipotecarias que afecten a cada predio urbano con motivo de su adquisición, construcción o mejora; y luego se aplicará al valor de dicha propiedad urbana, la tarifa impositiva que deberá ser fijada por el concejo municipal o metropolitano mediante ordenanza, considerando para el efecto, la banda impositiva que oscilará entre un mínimo de cero punto veinticinco por mil y un máximo de cinco por mil, conforme lo dispone el artículo 504 del COOTAD.

Se deberá tener en cuenta que conforme al artículo 505 del COOTAD, en el caso de que un propietario posea varios predios valuados separadamente, para establecer el valor catastral imponible deberán sumarse los valores imponibles de los distintos

predios, y efectuar la deducción por cargas hipotecarias que afecten a cada predio; luego de lo cual, se aplicará al valor acumulado, la tarifa impositiva que fije el Concejo mediante ordenanza; pudiendo a pedido de los interesados, hacer figurar separadamente los predios con el impuesto total aplicado en proporción al valor de cada uno de ellos.

En cuanto al impuesto predial rural que es motivo de su consulta, la Sección Tercera "Impuesto a los Predios Rurales", Capítulo III, Título IX del COOTAD, en los artículos 514 y 515 del COOTAD, prescriben que el sujeto activo de este impuesto es la municipalidad o distrito metropolitano donde se encuentre ubicado un predio rural; en tanto que el sujeto pasivo de dicho impuesto, son los propietarios o poseedores de los predios situados fuera de los límites de las zonas urbanas.

El inciso primero del artículo 516 del COOTAD, determina que los predios rurales serán valorados mediante la aplicación de los elementos de valor del suelo, valor de las edificaciones y valor de reposición previstos en dicho Código. Añade que con este propósito, "el concejo respectivo aprobará, mediante ordenanza, el plano del valor de la tierra, los factores de aumento o reducción del valor del terreno por aspectos geométricos, topográficos, accesibilidad al riego, accesos y vías de comunicación, calidad del suelo, agua potable, alcantarillado y otros elementos semejantes, así como los factores para la valoración de las edificaciones".

El inciso segundo del citado artículo 516 del COOTAD dispone que para efectos de cálculo del impuesto, "del valor de los inmuebles rurales se deducirán los gastos e inversiones realizadas por los contribuyentes para la dotación de servicios básicos, construcción de accesos y vías, mantenimiento de espacios verdes y conservación de áreas protegidas".

El artículo 517 del COOTAD, que contempla la banda impositiva que debe aplicarse al valor de los predios rurales, determina que: "Al valor de la propiedad rural se aplicará un porcentaje que no será inferior a cero punto veinticinco por mil (0,25 x 1000) ni superior al tres por mil (3 x 1000), que será fijado mediante ordenanza por cada concejo municipal o metropolitano".

El artículo 518 del COOTAD, referido en su consulta, determina que para establecer el valor imponible a los predios rurales "se sumarán los valores de los predios que posea un propietario en un mismo cantón y la tarifa se aplicará al valor acumulado, previa la deducción a que tenga derecho el contribuyente".

Se deberá tener en cuenta que conforme al citado artículo 518 del COOTAD, deberá sumarse únicamente los valores de los predios rurales que posea el propietario.

De conformidad con el artículo 520 letra a) del COOTAD, están exentas del pago del impuesto predial rural "Las propiedades cuyo valor no exceda de quince remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general".

Mediante Acuerdo No. 0369 el Ministro de Relaciones Laborales fijó a partir del 1 de enero del 2012, el salario básico unificado para el trabajador en general en USD 292,00 mensuales.

En el caso consultado, teniendo en cuenta que el salario básico unificado para el trabajador privado, en general, para el año 2012 es de USD 292,00 mensuales, multiplicado por quince remuneraciones básicas conforme a la letra a) del artículo 520 del COOTAD, se obtiene la suma de USD 4.380,00; por lo que, el contribuyente que posea varias propiedades rurales y que sumadas no superen dicho valor, estará exento del pago del impuesto predial rural; caso contrario estará sujeto a tributación por dicho impuesto.

Respecto de las deducciones, el artículo 521 del COOTAD, dispone que para establecer la parte del valor que constituye la materia imponible, el contribuyente tiene derecho a que se efectúen las deducciones del valor de la propiedad rural en la forma que ahí se especifica.

Por tanto, de conformidad con los artículos 516, 518 y 520 letra a) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, se concluye que para establecer el valor imponible de las propiedades rurales, previa la aplicación de las deducciones y/o exenciones contempladas en la ley, se deberán sumar los valores de todos los predios rurales que posea un propietario, y se aplicará la tarifa del impuesto al valor acumulado, siempre y cuando sumadas dichas propiedades rurales excedan de quince remuneraciones mensuales básicas unificadas del trabajador privado en general.

La tarifa impositiva del impuesto predial rural deberá ser fijada mediante ordenanza por cada concejo municipal, considerando para el efecto la banda impositiva no inferior a cero punto veinticinco por mil ni superior al tres por mil, conforme lo dispone el artículo 517 del COOTAD.

En consecuencia de lo expuesto se concluye que, cuando existan varios predios, para el pago del impuesto predial urbano conforme al artículo 505 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se sumarán los valores imponibles de los distintos predios urbanos luego de efectuar la deducción de las cargas hipotecarias que afecten a cada predio, y se aplicará la tarifa impositiva al valor acumulado, sin perjuicio de que el propietario solicite que se haga figurar

separadamente los predios con el impuesto aplicado en proporción al valor de cada uno de ellos; en tanto que, para el pago del impuesto predial rural conforme a los artículos 518 y 520 del citado COOTAD, se sumarán los valores de los predios rurales que posea el propietario, previa las deducciones y/o exenciones previstas en la ley, y se aplicará la tarifa del impuesto al valor acumulado, siempre y cuando sumadas dichas propiedades rurales excedan de quince remuneraciones mensuales básicas unificadas del trabajador privado en general.

En ambos casos, la tarifa impositiva se aplicará conforme a la ordenanza que expida cada Concejo Municipal, considerando para el efecto, las bandas impositivas mínimas y máximas de cero punto veinticinco por mil y cinco por mil para el caso de los predios urbanos; y de cero punto veinticinco por mil y tres por mil para el caso de los predios rurales, conforme lo disponen los artículos 504 y 517 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización antes citados.

OF. PGE. N°: 07946, de 21-05-2012

IMPUESTOS: ALCABALA, UTILIDADES Y PLUSVALÍA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN MEJÍA

CONSULTA:

“¿Las adjudicaciones de los lotes de terreno que realiza la Cooperativa de Vivienda “Nuestra Señora del Cisne” a sus socios, son o no actos solidarios en los términos previstos en las disposiciones legales arriba citadas y si están o no exentas de pago de tributos, especialmente de alcabala, y utilidades y plusvalía?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 66, 283 y 301.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 534 lits. a) y b), 556 al 561.

Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, Arts. 1, 5, 6, 8, 26 y 139. Código Tributario, Arts. 21, 26, 31 y 68.

Ley de Cooperativas, Art. 103.

Código Civil, Arts. 1454 y 1461.

PRONUNCIAMIENTO:

Entre los antecedentes que se han remitido adjuntos a su oficio inicial de consulta, consta copia certificada de la petición, sin fecha, dirigida al señor Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Mejía, suscrita por el señor Nelson

Fernando Gualotuña Gualotuña, en calidad de Gerente de la Cooperativa de Vivienda “Nuestra Señora del Cisne”, quien señala que las adjudicaciones que efectúe dicha Cooperativa se encuentran exentas del impuesto de alcabalas, según consta del oficio No. MIES-DNC-2012-0171-OF de 7 de febrero de 2012, que anexa a su petición.

A fin de contar con mayores elementos para atender su consulta, este Organismo con oficio No. 08495 de 26 de junio de 2012, solicitó el criterio jurídico del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, lo cual fue atendido por la Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, mediante oficio No. 516-DE-427-DNAJJ-2012 de 10 de julio de 2012, ingresado el 19 de julio del año en curso, en el cual cita los artículos 66 y 301 de la Constitución de la República, 31 del Código Tributario, letra b) del artículo 534 y 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y los artículos 1, 5, 6, 8, 26 y 139 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario; y, expresa el siguiente criterio:

“La Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario define como actos económicos solidarios, aquellos que efectúan las organizaciones sujetas a dicha ley con sus miembros dentro del ejercicio de las actividades propias de su objeto social, cuyos actos no constituyen hechos generadores de tributos (Artículos 5 y 139).

Podríamos inferir que, la Cooperativa de Vivienda “Nuestra Señora del Cisne” se encuentra amparada por el citado cuerpo de leyes, teniendo por objeto la ejecución de obras de urbanización, procediendo a realizar adjudicaciones de lotes de terreno de sus asociados, las mismas que constituirían actos económico solidarios, no sujeto a gravámenes por su naturaleza y fines para cristalizar los principios contenidos en la Constitución de la República del Ecuador”.

Adjunto a su oficio No. 2012-104-AGADMCM de 8 de junio de 2012, se ha remitido el mismo criterio jurídico contenido en el informe No. 046-2012-AJ de 22 de mayo de 2012, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, que se anexó a su oficio inicial de consulta, quien se refiere a la petición presentada por el Gerente de la Cooperativa de Vivienda “Nuestra Señora del Cisne”, y señala como antecedente lo siguiente:

“El peticionario manifiesta que la Cooperativa de Vivienda ‘Nuestra Señora del Cisne’ de la cual es su Gerente, ha adquirido un inmueble ubicado en la ciudad de Macachí, Cantón Mejía, Provincia de Pichincha, mediante escritura otorgada el 22 de marzo de 1993, inscrita en 21 de marzo de 1995; que con autorización municipal ha procedido a urbanizar; que el 12 de junio del 2010 se ha realizado el sorteo de lotes, el mismo que ha sido aprobado mediante Acuerdo Ministerial.

Con los antecedentes expuestos solicita a usted señor Alcalde la firma de las escrituras públicas de adjudicación que adjunta, las que en la cláusula sexta se hace constar que están exentas de tributos por disposición del Art. 139 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, por cuya razón no se ha pagado impuestos de alcabala ni de utilidad y plusvalía. También de la escritura se determina la cuantía del contrato”.

A continuación el Procurador Síndico Municipal en el informe No- 046-2012-AJ, hace referencia al artículo 103 de la Ley de Cooperativas, así como los artículos 5 y 139 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, las letras a) y b) del artículo 534 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, 556 al 561 del mismo Código Orgánico y artículos 1454 y 1461 del Código Civil; y, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Por las consideraciones expuestas considero que las adjudicaciones que realiza la Cooperativa de Vivienda ‘Nuestra Señora del Cisne’ a todos y cada uno de sus socios son actos solidarios y son parte del ejercicio de las actividades propias de su objeto social, habida cuenta que éstos legalmente no son considerados como actos civiles o de comercio, consecuentemente están exentos del pago de los impuestos de alcabala y de utilidades y plusvalía”.

Adicionalmente, a su oficio inicial de consulta, se ha adjuntado copia certificada del oficio No. MIES-DNC-2012-0171-OF de 7 de febrero de 2012, suscrito por el Director Nacional de Cooperativas y dirigido al Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Mejía, en el cual con respecto a los “beneficios que la Ley atribuye a este tipo de organizaciones”, señala que los artículos 5 y 139 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, determina que el acto económico solidario no constituye acto de comercio o civil y por ende no es un hecho generador de tributos y que los artículos 21 y 26 de la invocada Ley, establecen que el sector cooperativo se constituye por empresas de propiedad conjunta, gestión democrática con personalidad jurídica de derecho privado e interés social; y, señalan que las Cooperativas de Vivienda tienen por objeto la adquisición de bienes inmuebles a fin de beneficiar a sus socios con una vivienda.

Continúa el Director Nacional de Cooperativas en el oficio No. MIES-DNC-20120171-OF de 7 febrero de 2012, en el siguiente tenor:

“En este contexto, y por analogía el Director Metropolitano Financiero Tributario del Ilustre Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, previa petición, con oficio No. 2145 de fecha diciembre 13 de 2011, manifestó que esa Administración, amparada en los

artículo 527, 534 letra b) y 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; el artículo 103 de la Ley de Cooperativas y el artículo 47 de la Ley del BEV, reconoce la exoneración de los impuestos de Utilidad y Alcabala en las transferencias de dominio de bienes inmuebles destinados a cumplir programas de vivienda de interés social.

Por otro lado, cabe señalar que la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, establece en sus Disposiciones Transitorias un régimen de transición, tipificando que hasta que la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria se encuentre operativa, esta Dirección continuará actuando en funciones prorrogadas al amparo de las leyes por las que fue creada, es decir, posibilita la aplicación de la Ley de Cooperativas y su Reglamento General hasta que se produzca el supuesto fáctico ya indicado.

En consecuencia es importante señalar que el artículo 102 de la Ley de Cooperativas, declara de necesidad nacional y beneficio público a las organizaciones cooperativas; y el artículo 103 IBÍDEM, concede a las cooperativas los siguientes beneficios: ‘(...) b) Exención de los impuestos fiscales, municipales, especiales y de cualquier otra índole en los contratos de compra – venta de inmuebles que adquieran las cooperativas. Este beneficio se extiende a los particulares que vendan a ellas tales inmuebles (...)’.

Su consulta se halla referida a si las transferencias de dominio, que mediante adjudicación realiza una cooperativa de vivienda, se encuentran exentas del pago de impuestos de alcabala y utilidades y plusvalía.

Las letras c) y g) del artículo 491 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en su orden, prevén entre los impuestos municipales y metropolitanos, el impuesto de alcabala y el impuesto a las utilidades en la transferencia de predios urbanos y plusvalía de los mismos.

Según el artículo 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, el impuesto por utilidades y plusvalía, corresponde al diez por ciento sobre la utilidad o plusvalía que provengan de la transferencia de inmuebles urbanos. A su vez, dicha norma autoriza a las municipalidades a modificar el porcentaje del impuesto mediante Ordenanza y el artículo 558 del citado Código Orgánico, establece quienes son sujetos del impuesto por utilidades y plusvalía.

Respecto del impuesto a la utilidad en la venta de inmuebles, esta Procuraduría se ha pronunciado mediante oficios Nos. 02821 de 15 de julio de 2011, 00988 de 21 de marzo de 2011 y 01850 de 18 de mayo de 2011.

Por su parte, el artículo 527 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización determina que son objeto del impuesto de alcabala los actos jurídicos que contengan el traspaso de dominio de bienes inmuebles y que en dicha norma se especifican.

En cuanto a las adjudicaciones, el artículo 528 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización prevé:

“Art. 528.- Otras adjudicaciones causantes de alcabalas.- Las adjudicaciones que se hicieren como consecuencia de particiones entre coherederos o legatarios, socios y, en general, entre copropietarios, se considerarán sujetas a este impuesto en la parte en que las adjudicaciones excedan de la cuota a la que cada condómino o socio tiene derecho.”

Por su parte, la letra b) del artículo 534 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé entre las exenciones al impuesto de alcabala:

“b) En la venta o transferencia de dominio de inmuebles destinados a cumplir programas de vivienda de interés social, o que pertenezcan al sector de la economía solidaria, previamente calificados como tales por la municipalidad o distrito metropolitano respectivo, la exoneración será total”.

En cuanto al régimen de economía popular y solidaria, el artículo 283 de la Constitución de la República, prevé:

“Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios”.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, expedida con posterioridad a la promulgación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, respecto del ámbito de la misma, prescribe que:

“Art. 1.- Definición.- Para efectos de la presente Ley, se entiende por economía popular y Solidaria a la forma de organización económica, donde sus integrantes, individual o colectivamente, organizan y desarrollan procesos de producción, intercambio, comercialización, financiamiento y consumo de bienes y servicios, para satisfacer necesidades y generar ingresos, basadas en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano como sujeto y fin de su actividad, orientada al buen vivir, en armonía con la naturaleza, por sobre la apropiación, el lucro y la acumulación de capital”.

En cuanto a las formas de organización, de las entidades que integran la Economía Popular y Solidaria, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria prescribe que para efectos de dicha Ley, integran dicho sector económico, las organizaciones conformadas en los Sectores Comunitarios, Asociativos y Cooperativistas, así como también las Unidades Económicas Populares.

El artículo 5 de la Ley en análisis, define al acto económico y solidario en los siguientes términos:

“Art. 5.- Acto Económico Solidario.- Los actos que efectúen con sus miembros las organizaciones a las que se refiere esta Ley, dentro del ejercicio de las actividades propias de su objeto social, no constituyen actos de comercio o civiles sino actos solidarios y se sujetarán a la presente Ley”.

Adicionalmente el artículo 6 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, determina que las personas y organizaciones amparadas por esa Ley, deberán inscribirse en el Registro Público que estará a cargo del Ministerio de Estado que tenga a su cargo los registros sociales, con lo cual pueden acceder a los beneficios de dicho cuerpo legal.

En lo que atañe a las cooperativas de vivienda, como la que motiva su consulta, el artículo 26 de la Ley antes referida, expresa que éstas tendrán por objeto la adquisición de bienes inmuebles para la construcción o remodelación de viviendas u oficinas o la ejecución de obras de urbanización y más actividades vinculadas con éstas en beneficio de sus socios y que la adjudicación de los bienes inmuebles se efectuará previo sorteo, en Asamblea General, una vez concluidas las obras de urbanización o construcción; y, se constituirán en patrimonio familiar.

De otra parte, en cuanto al tratamiento tributario de los actos económicos solidarios, el artículo 139 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, dispone lo siguiente:

“Art. 139.- Hecho Generador de Tributos.- Los actos solidarios que efectúen con sus miembros las organizaciones a las que se refiere esta Ley, como parte del ejercicio de las actividades propias de su objeto social, no constituyen hechos generadores de tributos; en cambio, los actos y demás operaciones que efectúen con terceros, están sujetos al régimen tributario común.

Las utilidades que pudieran provenir de operaciones con terceros y que no sean reinvertidos en la organización, gravarán Impuesto a la Renta, tanto para el caso de la organización, cuanto para los integrantes cuando éstos los perciban”.

El inciso primero de la disposición antes citada, contiene una exención de tipo general para los actos solidarios que efectúen las organizaciones amparadas por la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, como parte del ejercicio de las actividades propias de su objeto social.

De otra parte, la misma Ley Orgánica de Economía Popular solidaria establece en su Disposición Transitoria Primera:

“PRIMERA.- Las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidaria, que actualmente se encuentran en funcionamiento y operación, adecuarán sus estatutos sociales a la presente Ley, de conformidad con las regulaciones que se dicten para el efecto.

Si las organizaciones no adecuren sus estatutos dentro de los plazos y regulaciones que se establezcan para el efecto, no podrán ejercer sus actividades y no accederán al fomento, promoción e incentivos que establece esta Ley. El plazo para estas adecuaciones no excederá de un año, contado a partir del nombramiento del Superintendente.

Una vez aprobado el nuevo Estatuto social de conformidad con la presente Ley, las organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, procederán a elegir a las nuevas directivas, hasta tanto seguirá actuando, la última directiva elegida vigente.”

Del inciso segundo de la transitoria previamente citada, se establece que mientras no se cumpla con el régimen de transición para las organizaciones reguladas por la Ley de Orgánica de Economía Popular y Solidaria, dichas organizaciones no pueden beneficiarse del fomento, promoción e incentivos que prevé dicho cuerpo legal.

De análisis jurídico precedente, se concluye que las adjudicaciones de los lotes de terreno que realice una cooperativa de vivienda, debidamente inscrita en el Registro Público a cargo del ministerio de Estado que tenga a su cargo los registros sociales, según dispone el artículo 6 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria,

constituyen actos económicos solidarios, en los términos del artículo 5 de la Ley *ibidem* y que por mandato de la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley Orgánica, debe adecuar su estatuto social dentro de los plazos y regulaciones que se establezcan para el efecto, ya que caso contrario no podrá ejercer sus actividades y no accederá al fomento, promoción e incentivos que establece Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria.

No obstante lo anterior, toda vez que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en la letra b) del artículo 534 dispone que la venta o transferencia de dominio de inmuebles destinados a cumplir programas de vivienda de interés social, o que pertenezcan al sector de la economía solidaria, previamente calificados como tales por la municipalidad o distrito metropolitano respectivo, se encuentran totalmente exoneradas del impuesto de alcabalas, corresponde aplicar a favor de tales organizaciones dicha exoneración.

Con respecto del impuesto a la utilidad en la venta de inmuebles, en el caso de existir utilidad, cabe señalar que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización no ha dispuesto exoneración alguna a favor de las organizaciones de economía popular y solidaria.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, por mandato de la Disposición Transitoria Primera de la indicada Ley Orgánica, una vez que las entidades de la economía popular y solidaria, que actualmente se encuentran en funcionamiento y operación, hayan adecuado sus estatutos sociales a la indicada Ley, de conformidad con las regulaciones que se dicten para el efecto (que no excederá de un año, contado a partir del nombramiento del Superintendente), pueden acceder a los beneficios que establece la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, entre ellas las exenciones previstas en el inciso primero del artículo 139 del referido cuerpo legal orgánico que prevé que los actos solidarios que efectúen las organizaciones como parte del ejercicio de las actividades propias de su objeto social se encuentran exentos del pago de tributos, en los que se incluyen los de alcabalas, y utilidades y plusvalía.

En todo caso, la Procuraduría General del Estado no puede resolver la situación en particular de la Cooperativa que motiva su consulta, ya que tal resolución le corresponde al Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Mejía, como autoridad tributaria, en ejercicio de su facultad determinadora definida por el artículo 68 del Código Tributario como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

OF. PGE. N°: 09240, de 07-08-2012

IMPUESTOS: UTILIDAD Y PLUSVALÍA DE VENTA, DONACIÓN FIDEICOMISO DE INMUEBLES URBANOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN BAÑOS DE AGUA SANTA

CONSULTA:

“Indicar si la I. Municipalidad de Baños de Agua Santa, para efectuar el cobro del porcentaje determinado por la Ley sobre las utilidades y plusvalía, debe establecer dicho impuesto en base a toda transferencia de dominio (venta, donación, fideicomiso, aportación societaria, etc.) o únicamente en base a la venta de inmuebles urbanos”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 5 núm. 2, 15, 16, 18, 24, 536, 556, 557, 558 y 559.

Código Civil, Arts. 686, 687, 691 y 702.

Ley de Mercado de Valores, Arts. 10, 104, 113 y 162.

Ley de Régimen Tributario Interno, Art. 36 lit. d); y, 54, 55, 56 y 57 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender la consulta formulada, mediante oficios Nos. 570 y 1043 de 22 de febrero y 23 de marzo del 2011, esta Procuraduría solicitó a usted se sirva remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Procurador Síndico de la Entidad Edilicia que usted representa, en relación con el objeto de su consulta, conteniendo un análisis jurídico de las normas y la posición jurídica institucional en la que se concluya en base a dicho análisis.

Dicho requerimiento fue atendido por usted en oficio No. AMB-496-011 de 28 de marzo del 2011, al que adjunta el oficio No. AJ-243-2011 de 25 de marzo del 2011, en el cual el Procurador Síndico de la Municipalidad de Baños, expresa que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización evidencia contradicciones en lo referente al impuesto a las utilidades y plusvalía, “ya que según el Art. 556 del COOTAD este impuesto grava a las utilidades y plusvalía que provengan de la transferencia de inmuebles urbanos; entendiéndose por transferencias a las ventas, donaciones, testamentos, adjudicaciones por particiones, traspaso por remates, permutas, transferencias para los aportes de capital de bienes raíces a nuevas sociedades, los aportes de bienes raíces que se efectúan para formar o aumentar el capital de sociedades industriales, etc. Según esta disposición legal, se entendería que se debe pagar el impuesto a las utilidades y plusvalía, no solamente por la compra venta de un inmueble sino también por la transferencia a título gratuito como las mencionadas anteriormente”.

Manifiesta el Procurador Síndico que el artículo 558 del COOTAD, “establece que el impuesto de utilidad y plusvalía aplica para los dueños de predios que los vendieren, es decir que se produzca una compra venta. Según el Art. 1732 de la Codificación del Código Civil Ecuatoriano, la Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero.

El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio; es decir para que aplique el impuesto a las utilidades y plusvalía necesariamente debe existir una transferencia de dominio a título oneroso”.

Concluye el Procurador Síndico manifestando que, en consideración a lo expuesto y en aplicación del numeral 2, del artículo 5 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, “la I. Municipalidad de Baños de Agua Santa, debe establecer el cobro del impuesto a las utilidades y plusvalía en base a toda transferencia de dominio que se efectúe sobre un inmueble urbano”.

El Código Tributario en el artículo 15 establece que, la obligación tributaria es el vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud de la cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley.

Respecto al hecho generador, el artículo 16 del mencionado Código dispone: “Se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo”.

En relación con la obligación tributaria, el artículo 18 del referido Código, determina que la obligación tributaria “nace cuando se realiza el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo”.

En relación con el sujeto pasivo, el artículo 24 del indicado Código expresa:

“Sujeto pasivo.- Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable.

Se considerarán también sujetos pasivos, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros, susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la ley tributaria respectiva”.

De las normas citadas se desprende, que 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 o hecho imponible; esto es, el presupuesto legal que al producirse, da nacimiento a la obligación tributaria.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el artículo 556 dispone:

“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.

Sin embargo, si un contribuyente sujeto al pago del impuesto a la renta tuviere mayor derecho a deducción por esos conceptos del que efectivamente haya podido obtener en la liquidación de ese tributo, podrá pedir que la diferencia que no haya alcanzado a deducirse en la liquidación correspondiente del impuesto a la renta, se tenga en cuenta para el pago del impuesto establecido en este artículo”.

El artículo 558 del citado Código Orgánico establece:

“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”.

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:

a) 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,

b) La desvalorización de la moneda, según informe al respecto del Banco Central”.

De otra parte, cabe tener presente que el artículo 561 del mencionado Código Orgánico, dispone que las inversiones, programas y proyectos realizados por el sector público que generen plusvalía, deberán ser consideradas en la revalorización bianual del valor catastral de los inmuebles. Agrega, que al tratarse de la plusvalía por obras de infraestructura “el impuesto será satisfecho por los dueños de los predios beneficiarios, o en su defecto por los usufructuarios, fideicomisarios o sucesores en el derecho, al tratarse de herencias, legados o donaciones conforme a las ordenanzas respectivas”.

Respecto a la “transferencia de inmuebles urbanos” mencionada por el artículo 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, cabe analizar cuándo se perfecciona la transferencia de dominio, considerando que el ordenamiento jurídico ecuatoriano distingue el título y el modo.

Así, 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.

Según el artículo 687 del Código Civil, se llama tradente 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.

De acuerdo con el artículo 691 del Código Civil, para que valga la tradición se requiere un título translativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

Conforme al artículo 695 del indicado Código Civil, si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere sin ellas el dominio.

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.

De las normas del Código Civil que anteceden, se desprende que la “tradición” constituye un modo de adquirir el dominio, y ésta puede originarse en distintos títulos.

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; es decir, cuando se produce la tradición mediante la inscripción del título translativo 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.

Respecto del “título”, el doctor Juan Larrea Holguín, en su Diccionario del Derecho Civil Ecuatoriano, Edición 2006 (pág. 448) expresa: “TÍTULO Fundamento jurídico de un derecho. Causa remota para la existencia, conservación o transferencia de un derecho”; en relación con el término oneroso (pág. 336), dice: “ONEROSO 1. Derecho adquirido mediante un pago, costo, obligación, carga u otra entrega que supone alguna disminución del patrimonio de quien adquiere dicho derecho. 2. Título de adquisición que implica algún sacrificio económico. Lo contrario del título gratuito, en el cual toda la ventaja es para el adquirente”; y, respecto del término “gratuito” (pág. 205), manifiesta: “GRATUITO Contrato o servicio que beneficia solamente a una parte, a quien recibe, sin carga equivalente. Es lo contrario de oneroso”.

En cuanto a la acepción “título oneroso”, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, 25ª Edición, Tomo VIII (pág. 107) expresa: “TÍTULO ONEROSO. La causa de adquisición de cosas o derechos a cambio de una equivalencia económica jurídica; como en la compra (precio por cosa)”; y, respecto del “título gratuito” (pág. 105): “TÍTULO GRATUITO. Causa jurídica por la que se adquiere algo sin contraprestación alguna; cual sucede con la donación y el legado”.

En relación con el término “utilidad”, el mencionado Diccionario, en el Tomo VIII (pág. 291) expresa lo siguiente: “UTILIDAD. Provecho material. II Beneficio de cualquier índole. II Ventaja. II Interés, rédito. II Fruto”; y respecto de la acepción “imponible”, el

referido Diccionario, en el Tomo IV (pág. 349), dice: “IMPONIBLE. Susceptible de ser gravado con impuesto o contribución”.

Respecto del fideicomiso, mencionado en su consulta, debo indicarle que el inciso segundo del artículo 536 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determina que están exonerados del pago de todo impuesto tasa o contribución provincial o municipal, “inclusive el impuesto de plusvalía, las transferencias de dominio de bienes inmuebles que se efectúen con el objeto de constituir un fideicomiso mercantil”.

La Ley de Mercado de Valores en el inciso primero del artículo 113, establece lo siguiente: “La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas”.

El inciso segundo del referido artículo 113 dispone: “La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil, está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuesto, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos.

Las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba la falta de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas”.

Consecuentemente, al tenor de los artículos 536 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 113 de la Ley de Mercado de Valores, no es procedente el cobro del impuesto sobre las utilidades y plusvalía previsto en el artículo 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, a la transferencia de bienes inmuebles a título de fideicomiso mercantil; es decir, la que realiza el constituyente a favor del fideicomiso y la restitución al mismo.

En cuanto a la aportación societaria mencionada en su consulta, la Ley de Compañías en la Sección I “Disposiciones Generales”, artículo 10, expresa que las aportaciones de bienes se entenderán traslativas de dominio. Agrega que, en todo caso de aportación de bienes, el Superintendente de Compañías, antes de aprobar la constitución de la compañía o el aumento de capital, “podrá verificar los avalúos mediante peritos designados por él o por medio de funcionarios de la Institución”.

Respecto a la compañía en nombre colectivo, el artículo 43 inciso segundo de la citada Ley prescribe que si el capital de dicha compañía fuere aportado en obligaciones, valores o bienes, en el contrato social se dejará constancia de ello y de sus avalúos.

En relación con la compañía de responsabilidad limitada, el artículo 104 de la referida Ley dispone que si la aportación fuere en especie, en la escritura respectiva se hará constar el bien en que consista, su valor, la transferencia de dominio en favor de la compañía y las participaciones que correspondan a los socios a cambio de las especies aportadas. Agrega, que éstas “serán valuadas por los socios o por peritos por ellos designados, y los avalúos incorporados al contrato”.

En cuanto a la compañía anónima, el artículo 162 de la indicada Ley de Compañías prescribe que en los casos en que la aportación no fuere en numerario, en la escritura se hará constar el bien en que consista tal aportación, su valor y la transferencia de dominio que del mismo se haga a la compañía, los cuales serán valuados. Añade, que: “En la designación de los peritos y en la aprobación de los avalúos no podrán tomar parte los aportantes”.

Respecto de las compañías de economía mixta, el artículo 315 de la mencionada Ley determina que las escrituras de constitución de las compañías de economía mixta, las de transformación, de reforma modificaciones de estatutos, así como los correspondientes registros, “se hallan exonerados de toda clase de impuestos y derechos fiscales, municipales o especiales”.

De las normas de la Ley de Compañías anteriormente citadas, se establece que en los casos de aporte societario de inmuebles, efectivamente existe una transferencia de dominio del inmueble, por la cual el bien deja el patrimonio del socio o accionista aportante para pasar a formar parte del patrimonio de la persona jurídica o compañía y como contraprestación, el socio o accionista recibe acciones o participaciones en la compañía por igual valor que su aporte.

De lo expuesto, se colige que al existir una contraprestación en los términos referidos, el aporte societario constituye un título oneroso.

A efectos de determinar si existe utilidad y plusvalía del aporte societario, se debe considerar la diferencia entre el valor por el cual el socio o accionista aportante adquirió el bien inmueble (de conformidad con el título por el cual adquirió el bien el socio o accionista) y el valor por el cual se efectúa el aporte a la sociedad o compañía. Si no existe diferencia, no cabe el cobro del impuesto a la utilidad y plusvalía, pero si existe diferencia entre el valor de adquisición por parte del socio o accionista y el monto del aporte societario, si procede el pago por concepto de impuesto a la utilidad y plusvalía. A la diferencia obtenida conforme se ha señalado, deben aplicarse las deducciones previstas en los artículos 557 y 559 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, referidas a valores pagados por concepto de contribuciones especiales de mejoras; al cinco por ciento (5%) de las utilidades líquidas por cada año que haya transcurrido a partir del momento de la adquisición hasta la transferencia, sin que en ningún caso, el impuesto pueda cobrarse una vez transcurridos veinte años a partir de la adquisición; y, la deducción por la desvalorización de la moneda, según informe al respecto del Banco Central.

El mismo concepto cabe considerar para el pago del impuesto a la utilidad y plusvalía derivado de los demás títulos onerosos, como la compraventa o permuta.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye que la Municipalidad del Cantón Baños de Agua Santa debe efectuar el cobro sobre las utilidades y plusvalía previsto en el artículo 556 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, únicamente al traspaso o transferencia de dominio a título oneroso de bienes inmuebles urbanos, cuyos dueños “los vendieren obteniendo la utilidad imponible y por consiguiente real”, conforme a lo dispuesto en el artículo 558 del mismo Código Orgánico.

Respecto al inciso tercero del artículo 558 del mencionado Código Orgánico, el cual prescribe que 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”, hay que aclarar que la norma se refiere a la solidaridad dispuesta en la ley para las partes contratantes, o a todos los herederos, legatarios o donatarios de dicha parte contratante, en el caso de que el principal obligado no cumpla con el pago. Es decir que, no debemos entender que la norma se refiere a la imposición del impuesto sobre las transferencias a título gratuito.

Al respecto, en cuanto a la transferencia o transmisión de bienes inmuebles provenientes de las herencias, legados o donaciones, dicha transmisión o transferencia es a título gratuito y, por lo tanto, no genera utilidades al causante o donante. Sin embargo, por cuanto conlleva un incremento patrimonial del heredero, legatario o

donatario, se deberá tener en cuenta lo que dispone la Ley de Régimen Tributario Interno que en el artículo 36 letra d), determina el pago del impuesto por ingresos o acrecimiento patrimonial proveniente de las herencias, legados o donaciones de dicha parte contratante, especificando además lo siguiente:

“En el caso de herencias y legados el hecho generador lo constituye la delación. La exigibilidad de la obligación se produce al cabo de seis meses posteriores a la delación, momento en el cual deberá presentarse la declaración correspondiente.

En el caso de donaciones el acto o contrato por el cual se transfiere el dominio constituye el hecho generador”.

Según el artículo 998 del Código Civil, la delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla.

De acuerdo con el artículo 54 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, son objeto del impuesto a la renta los acrecimientos patrimoniales de personas naturales o sociedades provenientes de herencias, legados y donaciones. Agrega, que este impuesto “grava el acrecimiento patrimonial motivado por la transmisión de dominio y la transferencia a título gratuito de bienes y derechos situados en el Ecuador, cualquiera que fuere el lugar de fallecimiento del causante o la nacionalidad, domicilio o residencia del causante o donante o sus herederos, legatarios o donatarios”.

Conforme al artículo 55 del citado Reglamento, para efectos tributarios, “el hecho generador se produce en el momento en que fallece la persona de cuya sucesión de defiere al heredero o legatario”, si éste no es llamado condicionalmente; y para el caso de donaciones, “el hecho generador será el otorgamiento de actos o contratos que determinen la transferencia a título gratuito de un bien o derecho”.

Según el artículo 56 del mencionado Reglamento, son sujetos pasivos del impuesto, “los herederos, legatarios y donatarios que obtengan un acrecimiento patrimonial a título gratuito”.

Por lo expuesto, en virtud de que la transmisión o transferencia a título gratuito de bienes inmuebles provenientes de las herencias, legados y donaciones no genera utilidad o plusvalía del causante o el donante, sino acrecimiento patrimonial de quienes los reciben o son beneficiarios en calidad de herederos, legatarios o donatarios, se concluye que 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.

Como consecuencia de lo expuesto, corresponderá al Concejo Municipal del Cantón Baños, en ejercicio de la facultad conferida en la letra b) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, expedir la Ordenanza que regule el impuesto sobre las utilidades y plusvalía previsto en el artículo 556 del dicho Código Orgánico, únicamente a la transferencia de bienes inmuebles urbanos a título oneroso, considerando además las deducciones dispuestas en los artículos 557 y 559 del referido Código Orgánico.

OF. PGE. N°: 01850, de 18-05-2011

IMPUESTOS ESTATALES: COMPETENCIA PARA ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS -LEGALIDAD DE ORDENANZAS MUNICIPALES-

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN QUITO

CONSULTAS:

"La Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en el sentido de que corresponde absolver las consultas sobre impuestos de carácter estatal al Servicio de Rentas Internas, en el mismo sentido, ¿correspondería absolver las consultas sobre tributos de carácter seccional a los gobiernos autónomos descentralizados, para el efecto, los municipios y distritos metropolitanos?"

"¿Qué obligatoriedad tienen las absoluciones de consultas sobre impuestos estatales y seccionales absueltas por la Procuraduría General del Estado?"

"¿Puede pronunciarse la Procuraduría General del Estado sobre la legalidad de las ordenanzas expedidas por los gobiernos autónomos descentralizados?"

BASES LEGALES:

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

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 5, 338 y 339.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 5 núm. 2.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 16 (derogada).

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, Art. 64.

Código Tributario, Arts. 5, 9, 64, 65, 103 núm. 5) y 135.

Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, Art. 7 núm. 4.

PRONUNCIAMIENTOS:

"1.- La Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en el sentido de que corresponde absolver las consultas sobre impuestos de carácter estatal al Servicio de Rentas Internas, en el mismo sentido, ¿correspondería absolver las consultas sobre tributos de carácter seccional a los gobiernos autónomos descentralizados, para el efecto, los municipios y distritos metropolitanos?"

Con relación a la primera consulta, el criterio institucional del Municipio, con fundamento en los artículos 65 y 135 del Código Tributario, concluye en el siguiente sentido:

"En razón de esto, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito ha expedido la Resolución No. A0076, vigente desde el 18 de octubre de 2002, donde se delega a la Dirección Financiera Tributaria del ente municipal, ahora denominada Dirección Metropolitana Tributaria, la absolución de consultas tributarias, siendo por tanto el órgano competente en esta temática para esta función".

El artículo 237 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, determina como función del Procurador General del Estado, la absolución de consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades.

La Codificación del Código Tributario, en su artículo 9 prevé que la gestión tributaria corresponde al organismo que la ley establezca y comprende las funciones de determinación y recaudación de los tributos, así como la resolución de las reclamaciones y absolución de las consultas tributarias.

El artículo 64 del Código Tributario, con relación a la administración tributario central dispone:

"Art. 64.- Administración tributaria central.- La dirección de la administración tributaria, corresponde en el ámbito nacional, al Presidente de la República, quien la ejercerá a través de los organismos que la ley establezca. En materia aduanera se estará a lo dispuesto en la ley de la materia y en las demás normativas aplicables.

La misma norma se aplicará:

Cuando se trate de participación en tributos fiscales;

En los casos de tributos creados para entidades autónomas o descentralizadas, cuya base de imposición sea la misma que la del tributo fiscal o éste, y sean recaudados por la administración central; y,
Cuando se trate de tributos fiscales o de entidades de derecho público, distintos a los municipales o provinciales, acreedoras de tributos, aunque su recaudación corresponda por ley a las municipalidades".

El numeral 5 del artículo 103 del Código Tributario, entre las atribuciones generales de la administración tributaria, establece la siguiente: "5. Expedir resolución motivada en el tiempo que corresponda, en las peticiones, reclamos, recursos o consultas que presenten los sujetos pasivos de tributos o quienes se consideren afectados por un acto de la administración".

En concordancia, el Art. 135 de la Codificación del Código Tributario contiene una disposición general con relación a consultas tributarias, en el siguiente tenor:

"Art. 135.- Quienes pueden consultar.- Los sujetos pasivos que tuvieren un interés propio y directo; podrán consultar a la administración tributaria respectiva sobre el régimen jurídico tributario aplicable a determinadas situaciones concretas o el que corresponda a actividades económicas por iniciarse, en cuyo caso la absolución será vinculante para la administración tributaria.

Así mismo, podrán consultar las federaciones y las asociaciones gremiales, profesionales, cámaras de la producción y las entidades del sector público, sobre el sentido o alcance de la ley tributaria en asuntos que interesen directamente a dichas entidades. Las absoluciones emitidas sobre la base de este tipo de consultas solo tendrán carácter informativo.

Solo las absoluciones expedidas por la administración tributaria competente tendrán validez y efecto jurídico, en relación a los sujetos pasivos de las obligaciones tributarias por ésta administrados, en los términos establecidos en los incisos anteriores, por lo tanto, las absoluciones de consultas presentadas a otras instituciones, organismos o autoridades no tendrán efecto jurídico en el ámbito tributario.

Las absoluciones de las consultas deberán ser publicadas en extracto en el Registro Oficial".

La disposición legal previamente transcrita, contiene algunas premisas que deben resaltarse. En primer término, pueden consultar únicamente los sujetos pasivos que tienen interés propio y directo (o también federaciones, asociaciones gremiales), sobre

el régimen jurídico aplicable (no sobre la inteligencia de normas) a situaciones determinadas, lo que produce efecto vinculante para la administración tributaria.

Añade el segundo inciso del artículo 135 que sólo las absoluciones expedidas por la administración tributaria competente tendrá validez y efecto jurídico, lo que significa que una administración tributaria no puede absolver consultas sobre tributos que le son ajenos; por ejemplo, el Servicio de Rentas Internas no puede absolver una consulta que le plantee un contribuyente sobre el pago del impuesto a los predios urbanos, como tampoco un municipio puede absolver una consulta particular que le plantee un sujeto pasivo sobre el impuesto al valor agregado. Esto no excluye las competencias que la Constitución y la Ley le otorgan a la Procuraduría General del Estado, que no es un ente de administración tributaria. El numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República, confiere al Procurador General del Estado, la atribución de prestar el asesoramiento legal y la absolución de consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

En forma concordante con la referida norma constitucional, el inciso primero del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, dispone lo siguiente: "Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones y recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional". (Actualmente Corte Constitucional).

Los artículos 3, 62 y 79 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, establecen que el Impuesto a la Renta, el Impuesto al Valor Agregado IVA y el Impuesto a los Consumos Especiales, respectivamente, son administrados por el Servicio de Rentas Internas.

El artículo 2 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas SRI, contempla las facultades y atribuciones del SRI y en su numeral 10, determina entre aquellas facultades "10. Las demás que le asignen las leyes".

El Art. 7 numeral 4 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, contempla, como una de las atribuciones del Director General de dicha entidad, "Absolver las

consultas que se presenten de conformidad con el Código Tributario y publicar un resumen de su absolución en el Registro Oficial. Esta facultad es indelegable".

De las disposiciones legales que he señalado, se establece que el SRI tiene la calidad de entidad encargada de la gestión tributaria central, a la que le corresponden entre otras, las facultades que le asigna el artículo 64 del Código Tributario, anteriormente citado y la potestad indelegable de absolver consultas tributarias en el ámbito de su competencia, por expresa previsión del artículo 7, numeral 4 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, en concordancia con los artículos 9 y 135 del Código Tributario.

El artículo 65 del Código Tributario, con respecto a la administración tributaria seccional prevé:

"Art. 65.- Administración tributaria seccional.- 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.

A los propios órganos corresponderá la administración tributaria, cuando se trate de tributos no fiscales adicionales a los provinciales o municipales; de participación en estos tributos, o de aquellos cuya base de imposición sea la de los tributos principales o estos mismos, aunque su recaudación corresponda a otros organismos".

De conformidad con el artículo 135 del Código Tributario, les corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos, absolver las consultas que cumplan con los presupuestos del mismo artículo 135 del Código Tributario; es decir, que sean formuladas por sujetos pasivos que tienen interés propio y directo, o por las entidades que prevé el mismo artículo, sobre el régimen jurídico aplicable a situaciones determinadas, con relación a los tributos de orden municipal o metropolitano, con efecto vinculante para la administración tributaria seccional, más no consultas tributarias sobre inteligencia de la ley o de otras normas reglamentarias, tributarias o no, puesto que dicha facultad es propia de la Procuraduría General del Estado, al tenor de los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República y 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos, absolver consultas tributarias que versen sobre el régimen jurídico aplicable a situaciones determinadas con relación a tributos municipales o metropolitanos, en su orden, que sean formuladas por sujetos pasivos que tienen interés propio y directo, o

por las entidades que prevé el inciso segundo del mismo artículo, sin perjuicio de la competencia de la Procuraduría General del Estado de absolver consultas jurídicas (de índole tributario o no), sobre la inteligencia o aplicación de normas legales, reglamentarias o de otro orden jurídico, que formularen las máximas autoridades de los entes públicos, incluidos los propios municipios y otros gobiernos autónomos descentralizados con administración tributaria seccional.

En lo que respecta a la segunda consulta, se refiere a los artículos 338, 339 y 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, relativos a la estructura administrativa de los gobiernos autónomos descentralizados, así como la Resolución No. C0076 de 12 de diciembre de 2007, que en copia certificada se ha remitido a esta Procuraduría, ordenanza que según señala en su consulta, se expidió con fundamento en las competencias que la Ley Orgánica del Distrito Metropolitano de Quito otorga al Municipio.

Con los antecedentes señalados en el párrafo precedente, concluye con relación a su segunda consulta en lo siguiente:

"En virtud de lo anterior, consideramos que al no ser la Procuraduría General del Estado el ente competente para absolver consultas en materia tributaria, no tienen efecto jurídico las absoluciones que por este ente se hagan en esta temática".

Según quedó establecido al atender su primera consulta, el Servicio de Rentas Internas SRI tiene la facultad indelegable de absolver consultas tributarias relacionadas con los tributos que administra, por expresa previsión del artículo 7, numeral 4 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, en concordancia con los artículos 9 y 135 del Código Tributario, por lo que la Procuraduría General del Estado se ha abstenido de atender consultas sobre impuestos estatales que corresponde absolver al Servicio de Rentas Internas.

En lo que respecta a los impuestos seccionales, conforme concluí en la primera consulta, las absoluciones de consultas jurídicas de índole tributario o no que efectúe la Procuraduría General del Estado, sobre la inteligencia o aplicación de normas legales, reglamentarias o de otro orden jurídico, tienen el carácter de vinculante para los entes públicos, incluidos los propios municipios, por disposición expresa del artículo 237, numeral 3 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

Finalmente, el criterio jurídico del Municipio de Quito con relación a la tercera consulta, es el siguiente:

"No corresponde a la Procuraduría General del Estado pronunciarse sobre la legalidad de una ordenanza, fundamentos que la misma Procuraduría General del Estado ha

declarado por medio del pronunciamiento contenido en el Oficio No. 14638 de 11 de agosto de 2010, publicado en el Registro Oficial No. 265 de 26 de 2010, relativo a la consulta efectuada por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito sobre la Alianza Estratégica del Aeropuerto Internacional de Quito, en el que en parte se refiere a la aplicación de la Ordenanza".

Según consta del pronunciamiento emitido por este Organismo, contenido en el oficio No. 14638 de 11 de junio de 2010, al que hace referencia el criterio jurídico municipal, se originó en las consultas formuladas por usted, sobre la Alianza Estratégica para la construcción del Aeropuerto Internacional de Quito. En dicho pronunciamiento, la Procuraduría General del Estado, con fundamento en el artículo 16 de la actualmente derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, así como el numeral 2 del mismo artículo 16 y numeral 2 del artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se abstuvo de pronunciarse con respecto del contenido de la Ordenanza Metropolitana No. 0289, publicada en el Registro Oficial No. 628, de 7 de julio de 2009, a través de los cuales la CORPAQ se creó como persona derecho público y asumió los derechos y obligaciones de la CORPAQ (corporación de derecho privado) y la Ordenanza Metropolitana No. 309, de 16 de abril de 2010, por la cual la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales asumió los derechos y obligaciones de la CORPAQ Pública.

De otra parte, conforme quedó establecido al atender la primera pregunta, la Procuraduría General del Estado tiene competencia constitucional y legal, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, para emitir pronunciamientos sobre la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, es decir respecto del sentido y alcance de las normas, lo que incluye a las ordenanzas que expiden los gobiernos autónomos descentralizados, en base del correspondiente análisis jurídico aplicable a cada caso específico.

Es diferente el pronunciamiento sobre la legalidad de las ordenanzas que expiden los gobiernos autónomos descentralizados, lo que implica una declaración sobre si una determinada ordenanza es contraria a los preceptos legales; es decir si ésta atenta contra la Constitución o las leyes, lo cual no corresponde al ámbito determinado para la Procuraduría General del Estado, en la Constitución de la República y en su Ley Orgánica. Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que esta Procuraduría no puede pronunciarse sobre la legalidad de las ordenanzas expedidas por los gobiernos autónomos descentralizados; en todo caso cualquier declaratorio de ilegalidad o inconstitucionalidad, es competencia de los jueces o tribunales de la República y la Corte Constitucional, en la órbita de sus competencias.

OF. PGE. N°: 03356, de 23-08-2011

J

JUBILACIÓN OBLIGATORIA: EXCLUSIÓN FUNCIONARIOS DEL NIVEL JERÁRQUICO SUPERIOR

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DAULE

CONSULTA:

“¿Está obligado a retirarse del servicio público y cesar en su puesto el Secretario Municipal que tiene más de 70 años de edad y que cumple con los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 57 lit. p), 317, 354 y 357.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 23, 47, 81, 83 lits. a.3 y a.7, 129 y Disp. Gen. Décima Octava.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio No. 116-DSM de 7 de febrero del 2011, anexo a su oficio de consulta, el Procurador Síndico de la Municipalidad del Cantón Daule expresa que el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el cual establece que las servidoras y servidores público a los setenta años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto, “no hace diferencia entre los servidores públicos de carrera y los servidores públicos excluidos de este sistema, por lo que esta disposición es aplicable a todos los servidores públicos, incluido el Secretario de Concejo Cantonal, el cual está excluido de la carrera del servicio público, pero no del cumplimiento de las normas de la LOSEP”. Concluye el Procurador Síndico, manifestando que al no referirse el artículo 81 de la LOSEP en su último párrafo, a los servidores de carrera del servicio público, “la norma que obliga a los servidores a los setenta años de edad, que cumplan con los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, a retirarse del servicio público y cesar en su puesto, es plenamente aplicable al Secretario Municipal que cumpla con estos requisitos”.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el artículo 57 letra p) establece que corresponde al concejo municipal designar, de fuera

de su seno, al secretario o secretaria del concejo, de la terna presentada por el alcalde o alcaldesa.

Concordante con lo expuesto, el artículo 317 del citado Código Orgánico referido a la sesión inaugural, dispone que los consejos regionales, consejos provinciales, concejos metropolitanos y municipales procederán a elegir de fuera de su seno, al secretario del concejo de una terna presentada por el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo. En su artículo 357 determina asimismo, que los órganos legislativos de los gobiernos regionales, provinciales metropolitanos y municipales, según sus atribuciones, designarán de fuera de su seno, un secretario o secretaria, de una terna presentada por el respectivo ejecutivo, responsable de dar fe de las decisiones y resoluciones que adopten los órganos de legislación de cada nivel de gobierno, y que de preferencia será abogada o abogado de profesión.

El artículo 354 del mencionado Código Orgánico, dispone que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado, se registrarán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 3, 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 23 de la mencionada Ley Orgánica determina que son derechos irrenunciables de los servidores públicos: "...e) Recibir la indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, por el monto fijado en esta Ley".

Respecto a la cesación de funciones, el artículo 47 de la citada Ley Orgánica dispone que la servidora o servidor público cesará definitivamente, entre otros casos: "... e) Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo, en caso de cesación del nombramiento provisional y por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto. La remoción no constituye sanción".

La referida Ley Orgánica, en su artículo 81 incisos primero, cuarto, quinto y sexto, dispone lo siguiente:

"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.

Las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta ley, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender.

A las servidoras y servidores que, a partir de dicha edad, cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación y requieran retirarse voluntariamente del servicio público, se les podrá aceptar su petición y se les reconocerá un estímulo y compensación económica, de conformidad con lo determinado en la Disposición General Primera.

Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesaran en su puesto. Percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera”.

Del contenido del artículo 81 antes referido, se desprende que el estímulo o compensación ahí señalado, es aplicable únicamente a los servidores públicos de carrera, más no a los funcionarios excluidos del sistema de carrera, como es el caso del Secretario Municipal designado mediante terna por el Concejo Municipal, materia de su consulta.

Concordante con lo expuesto, el artículo 83 de la indicada Ley Orgánica del Servicio Público, excluye del sistema de carrera del servicio público, entre otros: “a) Quienes tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado: ... a.3 Las o los secretarios y subsecretarios comprendidos en el nivel jerárquico superior;...a.7 Las o los secretarios generales y prosecretarios”. En su inciso tercero determina lo siguiente: “La servidora o servidor de carrera que de cualquier modo o circunstancia ocupare uno de los puestos previstos en los literales a) y b) de este artículo, perderá su condición de carrera y podrá ser libremente removido, salvo que se desempeñe por encargo, subrogación o nombramiento provisional”.

Cabe resaltar además, que la Disposición General Décima Octava de la indicada Ley Orgánica, al referirse al concepto “Funcionario” expresa lo siguiente: “Es la servidora o servidor que ejerce un puesto, excluido de la carrera del servicio público, de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora o de periodo fijo, y su puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior”.

El beneficio por jubilación previsto en el artículo 129 de la mencionada Ley Orgánica, establece que los servidores de las entidades y organismos comprendidos en el

artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reforma presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. El inciso segundo del mismo artículo dispone que: "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".

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que conforme al artículo 83 letras a.3 y a.7 y la Disposición General Décima Octava de la Ley Orgánica del Servicio Público, están excluidos del sistema de carrera del servicio público, entre otros quienes tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado y, entre ellos, las o los secretarías comprendidos en el nivel jerárquico superior y las o los secretarías generales; y, que el estímulo o compensación previsto en el artículo 81 de la mencionada Ley Orgánica, es aplicable únicamente a las o los servidores públicos de carrera, se concluye que el Secretario Municipal del Cantón Daule, que según indica en su consulta tiene más de setenta años de edad y cumple con los requisitos de las leyes de la seguridad social para la jubilación, no está obligado a retirarse del servicio público y no es beneficiario de la compensación de jubilación contemplada en el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público antes referido.

OF. PGE. N°: 01122, de 29-03-2011

JUNTA CANTONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL CONCEJO CANTONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: NATURALEZA JURÍDICA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN LOJA

CONSULTA:

"¿La Junta Cantonal de Protección de Derechos del Concejo Cantonal de la Niñez y de la Adolescencia del cantón Loja, pertenece o es parte de la institucionalidad Municipal?".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 35 y 341.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 54 lit. j), 148 y 249.

Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 192 núm. 1, 195, 205 y 207.

Res. N° 032 CNNA-2008 R.O. N° 455 de 28-10-2008, Arts. 1, 2, 3 y 4.

Ordenanza que regula el funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia en el Cantón Loja, Arts. 13, 14, 15 y 27.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se adjunta el criterio jurídico de la Procuradora Síndica Municipal, que consta en el oficio No. 0425-AJM-2011 de 23 de mayo de 2011, y expresa lo siguiente: "La Junta Cantonal de Protección de Derechos, está creada por ley- Código de la Niñez y de la Adolescencia-; así mismo este cuerpo legal ordenaba la conformación, que en ningún caso significa que estos son parte de la institucionalidad Municipal, es decir la Municipalidad acató la disposición legal que establece el Art. 205, del referido cuerpo legal y cumplió su responsabilidad- la de conformarlos".

Concluye el informe de la Procuradora Síndica Municipal manifestando que: "Es criterio de esta Procuraduría que de conformidad a la normativa legal citada, la Junta cantonal de Protección de Derechos, no es parte del Municipio de Loja. El Gobierno Cantonal dio estricto cumplimiento con su responsabilidad de conformarlos, por disposición expresa de ley".

La Procuraduría General del Estado, con el oficio No. 02226 de 10 de junio de 2011, requirió a usted el envío de copia certificada de la Ordenanza que regula el funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia en el cantón Loja y de toda la documentación relacionada con el objeto de su consulta, lo que fue atendido con el oficio No. 01208 A-2011 de 29 de junio de 2011, ingresado el 7 de julio del presente año.

La Constitución de la República, en el Art. 35 dispone que las niñas, niños y adolescentes recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, así como las víctimas de violencia doméstica, sexual y maltrato infantil.

La Carta Constitucional, en el inciso tercero del Art. 341 prevé: "El sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema de las instituciones públicas, privadas y comunitarias".

El Código de la Niñez y Adolescencia, en el numeral 1 del Art. 192 dispone que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, está integrado por tres niveles, entre los cuales constan los Organismos de definición, planificación y evaluación de políticas, integrados por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia y los Organismos

de Protección, defensa y exigibilidad de derechos, integrados, entre otros: "a) Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos".

El Art. 195 del mismo Código, entre las funciones de dicho Consejo Nacional, en la letra d) le asigna: "Promover la creación y fortalecimiento orgánico funcional de los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia y de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos".

El Art. 205 de indicado Código prescribe que las Juntas Cantonales de Protección de Derechos "son órganos de nivel operativo, con autonomía administrativa y funcional, que tienen como función pública la protección de los derechos individuales y colectivos de los niños, niñas y adolescentes, en el respectivo cantón. Las organizará cada municipalidad a nivel cantonal o parroquial, según sus planes de desarrollo social. Serán financiadas por el Municipio con los recursos establecidos en el presente Código y más leyes".

De acuerdo con el Art. 207 del referido Código, la Junta Cantonal de Protección de Derechos se integrará con tres miembros principales y sus respectivos suplentes, los que serán elegidos por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia.

De las normas del Código de la Niñez y Adolescencia que anteceden se determina que el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia está integrado, entre otros, por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, por los Concejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia y por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos; estas últimas como órganos de nivel operativo, con autonomía administrativa y funcionales, organizadas y financiadas por cada municipalidad a nivel cantonal o parroquial e integradas por miembros elegidos por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia.

El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, con fecha 3 de octubre de 2008, expidió la Resolución No. 032 CNNA- 2008, publicada en el Registro Oficial No. 455 de 28 de octubre de 2008, que contiene la Directriz de Organización, Conformación y Funcionamiento de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, que en el Art. 1 dispone lo siguiente:

"Art. 1.- Naturaleza jurídica.- Las juntas cantonales de protección de derechos son instancias municipales, cuya competencia pública es la protección de derechos individuales y/o colectivos, en fase administrativa, de niños, niñas y adolescentes del respectivo cantón, en los casos de amenazas y/o violaciones de sus derechos, a través de la sustanciación del Procedimiento Administrativo de Protección de Derechos.

Dependen orgánica y financieramente del Municipio respectivo y cuentan con autonomía administrativa y funcional para desempeñar sus competencias y funciones establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia, lo que significa que para el cumplimiento de sus funciones y su organización administrativa actúan sin injerencia de ningún otro organismo y/o autoridad".

Según el Art. 2 de la indicada Resolución, las juntas cantonales de protección de derechos son organizadas por el Municipio respectivo a nivel cantonal o parroquial, y el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencias eligen a sus miembros principales y suplentes a través de un concurso público de méritos y oposición.

El Art. 3 de la Resolución No. 032 citada prevé lo siguiente:

"Art. 3. Financiamiento.- Las juntas cantonales de protección de derechos al ser instancias municipales, serán financiadas por sus respectivos municipios en base a sus necesidades, según establece la ley. Para el efecto las juntas cantonales de protección de derechos deben incorporarse a la estructura municipal a través de su ubicación en su orgánico funcional dentro del ámbito social y será considerado como gasto de inversión.

Por su parte, el Art. 4 de la Resolución No. 032-CNNA-2008 dispone lo siguiente:

"Art. 4.- Integración.- Las juntas cantonales de protección de derechos se integran con 3 miembros principales y sus respectivos suplentes mediante la resolución del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia que los elige. Esta resolución debe ser notificada al Municipio respectivo para el trámite posterior de acción de personal en su Unidad de Recursos Humanos, lo que legitima su actuación. Sus miembros son funcionarios públicos que deben estar sujetos bajo la LOSCCA (Actual Ley Orgánica del Servicio Público) y por la carga de responsabilidad que conlleva el desempeño de sus competencias y funciones deben tener nivel directivo".

De la normativa citada se establece que la Resolución No. 032-CNNA-2008, expedida por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, en los artículos 1 y 3, prevé que las Juntas Cantonales de Protección de Derechos son instancias municipales que dependen orgánica y financieramente del Municipio respectivo y que deben incorporarse a la estructura municipal a través de su ubicación en su orgánico - funcional.

La Municipalidad de Loja, con fecha 19 de junio de 2006, expidió la Ordenanza que regula el funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a

la Niñez y Adolescencia en el Cantón Loja, que en el Art. 13 respecto de la Junta Cantonal de Protección de Derechos dispone lo siguiente:

"Art. 13.- La Junta Cantonal de Protección de Derechos es un organismo de nivel operativo con autonomía administrativa y funcional que tiene como objetivo la protección y restitución de los derechos individuales y colectivos de niños, niñas y adolescentes".

En el Art. 14 de la Ordenanza que regula el funcionamiento del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia del Cantón Loja, constan las Funciones de la Junta Cantonal de Protección de Derechos, que son similares a las previstas en el Art. 206 del Código de la Niñez y Adolescencia, que quedó citado.

La mencionada Ordenanza, en el Art. 15, integra la Junta Cantonal de Protección de Derechos del Cantón Loja, con tres miembros principales y sus respectivos suplentes, quienes serán elegidos por el Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia; durarán tres años en sus funciones pudiendo ser reelegidos por una sola vez, para cuyo efecto dicho Concejo dictará el reglamento pertinente, y el Art. 27 establece su financiamiento, de conformidad con el Art. 299 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art. 54, entre las funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal, en la letra j) le señala implementar los sistemas de protección integral del cantón que aseguren el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, "lo cual incluirá la conformación de los consejos cantonales, juntas cantonales y redes de protección de derechos de los grupos de atención prioritaria."

El Código Orgánico citado, en el Art. 148 en cuanto al ejercicio de las competencias de protección integral a la niñez y adolescencia dispone:

"Artículo 148.- Ejercicio de las competencias de protección integral a la niñez y adolescencia.- Los gobiernos autónomos descentralizados ejercerán las competencias destinadas a asegurar los derechos de niñas, niños y adolescentes que les sean atribuidas por la Constitución, este Código y el Consejo Nacional de Competencias en coordinación con la ley que regule el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia. Para el efecto, se observará estrictamente el ámbito de acción determinado en este Código para cada nivel de gobierno y se garantizará la organización y participación protagónica de niños, niñas, adolescentes, padres, madres y sus familias, como los titulares de estos derechos".

Por su parte, el Art. 249 del COOTAD, prevé que no se aprobará el presupuesto del gobierno autónomo descentralizado si en el mismo no se asigna, por lo menos el diez por ciento (10%) de sus ingresos no tributarios para el financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria, que incluye a las niñas, niños y adolescentes.

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 192 y 205 del Código de la Niñez y Adolescencia, según los cuales el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia está integrado por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, constituidas con autonomía administrativa y funcional, organizadas y financiadas por cada municipalidad; y los artículos 54 letra j) y 148 del COOTAD que facultan a los gobiernos autónomos descentralizados municipales para conformar dichas juntas para la protección de los derechos de grupos de atención prioritaria, se concluye que la Junta Cantonal de Protección de Derechos del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del cantón Loja, es una instancia municipal que pertenece en su estructura orgánica y financiera a esa Municipalidad.

Sobre la organización y funcionamiento de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos del Concejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia ya me pronuncié en el oficio No. 14050 de 13 de mayo de 2010

OF. PGE. N°: 03591, de 07-09-2011

JURISDICCIÓN COACTIVA: DEVOLUCIÓN DEL ANTICIPO NO AMORTIZADO

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN GUAYAQUIL

CONSULTA:

“¿Corresponde ejercer la jurisdicción coactiva respecto de los créditos económicos actualmente exigibles no pagados por contratistas municipales a la Municipalidad de Guayaquil, a pesar de haberseles solicitado el pago oportunamente, como por ejemplo por la no devolución del anticipo no amortizado; como también respecto de las compañías de seguro oportunamente requeridas que habiendo garantizado contratos públicos no pagan las respectivas pólizas de seguro emitidas en fiel cumplimiento de contratos públicos o en respaldo de los anticipos entregados a los pertinentes contratistas?”

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), Arts. 344, 350, 351 y 352.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 6, 9 y 98.
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 73 y 125 de su Reglamento General.
Código de Procedimiento Civil, Arts. 941, 942 y 946.
Código Tributario, Arts. 157 y 158.
Ley General de Seguros, Arts. 42 y 44.
Código Civil, Art. 2238.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. DAJ-2012-10432 de 14 de agosto de 2012, cita el artículo 350 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) que confiere potestad coactiva a los gobiernos autónomos descentralizados (GADs) para el cobro de los créditos de cualquier naturaleza que existieran a su favor.

Argumenta el citado informe que, la disposición del artículo 350 del COOTAD no es discrecional sino que tiene carácter imperativo y que, comprende todos los créditos, de cualquier naturaleza, a favor de los GADs. Añade que, “esta norma, incluida en una Ley Orgánica posterior, es capaz de derogar tácitamente la legislación anterior incompatible con ella”.

Agrega el Procurador Síndico de la Municipalidad consultante que:

“Ocurre típicamente en el marco de la contratación pública ecuatoriana, cuando se declara terminado unilateralmente un contrato por incumplimiento del contratista, y se requiere a dicho contratista la devolución del anticipo no amortizado, y dicho contratista no devuelve la proporción del anticipo no amortizado, y tampoco lo hace la respectiva compañía de seguros que garantizó dicho anticipo, a pesar de ser requerida oportunamente, que el Municipio o cualquier Gobierno Autónomo Descentralizado queda con una acreencia que debe ejecutar. Puede ocurrir también que la compañía de seguros pague el monto de la póliza pero quede un valor pendiente de pago por el respectivo contratista, pues como se sabe las compañías de seguro responden civilmente hasta el monto de la respectiva póliza emitida. Por otro lado el deber de cobrar las deudas es parte del ejercicio del control interno que establece el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”.

Finalmente, el Procurador Síndico de la Municipalidad de Guayaquil concluye que:

“Sobre la base de los antecedentes expuestos considero que efectivamente corresponde al Municipio de Guayaquil ejercer la jurisdicción coactiva respecto de los créditos económicos actualmente exigibles no pagados por contratistas municipales a

la Municipalidad de Guayaquil, a pesar de haberseles solicitado el pago oportunamente, como por ejemplo por la no devolución del anticipo no amortizado; como también respecto de las compañías de seguro oportunamente requeridas que habiendo garantizado contratos públicos no pagan las respectivas pólizas de seguro emitidas en fiel cumplimiento de contratos públicos o en respaldo de los anticipos entregados a los pertinentes contratistas”.

El artículo 350 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, sobre cuya aplicación trata su consulta dispone:

“Coactiva.- Para el cobro de los créditos de cualquier naturaleza que existieran a favor de los gobiernos: regional, provincial, distrital y cantonal, éstos y sus empresas, ejercerán la potestad coactiva por medio de los respectivos tesoreros o funcionarios recaudadores de conformidad con las normas de esta sección. La máxima autoridad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado podrá designar recaudadores externos y facultarlos para ejercer la acción coactiva en las secciones territoriales; éstos coordinarán su accionar con el tesorero de la entidad respectiva”.

La norma transcrita confiere potestad coactiva a los gobiernos autónomos descentralizados, que se ejerce por los tesoreros o funcionarios recaudadores de esas entidades y tiene por finalidad “el cobro de los créditos de cualquier naturaleza” que existieran a favor del respectivo gobierno autónomo.

En este sentido, el artículo 344 del COOTAD, determina que el tesorero de los gobiernos autónomos descentralizados será el responsable de los procedimientos de ejecución coactiva.

En concordancia, el artículo 351 del citado Código Orgánico señala que, para el procedimiento de ejecución coactiva se observarán las normas del Código Orgánico Tributario y supletoriamente las del Código de Procedimiento Civil, es decir que, para efectos de determinar el procedimiento aplicable para el ejercicio de la coactiva, se debe atender a la naturaleza del crédito cuyo cobro se persiga.

Sobre la naturaleza administrativa de la coactiva, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado, en oficios Nos. 11654 y 13567 de 12 de enero y 29 de abril de 2010; en este último se examinó que: “...la acción coactiva que el ordenamiento jurídico confiere a diversas instituciones del Estado, y entre ellas a la Superintendencia de Bancos y Seguros, para declarar y cobrar por sí mismas los créditos que se les adeuden, tiene naturaleza administrativa y no jurisdiccional, pues se ejerce por los empleados recaudadores, de conformidad con el artículo 942 del Código de Procedimiento Civil...”.

Con relación al procedimiento aplicable para ejercer la coactiva, en atención a una consulta formulada por esa Municipalidad en oficio No. AG-2011-11048 de 5 de abril de 2011, esta Procuraduría en pronunciamiento contenido en oficio No. 2158 de 7 de junio de 2011 analizó y concluyó que:

“En este contexto, el Código Tributario, en el Art. 157 prevé la acción coactiva para el cobro de créditos tributarios, comprendiéndose en ellos, los intereses, multas y otros recargos, como costas de ejecución; y, cuya competencia de conformidad con el Art. 158 se ejercerá privativamente por los respectivos funcionarios recaudadores de las administraciones tributarias, con sujeción a las disposiciones de la Sección 2ª, Parágrafo 1º del Capítulo V del Título II ibídem; a las reglas generales del Código citado; y, supletoriamente a las normas del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al ejercicio de la acción coactiva en materia no tributaria, el Art. 941 del Código de Procedimiento Civil, dispone que el procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento; en sus artículos 942 y 946 del citado código adjetivo se prevé que el procedimiento o ejercicio de la coactiva se ejerce privativamente por los respectivos empleados recaudadores, fundado en la orden de cobro legalmente transmitida por la autoridad correspondiente.

Conforme a las normas legales citadas, se desprende que la acción coactiva para el cobro de los créditos tributarios y no tributarios, se ejerce privativamente por la Administración Pública, con sujeción a las disposiciones antes referidas del Código Tributario, y del Código de Procedimiento Civil según corresponda”. El procedimiento de ejecución coactivo se inicia cuando existe un crédito a favor del GAD, que tiene su origen en una obligación (de un tercero respecto del GAD) determinada, líquida y de plazo vencido, cualquiera sea su naturaleza (tributaria o no tributaria). De conformidad con el artículo 352 del COOTAD, la obligación se determina sobre la base de catastros, títulos ejecutivos, cartas de pago, asientos de libros de contabilidad, y en general por cualquier instrumento privado o público que pruebe la existencia de la obligación a favor del gobierno autónomo respectivo.

Toda vez que, en el contexto de la consulta, referida al ejercicio de la potestad coactiva, el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad alude a obligaciones de contratistas, resulta pertinente considerar que, dicha materia está regulada en forma expresa por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece un sistema de garantías que avalan el cumplimiento de las obligaciones específicas de los contratistas frente a la entidad contratante, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía, conforme dispone el inciso final del artículo 73 de esa Ley Orgánica, según se ha analizado en pronunciamiento contenido en oficio No. 04541 de 28 de octubre de 2011.

En atención al contexto de la consulta planteada, corresponde analizar si, el ejercicio de la potestad coactiva para el cobro de créditos, es aplicable en el ámbito de la contratación pública, cuando se hubiere agotado el procedimiento de ejecución de garantías establecido por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el pronunciamiento al que antes se ha hecho referencia se agregó que, "(...) en la liquidación de todo contrato sujeto al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sea que dicha liquidación provenga de su terminación normal o anticipada, cualquier valor, por cualquier concepto, que la entidad contratante determine que el contratista le adeude, debe ser incluido en la liquidación del contrato y deducido de los valores pendientes de pago; o, en su defecto, la entidad contratante debe disponer que el contratista devuelva el respectivo valor determinado en la liquidación, dentro del término de diez días establecido en el segundo inciso del artículo 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vencido el cual genera intereses y daños y perjuicios que la entidad debe reclamar judicialmente, según la misma norma reglamentaria".

Respecto de las garantías que otorgan los contratistas, en pronunciamiento contenido en oficio No. 16164 de 27 de agosto de 2010, en atención a una consulta formulada por el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), se analizó la aplicación de los artículos 42 y 44 de la Ley General de Seguros, norma ésta última que establece la responsabilidad de la aseguradora en los siguientes términos:

"Art. 44.- El afianzado está obligado a mantener en vigencia la póliza, de acuerdo a las disposiciones legales o contractuales a las que accede, hasta el total cumplimiento de las obligaciones garantizadas. La responsabilidad de la empresa de seguros no excederá de la suma máxima asegurada indicada en la póliza o sus anexos.

En ningún caso la empresa de seguros podrá obligarse a más de lo que deba el afianzado. De igual manera, el riesgo asegurado deberá constar en forma clara y determinada sin que pueda extenderse la cobertura a otras obligaciones que por ley o contrato tenga el afianzado.

En las fianzas por anticipos, la suma asegurada se reducirá a medida que se los vaya devengando. Se entiende causado el siniestro en los casos establecidos en la ley o el contrato. Para el cobro de la fianza, el asegurado deberá proceder de acuerdo con lo que la ley, la obligación principal y la póliza establezcan en lo pertinente a notificación y trámite. Se adjuntarán los documentos que acrediten el incumplimiento en lo que se refiera a la obligación afianzada, así como a la naturaleza y monto del reclamo.

Una vez expedida la resolución administrativa de la Superintendencia de Bancos y Seguros o el fallo judicial que declare el incumplimiento de una compañía, se procederá dentro de los 15 días siguientes a la inscripción de la misma en el Registro de Incumplidos de la Contraloría General del Estado.

De igual forma, la empresa de seguros podrá también solicitar dicha inscripción, en el caso de mora de obligaciones por parte del contratista.

En caso que la ley, reglamentos o contratos lo permitan, podrá la empresa de seguros gozar de los beneficios de excusión u orden”.

Sobre dicha base normativa, el citado pronunciamiento contenido en oficio No. 16164 de 27 de agosto de 2010 concluyó que:

“Con fundamento en el análisis jurídico expuesto y en las normas que se han examinado se concluye que corresponde al INCOP incluir en el registro de contratistas incumplidos a las aseguradoras que se encuentren incursas en las circunstancias descritas en este pronunciamiento, pues las pólizas que las compañías de seguro otorgan como garantías de buen uso del anticipo y fiel cumplimiento del contrato, si bien afianzan obligaciones ajenas, en los términos del artículo 2238 del Código Civil, en concordancia con el artículo 43 de la Ley General de Seguros, constituyen fuente de obligación para la aseguradora respecto de la entidad pública beneficiaria de la póliza, una vez que la entidad contratante ha requerido la ejecución de la garantía, que tiene el carácter de incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, lo que da lugar a que la aseguradora asuma la calidad de ‘contratista o proveedor’ en los términos definidos por los artículos 6 y 98 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, por tanto, le son aplicables las disposiciones de esa Ley que norman el Registro Único de Proveedores (RUP) y del Registro de Incumplidos que regula el artículo 98 de esa ley”.

Los dos últimos incisos del artículo 8 del Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público, expedido por Acuerdo de la Contraloría General del Estado, publicado en el Registro Oficial No. 378 de 17 de octubre de 2006, establecen la obligación del contratista de renovar las garantías que se rinden en los contratos o en su defecto, la obligación de la entidad de hacerlas efectivas. Dicha norma dispone:

“Al menos con quince días de anticipación a su vencimiento, el contratista deberá renovar las garantías que hubiere presentado, de lo contrario la entidad u organismo la hará efectiva sin otro requisito. Los funcionarios de la entidad que conserven las garantías, serán los responsables de que estas se mantengan en vigencia o de proceder a efectivizarlas en caso de falta de renovación”.

En armonía con lo analizado en los pronunciamientos que se han citado, se concluye que, de conformidad con el artículo 350 del COOTAD, es procedente el ejercicio de la potestad coactiva de que disponen los gobiernos autónomos descentralizados, para el cobro de obligaciones de cualquier naturaleza a su favor, lo que hace jurídicamente procedente que dicho procedimiento pueda ser aplicado para el cobro de obligaciones que les adeudaren los contratistas. Sin embargo, atento el régimen de garantías que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y la obligación de que las garantías se renueven en forma oportuna o en su defecto se hagan efectivas, según la previsión que en tal sentido establece el artículo 8 del Reglamento General Sustitutivo de Bienes del Sector Público, el ejercicio de la acción coactiva se limitaría al caso en que las obligaciones que la entidad contratante hubiere liquidado, no estuvieren afianzadas o las garantías resultaren insuficientes para su cobro.

Por el contrario, no se podría ejercer la acción coactiva respecto de las Aseguradoras, cuando las pólizas no hubieren sido oportunamente renovadas, pues en tal caso la aseguradora ya no estaría obligada según el artículo 44 de la Ley General de Seguros. En tal evento, independientemente de las responsabilidades de los servidores, las obligaciones se deberán cobrar con los intereses legales y los daños y perjuicios, conforme prevé el artículo 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto del contratista.

En relación con las entidades contratantes que no dispongan de acción coactiva, o el ejercicio de esa potestad no sea aplicable a las materias de contratación pública, como es el caso específico del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, según la previsión que en ese sentido establece la Disposición General Décima Séptima del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, conforme se pronunció este Organismo en oficio No. 04541 de 28 de octubre de 2011, en cuyo caso se observarán las cláusulas específicas que contengan los contratos para la resolución de controversias.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, los gobiernos autónomos descentralizados, entre ellos las municipalidades, tienen competencia para ejercer la acción coactiva según el artículo 350 del COOTAD; que la acción coactiva tiene por objeto hacer efectivo el pago de deudas de cualquier naturaleza, que existieren a favor de esas entidades, por lo que incluyen aquellas obligaciones provenientes de contratos, que no pudieren ser efectivizadas mediante la ejecución de garantías, en los casos y con las limitaciones que quedan expuestos en el presente pronunciamiento. Atento el carácter no tributario de la obligación, el procedimiento aplicable será el previsto en el artículo 351 del COOTAD y los artículos 941 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

OF. PGE. N°: 09714, de 11-09-2012

L

LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN: SECRETARIO GENERAL - APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ACTUAL -

ENTIDAD CONSULTANTE: Municipal del Cantón 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 lit. 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. GMCSPD-DJ-2013-089 de 18 de marzo de 2013, anexo a su consulta, la Procuradora Síndica Municipal de Pelileo menciona los artículos 83 y 85 de la Ley Orgánica de 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 de 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 cumplimiento 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. Il 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. GMCSPD-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 conexas".

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 mencionado 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.

OF. PGE. N°: 13321, de 23-05-2013

LICENCIA SIN SUELDO: CONCEJAL QUE TRABAJA EN EMPRESA PÚBLICA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN GONZALO PIZARRO

CONSULTAS:

Formulan varias consultas relacionadas con el desempeño de las funciones del Concejal de la Municipalidad de Gonzalo Pizarro, señor Juan Carlos Figueroa Salazar.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 113 núm. 6 y 229.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 57, 329 y 358.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 22 lit. c), 24 lit. b), 25 y 28 lit. e); y, 25 lit. a) y 44 de su Reglamento Gral.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 18 y Disposición Transitoria Segunda.

Ley Orgánica Electoral, Art. 96 núm. 6.

Ley de Elecciones, Art. 50 núm. 6.

Código del Trabajo, Art. 47

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio No. A 603 citado, solicita que por convenir al interés institucional, quede sin efecto el trámite de consulta cuyo texto consta en el oficio No. A 566 de fecha 15 de septiembre de 2011, y se absuelva la consulta del oficio No. 584-PS-2011 de 27 de septiembre de 2011, ingresado el 28 de septiembre del presente año.

En atención a su solicitud de que se deje sin efecto las consultas contenidas en el oficio No. A 566 de 15 de septiembre de 2011, se procede al archivo de las mismas.

La consulta formulada por usted con el oficio No. 584-PS-2011 de 27 de septiembre de 2011 cuya absolución solicita, consta del siguiente texto:

"Si el Concejal Juan Carlos Figueroa Salazar trabajaba en una empresa privada, actual empresa pública, ¿tiene que solicitar la licencia sin sueldo correspondiente, hasta que culmine sus funciones como Concejal del Cantón Gonzalo Pizarro, debiendo reintegrarse a su trabajo habitual al finalizar su periodo?"

El Procurador Síndico de la Municipalidad de Gonzalo Pizarro en el Informe No. 274-PS-GADMCGP -2011 de 27 de septiembre de 2011 que se anexa al oficio de consulta, expone lo siguiente:

"El señor Concejal Juan Carlos Figueroa Salazar, desde el 31 de julio del 2009, por votación popular ejerce las funciones de CONCEJAL URBANO del Cantón Gonzalo Pizarro, y, para ejercer las funciones ha solicitado permiso y ha hecho uso de sus vacaciones anuales acumuladas en la empresa eléctrica, y, en la actualidad se le ha solicitado que se reintegre a trabajar".

Expresa el Informe del Procurador Síndico Municipal que: "Participó en el proceso eleccionario, como todo ciudadano, y ahora que la empresa eléctrica es una Empresa Pública, amparado en lo dispuesto en el Art. 113 núm. 6 de la Constitución en concordancia con lo dispuesto en el Art. 50 núm. 6 de la Ley de Elecciones, que dispone que gozarán de licencia sin sueldo desde la fecha de inscripción de sus candidaturas hasta el día siguiente de las elecciones, y de ser elegidos, mientras ejerzan sus funciones".

Concluye el informe manifestando que: "Si el Concejal Juan Carlos Figueroa Salazar trabajaba en una empresa privada, actual empresa pública, tiene que solicitar la licencia sin sueldo correspondiente, hasta que culmine sus funciones como Concejal del Cantón Gonzalo Pizarro, debiendo reintegrarse a su trabajo habitual".

Al oficio de consulta se adjunta copias certificadas del Contrato de Trabajo por un año, a Tiempo fijo suscrito el 20 de septiembre de 1995 entre la Empresa Eléctrica Regional Sucumbíos S.A. y el señor Juan Carlos Figueroa Salazar; Contrato de Trabajo Indefinido celebrado entre las mismas partes, el 31 de julio de 1996; y Certificado del Director de Recursos Humanos de la Corporación Nacional de Electricidad S.A., Regional de Sucumbíos de fecha 19 de julio de 2011, señalando que el señor Juan Carlos Figueroa Salazar desempeña las funciones de Operador en la Central Lumbaquí en dicha Corporación desde el 20 de marzo de 2005 hasta la actualidad.

El Intendente de Compañías de Guayaquil mediante la Resolución No. 08- G- DIC. 0008938 de fecha 29 de diciembre de 2008, en aplicación de la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente No. 15 expedido el 23 de julio de 2008, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 393 de 31 de julio de 2008, resolvió aprobar la disolución anticipada sin liquidación de diez Empresas Eléctricas, entre éstas la Compañía EMELSUCUMBIOS, EMPRESA ELÉCTRICA REGIONAL SUCUMBIOS S.A., y la creación como efecto de la fusión de la Compañía "CNEL CORPORACIÓN NACIONAL DE ELECTRICIDAD S. A", con domicilio en la ciudad de Guayaquil.

En consecuencia, esta Procuraduría analizará su consulta considerando que EMELSUCUMBIOS, EMPRESA ELÉCTRICA REGIONAL SUCUMBIOS S.A., actualmente "Corporación Nacional de Electricidad S.A., Regional de Sucumbíos" es una Sociedad Anónima que se disolvió anticipadamente sin liquidación, para fusionarse y dar origen a la Corporación Nacional de Electricidad S.A. y no es una empresa pública, como consta en el texto de la consulta.

Respecto a la jornada de trabajo de los Concejales, la Procuraduría General del Estado con los oficios Nos. 01464 y 01465 de 20 de abril de 2011; 01483, 01484, 01485, 01488 de 21 de abril de 2011; 1493 de 25 de abril de 2011; 01548 y 01549 de 27 de abril de 2011; 1635 y 1638 de 4 de mayo de 2011; y 02255 de 13 de junio de 2011 se ha pronunciado en los siguientes términos:

"En cuanto se refiere a la determinación de la jornada de trabajo de los concejales, tratándose de un tema que no ha sido regulado en forma expresa por el COOTAD, en aplicación del artículo 22 letra c) de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, que establece como deber de los servidores públicos, cumplir la jornada de trabajo legalmente establecida, se concluye que de conformidad con el inciso final del artículo 25 de la LOSEP y de la letra d) del artículo 57 del COOTAD, es responsabilidad del Concejo Municipal fijar el horario de trabajo de sus miembros, considerando la carga de trabajo que les corresponda atender en relación con sus funciones, sin que para el efecto requiera autorización del Ministerio de Relaciones Laborales, según la excepción establecida por el segundo inciso de la letra a) del artículo 25 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

Sin embargo, el horario de trabajo de los Concejales que establezca el Concejo Municipal, deberá guardar proporcionalidad con la remuneración que se fije dentro de los pisos y techos remunerativos determinados por el Ministerio de Relaciones Laborales, observando los límites del artículo 358 del COOTAD".

El COOTAD, en el Art. 358 dispone que los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos regionales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales son autoridades de elección popular que se regirán por la ley y sus propias normativas, percibirán la remuneración mensual que se fije en acto normativo o resolución, según corresponda al nivel de gobierno. Agrega que en ningún caso la remuneración mensual será superior al cincuenta por ciento (50%) de la remuneración del ejecutivo del respectivo nivel de gobierno, y se deberá considerar irrestrictamente la disponibilidad de recursos.

Adicionalmente, sobre la calidad de concejal del señor Juan Carlos Figueroa Salazar, corresponde referirse al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que en el Art. 329 prescribe que la función de concejal es obligatoria; agrega que sus deberes y atribuciones son los señalados expresamente en la Constitución y en dicho Código.

Conforme quedó establecido, la Corporación Nacional de Electricidad S.A., Regional de Sucumbíos, en la cual presta servicios el señor Juan Carlos Figueroa Salazar en calidad de "Operador en la Central Lumbaquí", es una sociedad anónima, cuyos accionistas son entidades públicas y su objeto social, según consta de la copia certificada del Registro Único de Contribuyentes, remitida a esta Procuraduría, su actividad es la "captación, transmisión y distribución de energía eléctrica", por lo que cabe referirse a la Disposición Transitoria Segunda del Régimen Transitorio de las Sociedades Anónimas a Empresas Públicas 2.2.1.4., de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prescribe lo siguiente:

"2.2.1.4. Régimen de excepción.- Si dentro del plazo previsto en el número 2.2.1.2. no se cumpliere el proceso de compra de acciones que permita que las sociedades anónimas de generación, transmisión, distribución y comercialización eléctrica con más de un socio queden en propiedad de un solo accionista, hasta que se expida el nuevo marco jurídico del sector eléctrico, esas empresas seguirán operando como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías, exclusivamente para los asuntos de orden societario. Para los demás aspectos tales como el régimen tributario, fiscal, laboral, contractual, de control y de funcionamiento de las empresas se observarán las disposiciones contenidas en esta Ley. Las acciones de estas compañías no podrán ser transferidas al sector privado".

De la Disposición Transitoria que antecede se desprende que, las empresas del sector eléctrico en las cuales no se haya cumplido el proceso de compra de acciones, seguirán operando como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías exclusivamente para los asuntos societarios; y que para los demás aspectos, entre éstos el del régimen laboral observarán las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el Art. 18 prevé:

"ARTICULO 18.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN 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.

...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".

De la documentación anexa al oficio de consulta consta el certificado del Director de Recursos Humanos de la Corporación Nacional de Electricidad S.A. Regional de Sucumbíos de fecha 19 de julio de 2011 acreditando que el señor Juan Carlos Figueroa Salazar trabaja en dicha Empresa "desde el 20 de marzo de 1995 hasta la actualidad, desempeñando las funciones de OPERADOR EN LA CENTRAL LUMBAQUÍ de la matriz de Lago Agrio". Respecto del horario de trabajo que deben cumplir los obreros sujetos al Código Laboral, el Art. 47 del Código del Trabajo prescribe que la jornada máxima de trabajo será de ocho horas diarias, de manera que no exceda de cuarenta horas semanales, salvo disposición de la ley en contrario.

Según señalé previamente, la Disposición Transitoria Segunda del Régimen Transitorio de las Sociedades Anónimas a Empresas Públicas 2.2.1.4., de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el caso las empresas del sector eléctrico en las cuales no se haya cumplido el proceso de compra de acciones, seguirán operando como compañías anónimas reguladas por la Ley de Compañías exclusivamente para los asuntos societarios; y que para los demás aspectos, entre éstos el del régimen laboral observarán las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que en su artículo 18 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 de las empresas públicas, lo cual es concordante con el artículo 229 de la Constitución de la República, que dispone que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen,

presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. En igual sentido, el Art. 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: "2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales".

Los incisos sexto y séptimo del Art. 3 de la indica Ley Orgánica prescriben lo siguiente:

"Estarán comprendidos en el ámbito de esta ley a efecto de remuneraciones, derechos y obligaciones en lo que fuere aplicable, nepotismo y procedimientos disciplinarios en lo que fuere aplicable, las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, con o sin fines de lucro, con o sin finalidad social o pública, cuya participación en el capital o patrimonio esté compuesto por más del cincuenta por ciento por aporte de las instituciones del Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados o de recursos públicos". Dentro de este marco general, el Art. 22 letra c) de la LOSEP, dispone que son deberes de los servidores públicos: "c) Cumplir de manera obligatoria con su jornada de trabajo legalmente establecida, de conformidad con las disposiciones de esta Ley".

La letra b) del Art. 24 de la Ley Orgánica en estudio, prohíbe a los servidores públicos ejercer otro cargo o desempeñar actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores, excepto quienes sean autorizados para realizar sus estudios o ejercer la docencia en las universidades e instituciones politécnicas del país, siempre y cuando esto no interrumpa el cumplimiento de la totalidad de la jornada de trabajo o en los casos establecidos en la presente Ley. Además, entre los derechos previstos en el Título III Capítulo 2 de la Ley Orgánica del Servicio Público, respecto a la concesión de licencias sin remuneración a los servidores públicos, el Art. 28 letra e) prevé: "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 96 numeral 6 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, en su artículo 6. Dispone que los servidores públicos podrán candidatizarse a puestos de elección popular y gozarán de licencia sin sueldo desde la fecha de inscripción de sus candidaturas hasta el día siguiente de las elecciones; y de ser elegidos, mientras ejerzan sus funciones. El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar las juntas parroquiales no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes.

Concordante, el artículo 44 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé que la licencia se extienda por el tiempo que dure el ejercicio de la dignidad de elección popular.

"Art. 44.- Licencia para participar como candidata o candidato de elección popular.- A la o el servidor público de carrera que vaya a participar como candidata o candidato de elección popular se le otorgará licencia sin remuneración por el tiempo que dure el proceso electoral a partir de la fecha de la inscripción de la candidatura, y de ser elegido se extenderá la licencia por todo el tiempo que dure en el ejercicio del puesto de elección popular. De no ser elegida o elegido se reincorporará inmediatamente a su puesto de origen. En caso de que no se tramite la licencia sin remuneración en los casos antes señalados y se siga ejerciendo el puesto en la institución de origen o cobrando remuneraciones, será considerado como pluriempleo, debiendo la autoridad nominadora o su delegado disponer la aplicación del régimen disciplinario y comunicará de manera inmediata a la Contraloría General del Estado y al Ministerio de Relaciones Laborales para los fines legales correspondientes. Se exceptúan los casos señalados el artículo 113, numeral 6, de la Constitución de la República.

Prevía la concesión de esta licencia, la o el servidor en el término de tres días presentará a la UATH, la certificación de su participación como candidata o candidato; igualmente si es electa o electo el nombramiento expedido por el Consejo Nacional Electoral".

De conformidad con la Disposición Transitoria Segunda del Régimen Transitorio de las Sociedades Anónimas a Empresas Públicas 2.2.1.4., de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el Art. 3 de la LOSEP son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; y además en cuanto a remuneraciones, derechos y obligaciones en lo que fuere aplicable, su ámbito comprende a las sociedades civiles o mercantiles cuyo capital o patrimonio esté compuesto por más del cincuenta por ciento por aporte de las instituciones del Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados o de recursos públicos, se concluye que al concejal que motiva su consulta y que trabaja en Corporación Nacional de Electricidad S.A., Regional de Sucumbíos le es aplicable la letra e) del Art. 28 de la LOSEP que concede licencia sin remuneración a los servidores públicos para participar como candidato de elección popular, en concordancia con el artículo 96, numeral 6 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia por lo que debe solicitar licencia sin sueldo a la indicada Corporación, hasta que culmine sus funciones de concejal, toda vez que debe cumplir de manera obligatoria con la jornada de trabajo que legalmente establezca el Concejo Municipal para sus concejales.

OF. PGE. N°: 04797, de 21-11-2011

M

MIEMBROS DE COMISIONES PERMANENTES DEL CONCEJO: PERÍODO DE DURACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN AMBATO

CONSULTA:

“¿Qué validez jurídica tiene la resolución adoptada por el Concejo Municipal de Ambato con fecha 11 de enero del 2011, mediante la cual se procedió a la designación de los miembros de las comisiones permanentes del Concejo, ya estructuradas en sesión de 4 de agosto del 2009, en razón de la expedición del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, promulgado el 19 de octubre del 2010, pese a que la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, determina que el período para el cual fueron designados los miembros de las comisiones permanentes de los concejos municipales culminan a los dos años de su elección?”.

BASES LEGALES:

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

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

Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Disposición Transitoria Séptima.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 57 lits. a) y r), 226, 326 y 327.

Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, Disposición Transitoria Séptima.

PRONUNCIAMIENTO:

De la copia certificada del Acta No. 071 de la sesión ordinaria del Consejo Municipal de Ambato, de 11 de enero de 2011, remitida en atención a nuestro pedido, se desprende que el Concejo trató y aprobó la reestructuración de las Comisiones Permanentes; y, que dicha Resolución fue comunicada al señor Alcalde de Ambato el 13 de enero de 2011, por el Secretario del Concejo Municipal.

En el texto del Acta del Concejo Cantonal, se menciona: “El Concejo Municipal de Ambato en sesión del martes 11 de enero de 2011 conoció el contenido del oficio SC-DL-11-001 suscrito por el abogado Mario Robayo, Concejal de Ambato y resolvió

aprobar la reestructuración de las Comisiones Permanentes”; en la misma Acta consta además, como parte integrante de la resolución, el cuadro que determina los Concejales que fueron designados para integrar las distintas Comisiones.

Del tenor del criterio jurídico se determina que, las comisiones permanentes del Concejo Cantonal de Ambato fueron inicialmente estructuradas por esa Corporación, en sesión de 4 de agosto de 2009; que han sido, reestructuradas por Resolución adoptada por ese mismo Concejo en sesión de 11 de enero de 2011; y, que la consulta tiene por objeto determinar la validez de dicha Resolución.

El informe jurídico del señor Procurador Síndico Municipal, contenido en oficio No. AJ-11-246 de 21 de enero de 2011, cita la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, que estableció que el periodo para el cual fueron nombrados los miembros de las “comisiones legislativas cantonales”, entre otros dignatarios, “culminan a los dos años de su elección” y sobre dicha base, concluye manifestando que: “En el caso que nos ocupa, la disposición transitoria cuyo texto se ha transcrito contiene un claro pronunciamiento respecto de la duración del período para el cual fueron elegidos los miembros de las comisiones permanentes del concejo, que, en el caso del Concejo Municipal de Ambato, ocurrió el 4 de agosto del 2009, por lo que en la medida en que el sentido de la ley es claro, no admite interpretación alguna, de manera que si se han adoptado decisiones contra ley expresa, estas decisiones carecerían de valor”.

Finalmente el informe jurídico adjunto a su consulta, añade lo siguiente: “El argumento en el sentido de que habiéndose expedido el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, promulgado en el Registro Oficial de 19 de octubre de 2010, por su carácter de orgánico autorizaría la resolución adoptada por el Concejo Municipal, carece de sustento, puesto que la Ley cuyo texto ha sido reproducido, es también una ley orgánica, por lo que atenta la categoría de tal, frente al código orgánico, ha de atenderse al contenido de la disposición y, en el presente caso, dado que las tantas veces señalada disposición transitoria séptima expresamente se refiere al caso de la duración del período de las comisiones permanentes y señala cómo se ha de proceder al término de tal período, por su carácter especial prevalecería a las disposiciones del COOTAD que se refiere a una variedad de asuntos y no en forma expresa al tema que nos ocupa”.

La Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, agregada por Ley No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 352 de 30 de diciembre del 2010, que ha sido invocada en el informe del señor Procurador Síndico de la Municipalidad de Ambato, prescribe:

“SEPTIMA.- El período para el cual fueron nombrados los vicealcaldes, miembros de las comisiones legislativas cantonales y de las comisiones de las Juntas Parroquiales Rurales determinados por la ley, culminan a los dos años de su elección. Al término de este período deberá realizarse una nueva elección de vicealcaldes, de los miembros de las comisiones legislativas municipales y de las Juntas Parroquiales Rurales, quienes terminarán su gestión a la finalización del período para el cual fueron elegidos en el proceso electoral del 14 de junio del 2009”.

Al tiempo en que fue expedida la Disposición Transitoria cuyo texto se ha transcrito en el párrafo anterior, diciembre del año 2010, regía ya el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre del 2010; es decir, que la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, que estableció el período de dos años para los miembros de las comisiones legislativas cantonales, es posterior al COOTAD y tiene idéntico rango.

Es pertinente considerar que la letra r) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), establece como competencia del Concejo Municipal: “r) Conformar las comisiones permanentes, especiales y técnicas que sean necesarias, respetando la proporcionalidad de la representación política y poblacional urbana y rural existente en su seno, y aprobar la conformación de comisiones ocasionales sugeridas por el alcalde o alcaldesa”.

En concordancia, el artículo 327 del COOTAD, dispone:

“Art. 327.- Clases de comisiones.- Las comisiones serán permanentes; especiales u ocasionales; y, técnicas. Tendrán la calidad de permanente, al menos, la comisión de mesa; la de planificación y presupuesto; y, la de igualdad y género. Los órganos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados regularán su conformación, funcionamiento y operación, procurando implementar los derechos de igualdad previstos en la Constitución, de acuerdo con las necesidades que demande el desarrollo y cumplimiento de sus actividades.

La comisión permanente de igualdad y género se encargará de la aplicación transversal de las políticas de igualdad y equidad; además fiscalizará que la administración respectiva cumpla con ese objetivo a través de una instancia técnica que implementará las políticas públicas de igualdad en coordinación con los Consejos Nacionales de Igualdad de conformidad con la Constitución.

En lo posible, cada concejal o concejala, consejero o consejera pertenecerá al menos a una comisión permanente respetando el principio de equidad de género, generacional e intercultural en la dirección de las mismas”.

En cuanto se refiere a las funciones asignadas a las comisiones, el artículo 326 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que: “Art. 326.- Conformación.- Los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, conformarán comisiones de trabajo las que emitirán conclusiones y recomendaciones que serán consideradas como base para la discusión y aprobación de sus decisiones”.

La Disposición Transitoria Vigésimo Quinta del COOTAD, prevé que: “Por disposición constitucional y con el fin de que las elecciones nacionales y locales no sean concurrentes, los siguientes dos períodos de los prefectos o prefectas; viceprefectos o viceprefectas, alcaldes o alcaldesas metropolitanas y municipales, concejales o concejalas metropolitanas y municipales; así como los y las vocales de las juntas parroquiales rurales; por ésta y la próxima ocasión, concluirán sus períodos el día 14 de mayo de 2014 y el día 14 de mayo de 2019”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que de conformidad con la letra r) del artículo 57 del COOTAD, compete al Concejo Cantonal conformar con sus concejales miembros, las comisiones permanentes, especiales y técnicas que requiera para su gestión; y, aprobar la conformación de las comisiones ocasionales que solicite el Alcalde; que dichas comisiones tienen el carácter de asesoras del Concejo, según el artículo 326 ibídem; y, que corresponde al propio Concejo Cantonal, al tenor del artículo 327 del COOTAD, regular la conformación, funcionamiento y operación de dichas comisiones. Sin embargo, el COOTAD no ha establecido que los miembros que integran las comisiones, estén sujetos a periodos, materia que ha sido regulada en forma expresa por la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, agregada por Ley Orgánica Reformatoria No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 352 de 30 de diciembre del 2010.

En consecuencia, la citada Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, agregada por Ley Orgánica Reformatoria No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 352 de 30 de diciembre del 2010, es aplicable para efectos de determinar el período al que están sujetos los concejales que integran las diferentes comisiones designadas por el Concejo Cantonal, ante la falta de previsión expresa en el COOTAD. Tratándose de una norma de derecho público, la aplicación de la citada Transitoria está sujeta al principio de legalidad, establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República que dispone: “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores

públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Del análisis que precede se concluye que de conformidad con la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, el periodo de los miembros de las comisiones designadas por los Concejos Cantonales, culmina a los dos años de su elección, es decir, el 4 de agosto de 2011 ya que, la conformación de estas comisiones se realizó el 4 de agosto de 2009, según consta de su oficio de consulta. Vencido dicho periodo procede la designación de nuevos miembros por parte del Concejo Cantonal, de conformidad con la letra r) del artículo 57 del COOTAD.

Atentos los términos de su consulta, cúpleme manifestar que la atribución que asignan a este Organismo los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, no le confieren potestad para determinar la validez jurídica de una resolución específica adoptada por el Concejo Municipal de Ambato, como solicita su consulta.

OF. PGE. N°: 01123, de 29-02-2011

MIEMBROS DEL DIRECTORIO: EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN SIGSIG

CONSULTA:

“¿Es legal y procedente que se aplique el literal b) del Art. 7 de la Ley Orgánica de las Empresas Públicas en la parte que se refiere al límite máximo de los miembros del Directorio, cuando la Empresa Pública Municipal de Aseo Integral de los Desechos Sólidos que se pretende constituir agrupa a seis municipios, y cuyo directorio por lógica jurídica y sentido común debe conformarse con los representantes de cada municipio por su condición de socio?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 120 núm. 6, 315, 316 y 415.
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 4, 5, 7 lit. b) y 8.

PRONUNCIAMIENTO:

La Constitución de la República en el artículo 315 prescribe que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios

públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas. Agrega, que las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

El artículo 316 de la citada Constitución, establece que el Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria; y, de forma excepcional, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.

El artículo 415 de la referida Carta Constitucional dispone que los gobiernos autónomos descentralizados desarrollarán programas de uso racional del agua, y de reducción, reciclaje y tratamiento adecuado de desechos sólidos y líquidos.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009, en el artículo 4 define a las empresas públicas como entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, que estarán destinadas a la gestión de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

El artículo 5 de la mencionada Ley Orgánica dispone que la creación de empresas públicas se hará mediante decreto ejecutivo para las empresas constituidas por la Función Ejecutiva; por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados; y, mediante escritura pública para las empresas que se constituyan entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, para lo cual se requerirá del decreto ejecutivo y de la decisión de la máxima autoridad del organismo autónomo descentralizado, en su caso. En su inciso cuarto dispone que las empresas públicas pueden ejercer sus actividades en el ámbito local, provincial, regional, nacional o internacional.

El artículo 7 letra b) de la indicada Ley Orgánica que motiva su consulta dispone: “Para el caso de las empresas públicas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados o para las creadas entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, el Directorio estará conformado por el número de

miembros que se establezca en el acto normativo de creación, el que también considerará los aspectos relativos a los requisitos y período. En ningún caso el directorio estará integrado por más de cinco miembros”.

El artículo 8 de la referida Ley Orgánica, señala 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.

Del análisis jurídico que antecede, se desprende que Ley Orgánica de Empresas Públicas determina expresamente que el Directorio de las empresas públicas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados, no puede estar integrado en ningún caso por más de cinco miembros.

Por tanto, teniendo en cuenta que por disposición expresa de la letra b) del artículo 7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el Directorio de las empresas públicas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados, en ningún caso puede estar integrado por más de cinco miembros, se concluye que el Directorio de la empresa pública que se pretende constituir por parte de las municipalidades que menciona en su consulta, no podrá estar integrado por más de cinco miembros, puesto que para que se incremente a más de cinco miembros el Directorio de las empresas públicas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados, se requeriría la correspondiente reforma legal por parte de la Asamblea Nacional, en ejercicio de las facultades que le otorgan el artículo 120, numeral 6 de la Constitución de la República.

Lo expuesto, sin perjuicio de que en el Reglamento a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establezcan directrices para la adecuada y participativa representación en el Directorio de los gobiernos autónomos descentralizados que en número superior a cinco, conformen una empresa pública, dentro del límite legal señalado en el párrafo precedente.

OF. PGE. N°: 15761, de 06-07-2010

MULTAS: MORA PURGA LA MORA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN TULCÁN

CONSULTA:

“¿Es legal y procedente la aplicación de la multa por parte del Gobierno Municipal de Tulcán, a la Empresa OBRACIV CIA.LTDA.- VÍAS & ASFALTOS S.A., en base al informe presentado por el fiscalizador del contrato?, de la Repavimentación de los

Accesos Norte y Sur; Rehabilitación y Mejoramiento de la Avenida Brasil en la ciudad de Tulcán”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 71; y, 116 y 121 de su Reglamento General.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 54 último inciso, y 31 núms. 12 y 34.

Código Civil, Arts. 1568 y 1561.

PRONUNCIAMIENTO:

Del texto del oficio que contesto, así como del informe jurídico adjuntado al mismo, se desprende que el motivo de la consulta es la imposición de una multa por parte del Municipio de Tulcán a la contratista: Asociación Temporal OBRACIV CIA. LTDA- VIAS & ASFALTOS S.A. por el retraso de ocho días en la entrega de la obra “Repavimentación de los Accesos Norte y Sur, Rehabilitación y Mejoramiento de la Av. Brasil de la Ciudad de Tulcán” por el valor de USD. 49.255,13. Del texto del oficio de consulta se infiere que la imposición de dicha multa fue recomendada por el Fiscalizador del contrato.

En el informe jurídico del Procurador Síndico de la Municipalidad de Tulcán, se manifiesta que la empresa contratista ha presentado el respectivo reclamo con relación a la multa impuesta, manifestado que la entidad contratante no puede aplicar multa alguna, porque al momento de establecer el incumplimiento del contratista, la entidad también se encontraba en mora en el pago de una planilla presentada a la contratista el 3 de agosto de 2010.

Según el referido informe, “la multa impuesta por Fiscalización tiene asidero legal, toda vez que está basada en lo que establece la Cláusula Décima Primera numeral 11.01 del contrato suscrito”; pero que también el reclamo del contratista tiene asidero legal, porque está basado en la Cláusula Séptima, numeral 7.03 del referido contrato, en razón de que la Municipalidad de Tulcán se hallaba en mora pues no había cancelado oportunamente la planilla No. 6 de Costo + Porcentaje, en base a lo cual, contractualmente, la Municipalidad se vería impedida de aplicar la multa recomendada por la Fiscalización, por inobservancia y por exclusiva aplicación de su libre discrecionalidad de las normas contractuales por parte del Fiscalizador, “habiendo puntualmente inobservado las siguientes cláusulas del contrato: Cláusula Séptima, numerales 7.03, 7.09, 7.04 y Cláusula Vigésima Quinta, numeral 25.03”.

Mediante oficio No. 73 de 3 de agosto de 2010, el representante de la Asociación OBRACIV-ASFALVIAS, solicita al señor Álvaro Fabián Mena, Fiscalizador del Proyecto

que motiva la presente consulta, la revisión y aprobación de la planilla No. 6 de Costo + Porcentaje, que se dice adjuntar al mencionado oficio pero que no consta entre los documentos remitidos a esta Procuraduría.

Según consta del oficio No. 216-UFGMT de 24 de agosto de 2010, suscrito por el Ing. Marco V. Chugá, en calidad de Jefe de Fiscalización de la obra, dirigido al Alcalde de Tulcán, en el cual se manifiesta que con relación a la solicitud del representante de OBRACIV – ASFALVIAS de que “se realice la Recepción Provisional de la Repavimentación de los Accesos Norte y Sur, Rehabilitación de la Av. Brasil”, menciona que mediante oficio No. 56-FCT-10 de 24 de agosto de 2010, el Ing. Álvaro Fabián Mena, Fiscalizador del Proyecto, indica que “El contrato de la referencia debía haber sido entregado a satisfacción de la Entidad Contratante en fecha 20 de Agosto del presente año...al momento faltan por terminar los trabajos en la calzada sur de la Av. Brasil desde el Aeropuerto hasta la calle Sucre”; y, agrega que: “Por lo expuesto manifiesta que la Fiscalización procederá a aplicar lo estipulado en el numeral 11.01 del contrato; es decir aplicando la multa que corresponde desde la fecha en que no se cumplió con la entrega de los trabajos terminados hasta cuando se remedie el incumplimiento”.

Con fecha 24 de agosto de 2010, mediante oficio No. 75- Tulcán de 24 de agosto de 2010, suscrito por el representante de OBRACIV-ASFALVÍAS, la contratista comunica al Fiscalizador del Proyecto la “situación de despacho de AC-20 en la Refinería de Esmeraldas, razón por la cual la producción de mezcla asfáltica se encuentra suspendida”.

En oficio No. OA-0200-2010 de 27 de agosto de 2010, el representante de OBRACIV-ASFALVIAS, solicita al Alcalde de Tulcán “se revea y analice desde el punto de vista legal la multa que se prevé (sic) aplicar, toda vez que de acuerdo a lo que se establece en la cláusula 11.05 del contrato suscrito, la entidad contratante se encuentra en mora en el pago de la Planilla #6 Costo + Porcentaje, presentada a la fiscalización el 3 de agosto de 2010 con Oficio No. 73-Tulcán, y que no ha sido cancelada hasta la presente fecha, pues debía ser cancelada en un plazo máximo de 15 días como establece la Ley”.

Mediante oficio No. 77-FCT-10 de 13 de octubre de 2010, dirigido al Procurador Síndico del Gobierno Cantonal de Tulcán, el Ing. Álvaro Fabián Mena, Director de Fiscalización Contratado, ratifica la multa impuesta al contratista, en el cual se manifiesta que la devolución de la planilla y el no pago de varios rubros fue tratada en una reunión de trabajo en el Despacho del Señor Alcalde, en el que se trató, entre otros aspectos, “las razones legales, técnicas y morales por las que la Fiscalización devolvía la Planilla No. 6 Costo + Porcentaje, en esta Planilla el contratista pretendía cobrar:

trabajos de topografía no ejecutados, supuestos pagos hechos por trabajos del Ambientalista y otros rubros fuera de contexto y de la realidad, tratando de sorprender a la autoridades del GMT” (Gobierno Municipal de Tulcán).

Se agrega en dicho informe que: “La mora de la Entidad corre a partir de que la Planilla ha sido aprobada por la Fiscalización, hecho que nunca ocurrió, sino hasta después de que se produzca el incumplimiento, por lo que la indicada planilla fue recién aprobada con fecha 25 de agosto fecha en la cual recién se corrigen los errores y cantidades mal planilladas, es tramitada como todas las demás planillas, inmediatamente”.

En el mencionado informe también se menciona que: “Al no estar aprobada la planilla por parte de la Fiscalización, no existe mora, además que; las planillas costo + porcentaje no corresponden a rubros contractuales, están fuera del análisis del cumplimiento, no constan en el cronograma valorado de trabajos ni tampoco constan en el cuadro de cantidades y presupuesto de construcción, estos trabajos al caer fuera del contrato y no impiden el normal cumplimiento de obligaciones por parte del contratista, no forman parte de la ruta crítica y como dice el Contrato, el Contratista podía suspender los trabajos solo cuando el anticipo estuviera devengado, hecho que nunca ocurrió”.

De la documentación que ha sido adjuntada a la consulta, en copias certificadas, el contrato de construcción “Repavimentación de los Accesos Norte y Sur, Rehabilitación y Mejoramiento de la Avenida Brasil, de la ciudad de Tulcán”, celebrado el 25 de mayo de 2009, por el monto de USD. 3’078.446,88; con un plazo de ejecución de diez meses, contados a partir de la notificación de la disponibilidad del anticipo, conforme lo señala la Cláusula Nueve Punto Cero Uno del contrato en referencia.

La Cláusula Séptima del contrato de ejecución de obra que motiva la presente consulta, relacionada con el “Trámite de las Planillas”, establece en el acápite SIETE PUNTO CERO NUEVE, que: “Para el trámite de las planillas se observará las siguientes reglas:... DOS) Dentro de los cinco (5) primeros días laborables de cada mes, el Contratista preparará la correspondiente planilla y la someterá a consideración de la fiscalización.....SIETE) Si la Fiscalización, en el término señalado, no aprueba o no expresa las razones fundadas de su objeción, transcurrido dicho término, se entenderá que la planilla se halla aprobada; OCHO) Con la aprobación expresa o tácita continuará el trámite de pago el mismo que se efectuará de conformidad con la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado”.

De los antecedentes expuestos, se colige que el Municipio de Tulcán no hizo objeciones a la planilla en el término establecido en el numeral siete de la Cláusula Siete del contrato.

La Cláusula Décima Primera del contrato en referencia, relativo a “Multas”, en el acápite ONCE PUNTO CERO UNO, dispone: “Por cada día de retardo en la terminación de los trabajos, se aplicará como multa el dos por mil, del valor total del contrato por cada día de retraso”.

Por su parte, el acápite ONCE PUNTO CERO CINCO, de la referida Cláusula, establece: “Si el valor de las multas excede del cinco por ciento del monto total del contrato, el contratante podrá darlo por terminado anticipada y unilateralmente. Las multas impuestas no serán reveídas ni devueltas por ningún concepto. Si el Contratante se encontrare en mora en el pago de sus obligaciones no podrá aplicar multa alguna al Contratista, por así disponerlo el Artículo mil quinientos ochenta y tres del Código Civil”.

El artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, establece que en los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días. Agrega el segundo inciso del artículo en mención, que 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.

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

De los citados artículos de la LOSNCP, se desprende que dicha norma otorga a la entidad contratista, la facultad de establecer el plazo de las multas y la manera de cobrarlas, bien entendido que las mismas se impondrán por dos motivos: 1) por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado; y, 2) por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso. Por su parte, el Art. 121 del Reglamento a la LOSNCP, faculta al administrador del contrato a adoptar las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e imponer las multas y sanciones a que hubiere lugar.

Del texto del oficio de consulta, así como de los documentos que han sido adjuntados a la misma, se concluye:

1) Que el 3 de agosto de 2010, la compañía OBRACIV CIA. LTDA. VIAS & ASFALTOS, encargada de la ejecución de la obra “Repavimentación de los accesos norte y sur, rehabilitación y mejoramiento de la Av. Brasil de la Ciudad de Tulcán”, a pesar de que todavía no se encontraban terminados los trabajos, objeto de dicho contrato, solicitó la entrega recepción provisional de la obra y el pago de la planilla costo + porcentaje (6).

2) Que mediante oficio No. 73 de 3 de agosto de 2010, el representante de la Asociación OBRACIV-ASFALVIAS, solicita al señor Álvaro Fabián Mena, Fiscalizador del Proyecto la revisión y aprobación de la planilla No. 6 de Costo más Porcentaje, sin embargo, el Municipio de Tulcán, no objetó el pago de la referida planilla (por cobros improcedentes como trabajos de topografía no ejecutados, supuestos pagos hechos por trabajos del Ambientalista y otros rubros fuera de contexto, como así lo manifiesta el Director de la Fiscalización Contratada mediante oficio No. 77-FCT-10 de 13 de octubre de 2010), en el plazo establecido en el numeral Siete de la Cláusula Siete del contrato, que expresa que “si la Fiscalización, en el término señalado, no aprueba o no expresa las razones fundadas de su objeción, transcurrido dicho término, se entenderá que la planilla se halla aprobada”.

3) Según consta del oficio No. 56-FCT-10 de 24 de agosto de 2010, anteriormente citado, el plazo para la entrega de la obra motivo de la consulta era el 20 de agosto de 2010.

4) Que una vez que el contratista corrigió los errores y cantidades mal planilladas, el Municipio de Tulcán aprobó la planilla con fecha 25 de agosto de 2010, y el 14 de septiembre de 2010 procedió al pago de USD. 14.014,16 por concepto de “Pago en la planilla costo + porcentaje (6) relacionado con asfalto accesos Norte y Sur de Tulcán, solicitado Ing. Manuel Revelo Director Obras Públicas”, como consta en la factura No. 001-001-0000204, extendida por la empresa OBRACIV CIA. LTDA. VIAS & ASFALTOS, a favor del Gobierno Municipal de Tulcán, de fecha 14 de septiembre de 2010.

El Art. 1568 del Libro IV del Código Civil, establece que: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”; mientras que el artículo 1561, dispone que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

De otra parte, el artículo 1561 del Código Civil dispone que el contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

En el presente caso, la entrega de la obra objeto del contrato fue posterior al 20 de agosto de 2010, (plazo establecido para dicha entrega), lo que da derecho a la entidad contratante a aplicar la multa prevista en la Cláusula Décimo Primera, numeral once punto cero uno del mismo; pero no obstante, al haberse estipulado en el mismo contrato, en la Cláusula Décimo Primera, numeral once punto cero cinco que si el contratante se encontrare en mora en el pago de sus obligaciones no puede aplicar multa a OBRAVIC CIA. LTDA.- VÍAS & ASFALTOS S.A., por el retraso de ocho días en la entrega de la obra “Repavimentación de los Accesos Norte y Sur, Rehabilitación y Mejoramiento de la Avenida Brasil, de la ciudad de Tulcán”, en virtud de que la propia entidad contratante reconoce que a la fecha de entrega de la obra se encontraba en mora del pago de sus obligaciones, según consta de la página 5 del oficio No. 228-DJGMT de 11 de noviembre de 2010, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, no procede la aplicación de la multa que motiva la presente consulta.

Lo dicho sin perjuicio de las responsabilidades que, de haberlas, deberán ser determinadas a través de la auditoría interna de la Institución o de la Contraloría General del Estado, de conformidad con el último inciso del Art. 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y los numerales 12 y 34 del artículo 31 de la misma Ley.

OF. PGE. N°: 00400, de 11-01-2011

MUNICIPALIDAD: AUTORIZACIÓN DE DECLARATORIA DE PROPIEDAD HORIZONTAL

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN LOJA

CONSULTA:

“¿Es procedente aplicar lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, cuando se solicite por parte de un administrado, modificación o reforma a un proyecto de propiedad horizontal que fue aprobado antes de la vigencia de la reforma insertada por el artículo 32 de la Ley Orgánica Reformatoria publicada en el Registro Oficial Suplemento 166 de 21 de enero del 2014?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 82.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 54 lit. c), 57 lit. w), 424, 381, 480 y 482.

Código Civil, Art. 7.

Ley de Propiedad Horizontal, Art. 19 inciso primero.

Ordenanza No. 156 (reformada por Ordenanza 433), Régimen Administrativo del Suelo en el Distrito Metropolitano de Quito.

Código Municipal de Urbanismo, Construcciones y Ornato de Loja, Ordenanza publicada R.O.S. N° 95 de 24-12-1998, Art. 32.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos para atender el tema materia de consulta, con oficio No. 19564 de 17 de noviembre de 2014, este Organismo solicitó el criterio institucional del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME).

Con oficio No. 861-DE-2014 de 24 de noviembre de 2014, recibido el 25 de noviembre del presente año, el Director Ejecutivo de la AME ha atendido nuestro requerimiento.

El criterio del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 1669-PSM-2014 de 27 de octubre de 2014, refiere como antecedente la reforma introducida al artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), mediante Ley Orgánica publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, cuyo cuarto inciso prescribe que: “Los proyectos habitacionales realizados en función de la Ley de Propiedad Horizontal deberán aplicar los porcentajes de áreas verdes y comunales indicados en este artículo”.

El referido informe cita entre otras normas, los artículos 82 de la Constitución de la República que establece el derecho a la seguridad jurídica; 7 del Código Civil que consagra el principio de irretroactividad de la ley y 19 de la Ley de Propiedad Horizontal que confiere a las municipalidades atribución para determinar los requisitos y aprobar los planos a que deben sujetarse las edificaciones sujetas a ese régimen. Sobre dicha base normativa, argumenta el Procurador Síndico y concluye que:

“(…) antes del 21 de enero 2014, fecha en la que entra en vigencia la reforma del artículo 424 del COOTAD, ya existen aprobados por primera vez un sinnúmero de proyectos de propiedad horizontal; evidentemente sin haberse aplicado porcentajes de áreas verdes porque no existía norma que lo obligue.

(…) En aquellos proyectos realizados en función de la Ley de Propiedad Horizontal, aprobados por primera vez antes del 21 de enero del 2014, sobre los que se solicite

una modificación o reforma siempre que esta no altere el número de pisos o el de soluciones habitacionales, NO procede la aplicación del inciso cuarto del artículo 424 del COOTAD. Y, sí procede la aplicación de la norma cuando la reforma del proyecto tenga por objeto incrementar el número de pisos o el de soluciones habitacionales, en este último caso tomando como base para su cálculo las áreas de construcción que se pretende ampliar”. Por su parte, el Director Ejecutivo de la AME se refiere a la competencia normativa de las municipalidades para reglar mediante ordenanza, los parámetros y normas técnicas para las construcciones sujetas al régimen de propiedad horizontal. Invoca adicionalmente el artículo 480 del COOTAD, cuyo texto se transcribirá más adelante y que prohíbe revocar las autorizaciones que confiere el gobierno cantonal y manifiesto:

“La disposición en ciernes contiene dos elementos esenciales, a saber: a) no se pueden revocar o modificar las autorizaciones concedidas, si las obras se han iniciado; y, b) se pueden modificar las autorizaciones concedidas con el consentimiento de los promotores o ejecutores”.

El Director Ejecutivo de la AME, agrega y concluye que:

“Para los efectos de la consulta, se infiere que, el Municipio aprobó el proyecto de propiedad horizontal sobre la base de su Plan de Ordenamiento Territorial Vigente a la fecha y de la ordenanza respectiva, esto en cumplimiento al derecho a la seguridad jurídica prescrito en el Art. 82 de la Constitución de la República”.

“(…) para resolver la petición del administrado, que en este caso sería el promotor o ejecutor de la obra; para viabilizar el pedido se requiere modificar el PDOT y la ordenanza respectiva a fin de adecuar las últimas reformas al COOTAD - 21 de enero de 2014 – a los instrumentos jurídicos referidos.

En conclusión, si la petición hace directa relación a la reforma o modificación de la autorización concedida por el Municipio, puede actuar conforme a los términos que dejamos expuestos.

En lo atinente a las áreas verdes técnicamente se viene utilizando los parámetros de la Organización Mundial de la Salud, esto es, nueve metros cuadrados por persona, en función de la densidad territorial y poblacional del proyecto, lo que debe tomarse en cuenta para la reformulación del proyecto”.

El primer inciso del artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuya Codificación está publicada en el Registro Oficial No. 119 de 6 de octubre de 2005, prevé que: “Art.

19.- Corresponde a las municipalidades determinar los requisitos y aprobar los planos a que deben sujetarse las edificaciones a las cuales se refiere esta Ley”.

La letra c) del artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, confiere a las municipalidades entre otras funciones, la de “c) Establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, para lo cual determinará las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento de conformidad con la planificación cantonal, asegurando porcentajes para zonas verdes y áreas comunales”.

Concordante, la letra w) del artículo 57 del citado Código Orgánico, confiere al concejo municipal atribución para “w) Expedir la ordenanza de construcciones que comprenda las especificaciones y normas técnicas y legales por las cuales deban regirse en el cantón la construcción, reparación, transformación y demolición de edificios y de sus instalaciones”.

Respecto de la contribución de áreas verdes y comunales en beneficio de las municipalidades, provenientes de la división de lotes, el artículo 424 del COOTAD, inicialmente disponía lo siguiente:

“Art. 424.- Porcentaje del área verde fraccionada. En toda urbanización y fraccionamiento del suelo, se entregará a la municipalidad, mínimo el diez por ciento y máximo el veinte por ciento calculado del área útil del terreno urbanizado o fraccionado, en calidad de áreas verdes y comunales. Tales bienes de dominio y uso públicos no podrán ser cambiados de categoría. Dentro del rango establecido, no se considerarán a los bordes de quebrada y sus áreas de protección, riberas de los ríos y áreas de protección, zonas de riesgo, playas y áreas de protección ecológica.

Se prohíbe todo tipo de exoneración a la contribución de áreas verdes y comunales, excepto en función del lote mínimo vigente según la planificación territorial, en cuyo caso se compensará con el pago en dinero según el avalúo catastral”.

Luego de la reforma introducida por Ley Orgánica publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, el vigente texto del artículo 424 del COOTAD, tiene el siguiente tenor:

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

exclusivamente para áreas verdes al menos el cincuenta por ciento de la superficie entregada.

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

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

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

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

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

En pronunciamiento contenido en oficio No. 13678 de 27 de junio de 2013, manifestó que: “(...) según el tenor del artículo 424 del COOTAD, la contribución de área verde consiste en un porcentaje del lote, sin que al efecto se deba considerar si en él existen o no edificaciones”, criterio que no se modifica en virtud de que, como se ha analizado

en los antecedentes, luego de su reforma el artículo 424 del COOTAD, conserva la base de cálculo de la contribución para áreas verdes, atendiendo al “área útil del terreno”, esto es a la superficie del lote.

La referida reforma impone a las Municipalidades, adecuar al nuevo texto legal sus ordenanzas de construcciones que expidan de acuerdo con la letra w) del artículo 57 del COOTAD.

El artículo 480 del COOTAD, que ha citado la AME, está ubicado en el Capítulo II que trata sobre “Fraccionamiento de Suelos y Reestructuración de Lotes”, Sección Primera “Fraccionamientos Urbanos y Agrícolas”, dispone:

“Art. 480.- Irrevocabilidad de las autorizaciones.- Excepto en caso de emergencia declarada, el gobierno cantonal o distrital, no podrá revocar o modificar las autorizaciones concedidas, si las obras hubieran sido iniciadas y se estuvieren ejecutando conforme a las mismas, sin contar con el consentimiento de los promotores o ejecutores, bajo pena de pagar a éstos y a los propietarios de los lotes, los daños y perjuicios que tal hecho origine. Las disposiciones contenidas en el presente artículo se aplicarán a todas las situaciones que, de hecho, existieren en relación con esta materia, y a las que en el futuro se presentaren”.

Según la norma transcrita, una vez que se inicien las obras objeto de la autorización otorgada por la municipalidad, esos gobiernos autónomos están impedidos de revocar la autorización sin contar con el consentimiento de los promotores o ejecutores. Una revocatoria que efectúe la municipalidad contraviniendo la referida prohibición, da lugar al pago de daños y perjuicios. Esta previsión constituye la regla general.

El artículo agregado a continuación del artículo 381 del COOTAD, por el artículo 26 de la Ley Orgánica reformativa de ese Código, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, establece la caducidad de las autorizaciones que otorgan las municipalidades, en los siguientes términos:

“Art. 381.1.- Caducidad.- Los actos administrativos emanados de los órganos competentes en los que se autoricen actos judiciales o venta de inmuebles, donaciones, permutas, divisiones, reestructuraciones de lotes y comodatos que no se formalizan o se ejecutan por cualquier causa en el plazo de tres años, caducarán en forma automática”.

La norma transcrita, contenida en el artículo agregado a continuación del artículo 381 del COOTAD, se refiere en forma general, a las autorizaciones que se confieren para efectuar divisiones y reestructuraciones de lotes, materia que se regula en el Capítulo II

“Fraccionamiento de Suelos y Reestructuración de Lotes” del COOTAD (artículos 470 y siguientes), en el que también se ubica el artículo 480 de ese Código, que antes se citó y que trata sobre la irrevocabilidad de las autorizaciones concedidas en el contexto de dicho capítulo, esto es para dividir, reestructurar o edificar. En consecuencia, el artículo agregado a continuación de artículo 381 del COOTAD que regula la caducidad de las autorizaciones, es aplicable a todas aquellas que confieren las municipalidades en las materias regladas por el Capítulo II de ese Código.

Las Ordenanzas de construcciones que las municipalidades expiden de conformidad con la letra w) del artículo 57 del COOTAD, establecen plazos de vigencia y caducidad de las autorizaciones o licencias. Dichas autorizaciones se confieren una vez que los interesados han cumplido con todos los requisitos técnicos establecidos en las ordenanzas.

Así por ejemplo, la Ordenanza No. 156 (reformada por Ordenanza 433) que establece el Régimen Administrativo del Suelo en el Distrito Metropolitano de Quito, con respecto a la licencia metropolitana urbanística de edificación, establece que “(...) se otorgará por un plazo determinado, tanto para iniciar como para terminar las obras”, plazo que es de 3 años para iniciar intervenciones constructivas mayores, contados a partir de la fecha de expedición de la licencia (letra a) del artículo 69); dicha licencia caduca y por tanto se extingue si su titular no ha iniciado la intervención constructiva dentro del plazo autorizado (letra a) del numeral 1 del artículo 71.

Mientras que, según el artículo 32 del Código Municipal de Urbanismo, Construcciones y Ornato de Loja, expedido mediante Ordenanza publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 95 de 24 de diciembre de 1998, “(...) el propietario estará obligado a iniciar los trabajos dentro de los seis meses subsiguientes, desde la fecha en que fue expedida la autorización, caso contrario ésta caducará y el interesado deberá pedir la actualización correspondiente”.

Del análisis que precede se desprende que, de acuerdo con el artículo 480 del COOTAD, las autorizaciones que confieren las municipalidades para edificar proyectos sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal, son irrevocables desde que se inician las obras y por tanto no pueden ser modificadas sin contar con el consentimiento de los promotores o ejecutores; y que, de conformidad con el artículo agregado a continuación del artículo 381 del COOTAD, dichas autorizaciones caducan automáticamente en el caso de que no se hubiesen ejecutado, vencido el plazo de tres años contados desde la fecha en que fueron otorgadas.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el inciso cuarto del artículo 424 reformado del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y

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

Lo expuesto, sin perjuicio de la obligación de las municipalidades de adecuar sus ordenanzas al nuevo texto legal.

OF. PGE. N°: 19995, de 16-12-2014

MUNICIPALIDAD: CRÉDITO CON INSTITUCIÓN DE LA BANCA PRIVADA

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
MUNICIPAL DEL CANTÓN RIOBAMBA

CONSULTA:

“¿Está el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba facultado a realizar un crédito con una institución de la banca privada?”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 60 lit. x), 164, 171 lit. e), 191, 211 y 212.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 4, 34, 55, 58, 60, 116, 123, 125, 126, 141 y 144 núm. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante refiere como antecedente que esa Entidad “se halla efectuando una reingeniería administrativa aplicada a las directrices del Ministerio de Relaciones Laborales (...)”, que tendría entre otras finalidades “(...) dar solución al problema social que ha heredado la actual administración por las liquidaciones e indemnizaciones de los jubilados que no fueron canceladas a tiempo y peor presupuestadas, lamentablemente en la parte

presupuestaria de acuerdo a la certificación emitida por Dirección Financiera, no cuenta con los recursos económicos”.

El citado informe invoca la letra x) del artículo 60 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que confiere al Alcalde atribución para resolver los reclamos administrativos que le correspondan; y, el artículo 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que prescribe que el endeudamiento de las entidades públicas se debe destinar a la ejecución de proyectos de inversión.

El Procurador Síndico argumenta que: “(...) el Proyecto de fortalecimiento de la capacidad de gestión institucional del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba es un proyecto de inversión y que su endeudamiento económicamente cuenta con las fuentes de financiamiento para el pago”.

Sobre dicha base, el informe del Procurador Síndico concluye que:

“(...) es prioritario ejecutar el Proyecto de inversión para fortalecer la capacidad de gestión institucional del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba, por lo que amparados en lo dispuesto en el Art. 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, ES PROCEDENTE ACCEDER A UN CRÉDITO CON LA BANCA PRIVADA, dada cuenta que el proyecto macro que se presentó al Banco del Estado ha sido acogido parcialmente”.

A la consulta se ha acompañado el documento borrador del “Plan de Fortalecimiento de la Capacidad de Gestión Institucional del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Riobamba”.

De acuerdo con el numeral 1.6 del referido borrador, el “Tipo de Proyecto”, corresponde al sector “17.- Administrativo” y consiste en “17.1 Mejoramiento de Procesos Institucionales”.

En las páginas 21 a 23 del borrador constan los listados de empleados y trabajadores de la Municipalidad de Riobamba que se acogieron a la jubilación en los años 2008 a 2011; y, en la página 24 se manifiesta que:

“El GADM de Riobamba a través de este crédito conseguirá que se respeten los derechos de este grupo de interés social estipulados en la ley, tal es el caso de los servidores que se han jubilado, la Alcaldía está consciente que este problema ocasionado en esta Administración anterior debe darse solución urgente por muchos factores que van más allá del tema financiero (...)”.

La letra e) del artículo 171 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), incluye a los recursos provenientes de financiamiento, entre los recursos de los gobiernos autónomos descentralizados.

En materia de finanzas y endeudamiento público de los gobiernos autónomos descentralizados, los artículos 164 y 212 del COOTAD se remiten en forma expresa a la ley que regule las finanzas públicas; dichas normas, en su orden disponen:

“Art. 164.- Criterios.- Las finanzas públicas en todos los niveles de gobierno, se conducirán de forma sostenible, responsable y transparente a fin de alcanzar el buen vivir de la población, procurando la estabilidad económica.

Los gobiernos autónomos descentralizados observarán reglas fiscales sobre el manejo de los recursos públicos, de endeudamiento y de la cooperación, de acuerdo con la ley que regule las finanzas públicas e incorporarán procedimientos eficaces que garanticen la rendición de cuentas ante la ciudadanía sobre el uso y manejo de los recursos financieros”.

“Art. 212.- Endeudamiento público y reglas fiscales.- Los actos, contratos y procedimientos del endeudamiento público de los gobiernos autónomos descentralizados se regirán por los preceptos de la Constitución y de las normas establecidas en la ley que regule las finanzas públicas, y se someterán a las reglas fiscales y de endeudamiento público análogas a las del presupuesto general del Estado”.

De conformidad con los dos primeros incisos del artículo 211 del COOTAD, el endeudamiento al que accedan los GADs se debe destinar a inversión. Dicha norma dispone:

“211.-Acceso.- Los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, metropolitanos, municipales y parroquiales rurales pueden acceder a endeudamiento para financiar inversiones de mediano y largo plazo que no puedan ser cubiertas con sus recursos en un período.

Los ingresos provenientes del endeudamiento constituyen ingresos no permanentes y únicamente financiarán egresos no permanentes, es decir programas y proyectos de mediano y largo plazo debidamente priorizados en sus respectivos planes de desarrollo territorial y que contribuyan al Plan Nacional de Desarrollo”.

Por su parte, el artículo 4 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas incluye en su ámbito de aplicación a los gobiernos autónomos descentralizados; y, el

tercer inciso del artículo 34 del mismo Código Orgánico, determina la sujeción del endeudamiento público al Plan Nacional de Desarrollo. Dicha norma dispone:

“Se sujetan al Plan Nacional de Desarrollo las acciones, programas y proyectos públicos, el endeudamiento público, la cooperación internacional, la programación, formulación, aprobación y ejecución del Presupuesto General del Estado y los presupuestos de la banca pública, las empresas públicas de nivel nacional y la seguridad social”.

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 123 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas “El endeudamiento público comprende la deuda pública de todas las entidades, instituciones y organismos del sector público provenientes de contratos de mutuo; colocaciones de bonos y otros valores, incluidos las titularizaciones y las cuotas de participación; los convenios de novación y/o consolidación de obligaciones; y, aquellas obligaciones en donde existan sustitución de deudor establecidas por ley. Además constituyen endeudamiento público, las obligaciones no pagadas y registradas de los presupuestos clausurados. Se excluye cualquier título valor menor a 360 días”.

El artículo 125 del citado Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, determina los límites de endeudamiento de los gobiernos autónomos descentralizados. El trámite y los requisitos para las operaciones de crédito están establecidos por el artículo 141 *ibidem*, cuyo primer numeral asigna al ente rector de las finanzas públicas, atribución para verificar los límites de endeudamiento.

Respecto del destino del endeudamiento, el artículo 126 del referido Código Orgánico, dispone:

Art. 126.- Destino del endeudamiento.- Las entidades del sector público que requieran operaciones de endeudamiento público lo harán exclusivamente para financiar:

1. Programas.
2. Proyectos de inversión:
 - 2.1 para infraestructura; y,
 - 2.2 que tengan capacidad financiera de pago.
3. Refinanciamiento de deuda pública externa en condiciones más beneficiosas para el país.

Se prohíbe el endeudamiento para gasto permanente. Con excepción de los que prevé la Constitución de la República, para salud, educación y justicia; previa calificación de la situación excepcional, realizada por la Presidenta o el Presidente de la República”.

El segundo inciso del numeral 2 del artículo 140 del citado Código, excluye de la aprobación del Comité de Deuda y Financiamiento, los contratos de mutuo de deuda pública interna de los gobiernos autónomos descentralizados.

El Reglamento de Operaciones de Deuda Pública Interna y Externa del Gobierno Nacional y demás Entidades y Organismos del Sector Público, contenido en el Libro I del Texto Unificado de Legislación del Ministerio de Finanzas, y el Acuerdo No. 5 de la Contraloría General del Estado, que contiene la Guía para la Auditoría de la Deuda Pública, definen al “contrato de crédito comercial”, de la siguiente manera:

“Contrato de crédito comercial- Es aquel en el que intervienen en su suscripción el Estado o una entidad u organismo del sector público y una entidad financiera pública o privada, para financiar un proyecto de inversión, calificado como prioritario por el organismo competente”.

Toda vez que, de conformidad con el artículo 211 del COOTAD y el artículo 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el endeudamiento al que recurran los GADs se debe destinar a inversión, resulta pertinente considerar que el artículo 55 del referido Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas define el concepto de inversión pública, manifestando lo siguiente:

“Art. 55.- Definición de inversión pública.- Para la aplicación de este código, se entenderá por inversión pública al conjunto de egresos y/o transacciones que se realizan con recursos públicos para mantener o incrementar la riqueza y capacidades sociales y del Estado, con la finalidad de cumplir los objetivos de la planificación”.

De acuerdo con los artículos 58 y 60 numeral 3 del referido Código Orgánico, corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados, formular sus respectivos planes de inversión; y, al Alcalde priorizarlos.

El Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, define a los gastos de inversión y corrientes, en los siguientes términos:

“GASTOS DE INVERSION

Son los gastos destinados al incremento patrimonial del Estado, mediante actividades operacionales de inversión, comprendido en programas sociales o proyectos institucionales de ejecución de obra pública. Están conformados por gastos en personal, bienes y servicios destinados a la inversión, obras públicas y transferencias de inversión.

Su devengamiento produce contablemente modificaciones directas en la composición patrimonial del Estado, aumentando sus inversiones en infraestructura física

institucional o en bienes nacionales de uso público y en productos intangibles de desarrollo social; implica además, la concesión de transferencias sin contraprestación destinadas a la inversión”.

“5. GASTOS CORRIENTES

Son los gastos destinados por el Estado para adquirir bienes y servicios necesarios para el desarrollo de las actividades operacionales de administración y transferir recursos sin contraprestación. Están conformados por gastos en personal, prestaciones de seguridad social, bienes y servicios de consumo, aporte fiscal, gastos financieros, otros gastos y transferencias corrientes.

El devengamiento de los gastos corrientes produce contablemente modificaciones indirectas en la estructura patrimonial del Estado, debido a la utilización de cuentas operacionales o de resultados que permiten establecer previamente el resultado de la gestión anual”.

El subnumeral 5.1.03.13 “Compensación por Cesación de Funciones”, del numeral 5.1 “Gastos en Personal” del Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos, prevé:

“5.1 GASTOS EN PERSONAL

(...) 5.1.03.13 Compensación por Cesación de Funciones.

Compensación económica que se reconoce a las servidoras y servidores que a los setenta años de edad, se retiren del servicio público y cesen en su puesto cumpliendo los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación”.

Conforme al primer inciso del artículo 211 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los gobiernos autónomos descentralizados, y entre ellos, las municipalidades, pueden acceder a endeudamiento para financiar inversiones de mediano y largo plazo que no puedan ser cubiertas con sus recursos.

En materia de endeudamiento, los gobiernos autónomos descentralizados se sujetan a la ley que regula las finanzas públicas, según disponen en forma expresa los artículos 164 y 212 del COOTAD y el artículo 4 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

El artículo 125 del citado Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece los límites de endeudamiento al que pueden recurrir los gobiernos autónomos descentralizados, que corresponde verificar al ente rector de las finanzas públicas conforme al artículo 141 de ese Código. Los recursos para pagar tales créditos deben ser debidamente presupuestados, según dispone el artículo 116 ibídem.

De acuerdo con la definición de contrato de crédito comercial, contenida tanto en el Reglamento de Operaciones de Deuda Pública Interna y Externa del Gobierno Nacional y demás entidades y Organismos del Sector Público como en la Guía para la Auditoría de la Deuda Pública, antes referidos, las entidades públicas pueden celebrar contratos de mutuo o de crédito comercial, con entidades financieras públicas o privadas.

Los contratos de mutuo o contratos de crédito comercial a los que recurran las entidades públicas, constituyen endeudamiento público conforme el segundo inciso del artículo 123 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y a la definición contenida en el Reglamento de Operaciones de Deuda Pública Interna y Externa del Gobierno Nacional y demás Entidades y Organismos del Sector Público y la Guía para la Auditoría de la Deuda Pública, expedida por Acuerdo No. 5 de la Contraloría General del Estado.

Finalmente, en cuanto se refiere al destino del endeudamiento, el primer inciso del artículo 211 del COOTAD y el artículo 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, concuerdan en que los recursos provenientes del endeudamiento al que accedan los gobiernos autónomos descentralizados, se deben destinar al financiamiento de programas y proyectos de mediano y largo plazo; y, al desarrollo de los planes de inversión que esos gobiernos autónomos formulen y prioricen de conformidad con los artículos 55, 58 y 60 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en el marco de los Planes Nacional y Local de Desarrollo, según el artículo 34 ibídem. En consecuencia, los recursos provenientes de endeudamiento no pueden servir para cubrir gastos corrientes, debiéndose observar al efecto el Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 171 letra e) y 211 del COOTAD, los gobiernos autónomos descentralizados municipales pueden obtener recursos provenientes de financiamiento de entidades públicas o privadas, observando los límites y procedimientos reglados por los artículos 126 y 141 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. El endeudamiento deberá ser destinado exclusivamente al desarrollo de proyectos de inversión según los artículos 211 del COOTAD y 126 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas sobre endeudamiento público a las que están sujetos los GADs. La conveniencia de obtener recursos provenientes de endeudamiento y su destino, son de responsabilidad de cada entidad pública.

OF. PGE. N°: 10611, de 12-11-2012

MUNICIPALIDADES: CAMBIO DE NOMBRES, DETERMINACIÓN DE LINDEROS DE TERRITORIO CANTONAL Y FUSIÓN DE PARROQUIAS

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN AGUARICO

CONSULTAS:

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, 24, 25, 28, 53, 57 lit. v), 58 y 63.

Código de la Democracia, Art. 90.

Creación del Cantón Aguarico, 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 Aguarico 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 Aguarico: 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, Yazuni”.

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 Aguarico: “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 Aguarico se pronunció favorablemente con el 55% para que Tiputini sea la cabecera cantonal de Aguarico, 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 Aguarico 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 Aguarico, es de exclusiva responsabilidad del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Aguarico.

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.

OF. PGE. N°: 12363, de 12-03-2013

**MUNICIPALIDADES: COMPETENCIAS PARA INVERTIR EN ESTUDIOS U OBRAS
DE INFRAESTRUCTURA DEPORTIVA
-PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS-**

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
MUNICIPAL DEL CANTÓN SAN PEDRO DE PELILEO

CONSULTAS:

1.- “¿Puede el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón San Pedro de Pelileo siendo una competencia exclusiva de los gobiernos autónomos descentralizados la de: ‘Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley’; de acuerdo al Art. 55, literal d) del COOTAD, invertir en estudios u obras de agua potable o alcantarillado en parroquias urbanas y rurales donde estos servicios son administrados por las Juntas Administradoras de Agua Potable con personería jurídica? O a su vez, ¿se puede invertir recursos económicos bajo la suscripción de un convenio en el cual la Junta Administradora de Agua Potable o la Comunidad, aporten con su contraparte?”.

2.- “El literal g) del Art. 55 del COOTAD manifiesta como competencia exclusiva del gobierno autónomo descentralizado municipal la siguiente: ‘Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley’. Además, siendo una de las funciones del GAD Municipal contemplada en el Art. 54, literal q), la de: ‘Promover y patrocinar las culturas, las artes, las actividades deportivas y recreativas en beneficio de la colectividad del cantón’. Por lo tanto, ¿puede el GADM-PELILEO invertir en estudios u obras de infraestructura deportiva? O a su vez ¿lo puede hacer bajo la suscripción de un convenio con el Ministerio del Deporte?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 66, 226, 260, 264 núms. 4 y 7; 318 y 381 inciso segundo.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 20, 54 lit. q), 55 lits. d) y g), 115, 116 incisos primero y final, 126, 137 inciso séptimo; y, Disposiciones Transitorias: Quinta y Décima Primera.

Ley Constitutiva de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, Arts. 1, 4 y 9 (derogada).

Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, Arts. 14, 17, 43 y 44.

Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, Arts. 13, 14 lit. k), 93, 94, 102 y 133.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- El Procurador Síndico de la municipalidad consultante, cita los artículos 264 numeral 4 de la Constitución de la República y 55 letra d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que confieren a los gobiernos autónomos descentralizados municipales competencia exclusiva para prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental, entre otras.

Invoca adicionalmente la Ley Constitutiva de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, que como se verá más adelante fue recientemente derogada, cuyo artículo 1 autorizaba a esas entidades a implementar infraestructura sanitaria en comunidades rurales. Sobre dicha base concluye:

“Con los argumentos Constitucionales y legales señalados, como una cooperación de servicios públicos de agua potable y alcantarillado, toda vez que, por la deficiencia de agua potable para el cantón no se ha podido atender con este requerimiento básico a las diferentes parroquias rurales; considero que, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Pedro de Pelileo, puede invertir recursos municipales para realizar estudios u obras de agua potable y alcantarillado, a través de un convenio que se suscriba con las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, de las parroquias rurales pertenecientes al cantón San Pedro Pelileo, considerando que de acuerdo a la Ley Constitutiva de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, las Juntas Administradoras en cumplimiento de la Ley son constituidas como entidades de derecho público, que prestan servicios de agua potable y alcantarillado”.

El Subsecretario de Agua Potable y Saneamiento de la Secretaría del Agua, también se refiere a la competencia exclusiva que en materia de servicios públicos de agua potable confiere a las municipalidades el artículo 264 numeral 4 de la Constitución; y, cita el

artículo 318 de la Norma Suprema que, para la gestión del agua y la prestación de servicios públicos, prevé alianzas entre lo público y comunitario; y, concluye:

“(…) considero que los Gobiernos Autónomos Descentralizados deben atender Constitucionalmente y por el COOTAD en la dotación de bienes y servicios que coadyuve al desarrollo humano que permita alcanzar el verdadero Sumak Kawsay, Buen Vivir; en trabajo concurrente con otras instituciones del Estado entre ellas GAD’s Parroquiales, otros prestadores de servicios y gestores comunitarios”.

Por su parte, el Director Ejecutivo de la AME, además de las disposiciones sobre la competencia exclusiva de las municipalidades para prestar los servicios públicos de agua potable, contenidas en los artículos 264 numeral 4 de la Constitución de la República y 55 literal d) del COOTAD, cita el artículo 4 de la Ley de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, recientemente derogada, que preveía que en el cantón en que funcionen empresas municipales de agua potable que cubran dichos servicios, no podrán constituirse dichas Juntas. Concluye el criterio institucional de la AME que:

“Los Gobiernos Municipales no podrían invertir recursos económicos en la gestión del agua potable que está a cargo de las Juntas Administradoras de Agua Potable, en caso contrario debería establecerse la forma y manera de retornar el dinero invertido; sin embargo podrían establecerse alianzas tal como establece el Art. 137 inciso séptimo del COOTAD (...).

(...) Con la aprobación de la nueva Ley Orgánica de Recursos Hídricos, se corre el riesgo que; al derogarse la Ley de Juntas Administradoras de Agua, éstas desaparezcan institucionalmente, y que el convenio suscrito no cubra las expectativas esperadas. Además, en la transitoria de la nueva ley señala que: la Autoridad Única del Agua, en un plazo de dos años a partir de la vigencia de esta ley, realice el inventario y evalúe a las Juntas Administradoras de Agua una vez constituidas, información que servirá para el fortalecimiento mediante las alianzas público-comunitarias”.

Entre los derechos que el Estado reconoce y garantiza a las personas en el artículo 66 de la Constitución de la República, consta el acceso al agua potable, en los siguientes términos:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

(...) 2.- El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”.

Respecto de la gestión del agua y de la prestación del servicio público de agua potable, el artículo 318 de la Constitución de la República prevé lo siguiente:

“Art. 318.- El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua.

La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.

El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios.

El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley”.

Por su parte, la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado es competencia exclusiva de las municipalidades, según el numeral 4 del artículo 264 de la Constitución de la República; dicha norma prescribe:

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

(...) 4. Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley”.

Concordante, la letra d) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé:

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

(...) d) Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley”.

En materia de planificación cantonal, la letra a) del mismo artículo asigna a las municipalidades competencia para:

“a) Planificar, junto con otras instituciones del sector público y actores de la sociedad, el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural, en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad y el respeto a la diversidad”.

De acuerdo con el artículo 20 del COOTAD, “Cantones.- Los cantones son circunscripciones territoriales conformadas por parroquias rurales y la cabecera cantonal con sus parroquias urbanas, señaladas en su respectiva ley de creación, y, por las que se crearen con posterioridad, de conformidad con la presente ley”.

Por su parte, la Ley de Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, que cita el informe de la AME, publicada en el Registro Oficial No. 802 de 29 de marzo de 1979, fue derogada en forma expresa por la Disposición Derogatoria Quinta de la recientemente promulgada Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 305 de 6 de agosto de 2014; no obstante, la revisión de dichas normas resulta pertinente para atender la consulta, considerando adicionalmente que, como se verá más adelante, la nueva Ley conserva el carácter público de las Juntas Administradoras de Agua Potable.

De acuerdo con los artículos 1 y 4 de la derogada Ley de Juntas Administradoras de Agua Potable, esas Juntas tenían el carácter de entidades de derecho público; se organizaban en las comunidades rurales; y, no podían crearse en aquellos cantones en los que la respectiva empresa municipal de agua potable prestara los servicios de agua potable y alcantarillado. Dichas normas tenían el siguiente tenor:

“Art. 1.- Autorízase al Ministerio de Salud Pública para que por medio del Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias, (IEOS), organice y constituya las Juntas Administrativas de Agua Potable y Alcantarillado en las comunidades rurales, donde se implementen estos servicios de infraestructura sanitaria, las mismas que serán entidades de derecho público con la suficiente y necesaria autonomía para las funciones a ellas encargadas”.

“Art. 4.- En el cantón donde se halle funcionando la respectiva Empresa Municipal de Agua Potable y ésta cubra los servicios que por ley le corresponde en toda su jurisdicción, no podrá constituirse Juntas Administradoras de Agua Potable, organizadas por el IEOS”.

El Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias al que se refería la citada Ley de Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, según el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 1218, publicado en el Registro Oficial No. 317 de 16 de Noviembre de 1993, es en la actualidad una dependencia del MIDUVI.

De acuerdo con el artículo 9 de esa Ley, las Juntas tenían entre otros, los siguientes deberes y atribuciones: “1) Firmar convenios para la construcción, reparación, administración y mantenimiento del abastecimiento de Agua Potable. 2) Adquirir y aportar los materiales que según se fije en el convenio proporcionará la comunidad para la construcción o reparación del sistema de Agua Potable, así como aquellos necesarios para la operación y mantenimiento del mismo (...)”.

El artículo 43 de la vigente Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, prevé con respecto a las Juntas Administradoras de Agua Potable, lo siguiente:

“Artículo 43.- Definición de juntas administradoras de agua potable. Las juntas administradoras de agua potable son organizaciones comunitarias, sin fines de lucro, que tienen la finalidad de prestar el servicio público de agua potable. Su accionar se fundamenta en criterios de eficiencia económica, sostenibilidad del recurso hídrico, calidad en la prestación de los servicios y equidad en el reparto del agua.

Los requisitos y el procedimiento para la creación de nuevas juntas administradoras de agua potable se desarrollarán reglamentariamente por la Autoridad Única del Agua.

En el cantón donde el gobierno autónomo descentralizado municipal preste el servicio de manera directa o a través de una empresa pública de agua potable y esta cubra los servicios que por ley le corresponden, en toda su jurisdicción, no podrán constituirse juntas administradoras de agua potable y saneamiento.

Las juntas administradoras de agua potable y saneamiento, formarán parte del consejo de cuenca a través de sus representantes sectoriales, según lo establezca el Reglamento de la presente Ley”.

Según el artículo 44 de la citada Ley Orgánica, son atribuciones de las juntas administradoras de agua potable, entre otras, las siguientes:

“(…) 2. Rehabilitar, operar y mantener la infraestructura para la prestación de los servicios de agua potable;

3. Gestionar con los diferentes niveles de gobierno o de manera directa, la construcción y financiamiento de nueva infraestructura. Para el efecto deberá contar con la respectiva viabilidad técnica emitida por la Autoridad Única del Agua. (…)”.

De acuerdo con la Disposición Transitoria Décima Primera de la citada Ley, que según se refirió en los antecedentes, ha invocado la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, “La Autoridad Única del Agua, en un plazo de hasta dos años contados a partir de la publicación de la presente Ley, realizará un inventario de las juntas administradoras de agua potable y alcantarillado y juntas de riego para evaluar su funcionamiento técnico y financiero y el cumplimiento de los servicios prestados a sus miembros. Dicha información servirá para el fortalecimiento de las juntas de agua potable y riego y de los servicios que prestan, mediante las alianzas público-comunitarias”.

La Disposición Transitoria Quinta de la misma Ley impone a las municipalidades, como gobiernos autónomos descentralizados competentes en materia de provisión de agua y saneamiento, el deber de planificar, implementar y construir los sistemas de alcantarillado e infraestructura para el tratamiento de aguas; y al efecto, prescribe que esas entidades coordinen con la Autoridad Única del Agua, una programación de obras y el respectivo financiamiento. El tenor de la Disposición es el siguiente:

“QUINTA.- Los Gobiernos Autónomos Descentralizados competentes, en materia de provisión de agua y saneamiento, implementarán sistemas adecuados para el abastecimiento de agua potable, de modo que, en el plazo previsto en el Plan Nacional de Desarrollo del Buen Vivir y en la estrategia de erradicación de la pobreza y la desigualdad, quede plenamente garantizado el acceso total de la población al agua potable. Del mismo modo, procederán de acuerdo con las metas, objetivos y plazos previstos en el plan nacional de desarrollo y el plan nacional de recursos hídricos a la planificación, implementación y construcción de los sistemas de alcantarillado y de la infraestructura para tratamiento de aguas residuales y desechos urbanos, de modo que se cubran las necesidades de saneamiento de la población y se trate la totalidad de las aguas servidas.

Los Gobiernos Autónomos Descentralizados establecerán en coordinación con la Autoridad Única del Agua una programación de obras y el financiamiento respectivo”. De lo hasta aquí analizado se desprende que, de conformidad con los artículos 264 numeral 4 de la Constitución de la República y 55 letra d) del COOTAD, la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado es competencia exclusiva de

las municipalidades; que de acuerdo con el artículo 20 del citado Código Orgánico, los cantones se componen de zonas urbanas y rurales; y, que según el artículo 43 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, en áreas del cantón en las que la municipalidad no preste dichos servicios públicos en forma directa o a través de sus empresas públicas, podrán constituirse Juntas Administradoras de Agua Potable con la finalidad de prestar el servicio público de agua potable.

En tal contexto, de acuerdo con el artículo 44 de la citada Ley Orgánica, las Juntas Administradoras de Agua Potable tienen atribución para operar y mantener la infraestructura para la prestación de los servicios de agua potable; y, al efecto, el numeral 3 del mismo artículo prevé que la construcción y financiamiento de nueva infraestructura para la prestación de dichos servicios, deberá contar con la viabilidad técnica emitida por la Autoridad Única del Agua.

Sobre la Autoridad Única del Agua el artículo 17 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, prevé:

“Art. 17.- La Autoridad Única del Agua. Es la entidad que dirige el sistema nacional estratégico del agua, es persona jurídica de derecho público. Su titular será designado por la Presidenta o el Presidente de la República y tendrá rango de ministra o ministro de Estado.

Es responsable de la rectoría, planificación y gestión de los recursos hídricos. Su gestión será desconcentrada en el territorio”.

La obligación de las entidades públicas de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines, consta establecida en el artículo 226 de la Norma Suprema, con el siguiente tenor:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Respecto del ejercicio de competencias, el artículo 260 de la Constitución de la República dispone:

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

Adicionalmente, cabe considerar que los artículos 115 incisos primero y final y 126 del COOTAD prevén la gestión concurrente para la prestación de servicios públicos. Dichas normas disponen:

“Art. 116.- Facultades.- Las facultades son atribuciones para el ejercicio de una competencia por parte de un nivel de gobierno. Son facultades la rectoría, la planificación, la regulación, el control y la gestión, y son establecidas por la Constitución o la ley. Su ejercicio, a excepción de la rectoría, puede ser concurrente.

(...) La gestión es la capacidad para ejecutar, proveer, prestar, administrar y financiar servicios públicos. Puede ejercerse concurrentemente entre varios niveles de gobierno, dentro del ámbito de competencias y circunscripción territorial correspondiente, según el modelo de gestión de cada sector”.

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

Del análisis que precede se desprende que, de conformidad con la letra d) del artículo 55 del COOTAD, los servicios de agua potable y alcantarillado son competencia exclusiva de las municipalidades; sin embargo, según los artículos 43 y 44 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, las Juntas Administradoras de Agua Potable también tienen la finalidad de prestar el servicio público de agua potable y para ello gozan de atribución para gestionar con los diferentes niveles de gobierno la construcción y financiamiento de nueva infraestructura; al efecto la Disposición Transitoria Quinta de esa Ley prevé que para la construcción de los sistemas de alcantarillado e infraestructura para tratamiento de aguas, los Gobiernos Autónomos Descentralizados competentes (las municipalidades) deben coordinar con la Autoridad Única del Agua, la programación de obras y el financiamiento respectivo.

Considerando que de acuerdo con el artículo 126 del COOTAD, el ejercicio de las competencias exclusivas de un nivel de gobierno no excluye el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos, en atención a los términos de su consulta se concluye que, en los casos en que en la respectiva circunscripción cantonal ya existan Juntas Administradoras de Agua Potable, las municipalidades pueden

invertir en el financiamiento para la gestión de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado, de forma concurrente con dichas Juntas.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de las normas sobre cuya aplicación trata la consulta; la conveniencia de invertir recursos públicos para efectuar estudios y la construcción de nueva infraestructura para la prestación de los servicios públicos de agua potable y alcantarillado, es de exclusiva responsabilidad de los personeros de las Municipalidades.

La procedencia de suscribir convenios entre las Municipalidades y las Juntas Administradoras de Agua Potable, es una decisión que compete resolver a los personeros de dichas entidades.

2.- El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, cita entre otras normas, el artículo 102 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación que prevé que tanto el Ministerio Sectorial como los gobiernos autónomos descentralizados, son responsables de promover, apoyar y proveer los recursos económicos e instalaciones deportivas para el desarrollo de los deportes ancestrales y juegos tradicionales; el artículo 55 letra g) del COOTAD, que confiere a los gobiernos autónomos descentralizados competencia exclusiva para planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo; así como, el artículo 54 letra q) del mismo Código que asigna a las municipalidades atribución para promover, entre otras actividades, las de carácter deportivo. Sobre dicha base, concluye:

“Mientras el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Pedro de Pelileo, realice los trámites correspondientes que determina la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, demás normas legales vigentes, para asumir las competencias, considero que se puede invertir con recursos municipales para realizar estudios u obras de infraestructura deportiva, previo la suscripción de un convenio con el Ministerio del Deporte, con el objeto de ejecutar acciones conjuntas encaminadas a la realización de actividades deportivas y recreativas”.

La Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Deporte, cita el numeral 7 del artículo 264 de la Constitución de la República, que confiere a las municipalidades competencia exclusiva para planificar y construir espacios públicos destinados entre otros fines al desarrollo deportivo; así como la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, cuyos artículos 13 y 14 letra k) confieren al Ministerio Sectorial el carácter de órgano rector en esas materias y atribución para coordinar las obras de infraestructura pública para el deporte; y, el artículo 93 *Ibídem*, según el cual

los programas de construcción y mantenimiento de infraestructura recreativa se ejecutarán de manera descentralizada. Sobre dicha base normativa, concluye:

“(…) es criterio de esta Dirección de Asesoría Jurídica, que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Pedro de Pelileo, se encuentra legalmente facultado para invertir en estudios y obras de infraestructura deportiva dentro de su jurisdicción, ya que conforme a la normativa invocada, tiene como atribuciones y competencias las de planificar, construir y mantener la infraestructura física destinada entre otros al desarrollo deportivo dentro de su cantón, el cual de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, puede ser ejecutada de manera descentralizada y coordinada conforme a las políticas que establezca el Ministerio del Deporte.

Respecto a la suscripción de un convenio interinstitucional, éste debe celebrarse de manera obligatoria, en el caso concreto de que el trabajo coordinado entre el Ministerio del Deporte y el GAD, implique el egreso de recursos económicos de una o de las instituciones públicas. La suscripción del convenio permitiría determinar con claridad las obligaciones de cada uno de los intervinientes así como el alcance de cada una de ellas.

Finalmente agrego que el Ministerio del Deporte, manifiesta su total disposición de brindar su contingente humano técnico, en el desarrollo de los proyectos relacionados con obras de infraestructura que pretende realizar el GAD, sin que para ello medie la necesidad de suscribir un convenio interinstitucional, pues es intención de esta Cartera de Estado favorecer el uso óptimo y eficiente de los recursos provenientes del presupuesto estatal”.

La Asociación de Municipalidades Ecuatorianas cita los artículos 93 y 94 de la Ley de Deporte, Recreación y Educación Física, que establecen las atribuciones de las municipalidades para construcción y mantenimiento de infraestructura recreativa y el fomento del deporte; y concluye:

“En lo atinente a las obras de infraestructura el Art. 381 inciso segundo de la Constitución de la República establece que: ‘(…) *El Estado garantizará los recursos y la infraestructura necesaria para estas actividades. Los recursos se sujetarán al control estatal, rendición de cuentas y deberán distribuirse de forma equitativa*’.

Al efecto debe considerarse que el Art. 264 numeral 4 de la Constitución de la República prevé como competencia exclusiva el dotar de espacios públicos destinados al ámbito deportivo lo cual debe estar previsto en el Plan de Desarrollo y Ordenamiento Territorial –PDOT-, en este sentido valdría efectuar el convenio con el Ministerio del Deporte”.

El artículo 381 de la Constitución de la República, establece que el Estado promoverá el deporte como actividad que contribuye a la salud, formación y desarrollo integral de las personas; y, respecto de la infraestructura deportiva, el inciso final de la misma norma prevé que:

“(…) El Estado garantizará los recursos y la infraestructura necesaria para estas actividades. Los recursos se sujetarán al control estatal, rendición de cuentas y deberán distribuirse de forma equitativa”.

De acuerdo con el artículo 264 numeral 7 de la Constitución de la República, es competencia exclusiva de las municipalidades “(...) 7. Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley (...)”.

Concordante, la letra g) del artículo 55 del COOTAD, confiere a las municipalidades, competencia exclusiva para:

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

La letra q) del artículo 54 del mismo Código prevé como función de la municipalidad, la de promover entre otras actividades las de carácter deportivo y recreativo en beneficio de la colectividad del cantón.

En materia de infraestructura destinada al deporte, el artículo 14 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 255 de 11 de agosto de 2010, asigna como funciones del Ministerio del Deporte, las siguientes:

“(…) i) Mantener un Sistema Nacional de Información Deportiva con registro de datos sobre las organizaciones, deportistas, entrenadores, jueces, infraestructura, eventos nacionales e internacionales y los demás aspectos que considere necesario el Ministerio Sectorial;

(...) k) Coordinar las obras de infraestructura pública para el deporte, la educación física y la recreación, así como mantener adecuadamente la infraestructura a su cargo, para lo cual podrá adoptar las medidas administrativas, técnicas y económicas necesarias, en coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados (...)”.

Concordante, la letra a) del artículo 133 de la misma Ley prevé que: “(...) a) Las asignaciones que consten en el Presupuesto General del Estado para el Ministerio Sectorial que serán administradas por esta entidad, con excepción del gasto corriente de la institución, deberán ser destinadas para la promoción del deporte, educación física y recreación, así como para la construcción y mantenimiento de la infraestructura y las necesidades complementarias para su adecuado desarrollo (...)”.

Las competencias que en materia de infraestructura para el deporte, corresponden a los gobiernos autónomos, constan en el artículo 93 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación, cuyos incisos segundo y tercero prevén lo siguiente:

“Art. 93.- Del rol de los Gobiernos Municipales y Distritos Metropolitanos.- (...)”

Los programas de activación física, construcción y mantenimiento de infraestructura recreativa se ejecutarán de manera descentralizada y coordinada conforme a las políticas que establezca el Ministerio Sectorial.

El apoyo al deporte barrial y parroquial, deberá ser coordinado por medio de los gobiernos municipales, quienes asignarán los recursos para su fomento, desarrollo e infraestructura”.

El artículo 102 de la citada Ley, que según se refirió en los antecedentes, invoca el asesor jurídico de la entidad consultante, dispone:

“Art. 102.- Responsabilidades.- Serán responsabilidades del Ministerio Sectorial y de los gobiernos autónomos descentralizados valorar, promover, apoyar y proveer los recursos económicos e instalaciones deportivas para el desarrollo de los deportes ancestrales y juegos tradicionales, garantizando sus usos, costumbres y prácticas ancestrales”.

Es decir que, de acuerdo con la parte final del numeral 7 del artículo 264 de la Constitución de la República y la letra g) del artículo 55 del COOTAD, es competencia exclusiva de las municipalidades, planificar, construir y mantener los espacios públicos destinados al desarrollo deportivo; y, según los artículos 93 y 102 de la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación la construcción y mantenimiento de infraestructura recreativa se debe realizar de manera descentralizada, siendo responsabilidad tanto del gobierno central a través del Ministerio Sectorial como de los gobiernos autónomos descentralizados, proveer los recursos económicos e instalaciones deportivas para el desarrollo del deporte.

El artículo 260 de la Constitución de la República, establece que las competencias exclusivas no excluyen actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno.

Considerando que los artículos 264 numeral 7 de la Constitución de la República y 55 letra g) del COOTAD asignan a las municipalidades competencia exclusiva para planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo deportivo, en atención a los términos de su consulta se concluye que las municipalidades están facultadas para invertir en estudios u obras de infraestructura deportiva a ser desarrollados en su cantón. La oportunidad y conveniencia de suscribir convenios con el Ministerio del Deporte debe ser resuelta por los personeros de dichas entidades.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de las normas sobre cuya aplicación trata la consulta; la conveniencia de invertir recursos públicos para efectuar estudios y la construcción de nueva infraestructura deportiva es de exclusiva responsabilidad de los personeros de las Municipalidades.

OF. PGE. N°: 18751, de 09-09-2014

**MUNICIPALIDADES: TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS, CONCESIONES DE
MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN
- MATERIAL PÉTREO -**

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
MUNICIPAL DEL CANTÓN CATAMAYO

CONSULTAS:

1.- “¿Las municipalidades ecuatorianas deben esperar que el Consejo Nacional de Competencias promueva la suscripción de convenios de transferencia de competencias en materia de regulación, autorización y control de áridos y pétreos para ejercer la competencia exclusiva, cuando en virtud de lo que disponía el artículo 264 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la explotación de piedras, arena y otros materiales solamente procedía previo expreso consentimiento del concejo municipal, por tanto no se trata de una nueva competencia?”.

2.- La competencia exclusiva de regulación, autorización y control de áridos y pétreos debe subordinarse al Reglamento Especial para la Explotación de Áridos y Pétreos, expedido por el Presidente de la República con fundamento en el artículo 142 de la Ley de Minería, a pesar de la vigencia del principio de competencia reconocido en el tercer

inciso del artículo 425, en el artículo 226, y en lo dispuesto en el inciso final del artículo 133 de la Constitución de la República del Ecuador, así como de la oposición a las garantías de la autonomía política, administrativa y financiera previstas en los artículos 5, 6 y 7 y a lo que determina el artículo 141 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?”.

3.- “¿La Ordenanza para regular, autorizar y controlar la explotación de áridos y pétreos que se encuentran en los lechos de los ríos, playas y canteras existentes en la jurisdicción del cantón Catamayo, publicada en el Registro Oficial No. 321 del 16 de noviembre de 2010, expedida en ejercicio de la facultad legislativa del Gobierno Municipal de Catamayo es aplicable en forma inmediata, toda vez que se encuentra creada la unidad de Áridos y Pétreos?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 1, 260, 261 núm. 11, 264 núm. 12; 273, 408 y 425.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 5, 6, 7, 55 lit. I), 119, 125, 141, 154, 189 y Disposición Transitoria Primera.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 264 núm. 12 (derogada).

Ley de Minería, Arts. 142; y, 44 de su Reglamento.

Reglamento Especial para la Explotación de Áridos y Pétreos, Arts. 9, 10 y 11.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, cita los artículos 264 numeral 12 y 425 de la Constitución de la República, éste último que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas; 141 del COOTAD y 142 de la Ley de Minería; 9, 10 y 11 del Reglamento Especial para la Explotación de Áridos y Pétreos, que regulan el ejercicio por parte de las municipalidades de la competencia de regular, autorizar y controlar la explotación de materiales de construcción.

Argumenta que “Las disposiciones referidas nos llevan a un claro conflicto de competencias y contradicciones normativas de distinta jerarquía (...); y, que “(...) la Ley Orgánica de Régimen Municipal en su artículo 264 vigente antes de la expedición de la Constitución del 2008 y del COOTAD, ya reconocía la facultad para consentir la explotación de piedras, arena y otros materiales, conforme a las respectivas ordenanzas; consecuentemente la competencia exclusiva prevista en el numeral 12 del artículo 264 de la Constitución no es nueva y por tanto, según el artículo 125 del COOTAD, el Consejo Nacional de Competencias no tendría capacidad jurídica para implementarla”.

Sobre dicha base concluye el Procurador Síndico que:

“Si la competencia nace de la Constitución y de la Ley, cuyo ejercicio es obligatorio e irrenunciable, no tendría cabida suscribir los convenios de transferencia de competencias previsto en el Reglamento Especial para la Explotación de Áridos y Pétreos; puesto que la competencia está reconocida en la Constitución y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no cabe su transferencia mediante un simple convenio. Eso correspondió al criticado modelo de descentralización optativa que no funcionó en el Ecuador”.

El Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Competencias, manifiesta que:

“(…) la competencia para regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, por mandato legal, cuenta con una regulación específica en virtud de la cual, previa la asunción efectiva de la competencia, se deberá aplicar un procedimiento que incluye la elaboración de un informe sobre el estado de situación de la ejecución de la competencia materia del traslado, además de un informe sobre la capacidad operativa de los mismos.

Una vez que se cuente con estos insumos, el Consejo Nacional de Competencias procederá a emitir la regulación necesaria a efectos de que los GAD municipales asuman de manera efectiva la competencia.

Cabe considerar, además, que no corresponde la suscripción de convenios de transferencia de competencias, pues por mandato constitucional (artículo 239) rige en el país un nuevo modelo de descentralización de carácter obligatorio, progresivo y por niveles de gobierno; el cual por lo tanto, descarta la posibilidad de abordar el proceso con los gobiernos autónomos descentralizados determinados de manera individual, sino a través de resoluciones generales del Consejo Nacional de Competencias conforme el artículo 269 de la Constitución, en concordancia con el artículo 119 del COOTAD”.

La Directora Ejecutiva de la AME, cita entre otras normas el artículo 269 de la Constitución de la República, que establece el sistema nacional de competencias y el organismo técnico al que corresponde regular el procedimiento y plazo de transferencia de las competencias exclusivas que deben asumir los gobiernos autónomos descentralizados, norma que en su numeral 1, prescribe que: “Los gobiernos que acrediten tener capacidad operativa podrán asumir inmediatamente estas competencias”; y, sobre su base manifiesta que:

“Los Gobiernos Municipales para iniciar la gestión de una competencia exclusiva, en uso de su Autonomía Administrativa, deben demostrar su capacidad operativa ante el organismo competente, esto es, el Consejo Nacional de Competencias y solicitar la

transferencia de recursos, salvo lo prescrito en el Art. 273 de la Constitución de la República, que se puede aceptar el ejercicio de la competencia sin la transferencia de recursos con expresa aceptación de la entidad. En caso contrario debe esperar la regulación del procedimiento y el plazo de transferencia.

En lo atinente de la competencia de áridos y pétreos, los Gobiernos Municipales deben atenderse a lo prescrito en el Art. 142 de la Ley de Minería y el Reglamento especial”.

Finalmente, el Viceministro de Minas del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, expone que: “(...) corresponde al Gobierno Autónomo Descentralizado de Catamayo requerir al Consejo Nacional de Competencias conforme lo dispone el Reglamento Especial para Explotación de Materiales Áridos y Pétreos, la expedición de los convenios de transferencia de competencias, para lo cual, deberán contar con los informes para la ejecución y cumplimiento de competencias materia de traslado a los gobiernos municipales; y, el informe sobre la capacidad operativa para asumir tales competencias”.

Los criterios del Consejo Nacional de Competencias y de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, coinciden en que para que las municipalidades asuman sus competencias en materia de explotación de áridos y pétreos, requieren observar el procedimiento establecido en el Reglamento Especial expedido al amparo del artículo 142 de la Ley de Minería, para acreditar su capacidad operativa. Mientras que, el Viceministro de Minas del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, alude a la necesidad de suscribir convenios de transferencia.

Por su parte, la Municipalidad consultante considera que en materia de regulación, autorización y control de la explotación de áridos y pétreos, tratándose de una competencia que asignaba el artículo 264 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal y de una competencia exclusiva que en la actualidad les otorga el numeral 12 del artículo 264 de la Constitución a las municipalidades, su ejercicio no requiere la suscripción de “los convenios de transferencia de competencias previstos en el Reglamento Especial para la Explotación de Áridos y Pétreos”.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 03485 de 1 de septiembre de 2011, se analizó que la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal establecía las competencias de las Municipalidades y que el artículo 12 de la derogada Ley de Descentralización del Estado y Participación Social, preveía la suscripción de convenios para la transferencia de atribuciones por parte del gobierno central hacia los municipios. Mientras que, en el actual ordenamiento jurídico, las competencias exclusivas de los GADs municipales, están establecidas en los artículos 264 de la Constitución de la República y 55 del COOTAD. Sobre dicha base concluí que:

“El artículo 154 del COOTAD que antes fue transcrito, establece el procedimiento de transferencia de competencias que el Consejo Nacional de Competencias debe observar, respecto de las competencias que tengan el carácter de adicionales o residuales, y no de las competencias exclusivas, pues éstas ya han sido asignadas a los GADs por la Constitución. Si los GADs son ya titulares de las competencias exclusivas establecidas por la Constitución y el COOTAD, una nueva transferencia no es necesaria, siendo lo pertinente, que el Consejo Nacional de Competencias regule la implementación de esas nuevas competencias, conforme dispone el artículo 125 del COOTAD y determine el costeo que prevé el artículo 202 ibídem a efectos de que ello permita detallar los nuevos recursos que deben ser asignados a los GADs para el ejercicio de las nuevas competencias exclusivas, según el artículo 189 del COOTAD”.

El citado pronunciamiento se refiere en forma general a la implementación de las nuevas competencias exclusivas, que el artículo 264 de la Constitución de la República confiere a los municipios.

Para atender su consulta, relacionada en forma específica con la competencia municipal en materia de áridos y pétreos, es pertinente considerar que el artículo 264 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, sustituida por el COOTAD y anterior a la vigente Constitución de la República, preveía que: “Los ríos y sus playas, las quebradas, sus lechos y taludes pueden ser usados por los vecinos, de acuerdo con las leyes de la materia; pero la explotación de piedras, arena y otros materiales sólo podrán hacerse con el expreso consentimiento del concejo, y de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Minería”.

El numeral 12 del artículo 264 de la Constitución de la República, incluye entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la de “Regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras”. Similar previsión consta en el artículo 55 letra l) del COOTAD.

Por tanto, mientras el artículo 264 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal asignaba a los Municipios atribución para autorizar la explotación de piedras, arena y otros materiales de construcción, la legislación vigente contenida en los artículos 264 numeral 12 de la Constitución de la República y 55 letra l) del COOTAD, confieren a los GADs municipales competencia exclusiva no solo para autorizar la explotación de dichos materiales, sino además para regular y controlar su explotación.

El artículo 125 del COOTAD prevé que: “Los Gobiernos Autónomos Descentralizados son titulares de las nuevas competencias exclusivas constitucionales, las cuales se asumirán e implementarán de manera progresiva conforme lo determine el Consejo

Nacional de Competencias”; mientras que, el artículo 154 del mismo Código Orgánico establece el “procedimiento para la transferencia progresiva de nuevas competencias adicionales o residuales”.

Es decir, que los gobiernos autónomos descentralizados municipales, según el tenor del artículo 125 del COOTAD ya son titulares de las “competencias exclusivas” que les asigna el artículo 264 de la Constitución de la República, algunas de las cuales estaban previstas en la legislación anterior, mientras que otras son nuevas competencias cuya implementación corresponde regular al Consejo Nacional de Competencias como se verá más adelante.

El artículo 142 de la Ley de Minería, prescribe:

“Art. 142.- Concesiones para materiales de construcción.- El Estado, por intermedio del Ministerio Sectorial, podrá otorgar concesiones para el aprovechamiento de arcillas superficiales, arenas, rocas y demás materiales de empleo directo en la industria de la construcción, con excepción de los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras que se registrarán a las limitaciones establecidas en el reglamento general de esta ley, que también definirá cuales son los materiales de construcción y sus volúmenes de explotación.

En el marco del artículo 264 de la Constitución vigente, cada Gobierno Municipal, asumirá las competencias para regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras, de acuerdo al Reglamento Especial que establecerá los requisitos, limitaciones y procedimientos para el efecto. El ejercicio de la competencia deberá ceñirse a los principios, derechos y obligaciones contempladas en las ordenanzas municipales que se emitan al respecto. No establecerán condiciones y obligaciones distintas a las establecidas en la presente ley y sus reglamentos”.

Según su tenor, el artículo 142 de la Ley de Minería confiere al gobierno central atribución para otorgar concesiones para el aprovechamiento de áridos y pétreos, excluyendo expresamente aquellos casos en los que la competencia corresponde a las municipalidades según el numeral 12 del artículo 264 de la Constitución de la República, por encontrarse dichos materiales en lechos de ríos, lagos, playas de mar y canteras ubicadas en las circunscripciones territoriales cantonales y con las limitaciones establecidas en el Reglamento General de esa Ley, que define sus volúmenes de explotación.

Adicionalmente, el artículo 142 de la Ley de Minería confiere expresamente al Presidente de la República atribución para expedir el Reglamento Especial que

establecerá los requisitos, limitaciones y procedimientos específicos para la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras, cuyas normas se revisarán más adelante.

Concordante, el artículo 44 del Reglamento General a la Ley de Minería, reitera que es competencia de los gobiernos municipales autorizar, regular y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos que se encuentren en los lechos de ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras en su circunscripción “(...) en concordancia con los procedimientos, requisitos y limitaciones que para el efecto se establezca en el reglamento especial dictado por el Ejecutivo”.

Por su parte, el artículo 141 del COOTAD, prescribe que:

“Art. 141.- Ejercicio de la competencia de explotación de materiales de construcción.- De conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley, corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras de su circunscripción. Para el ejercicio de esta competencia dichos gobiernos deberán observar las limitaciones y procedimientos a seguir de conformidad con las leyes correspondientes.

De igual manera, en lo relativo a la explotación de estos materiales en los lechos de ríos, lagos y playas de mar, los gobiernos responsables deberán observar las regulaciones y especificaciones técnicas contempladas en la ley. Establecerán y recaudarán la regalía que corresponda.

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales deberán autorizar el acceso sin costo al aprovechamiento de los materiales pétreos necesarios para la obra pública de las instituciones del sector público y de los gobiernos autónomos descentralizados, de acuerdo a los planes de ordenamiento territorial, estudios ambientales y de explotación de los recursos aprobados según ley.

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales en ejercicio de su capacidad normativa, deberán expedir ordenanzas en las que se contemplará de manera obligatoria la consulta previa y vigilancia ciudadana; remediación de los impactos ambientales, sociales y en la infraestructura vial, provocados por la actividad de explotación de áridos y pétreos; e implementarán mecanismos para su cumplimiento en coordinación con los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales, las organizaciones comunitarias y la ciudadanía”.

La norma transcrita confiere a las municipalidades atribución para regular, autorizar y controlar la explotación de los materiales áridos y pétreos que se encuentren en su circunscripción, pero además les impone expresamente la obligación de: “(...) observar las limitaciones y procedimientos a seguir de conformidad con las leyes correspondientes”.

La remisión que hace el artículo 141 del COOTAD a las leyes correspondientes, no puede ser entendida sino en función de la materia sobre la que tratan, y por tanto queda claramente establecido que en materia de explotación de áridos y pétreos, las municipalidades están sujetas a la Ley de Minería, así como a su Reglamento General y al Reglamento Especial para la Explotación de Materiales de Áridos y Pétreos, expedido por el Presidente de la República sobre la base de la autorización expresa que en ese sentido, le confiere el artículo 142 de la Ley de Minería.

En tal contexto, el artículo 1 del Reglamento Especial para la Explotación de Materiales de Áridos y Pétreos, dispone que su objeto es: “(...) establecer la normativa para la aplicación de la Ley de Minería, en procura de que, en el marco del artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador, cada Gobierno Municipal pueda ejercer las competencias para regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras”.

Los artículos 9 y 10 del citado Reglamento Especial para la Explotación de Materiales de Áridos y Pétreos, disponen en su orden:

“Art. 9.- Competencia de los Gobiernos Municipales.- Los Gobiernos Municipales, otorgarán la autorización para el inicio de la explotación de materiales áridos y pétreos en los lechos de los ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras, a favor de personas naturales o jurídicas que fueren suscriptores de los mismos y que se encontraran en pleno ejercicio de los derechos mineros respectivos.

Además de la competencia de los Gobiernos Municipales, para otorgar la autorización antes indicada, de acuerdo con lo establecido en el numeral 12 del artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 142 de la Ley de Minería, corresponde a los Gobiernos Municipales la regulación de la explotación de dichos materiales áridos y pétreos. De igual manera, asumirán la competencia de control en los términos que se establezcan en los respectivos convenios de competencia.

La autorización para explotación de materiales áridos y pétreos en los lechos de los ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras, no podrá otorgarse en áreas protegidas y áreas mineras especiales declaradas por el Presidente de la República, salvo el caso

de la excepción contemplado en el artículo 25 de la Ley de Minería y su reglamentación.

Respecto de los libres aprovechamientos de materiales para construcción de obras públicas en los lechos de los ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras, por ser parte del régimen especial minero, se observará la regulación establecida a través del reglamento expedido por el Presidente de la República”.

“Art. 10.- Transferencia de competencias.- Para fines de transferencia de competencias a las que se refiere este Reglamento Especial y cumplimiento de los procesos inherentes a dicha transferencia, se contará con los informes sobre el estado de situación de la ejecución y cumplimiento de las competencias materia del traslado o a trasladarse a los Gobiernos Municipales, además de un informe sobre la capacidad operativa de los mismos, para asumir tales competencias, siguiendo el procedimiento previsto para el Consejo Nacional de Competencias”.

Los artículos 9 segundo inciso y 10 del citado Reglamento Especial, previamente transcritos, aluden a: “convenios de competencia” y a “transferencia de competencias” respectivamente, por lo que es necesario determinar el sentido en que dichas normas deben ser inteligenciadas.

Al efecto, resulta pertinente considerar que los gobiernos autónomos descentralizados municipales, ya son titulares de las competencias exclusivas que les asignan en forma directa los artículos 264 de la Constitución de la República y 55 del COOTAD, por lo que no corresponde la suscripción de convenios de transferencia de competencias.

Según los artículos 119 letra o) y 121 del COOTAD, el Consejo Nacional de Competencias tiene atribución para establecer el procedimiento y plazo para que los gobiernos autónomos descentralizados asuman en forma obligatoria y progresiva sus competencias exclusivas, y al efecto expedir Resoluciones de cumplimiento obligatorio.

En consecuencia, para que las Municipalidades puedan asumir el ejercicio efectivo de las competencias para regular, autorizar y controlar la explotación de áridos y pétreos en su circunscripción, requieren previamente contar con los informes sobre el estado de situación y capacidad operativa según prescribe el artículo 10 del Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos, lo que permitirá que el Consejo Nacional de Competencias en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 121 del COOTAD, pueda adoptar las Resoluciones sobre el procedimiento y plazo en que dichos GADs deban implementar el ejercicio de dichas competencias en forma obligatoria y progresiva.

De acuerdo con el primer inciso de la Disposición Transitoria Primera del COOTAD, “El plazo máximo de transferencia de las competencias exclusivas, será establecido por el Consejo Nacional de Competencias”, de lo que se infiere que, sin perjuicio de que los GADs ya son titulares de las nuevas competencias, corresponde al Consejo Nacional de Competencias implementar el procedimiento y plazo para que esos gobiernos puedan asumir en forma obligatoria y progresiva sus nuevas competencias.

El Ecuador es un Estado unitario según prescribe el artículo 1 de la Constitución de la República, y en consecuencia los distintos niveles de gobierno que establece la Constitución de la República a partir de su artículo 260, ejercen sus competencias dentro del marco general del ordenamiento jurídico, integrado por normas de distinta jerarquía y alcance. Adicionalmente, las entidades del Estado están obligadas a coordinar sus funciones conforme lo prescribe el artículo 226 de la Constitución de la República.

En tal contexto, es oportuno considerar que de acuerdo con los artículos 261 numeral 11 y 408 de la Constitución de la República, los minerales son propiedad del Estado y constituyen un sector estratégico en el que el Estado central también ejerce competencia.

La Ley de Minería y su Reglamento contienen las normas generales que rigen en esa materia, mientras que el Reglamento Especial para Explotación de Materiales Áridos y Pétreos, contiene disposiciones específicas tanto para el gobierno central como para las municipalidades, aplicables a la explotación de dichos materiales, entre ellas, la contenida en el artículo 11, que dispone:

“Art. 11.- Marco de la competencia regulatoria de los Gobiernos Municipales.- El ejercicio de la competencia de los Gobiernos Municipales para regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras, debe ceñirse a los principios, derechos y obligaciones contempladas en la Ley de Minería, el presente Reglamento, su Reglamento General, el Reglamento Ambiental para Actividades Mineras en la República del Ecuador, el Reglamento del Régimen Especial de Pequeña Minería y Minería Artesanal; el Reglamento de Seguridad Minera, el Reglamento del Régimen especial para el libre aprovechamiento de materiales de construcción para la obra pública y más reglamentos e instructivos aplicables en materia minera, así como a los derechos y obligaciones que se generen por el otorgamiento de un derecho minero.

Las ordenanzas respectivas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley de Minería, no podrán establecer condiciones ni obligaciones distintas a las establecidas en la Ley de Minería, sus reglamentos y normas técnicas que rijan sobre

la materia, estableciendo regulaciones que hagan factible una armónica y eficiente coordinación y cooperación de los Gobiernos Municipales con los demás órganos del Estado que forman parte de la estructura del sector minero y evitando la superposición o interferencia de competencias”.

El texto reglamentario transcrito reitera la sujeción de las municipalidades, en materia minera, a la Ley y demás normativa secundaria que sobre esa materia debe ser considerada al tiempo de ejercer la potestad normativa, por parte de esos gobiernos autónomos descentralizados para efectos de ejercer su competencia de regulación en materia minera, dentro de los límites establecidos por la Ley de Minería, su Reglamento y el Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 269 numeral 1 de la Constitución de la República, “Los gobiernos que acrediten tener capacidad operativa podrán asumir inmediatamente estas competencias”, lo que implica necesariamente una valoración de la capacidad operativa de las municipalidades.

Por tanto, es claro que respecto de la competencia exclusiva de las municipalidades para regular, autorizar y controlar la explotación de áridos y pétreos en sus circunscripciones, el Consejo Nacional de Competencias como organismo técnico del sistema nacional de competencias, encargado de expedir sus Resoluciones de aplicación general para esos GADs, requiere contar con los informes sobre el estado de situación y sobre la capacidad operativa de esos gobiernos, según prescribe el artículo 10 del Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos, a efectos de regular la forma y plazo en que se implementará el ejercicio de las nuevas competencias de regulación y control, que la vigente legislación asigna en esa materia a las municipalidades.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, las Municipalidades ya son titulares de las competencias exclusivas que les asignan los artículos 264 de la Constitución de la República y 55 del COOTAD, entre ellas la de regular, autorizar y controlar la explotación de áridos y pétreos, por lo que no se requiere efectuar una transferencia de dichas competencias, mediante la suscripción de convenios. Sin perjuicio de aquello, se debe aplicar el procedimiento que incluye la elaboración de un informe sobre el estado de situación de la ejecución y cumplimiento de competencias, además de un informe sobre la capacidad operativa de los gobiernos autónomos descentralizados, en base de los cuales el Consejo Nacional de Competencias debe implementar el procedimiento y plazo para que esos gobiernos autónomos asuman de manera efectiva la competencia materia de su consulta, conforme lo dispone el artículo 10 del Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos.

2.- Manifiesta el Procurador Síndico que: “El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralizados es una norma legal de rango orgánico, en tanto que la Ley de Minería es una norma legal ordinaria; otra vez, aplicando el principio de competencia previsto en el cierre máximo de leyes orgánicas previsto en el artículo 133 de la Constitución, la Ley de Minería, no puede modificar, ni prevalecer sobre el COOTAD, cuando delega al Presidente de la República para que expida un Reglamento Especial y sobre todo en cuanto al ejercicio autónomo de las competencias exclusivas en esta materia, que incluye la explotación de materiales de libre aprovechamiento para la construcción de obras públicas”.

El Secretario Ejecutivo del Consejo Nacional de Competencias, expone que: (...) el requerimiento del artículo 10 del Reglamento de Régimen Especial para la explotación de materiales áridos y pétreos encuentra sustento en principios constitucionales y normativa legal descrita anteriormente, por lo que debe ser acatado, mientras dicho reglamento se encuentre jurídicamente vigente”.

La Directora Ejecutiva de la AME, manifiesta que: “En cuanto a la aplicación o subordinación al Reglamento Especial, es perfectamente aplicable siempre que no contravenga el espíritu del Art.141 del COOTAD y Art. 142 de la Ley de Minería (...)”.

El criterio del Viceministro de Minas del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, es que: “Los gobiernos autónomos descentralizados para asumir las competencias determinadas constitucional y legalmente, deben observar los requisitos y procedimiento establecido en el Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos, el cual forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, es un mecanismo de aplicación cabal del ordenamiento legal, constituyéndose en un reglamento autorizado, al cumplir con la disposición constante en el artículo 142 de la Ley Minera”.

Mediante oficios Nos. 09206 de 11 de septiembre de 2009 y 16864 de 1 de octubre de 2010, esta Procuraduría se ha pronunciado en el sentido de que:

“(...) el Municipio de Quevedo no puede aplicar la Ordenanza que regula la explotación y transporte de materiales de construcción en los ríos, playas, esteros, canteras, movimientos de tierra y otros sitios de la jurisdicción del cantón Quevedo, hasta tanto se expida el Reglamento Especial que dicte el Ejecutivo que contenga los requisitos y procedimientos relativos a la explotación minera, de conformidad con lo previsto en el Art. 142 de la Ley de Minería y en el Art. 44 de su Reglamento General”.

En el citado oficio No. 09206 de 11 de septiembre de 2009, se citó el segundo inciso del artículo 142 de la Ley de Minería, transcrito al atender su primera consulta, del que

se desprende que para efectos de que las municipalidades puedan asumir sus competencias en materia de regulación, autorización y control de la explotación de materiales áridos y pétreos, el legislador regló en esa norma dos aspectos: a) que el Reglamento Especial que regule en forma específica esa materia, establezca “los requisitos, limitaciones y procedimientos para el efecto”; y, b) que al ejercer dicha competencia por las municipalidades, no se establecerán “condiciones y obligaciones distintas a las establecidas en la presente ley y sus reglamentos”, lo que impone a esos GADs municipales sujetarse a la ley y reglamentos que rigen la minería.

Sobre esta materia, el citado pronunciamiento, concluyó que:

“En el caso consultado, es la propia ley la que ordena la expedición de un reglamento que establezca los requisitos, limitaciones y el procedimiento a que deben someterse quienes deseen obtener concesiones para la explotación de materiales áridos y pétreos, considerados materiales de construcción, que les corresponde otorgar a los municipios”.

El pronunciamiento contenido en oficio No. 16864 de 1 de octubre de 2010, reiteró que:

“(…) es la propia Ley de Minería que en el Art. 142 y 44 de su Reglamento General disponen la expedición de un reglamento especial dictado por el Ejecutivo, que establezca los requisitos, limitaciones y el procedimiento a que deben someterse quienes deseen obtener concesiones para la explotación de materiales áridos y pétreos, considerados materiales de construcción, que les corresponde otorgar a los municipios”.

Con posterioridad a dichos pronunciamientos, se expidió el Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos, cuyos artículos 9 y 10 reiteran la competencia de las municipalidades para autorizar, regular y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos en sus circunscripciones, y establecen las limitaciones en esa materia, a las que alude el segundo inciso del artículo 142 de la Ley de Minería, antes citado.

Al atender su primera consulta se analizó que el artículo 141 del COOTAD, confiere a las municipalidades atribución para regular, autorizar y controlar la explotación de los materiales áridos y pétreos que se encuentren en su circunscripción, pero además les impone expresamente la obligación de “(…) observar las limitaciones y procedimientos a seguir de conformidad con las leyes correspondientes”, esto es a la Ley de Minería y sus Reglamentos General y Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos; y, que por tanto las resoluciones que expida el Consejo Nacional de Competencias para regular el procedimiento y plazo para que los gobiernos autónomos

descentralizados municipales, asuman en forma progresiva su competencia exclusiva en materia de regulación, autorización y control de la explotación de áridos y pétreos en su circunscripción, son obligatorias para las municipalidades.

García de Enterría expresa que: “(...) La interpretación de cada norma, esto es, la comprensión de su sentido como operación necesariamente previa a su aplicación, es, por la misma razón, una interpretación del ordenamiento entero en el que dicha norma se integra y dentro del cual cobra su significación”.

A lo dicho resulta pertinente agregar que, el principio de prevalencia de las normas jerárquicamente superiores, establecido y dispuesto por el artículo 425 de la Constitución de la República se aplica en el caso de antinomias, esto es, de conflictos normativos que se produjeran entre normas de distinto rango que traten sobre la misma materia, presupuesto que no se cumple en este caso, en el que conforme se ha analizado existe más bien expresa remisión del artículo 141 del COOTAD a las leyes correspondientes en función de la materia, es decir, a la Ley de Minería cuyo artículo 142, autoriza expresamente la expedición del Reglamento Especial para la Explotación de Materiales Áridos y Pétreos. Por la misma razón no existe afectación a la autonomía que reconocen los artículos 5, 6 y 7 del COOTAD, a los gobiernos autónomos descentralizados considerando además, el carácter unitario del Estado ecuatoriano según prescribe el artículo 1 de la Constitución de la República.

En atención a los términos de su consulta se concluye que la competencia exclusiva de regulación, autorización y control de la explotación de áridos y pétreos que corresponde ejercer a las Municipalidades en sus respectivas circunscripciones territoriales, por la remisión expresa que efectúa el artículo 141 del COOTAD, está sujeta a la Ley de Minería y su Reglamento General, así como al Reglamento Especial para la Explotación de Áridos y Pétreos, expedido por el Presidente de la República con fundamento en el artículo 142 de la Ley de Minería, que es la Ley competente en función de la materia para regular el ejercicio de dichas competencias.

3.- Mediante oficio No. 02766 de 13 de julio de 2011, esta Procuraduría se ha pronunciado respecto del tema materia de su consulta, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

OF. PGE. N°: 14121, de 30-07-2013

N

NOTARIO: COBRO DE IMPUESTOS A PATENTE MUNICIPAL

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN SHUSHUFINDI

CONSULTAS:

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 inciso 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.

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 ibidem, 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 *ibidem*, 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 *ibidem*”.

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.

OF. PGE. N°: 11593, de 16-01-2013

P

PAGO DE VIÁTICOS, SUBSISTENCIAS, MOVILIZACIONES Y ALIMENTACIÓN PARA SERVIDORES MUNICIPALES

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN SAN CRISTÓBAL PUERTO BAQUERIZO MORENO, PROVINCIA DE GALÁPAGOS

CONSULTA:

“¿Es legal que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Cristóbal someta a aprobación del Ministerio de Relaciones la Ordenanza para el pago de viáticos, subsistencias, movilizaciones y alimentación, para sus servidores, vulnerando la autonomía política, administrativa y financiera dispuesta y garantizada en los artículos 238, 240 y 264 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 5, 6, 7, 57, 322 y 323 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225, 229 inciso segundo, 264, 424 y 425.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 núm. 4, 22 lit. a), 51 lit. a), 96, 123, 134, Disposición General Sexta; y, 259, 260, 261, 262 y 264 de su Reglamento General.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 6 lit. k), 57, 354 y 360.

Reglamento para el pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación, Art. 2, Disposiciones Generales: Segunda y Séptima.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 13843 de 10 de julio de 2013, esta Entidad solicitó el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales; y, con oficio No. 14088 de 29 de julio de 2013, se insistió en dicho requerimiento, el cual ha sido atendido con oficio No. MRL-DM-2013-0366 de 12 de agosto de 2013, ingresado el 27 de agosto del presente año.

El Procurador Síndico de la Municipalidad consultante en Informe No. 110-AJ-2013 de 24 de junio de 2013, cita entre otras normas los artículos 3, 51, 96 y 123 de la Ley

Orgánica del Servicio Público, 259, 260, 261 y 264 de su Reglamento; y la Ordenanza que regula el pago de viáticos, movilizaciones, subsistencias y alimentación para el cumplimiento de licencias de servicios institucionales de las servidoras y servidores, del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Cristóbal.

Agrega que el Ministerio de Relaciones Laborales expidió el Reglamento para el pago de viáticos, subsistencias, movilizaciones y alimentación dentro del país, para los servidores y los obreros públicos, por lo que: “(...) la Ordenanza que Regula el pago de viáticos, movilizaciones, subsistencias y alimentación para el cumplimiento de licencias de servicios institucionales de las servidoras y servidores del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal debe ser aplicada en todo y cuanto no se contraponga a la nueva regulación (...)”.

Concluye el Procurador Síndico que: “(...) los municipios gozan de autonomía política, administrativa y financiera, y dentro del ámbito de sus competencias y jurisdicción territorial, tienen la capacidad para dictar normas de carácter general a través de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, y ninguna función del Estado ni autoridad extraña puede intervenir en la autonomía política, administrativa y financiera de los gobiernos autónomos descentralizados, por lo que considero que el Ministerio de Relaciones Laborales no tiene la capacidad legal para aprobar la Ordenanza que regula el pago de viáticos, movilizaciones, subsistencias y alimentación para el cumplimiento de licencias de servicios institucionales de las servidoras y servidores del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón San Cristóbal, tal vez se la pueda remitir para conocimiento al Ministerio de Relaciones laborales como ente rector en materia de remuneraciones del sector público y sobre las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos, conforme lo determina la LOSEP”.

El Ministro de Relaciones Laborales, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, cita los artículos 225, 229, 424 y 425 de la Constitución de la República, 3, 22 letra a), 51 letra a), y 123 de la Ley Orgánica del Servicio Público, 260, 261, 262 y 264 de su Reglamento General; 42 numeral 22 del Código del Trabajo, así como el Reglamento para el Pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación, dentro del País para las y los Servidores y las y los Obreros Públicos.

Sobre dicha base normativa, el Ministro de Relaciones Laborales manifiesta que esa Cartera de Estado tiene el carácter de organismo rector en materia de remuneraciones para todo el sector público y agrega que, en oficio No. MRL-DM-2013-0238 de 2 de julio de 2013, dirigido a esta Entidad, con respecto de la aplicación de la LOSEP a las Municipalidades manifestó lo siguiente: “Si bien las normas del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización reconocen autonomía a los

Municipios, no así en cuanto a la administración del talento humano que debe regirse al marco general de la Ley Orgánica del Servicio Público”.

Con respecto al tema específico materia de consulta, el Ministro de Relaciones Laborales concluye que:

“(…) por disposición expresa del primer párrafo posterior al numeral 4 del artículo 3, y del artículo 123 de la Ley Orgánica del Servicio Público, los gobiernos autónomos descentralizados en el que se incluye al Municipio de San Cristóbal, deben sujetarse al Reglamento para el Pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación, dentro del País para las y los Servidores y las y los Obreros Públicos expedido por este Ministerio con Acuerdo No. MRL-2013-0097 publicado en el Registro Oficial No. 11, de 10 de junio del 2013 ya referido.

El Municipio de San Cristóbal, en apego a lo que prevé la Segunda Disposición General del Reglamento para el Pago de Viáticos en mención, para su correcta aplicación y en razón de sus particularidades institucionales, puede elaborar su propio reglamento específico sin que por ningún concepto su contenido se aparte del contenido de este Reglamento de Viáticos, debiendo remitir obligatoriamente a este Ministerio para su aprobación. Así mismo puede utilizar el Acuerdo No. MRL-2013-0097, antes citado, como su Reglamento de viáticos institucional”.

El artículo 354 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), prescribe que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado, se registrarán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa.

De acuerdo con el artículo 360 del mencionado Código Orgánico, 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 o resoluciones de las juntas parroquiales rurales.

El servicio público se encuentra regulado por la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), que en su artículo 3 establece su ámbito de aplicación y al efecto prevé que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública que comprende: “2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales”.

El primer inciso posterior al numeral 4 del citado artículo 3 de la LOSEP, prescribe en forma imperativa que: “Todos los organismos previstos en el artículo 225 de la Constitución de la República y este artículo se sujetarán obligatoriamente a lo

establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios”.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 02673 de 4 de julio de 2011, concluí que: “De las normas legales citadas se desprende que el COOTAD reconoce la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales; pero, en materia administrativa de organización y gestión del talento humano dispone que están sujetos al marco general de la ley que regule el servicio público y su propia normativa”.

En el mismo pronunciamiento agregué que, en atención a varias consultas formuladas por otras Municipalidades sobre materias relacionadas con el servicio público, este Organismo requirió el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, el cual fue atendido con oficio No. MRL-AJ-2001 0004303 de 15 de marzo de 2011, dicha Cartera de Estado manifestó lo siguiente: “Si bien las normas del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización reconoce la autonomía a los Municipios y Juntas Parroquiales Rurales, no así en cuanto a la administración del talento humano que debe regirse por el marco general de la Ley Orgánica del Servicio Público”.

El segundo inciso del artículo 229 de la Constitución de la República, dispone que: “(...) La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores”.

Según el artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público, corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales, entre otras competencias: “a) 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 esta Ley”; y, de conformidad con el artículo 123 de la misma Ley, la reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias “(...) será expedida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales de conformidad con la Ley”.

Con dicha motivación jurídica, en pronunciamiento contenido en oficio No. 00477 de 14 de enero de 2011, concluí que:

“Por tanto, hasta que el Ministerio de Relaciones Laborales expida la reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias, conforme al citado artículo 123 de la Ley Orgánica del Servicio Público, continúa siendo aplicable el ‘Reglamento para el Pago de Viáticos, Movilizaciones, Subsistencias y Alimentación

para el cumplimiento de Licencia de Servicios Institucionales', publicado en el Registro Oficial No. 575 de 22 de abril del 2009; y, el Reglamento para el Pago de Viáticos en el exterior para Dignatarios, Autoridades, Funcionarios y Servidores del Sector Público, publicado en el Registro Oficial No. 2 de 12 de agosto de 2009".

En similar sentido constan los pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 17534 de 18 de noviembre de 2010 y 02673 de 4 de julio de 2011, antes citado.

Con posterioridad a dichos pronunciamientos, en ejercicio de la competencia que le asigna el artículo 123 de la LOSEP, el Ministerio de Relaciones Laborales ha expedido el Reglamento para el pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación, dentro del País para las y los servidores y las y los obreros públicos, mediante Acuerdo Ministerial No. 97, publicado en el Registro Oficial No. 11 de 10 de junio de 2013.

La Disposición Derogatoria Única del referido Reglamento, derogó en forma expresa la Resolución No. SENRES-2009-000080, publicada en el Registro Oficial 575 de 22 de abril de 2009, que contenía el Reglamento para el pago de viáticos, movilizaciones, subsistencias y alimentación para el cumplimiento de licencias de servicios institucionales.

Mediante Acuerdo Ministerial No. 00051 de 21 de febrero de 2011, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 392 de 24 de febrero de 2011, el Ministerio de Relaciones Laborales expidió el Reglamento para el Pago de Viáticos, Movilizaciones y Subsistencias en el Exterior para las y los Servidores Públicos, cuya Disposición Derogatoria Única derogó en forma expresa la Resolución No. SENRES-2009-000182, su reforma y toda norma que se oponga al referido reglamento.

Conforme al artículo 2 del vigente Reglamento para el pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación, dentro del País para las y los servidores y las y los obreros públicos, sus disposiciones son de aplicación obligatoria para las instituciones del Estado señaladas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP).

La Disposición General Segunda del mismo Reglamento prescribe lo siguiente:

"SEGUNDA.- De las normas internas para el pago de viáticos.- Las instituciones comprendidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en razón de las particularidades propias de la respectiva institución, podrán elaborar sus propios reglamentos para la correcta aplicación de lo establecido en este cuerpo normativo, mismos que deberán ser aprobados por el Ministerio de Relaciones Laborales. El reglamento no podrá establecer de forma alguna, otra fórmula de cálculo, modo de

pago o niveles que no se ajusten a lo dispuesto en el presente reglamento, ni podrá contradecirlo.

Las instituciones podrán utilizar el presente reglamento como su reglamento institucional”.

De conformidad con la disposición transcrita, la aprobación de los reglamentos internos de viáticos corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales; dicha norma no establece ninguna excepción.

Resulta pertinente considerar que, en el contexto de la garantía de autonomía de los GADs, la letra k) del artículo 6 del COOTAD, prohíbe a cualquier autoridad o funcionario ajeno a los gobiernos autónomos descentralizados: “k) Emitir dictámenes o informes respecto de las normativas de los respectivos órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, especialmente respecto de ordenanzas tributarias proyectos, planes, presupuestos, celebración de convenios, acuerdos, resoluciones y demás actividades propias de los gobiernos autónomos descentralizados, en el ejercicio de sus competencias, salvo lo dispuesto por la Constitución y este Código”.

Según el tenor de la norma transcrita en el párrafo precedente, la garantía de autonomía de los GADs, para efectos del ejercicio de su potestad normativa se refiere a las materias de competencia del respectivo gobierno autónomo, lo que se corrobora por lo prescrito por la letra a) del artículo 57 del COOTAD que asigna como atribución del concejo municipal, la expedición de Ordenanzas “(...) en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal”, esto es respecto de aquellas materias que constituyen competencias exclusivas de las municipalidades conforme a los artículos 264 de la Constitución de la República y 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Mientras que, según la letra d) del citado artículo 57 del mencionado Código Orgánico, corresponde al concejo municipal expedir acuerdos o resoluciones para regular temas institucionales específicos.

Por su parte, en materia de remuneraciones de los servidores del sector público, el Ministerio de Relaciones Laborales es el organismo rector para todo el sector público, de conformidad con la expresa previsión que en ese sentido establecen los artículos 229 inciso segundo de la Constitución de la República y 51 la letra a) de la LOSEP.

En pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 13935 y 13937 de 16 de julio de 2013, en los que se ha concluido que los procedimientos de selección y reclutamiento de personal reglados por la LOSEP, su Reglamento y las Normas Técnicas expedidas por

el Ministerio de Relaciones Laborales, son aplicables a los gobiernos autónomos descentralizados, este Organismo ha analizado el alcance de la autonomía de dichos gobiernos así como el carácter de organismo rector en materia de servicio público, que corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales.

El antes citado artículo 51 de la LOSEP, que confiere al Ministerio de Relaciones Laborales el carácter de organismo rector en materia de remuneraciones para todo el sector público, en su inciso final prescribe lo siguiente:

“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”.

Concordante, la Disposición General Sexta de la LOSEP prevé que, el incumplimiento de las políticas, normas e instrumentos técnicos por parte de las instituciones, organismos y dependencias del Estado, será comunicado inmediatamente por el Ministerio de Relaciones Laborales, a la respectiva autoridad nominadora y a la Contraloría General del Estado, a efectos de que se determinen las responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar. Agrega la misma norma que: “En el caso de los Gobiernos Autónomos y Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, el control se efectuará por parte de la Contraloría General del Estado”.

En similar sentido, la Disposición General Séptima del Reglamento para el pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación, dentro del País para las y los servidores y las y los obreros públicos, expedido por el Ministerio de Relaciones Laborales mediante Acuerdo No. 0097, prevé que: “El incumplimiento de este reglamento por parte de las instituciones del Estado será comunicado inmediatamente por el Ministerio de Relaciones Laborales a la autoridad nominadora y a la Contraloría General del Estado, para los fines establecidos en el artículo 134 y Disposición General Sexta de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Considerando que de acuerdo con los artículos 354 del COOTAD y 3 de la LOSEP, los servidores públicos de los gobiernos autónomos descentralizados se rigen por el marco general que establece la LOSEP; y, que conforme al artículo 123 de esa Ley, la reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias corresponde expedir al Ministerio de Relaciones Laborales, de ello se

desprende que en materia de viáticos, las Municipalidades deben observar el Reglamento para el pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación, dentro del País para las y los servidores y las y los obreros públicos, expedido por Acuerdo Ministerial No. 0097 del Ministerio de Relaciones Laborales, publicado en el Registro Oficial No. 11 de 10 de junio de 2013 que pueden utilizar como reglamento institucional.

De acuerdo con el tenor de la Disposición General Segunda del citado Reglamento, las entidades sujetas a su ámbito de aplicación, en virtud de sus particularidades propias, pueden expedir sus reglamentaciones internas, y en tal evento dichas reglamentaciones deben ser aprobadas por el Ministerio de Relaciones Laborales según prevé la misma norma.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, las reglamentaciones institucionales internas que en materia de viáticos requieran expedir las Municipalidades, deben ser aprobadas por el Ministerio de Relaciones Laborales según la previsión expresa de la Disposición General Segunda del Reglamento para el pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación, dentro del País para los servidores y los obreros públicos, expedido por el Ministerio de Relaciones Laborales mediante Acuerdo Ministerial No. 0097, publicado en el Registro Oficial No. 11 de 10 de junio de 2013, en virtud de que esa Secretaría de Estado tiene el carácter de organismo rector en materia de remuneraciones para todo el sector público, conforme al inciso segundo del artículo 229 de la Constitución de la República y la letra a) del artículo 51 de la LOSEP y le corresponde la facultad de reglamentar el reconocimiento y pago de viáticos, según el artículo 123 de la misma Ley.

OF. PGE. N°: 14581, de 04-09-2013

PATENTE MUNICIPAL: DOMICILIO TRIBUTARIO PARA EL PAGO DE LOS INGENIEROS Y TRANSPORTISTAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN LOJA

CONSULTAS:

"¿Si los profesionales de la Ingeniería Civil, ya sea como personas naturales o jurídicas que ejecutan obras, etc., y que tienen declarado en el Servicio de Rentas Internas como su domicilio tributario el Cantón Loja, son sujetos pasivos del pago del impuesto a la patente; esto tanto al amparo de la Ley de Régimen Municipal, así como del actual Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?"

“¿Los transportistas de: Pasajeros, combustibles, gas licuado de petróleo, carga, etc., que tienen declarado ante el servicio de rentas internas su domicilio tributario en el cantón Loja, son sujetos pasivos para el pago del impuesto a la patente?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 120 núm. 7, 132 núm. 3, 264 núm. 5 y 301.

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

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 7, 547, 548, 550 y 551.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Arts. 46, 51, 57 y 58.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 64 núm. 1, 72 núm. 31, 363, 364 y 365 (derogada).

Código Tributario, Arts. 1 y 16.

Código de Comercio, Art. 3 núm. 5.

Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, Art. 154.

Res. N° 17 de la Procuraduría General del Estado.

Ordenanza que Reglamenta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto a la Patente Municipal, Arts. 2, 4 y 25.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. De conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y la Resolución No. 17, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, mediante oficio No. 01830 de 17 de mayo de 2011, esta Procuraduría requirió a usted la remisión de la documentación referida en la consulta en copia certificada. Dicho requerimiento ha sido atendido mediante oficio No. 00930-2011, de 20 de mayo del 2011, recibido el 25 de mayo del presente año.

De la copia certificada del oficio No. 389-JRM-2011 de 5 de abril de 2011, remitido a pedido nuestro, consta que la Jefa Municipal de Rentas del Municipio de Loja, ha solicitado a Usted consulte a la Procuraduría General del Estado, con respecto a los sujetos pasivos del impuesto a la patente municipal.

Del oficio que contesto se desprende que la consulta se plantea sobre la base del pedido del Presidente del Colegio de Ingenieros Civiles de Loja, constante en comunicación s/n de "24 de marzo de 2010" (sic), por la que solicita al Alcalde del Municipio de Loja se le inteligencie sobre el alcance del Art. 363 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, referida a los sujetos pasivos del impuesto a la patente municipal, toda vez que con fecha 22 de diciembre del 2005, el Concejo Cantonal de Loja expidió la "Ordenanza que Reglamenta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto a la Patente Municipal", cuyo

artículo 2 extiende el carácter de sujeto pasivo de dicho impuesto a todas las personas naturales, jurídicas, civiles o mercantiles, sociedades de hecho y de derecho y propietarios de negocios individuales, nacionales o extranjeros, domiciliados en el cantón Loja, que ejerzan actividades comerciales, industriales, financieras, de servicios profesionales y cualquier actividad de orden económico.

En la mencionada comunicación, el Presidente del Colegio de Ingenieros Civiles de Loja, manifiesta con respecto al artículo 2 de la citada "Ordenanza que Reglamenta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto a la Patente Municipal", que: "Una ordenanza no puede reformar ni ampliar jamás el texto de la ley; por lo que la actuación del Concejo Cantonal, carece de toda lógica jurídica; expedir una Ordenanza ampliando el sujeto pasivo determinado por la ley, es violatorio de la ley y nos ha causado graves perjuicios económicos". "La facultad que por disposición legal se confiere al Concejo Cantonal es la de establecer la tarifa del impuesto, más no la determinación de los sujetos pasivos del impuesto; más aún cuando de la simple lectura del texto de la ley, se desprende que los profesionales no estamos obligados al pago del impuesto de patente".

El Presidente del Colegio de Ingenieros Civiles de Loja agrega que, en base a los pronunciamientos expedidos por la Procuraduría General del Estado, en oficios Nos. 2257 de 22 de junio de 2007; 03604 de 14 de agosto de 2007; y, 15329 de 16 de julio de 2010, el Concejo Cantonal de dicho Cantón, recibió en comisión a la delegación del Colegio de Ingenieros Civiles de Loja, quienes "solicitaron al Señor Alcalde, se suspenda inmediatamente el cobro de dicho impuesto en atención al criterio del señor Procurador General del Estado, anotado anteriormente, sin que se haya procedido de esa manera".

Además se expresa que: "El Municipio de Loja, actualmente está efectivizando el cobro a los profesionales de nuestro gremio, del impuesto por patente municipal, el mismo que incluso se calcula desde el año 2003 hasta el 2010; causándonos graves perjuicios económicos y profesionales, afectando de esta manera nuestros derechos constitucionales".

Finalmente, la citada comunicación del Presidente de Ingenieros Civiles de Loja, concluye solicitando al Alcalde de Loja: "se deje sin efecto el cobro de este impuesto en base a los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado; o en caso contrario, se consulte al Procurador General del Estado, con la finalidad de recabar la procedencia y legalidad del cobro del impuesto a la patente municipal a los Ingenieros Civiles".

El informe jurídico de la Procuradora Síndica de la Municipalidad de Loja, contenido en oficio No. 0297-AJM-2011 de 15 de abril del 2011, cita entre otras normas, los artículos 264 numeral 5 y 301 de la Constitución de la República y el artículo 1 del Código Tributario; y, manifiesta que: "Los profesionales de la Ingeniería, al momento de celebrar contratos con personas naturales o jurídicas como el Estado, realizan la construcción de obras civiles, como: puentes, túneles, carreteras, plazas, parques, viviendas, etc.; por lo que es evidente que necesitan comprar hierro, cemento, material pétreo; además, la contratación de personal, maquinaria y otros, naturalmente constituye una actividad de orden económico que obviamente les genera ingresos económicos, desde ese momento se convierten en sujetos pasivos o contribuyentes. No está por demás añadir que las Compañías Constructoras, que realizan las mismas obras civiles, cumplen con el pago del impuesto a la Patente Municipal".

Agrega el mencionado informe jurídico que: "El Municipio de Loja, a través de la Jefatura de Rentas, ejerce la potestad recaudadora (cobro) de tributos por imperio de la Ley, de la información recabada, se puede determinar que en el caso específico de la Patente Municipal, esta dependencia Municipal no cobra el referido impuesto a los profesionales por el hecho de tener un título profesional, lo hace cuando estos ciudadanos profesionales o no, realizan actividades comerciales, industriales o cualquier actividad de orden económico dentro del cantón, ya que así disponían los artículos 363 y 364 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Título VI, de los Impuestos, capítulo VII.- Impuesto de Patentes Municipales y la Ordenanza que Reglamenta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto a la Patente Municipal".

En los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, a los que se ha referido el Presidente del Colegio de Ingenieros Civiles de Loja, en comunicación s/n de 24 de marzo de "2010" (sic), dirigida al Alcalde de Loja, contenidos en oficios Nos. 2257 de 22 de junio de 2007; 03604 de 14 de agosto de 2007; y, 15329 de 16 de julio de 2010, esta Procuraduría atendió consultas relacionadas con el impuesto municipal de patente, fundamentándose en el Art. 364 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, en los que se concluyó lo siguiente:

1. En el Pronunciamiento contenido en el oficio No. 2257 de 22 de junio de 2007, en atención a consulta formulada por el Municipio de Cuenca, tendiente a determinar si "los profesionales con título universitario, incluidos los de carrera intermedia y los tecnólogos en libre ejercicio de su profesión", son sujetos pasivos del impuesto municipal de patente, esta Procuraduría manifestó:

"Según el artículo 364 de la mencionada Ley, están obligados a obtener la patente y, por ende, el pago de este impuesto, todos los comerciantes e industriales que operen en cada cantón, así como los que ejerzan cualquier actividad de orden económico.

Según se desprende de los términos de su consulta, la duda se originaría en esta disposición, si se tiene en cuenta que en su parte inicial determina a los "comerciantes e industriales" como las personas obligadas a obtener la patente; en tanto que, en su parte final, generaliza esta obligación, a los que realicen "cualquier actividad de orden económico."

Sin embargo, esta imprecisión se aclara en el artículo 365 de la misma Ley, al señalar en el inciso primero: "Para ejercer una actividad económica de carácter comercial e industrial se deberá obtener una patente, anual."; y, en el inciso segundo, al facultar al concejo para que establezca mediante ordenanza la tarifa del impuesto anual "en función del capital con el que operen los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón."; en el caso materia de su consulta, los profesionales no requieren contar con capital para el ejercicio de su profesión.

Por tanto, y en atención a los términos de su consulta, considero que los profesionales con título universitario, incluidos los de carrera intermedia y los tecnólogos en libre ejercicio de su profesión, no están obligados a obtener la patente municipal y consecuentemente, al pago de dicho impuesto".

En el pronunciamiento contenido en el oficio No. 03604 de 14 de agosto de 2007, se absolvió una consulta del Municipio de Ibarra, que tenía por objeto determinar si los abogados son sujetos pasivos del impuesto municipal de patente. Atenta la idéntica base normativa, esta Procuraduría realizó similar análisis jurídico al contenido en el pronunciamiento No. 2257 de 22 de junio de 2007, citado en el acápite anterior, y concluyó:

"Por tanto y en atención a los términos de su consulta, considero que los profesionales como es el caso de los abogados, no están obligados a obtener la patente municipal y consecuentemente, al pago de dicho impuesto."

En el pronunciamiento contenido en el oficio No. 15329 de 16 de julio de 2010, se atendió la consulta formulada por el Municipio de Sucúa, que tenía por objeto establecer si son sujetos pasivos del impuesto municipal de patente los "profesionales del Derecho, ingenieros en sus diferentes ramas, profesionales de la medicina y medicina veterinaria, economistas y otras profesiones liberales, que tienen sus propios consultorios". Con los mismos fundamentos jurídicos contenidos en los

pronunciamientos constantes en los oficios Nos. 2257 de 22 de junio de 2007 y 03604 de 14 de agosto de 2007, se concluyó:

"Por lo expuesto y en atención a los términos de su consulta, se concluye que los profesionales del Derecho, ingenieros en sus diferentes ramas, profesionales de la medicina y medicina veterinaria, economistas y otros profesionales que ejercen profesiones libres en sus oficinas o consultorios arrendados o en sus propios domicilios, no están obligados a obtener la patente municipal y consecuentemente, al pago de dicho impuesto".

De conformidad con el artículo 16 del Código Tributario, "se entiende por hecho generador al presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo"; mientras que, el inciso primero del artículo 24 *ibidem*, define al sujeto pasivo del tributo como 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 al impuesto municipal de patente, el artículo 364 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, establecía que los sujetos pasivos de ese tributo eran las personas que ejercían actividades comerciales e industriales en el cantón, sin que la norma incluyera a los profesionales en libre ejercicio, conforme se analizó reiteradamente en los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado, que he citado en los párrafos anteriores.

De la copia certificada de la "Ordenanza que Reglamenta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto de Patente Municipal", que se ha acompañado a la consulta, consta que fue expedida por la Municipalidad de Loja el 20 de diciembre de 2005, esto al tiempo en que estaba vigente la actualmente derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal. Los artículos 2, 4 y 25 de la citada Ordenanza, en su orden disponen:

"Art.2.- Sujetos Pasivos: Son sujetos pasivos del impuesto de patente municipal todas las personas naturales, jurídicas civiles o mercantiles, sociedades de hecho y de derecho, y propietarios de negocios individuales, nacionales o extranjeros, domiciliados en el cantón Loja, que ejerzan actividades comerciales, industriales, financieras, de servicios, profesionales y cualquier actividad de orden económico; por lo que están obligados a registrarse en el catastro de patente municipal que mantendrá la Dirección Financiera a través de la Jefatura de Rentas Municipales".

"Art.4.- Impuesto: La patente es un impuesto que debe ser pagado por las personas naturales y jurídicas que ejerzan cualquier actividad de orden económico, quienes están obligados a obtenerla".

"Art.25.-Exenciones: Están exentos del pago de este impuesto los artesanos calificados, por la Junta Nacional de Defensa del Artesano, teniendo como obligación individual observar cada artesano los requisitos contemplados en el Artículo 154 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno".

Del tenor de los artículos transcritos se desprende que la "Ordenanza que Reglamentaba la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto de Patente Municipal" de la Municipalidad de Loja, extendió el carácter de sujetos pasivos del impuesto municipal de patente, a todas las personas naturales y jurídicas, incluidos los profesionales, las personas que ejercían actividades de servicios y aquellas que ejercían actividades de orden económico, lo cual se contraponía a lo dispuesto en el entonces vigente Art. 364 de la actualmente derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, que establecía que los sujetos pasivos del impuesto municipal de patente, eran las personas que ejercían actividades comerciales e industriales en el cantón y no incluía a los profesionales en libre ejercicio.

El numeral 1 del artículo 64 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, confería al Concejo competencia para "1o. Ejercer la facultad legislativa cantonal a través de ordenanzas"; y, el numeral 31 del artículo 72 de la misma Ley Orgánica, asignaba al Alcalde atribución para "31o.- Sancionar y promulgar las ordenanzas aprobadas por el Concejo y devolver a la Corporación las ordenanzas que estimare ilegales o inconvenientes, exclusivamente cuando ellas se refieran a materias económicas, siguiendo el procedimiento y los planes señalados por dicha acción". La potestad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados, está establecida en el Art. 7 del vigente COOTAD.

Atenta la potestad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados, establecida tanto en la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal como por el vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no me corresponde pronunciarme sobre la Ordenanza que Reglamenta la Determinación, Administración, Control y Recaudación del Impuesto de Patente Municipal, expedida por la Municipalidad de Loja

Por su parte, el artículo 547 del vigente COOTAD, regula el impuesto municipal a la patente, en los siguientes términos:

"Art. 547.- Sujeto Pasivo.- Están obligados a obtener la patente y, por ende, el pago anual del impuesto de que trata el artículo anterior, las personas naturales, jurídicas, sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal o metropolitana, que ejerzan permanentemente actividades comerciales, industriales, financieras, inmobiliarias y profesionales".

De conformidad con el segundo inciso del artículo 548 del COOTAD, la base imponible del impuesto de patente y su tarifa, se determinan por el Concejo, en Ordenanza, "en función del patrimonio de los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón"; y, se reduce según el artículo 549 *ibidem*, "Cuando un negocio demuestre haber sufrido pérdidas conforme a la declaración aceptada en el Servicio de Rentas Internas, o por fiscalización efectuada por la predicha entidad o por la municipalidad o distrito metropolitano."

De otra parte, el artículo 550 del COOTAD, establece que se encuentran exentos de dicho impuesto "los artesanos calificados como tales por la Junta Nacional de Defensa del Artesano" los cuales serán inspeccionados por las municipalidades, para verificar si cumplen con las condiciones de la actividad económica de los artesanos, para fines tributarios.

De su parte, el artículo 551 del COOTAD, dispone que: "El Servicio de Rentas Internas, previo a otorgar el Registro Único de Contribuyentes (RUC), exigirá el pago del impuesto de patentes municipales". Sobre dicha base normativa, el Servicio de Rentas Internas, ha expedido la circular No. NAC-DGECCGC11-00008, publicada en el Registro Oficial No. 454 de 23 de mayo de 2011, que incluye a las "actividades profesionales" entre aquellas obligadas a obtener RUC, previo el pago de la patente municipal.

En el caso del impuesto municipal de patente, a partir de la promulgación del COOTAD y de conformidad con su artículo 547, están obligados a obtener patente y por tanto al pago anual de ese impuesto municipal, las personas naturales que realicen actividades profesionales.

Del análisis que precede se desprende que durante la vigencia de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, de conformidad con su artículo 364, eran sujetos pasivos del impuesto municipal de patente, únicamente las personas, naturales o jurídicas, que ejercían actividades comerciales e industriales en el respectivo cantón; por ello, los profesionales de la Ingeniería Civil, que como personas naturales o jurídicas ejecutaban obras, eran sujetos pasivos del impuesto municipal de patente, únicamente cuando realizaban actividades comerciales, y no cuando exclusivamente se dedicaban al ejercicio de su profesión, como concluyó esta Procuraduría en los pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 2257 de 22 de junio de 2007; 03604 de 14 de agosto de 2007; y, 15329 de 16 de julio de 2010.

Sin embargo, la citada Ley Orgánica de Régimen Municipal fue derogada por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), cuyo artículo 547 ha extendido el carácter de sujetos pasivos del impuesto municipal de

patente, a las personas que ejerzan permanentemente actividades no solo comerciales e industriales, sino además respecto de quienes ejerzan en forma permanente, actividades financieras, inmobiliarias y profesionales, exonerando del pago de dicho impuesto a los artesanos calificados como tales por la junta Nacional de Defensa del Artesano, según el artículo 550 del COOTAD.

En atención a su consulta se concluye que a partir de la vigencia del COOTAD, los profesionales de la Ingeniería Civil, que ejecutan obras, como personas naturales o jurídicas, y que tienen declarado en el Servicio de Rentas Internas como su domicilio tributario el Cantón Loja, son sujetos pasivos y están obligados al pago del impuesto municipal de patente, de conformidad con el artículo 547 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

El informe de la Procuradora Síndica del Municipio de Loja, contenido en el oficio No. 0413-AJM-2011 de 18 de mayo de 2011, cita los artículos 120 numeral 7, 132 numeral 3, 264 numeral 5 y 301 de la Constitución de la República, y manifiesta: "El Municipio de Loja, a través de la Jefatura de Rentas, ejerce la potestad recaudadora (cobro) de tributos por imperio de la Ley, de la información recabada, se puede determinar que en el caso específico de la Patente Municipal, esta dependencia Municipal no cobra el referido impuesto a los transportistas de pasajeros, combustibles, gas licuado de petróleo, carga, etc., debería hacerlo ya que estos realizan por sus actividades comerciales, industriales o cualquier actividad de orden económico dentro del cantón". "De manera muy específica los transportistas ejercen una actividad comercial muy significativa, la cual inclusive alcanza el ámbito local, provincial y nacional como es el caso de algunas cooperativas de transporte, de combustibles de carga y de gas licuado de petróleo, que tiene declarado su domicilio tributario en el cantón Loja".

Finalmente, la Procuradora Síndica del Municipio de Loja, concluye que: "Con la normativa legal citada, esta Procuraduría puede determinar que cuando los sujetos pasivos sean naturales o jurídicos, que realicen actividades comerciales, tal como es el caso de los transportistas de: pasajeros, combustibles, gas licuado de petróleo, carga, no están exentos del pago del impuesto a la Patente Municipal, con excepción únicamente de "los artesanos calificados como tales por la junta de defensa del artesano", exoneración que consta en el Art. 550 del COOTAD. Por lo tanto considero que los transportistas de: pasajeros, combustibles, gas licuado de petróleo, carga, que tienen declarado ante el servicio de rentas internas su domicilio tributario, son sujetos pasivos del impuesto, ya que realizan actividades comerciales".

De conformidad con el artículo 46 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, "El transporte terrestre automotor es un servicio público esencial y una actividad económica estratégica del Estado, que consiste en la movilización libre y

segura de personas o de bienes de un lugar a otro, haciendo uso del sistema vial nacional, terminales terrestres y centros de transferencia de pasajeros y carga en el territorio ecuatoriano."

El artículo 51 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, ubicado en el Título II relativo a los Servicios de Transporte, clasifica al transporte en: a) Público; b) Comercial; c) Por cuenta propia; y, d) Particular; y, el artículo 56 ibidem dispone que el servicio de transporte público podrá ser prestado por el Estado, u otorgado mediante contrato de operación a compañías o cooperativas legalmente constituidas; y que, para operar un servicio público de transporte se deberá cumplir con los términos establecidos en la presente Ley y su Reglamento.

De su parte, el artículo 57 de la citada Ley Orgánica, define al "servicio de transporte comercial", como el que se presta a terceras personas a cambio de una contraprestación económica, siempre que no sea servicio de transporte colectivo o masivo; y, para su operación exige un permiso de operación. El mismo artículo incluye en esa clasificación, entre otros, al servicio de transporte escolar e institucional, taxis, tricimotos, carga pesada, carga liviana, mixto, turístico y los demás que se prevean en el Reglamento, que "serán prestados únicamente por compañías y cooperativas autorizadas para tal objeto y que cumplan con los requisitos y las características especiales de seguridad establecidas por la Comisión Nacional".

El artículo 58 de la citada Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial define al "transporte por cuenta propia" como "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. Requerirá de una autorización, en los términos establecidos en la presente Ley y su Reglamento". El mismo artículo prohíbe prestar mediante esta clase de transporte, servicio público o comercial y dispone que: "Los vehículos que realicen transporte por cuenta propia, deberán obligatoriamente ser parte y constar en los activos de las personas naturales o jurídicas que presten dicho servicio, y estar debidamente matriculados a nombre de dichas personas."

De conformidad con las normas citadas, se aprecia que existen distintos tipos de servicios de transporte; que los servicios de transporte público y de transporte comercial, deben ser prestados por compañías y cooperativas legalmente constituidas según los artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial; mientras que el transporte por cuenta propia, según el artículo 58 ibidem, 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, De conformidad con

el numeral 5 del artículo 3 del Código de Comercio, constituye acto de comercio el transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico.

De lo expuesto se desprende que el servicio de transporte terrestre constituye un acto de comercio, según el numeral 5 del artículo 3 del Código de Comercio, sujeto además a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que debe ser ejercido por compañías y cooperativas autorizadas para tal objeto. En consecuencia, los servicios de transporte terrestre están incluidos en el hecho generador del impuesto municipal de patente, de conformidad con el artículo 547 del COOTAD, en tanto se trata de actividades comerciales.

El segundo inciso del artículo 548 del COOTAD, confiere al Concejo Municipal competencia para establecer la tarifa del impuesto de patente, en forma anual, "en función del patrimonio de los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón. La tarifa mínima será de diez dólares y la máxima de veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América."

El artículo 551 del COOTAD, que fue citado al atender su primera consulta, dispone que el Servicio de Rentas Internas, previo a otorgar el Registro Único de Contribuyentes (RUC) exigirá el pago del impuesto de patentes municipales; y sobre dicha base el SIR ha expedido la circular No. NAC-DGECCGC11-00008, publicada en el Registro Oficial No. 454 de 23 de mayo de 2011, que incluye al "Transporte, Almacenamiento y Comunicaciones, Excepto Trabajadores Autónomos" entre las actividades económicas obligadas a obtener el RUC, previo el pago de la patente municipal.

De lo expuesto se concluye que el servicio de transporte terrestre constituye un acto de comercio, según el numeral 5 del artículo 3 del Código de Comercio. En consecuencia, los servicios de transporte terrestre están incluidos en el hecho generador del impuesto municipal de patente, de conformidad con el artículo 547 del COOTAD, en tanto se trata de actividades comerciales.

Por lo tanto, 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.

De las normas citadas, se desprende que el transporte terrestre de personas, de carga, de combustible y de gas licuado de petróleo son actividades comerciales ejercidas por compañías y cooperativas autorizadas para tal objetivo, de conformidad con el Art. 57 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito, y Seguridad Vial, y el artículo 1 numeral 9 del Reglamento Técnico de Comercialización de Gas Licuado.

Por tanto, en atención a los términos de la consulta planteada, se concluye que los transportistas de pasajeros, combustibles, gas licuado de petróleo y de carga, son sujetos pasivos del pago de la patente municipal en razón de que ejercen una actividad comercial permanente, de conformidad con el artículo 547 del COOTAD.

OF. PGE. N°: 03198, de 10-08-2011

PATENTES MUNICIPALES: EXONERACIÓN EN PROCESO JUDICIAL DE REMATE Y ARTESANOS

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 traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.

Además, analicé que el título traslativo 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 traslativo 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 párrafo 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 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 *ibidem* 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 *ibidem*, 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 respecto 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 uno 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 *ibidem*, 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.

OF. PGE. N°: 12505, de 22-03-2013

**PATRONATO MUNICIPAL: SERVICIO DE CARÁCTER SOCIAL, PERSONAS DE
ESCASOS RECURSOS ECONÓMICOS
-SUPRESIÓN DE PUESTOS-**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN PILLARO

CONSULTAS:

1. “¿El patronato municipal, creado en el año de 1986, puede brindar servicio de atención médica y estudio, fundamentándose en la disposición general octava del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?”.
2. “En caso de ser negativa la respuesta a la consulta anterior, ¿Qué mecanismo se debería implementar para continuar prestando los servicios de carácter social que se han indicado?”.
3. “De no existir mecanismo para brindar estos servicios ¿Se deben suprimir las partidas presupuestarias de las personas que se encuentran laborando en estas dependencias?”.
4. “Si es positiva la respuesta que se refiere a la supresión de puestos, indique el mecanismo que se debe seguir para la indemnización pertinente a los funcionarios municipales indicados, toda vez que dentro del presupuesto aprobado por el I. Concejo

Cantonal, para el ejercicio 2011, no se ha previsto rubro alguno para este concepto y la COOTAC (sic) no prevé la posibilidad de crear partidas presupuestarias para este fin”.

5. “Puede la municipalidad a través del Patronato Municipal, seguir realizando donaciones de raciones alimenticias a personas de escasos recursos económicos del Cantón”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 3 núm. 1, 13, 26, 35, 37 núm. 1, 166 y 261 núm. 6.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 5 lit. bb), 57, 138, 249, 257, 328 y Disposición General Octava.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 104 y 108.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 47 lit. c) y 60; y, 104 de su Reglamento General.

Ordenanza que crea el Patronato de Amparo Social Santiago de Pillaro, Arts. 1, 2, 3 núm. 1, y 32.

D. E. N° 544, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

1 y 2. En el oficio de consulta se expone que la Municipalidad de Santiago de Pillaro creó en el año 1986 el Patronato Municipal, en base a las competencias que le confería la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal. Se agrega que el Patronato cuenta en la actualidad con los Departamentos médico, odontológico y psicológico; centros gerontológicos municipales, la Escuela Inclusiva Juan Montalvo, Asilo de Ancianos Señor de los Remedios, Unidad de Rehabilitación Física; y, que mensualmente realiza la donación de alimentos a aproximadamente 1400 familias de escasos recursos económicos.

Con respecto a la Escuela Inclusiva Juan Montalvo, la consulta expone que existe un convenio vigente suscrito entre el Ministerio de Educación y la Municipalidad de Santiago de Pillaro, por lo que considera que dicho servicio puede mantenerse por existir el consentimiento del titular de la competencia.

De la copia certificada remitida a pedido nuestro, del Convenio de Cooperación suscrito entre la Municipalidad del Cantón Pillaro y la Dirección de Educación Hispana de Tungurahua, suscrito el 6 de marzo de 2007, se desprende que esas entidades han trabajado en forma conjunta en la Escuela Juan Francisco Montalvo, que es una institución educativa que atiende a niños, adolescentes y jóvenes con necesidades educativas especiales asociadas a la discapacidad.

En la cláusula “obligaciones” del Convenio, constan entre otras, que el Ministerio de Educación “proveerá de acuerdo a su disponibilidad partidas presupuestarias para el personal requerido” y que la Municipalidad proveerá apoyo médico y odontológico permanente a los niños, niñas, adolescentes y jóvenes de la institución educativa, con y sin discapacidad.

El informe del Procurador Síndico Municipal, contenido en memorando No. AJ-11-110 de 28 de marzo de 2011 remitido a pedido nuestro, cita entre otras normas la Disposición General Octava del COOTAD, que con respecto a los patronatos, prevé que se conserven como instituciones de derecho público; y, los artículos 1, 2 y 3 de la Ordenanza que regula el funcionamiento del Patronato Municipal de Amparo Social de Santiago de Pillaro, que establece sus fines y objetivos.

Agrega el informe jurídico que se encuentran vigentes los Reglamentos expedidos por el Concejo Municipal, que regulan el funcionamiento del Asilo de Ancianos Señor de los Remedios, de la Unidad Básica de Rehabilitación Física Municipal y de la unidad de odontología; así como los Reglamentos que regulan la concesión de becas a estudiantes de niveles primario y secundario.

Argumenta el citado informe jurídico que si bien el COOTAD no asigna a los gobiernos autónomos descentralizados municipales competencia para prestar servicios de atención médica, “al haber considerado el COOTAD la permanencia de los patronatos municipales, en la estructura administrativa de los GAD’s, como instituciones de derecho público, permite que éstos (los patronatos) mantengan la prestación de servicios que prestaban, antes de la vigencia de ésta norma”. Añade que la Disposición General Octava del COOTAD, indica que los patronatos deberán ser regidos e integrados a las políticas sociales de cada gobierno “por lo que cada servicio que preste este organismo, deberá ser considerado por el Concejo Municipal o Alcalde como una política social del gobierno cantonal”.

Sobre dicha base concluye manifestando que: “el Patronato Municipal puede seguir prestando atención en los sectores, que claramente constan en la ordenanza que rige su organización y accionar, con sujeción a la normativa nacional”.

En atención a nuestro pedido, se ha remitido copia de la Ordenanza aprobada por el Concejo Municipal de Pillaro en sesiones de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1996, por la que se creó el Patronato de Amparo Social Santiago de Pillaro.

Según el artículo 1 de la referida Ordenanza, el Patronato es una organización de carácter social y sin fines de lucro, creado con la finalidad de prestar ayuda a las familias desprotegidas del cantón. Sus objetivos, establecidos en el artículo 2 de la

misma Ordenanza, incluyen entre otros: a) Velar por las familias de escasos recursos económicos del cantón y fundamentalmente por los niños y ancianos desprotegidos y que se encuentren desamparados y carezcan de cuidado y protección familiar, previo el análisis del caso en base de un informe de trabajo social.; c) Buscar la ayuda de Instituciones y/u Organizaciones nacionales o internacionales con igual finalidad, para la implementación y ejecución de proyectos de interés social..”.

El artículo 3 *ibidem*, dispone que el Patronato establecerá para los niños menores de doce años y ancianos de escasos recursos económicos los siguientes servicios: “a) Atención Médica; b) Dotación de medicamentos; c) En las guarderías infantiles se les proporcionará vestuario y alimentación; d) A los niños cuya situación de extrema pobreza haya sido determinada por el Patronato, se les proporcionarán útiles escolares...”.

El numeral 1 del artículo 3 de la Constitución de la República, establece como deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

El artículo 32 *ibidem*, dispone que la salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros, como los derechos a la alimentación, educación, seguridad social, ambientes sanos y aquellos que sustenten el buen vivir. Añade la norma constitucional, que el Estado garantizará el derecho a la salud mediante políticas económicas y sociales, y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud; y, que la prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

Con respecto a la educación, el artículo 26 de la Constitución de la República, dispone que es un derecho de las personas y un deber ineludible e inexcusable del Estado, y prevé que la educación constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. El artículo 28 *ibidem*, dispone que la educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive.

El artículo 35 de la Constitución de la República incluye dentro del grupo de atención prioritaria, a 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, las cuales recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, que se hará extensiva a las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos; y agrega que, el Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

En relación a los adultos mayores, el numeral 1 del artículo 37 de la Constitución de la República, dispone que el Estado les garantice el derecho a la atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas.

De las normas citadas se desprende que la Constitución de la República garantiza en forma amplia los derechos a la salud y a la educación, de las personas que integran los grupos de atención prioritaria, entre ellos los adultos mayores, los niños y las personas con discapacidad.

En cuanto se refiere a la distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno, si bien el numeral 6 del artículo 261 de la Constitución de la República, confiere al Estado central competencias exclusivas para determinar las políticas de educación y salud, entre otras, el artículo 260 *ibídem*, establece que el ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno.

En concordancia, el artículo 138 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, dispone que es facultad exclusiva del gobierno central la rectoría y definición de las políticas nacionales de salud y educación, pero que el ejercicio de estas competencias no excluirá la gestión concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados en la planificación, construcción y mantenimiento de la infraestructura física, así como actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno, en el marco de los sistemas nacionales correspondientes.

En consecuencia, la Constitución de la República y el COOTAD concuerdan al determinar que la rectoría de las políticas en materia de salud y educación es competencia exclusiva del Estado Central, pero prevén en forma expresa que los distintos niveles de gobierno pueden colaborar en la prestación de los servicios públicos.

La Disposición General Octava del COOTAD, establece que los gobiernos provinciales, metropolitanos y municipales conservarán los patronatos como instituciones de derecho público, regidas e integradas por las políticas sociales de cada gobierno.

De conformidad con la letra bb) del artículo 57 del COOTAD, es atribución del concejo municipal: “bb) Instituir el sistema cantonal de protección integral para los grupos de atención prioritaria”.

En concordancia, el artículo 249 del COOTAD prevé que: “No se aprobará el presupuesto del gobierno autónomo descentralizado, si en el mismo no se asigna, por lo menos, el diez por ciento (10%) de sus ingresos no tributarios, para el financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria”.

En atención a los términos de su primera consulta, analizados los fines y servicios que presta el Patronato Municipal de Amparo Social de Santiago de Pillaro, establecidos en los artículos 2 y 3 de la Ordenanza que lo regula, en aplicación del artículo 35 de la Constitución de la República, que establece que las personas que integran los grupos vulnerables, entre ellos niños, adultos mayores y discapacitados, deben recibir atención prioritaria en los ámbitos público y privado, y de conformidad con la Disposición General Octava del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que establece que los patronatos se regirán e integrarán a las políticas sociales de cada Gobierno Autónomo Descentralizado, se concluye que el Patronato Municipal del Cantón Pillaro, puede continuar prestando los servicios de atención médica y de salud para los que fue creado.

Al efecto, de conformidad con la citada Disposición General Octava del COOTAD, el Patronato Municipal de Amparo Social del Cantón Santiago de Pillaro, debe regirse e integrarse a las políticas sociales del Municipio de Gonzalo Pizarro, y organizarse como una institución de derecho público, debiendo por tanto armonizar la Ordenanza que regula el Funcionamiento del Patronato Municipal de Amparo Social de Santiago de Pillaro, aprobada por el Concejo de esa Municipalidad en sesiones de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1996 conforme a la derogada Ley de Régimen Municipal, al vigente COOTAD.

Con respecto a su segunda consulta se concluye que las actividades en las áreas de salud y educación que presta el Patronato, deberán ser debidamente planificadas, constar en el sistema cantonal de protección integral para grupos de atención prioritaria, que debe instituir el Concejo Municipal por mandato de la letra bb) del artículo 57 del COOTAD; por lo que en el presupuesto municipal, el Concejo deberá asignar recursos para el funcionamiento del Patronato, de aquellos establecidos en el artículo 249 del COOTAD, para la ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria.

3 y 4. En el oficio de consulta se describen los puestos del personal de la municipalidad asignado al Patronato, compuesto por médico, odontóloga, psicóloga clínica, trabajadora social, asistentes administrativos, auxiliar de enfermería, entre otros.

El informe jurídico del Procurador Síndico al que antes se hizo referencia, cita entre otras normas, el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que establece la carrera del servicio público y garantiza la estabilidad de los servidores de carrera. Invoca además los artículos 35 y 36 de la LOSEP, que regulan el traslado administrativo; y, el artículo 47 ibídem, que en la letra c) incluye a la supresión de puesto como causa para la cesación definitiva del servidor.

Sobre dicha base concluye el Procurador Síndico Municipal, que de no poder la Municipalidad brindar los servicios que presta a través del Patronato, con la finalidad de garantizar la estabilidad de los servidores municipales podría realizar traslados administrativos dentro de las diversas dependencias de la Municipalidad, y de no ser posible, suprimir las partidas cancelándoles las respectivas indemnizaciones, citando al efecto entre otras normas, el artículo 108 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que ordena que todo flujo de recurso público debe estar contemplado obligatoriamente en los presupuestos institucionales.

Sin embargo, conforme se ha concluido al atender sus dos primeras consultas, en aplicación de la Disposición General Octava del COOTAD, el Patronato Municipal del Cantón Pillaro puede continuar prestando los servicios de atención médica y de salud a las personas que están incluidas entre los grupos de atención prioritaria a las que se refiere tanto el artículo 35 de la Constitución de la República como el propio COOTAD, que en sus artículos 57 letra bb) y 249 prevé que se asignen recursos del presupuesto del gobierno autónomo municipal para la ejecución de programas sociales en beneficio de las personas que integran los grupos de atención prioritaria.

La Ley Orgánica del Servicio Público constituye el marco general que regula las relaciones entre las instituciones del sector público y sus servidores; el numeral 2 del artículo 3 de esa Ley, incluye en su ámbito de aplicación a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y el artículo 354 del COOTAD, dispone que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado, se regirán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público.

El segundo inciso del artículo 354 del COOTAD, asigna competencia a los gobiernos autónomos descentralizados para regular la administración del talento humano en función de "sus propias y particulares realidades locales y financieras".

De conformidad con la letra c) del artículo 47 de la LOSEP, la supresión del puesto es una causa de cesación definitiva del personal de carrera del servicio público. El proceso de supresión de puestos, según el artículo 60 de la misma Ley, procede por “razones técnicas, funcionales y económicas de los organismos y dependencias estatales”. La supresión de partidas da lugar al pago de una indemnización, de conformidad con la Disposición General Primera de la LOSEP.

En atención a los términos de su tercera y cuarta consultas se concluye que, toda vez que los Patronatos creados por los gobiernos autónomos descentralizados pueden continuar funcionando como instituciones de derecho público de conformidad con la Disposición General Octava del COOTAD, no es procedente la supresión de las partidas presupuestarias del personal de servidores municipales, ni el pago de la indemnización por tal concepto, respecto del personal que se encuentre laborando en las dependencias del Patronato Municipal del Cantón Santiago de Pillaro.

Lo expuesto, en consideración a que los patronatos municipales no eran entidades de derecho público, sino que a partir de la expedición del COOTAD, en base de la Disposición General Octava del indicado Código Orgánico, se les reconoce la calidad de organismos de derecho público, para lo cual previamente deberán organizarse como tales.

Al efecto, se reitera que de conformidad con la citada Disposición General Octava del COOTAD, el Patronato Municipal de Amparo Social del Cantón Santiago de Pillaro, debe organizarse como una institución de derecho público, por lo que el Concejo Cantonal deberá reformar en tal sentido la Ordenanza que regula el funcionamiento del Patronato Municipal y una vez que se cumpla aquello, recién entonces cabe considerar la posibilidad de suprimir partidas en dicha entidad por “razones técnicas, funcionales y económicas”, conforme el artículo 60 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con el artículo 104 de su Reglamento General, que dispone que la supresión de puestos debe efectuarse de acuerdo a las políticas y lineamientos metodológicos que establezca el Ministerio de Relaciones Laborales, luego del debido proceso técnico.

5. El informe del Procurador Síndico Municipal cita las disposiciones del artículo 13 de la Constitución de la República que garantiza el derecho a la alimentación y que impone al Estado el deber de reconocer y garantizar el derecho a la soberanía alimentaria.

El informe cita además el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que dispone: “Art. 104.- Prohibición de donaciones.- Prohibase a las entidades y organismos del sector público realizar donaciones o asignaciones no

reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, con excepción de aquellas que correspondan a los casos regulados por el Presidente de la República, establecidos en el Reglamento de este Código, siempre que exista la partida presupuestaria”.

El informe del Procurador Síndico argumenta que existe una contraposición, pues el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas prohíbe las donaciones o asignaciones no reembolsables a personas naturales, pero la Constitución de la República dispone que el Estado debe garantizar el derecho a la soberanía alimentaria; y, concluye manifestando que: “por ser un derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, la municipalidad podrá seguir donando alimentos a las 1400 familias de escasos recursos económicos de Santiago de Pillaro”.

De los artículos 2 y 3 de la Ordenanza que regula el funcionamiento del Patronato de Amparo Social Santiago de Pillaro, que fueron citadas al atender su primera consulta, se desprende que el Patronato tiene entre sus fines primordiales prestar atención a personas que forman parte de los grupos vulnerables como niños, adultos mayores y personas con discapacidad, para lo que ha implementado los servicios asistenciales establecidos en dicha Ordenanza, entre los que la letra c) del artículo 3 incluye la dotación de alimentos en las guarderías infantiles únicamente.

El derecho de las personas a la alimentación, consta tanto en el artículo 13 como en el numeral 1 del artículo 3 de la Constitución de la República, que establece como deber primordial del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

El artículo 35 de la Constitución de la República incluye dentro del grupo de atención prioritaria, a 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, y dispone que dichas personas deberán recibir atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.

El artículo único del Reglamento al artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 544, establece que:

“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”.

De las normas transcritas se desprende que, por excepción a la prohibición establecida por el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, las instituciones del sector público pueden realizar transferencias directas de recursos públicos a favor de personas jurídicas de derecho privado, siempre que estén destinadas exclusivamente a la ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad.

En la especie, no se trata de una donación o transferencia de dinero en beneficio de personas naturales, sino de una prestación de un servicio de asistencia social, a personas de escasos recursos, tendiente a proveerles de alimentación, lo cual concuerda con los fines del Patronato, establecidos en el artículo 2 de la Ordenanza que regula su funcionamiento y cuya copia ha sido remitida a esta Procuraduría.

Al atender su primera consulta se analizó que de conformidad con la letra bb) del artículo 57 del COOTAD, es atribución del concejo municipal, “bb) Instituir el sistema cantonal de protección integral para los grupos de atención prioritaria”; y, que el artículo 249 ibídem, prevé que no se aprobará el presupuesto del gobierno autónomo descentralizado, si en el mismo no se asigna, por lo menos, el diez por ciento (10%) de sus ingresos no tributarios, para el financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria.

Por tanto, en atención a los términos de su quinta consulta, en aplicación de los artículos 3, 13 y 35 de la Constitución de la República, que consagran el derecho a la alimentación y el deber del Estado de garantizar el goce de dicho derecho, y analizados los fines y servicios que presta el Patronato Municipal de Amparo Social de Santiago de Pillaro, establecidos en los artículos 2 y 3 de la Ordenanza que lo regula, se concluye en el marco de los servicios de asistencia social que presta, puede continuar donando raciones alimenticias a personas de escasos recursos económicos de ese cantón, como prestación de un servicio de asistencia social.

Es responsabilidad del Gobierno Municipal del Cantón Pillaro, determinar los grupos que en consideración a su situación económica o social se benefician de la distribución gratuita de los alimentos, que motiva su consulta, tomando en cuenta los grupos de atención prioritaria señalados en el citado Art. 35 de la Constitución de la República.

Además, deberá tomar en cuenta que el artículo 166 ibídem, prevé que: “Toda norma que expida un gobierno autónomo descentralizado que genere una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente” y el artículo 254 del mismo Código Orgánico, prohíbe efectuar cualquier egreso de recursos públicos, sino es con cargo al presupuesto del ejercicio vigente.

En concordancia, el artículo 257 del Código Orgánico en análisis, establece que no podrán efectuarse traspasos de créditos del presupuesto de los organismos de los gobiernos autónomos descentralizados: “2. Para creación de nuevos cargos o aumentos de las asignaciones para sueldos constantes en el presupuesto, salvo en los casos previstos para atender inversiones originadas en nuevas competencias, adquisición de maquinarias para la ejecución de la obra pública u otras similares”.

El artículo 328 ibídem, prohíbe a los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados: “...g) Aprobar ordenanzas, acuerdos o resoluciones que no hayan cumplido los procedimientos establecidos en el presente Código”.

Por su parte, el artículo 108 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prescribe que todo flujo de recurso público deberá estar contemplado obligatoriamente en el Presupuesto General del Estado o en los Presupuestos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, Empresas Públicas, Banca Pública y Seguridad Social; y, la Disposición General Segunda del mismo Código determina que toda ley, decreto, acuerdo, resolución o cualquier otro instrumento legal o administrativo que comprometa recursos públicos, se aplicará únicamente si cuenta con la fuente de financiamiento respectiva.

OF. PGE. N°: 01853, de 18-05-2011

PERMISO DE ESTUDIO: PASANTÍAS

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN SANTA ELENA

CONSULTAS:

- 1.- “¿Procede otorgar permiso por el tiempo de DOS HORAS DIARIAS a los Estudiantes Universitarios para que realicen pasantías, considerando que el Art. 33 de la LOSEP, dispone que las dos horas de permiso son para estudios regulares?”.
- 2.- “¿Procede otorgar Comisión de Servicio con Remuneración para realizar pasantías, sin que éstas beneficien a la Institución que represento?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 33, 50; y, 59 de su Reglamento General.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 87 y 88; y, 7 de su Reglamento.

Reglamento de Régimen Académico, Arts. 16 inc. final, 21 núm. 3 inc. segundo, 88, 90 y 93 núm. 2.

PRONUNCIAMIENTOS:

Con oficio No. 18902 de 24 de septiembre de 2014, se insistió al Ministerio de Relaciones Laborales, en el requerimiento referido en el párrafo anterior; sin que se haya recibido respuesta hasta la presente fecha.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas en el mismo orden en que han sido formuladas.

PRIMERA CONSULTA.-

En la comunicación de consulta se manifiesta que varios servidores municipales que son estudiantes universitarios han solicitado al amparo del artículo 33 de la Ley Orgánica del Servicio Público, "(...) se les conceda dos horas diarias de permiso para realizar pasantías, requisito indispensable para obtener su título de Tercer Nivel".

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 0172A-AJM-2014 de 11 de julio de 2014, remitido en atención al requerimiento contenido en oficio No. 06970-GY de 22 de julio de 2014 del Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado, manifiesta:

"(...) considero que no procede el permiso de dos horas para realizar pasantías, por cuanto el texto del Art. 33 de la Ley Orgánica de Servicio Público, dispone que estos permisos son para estudios regulares, siempre y cuando el horario de clases sea dentro de la jornada diaria de trabajo, caso que no corresponde al de los Servidores de la Institución Municipal, en razón que sus horarios de clases en la Universidad Estatal 'Península de Santa Elena' son desde las 18h00 hasta las 22h00".

Para atender su consulta, resulta pertinente considerar como antecedente que, de acuerdo con el artículo 87 de la Ley Orgánica de Educación Superior, las prácticas o pasantías preprofesionales constituyen requisito previo a la obtención del título profesional. Dicha norma tiene el siguiente tenor:

"Art. 87.- Requisitos previos a la obtención del título.- Como requisito previo a la obtención del título, los y las estudiantes deberán acreditar servicios a la comunidad mediante prácticas o pasantías preprofesionales, debidamente monitoreadas, en los campos de su especialidad, de conformidad con los lineamientos generales definidos por el Consejo de Educación Superior.

Dichas actividades se realizarán en coordinación con organizaciones comunitarias, empresas e instituciones públicas y privadas relacionadas con la respectiva especialidad”.

De acuerdo con el artículo 7 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, “Los servicios a la comunidad se realizarán mediante prácticas y pasantías preprofesionales, en los ámbitos urbano y rural, según las propias características de la carrera y las necesidades de la sociedad”.

Mediante Resolución No. 51, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 136 de 3 de diciembre de 2013, el Consejo de Educación Superior expidió el Reglamento de Régimen Académico, en el que respecto de las prácticas pre profesionales, los artículos 16 inciso final, 21 numeral 3 segundo inciso, 88, 90 y 93 numeral 2 disponen en su orden:

“Art. 16.- Duración de los períodos académicos en las carreras de la educación técnica, tecnológica y de grado.-

(...) Las horas destinadas a las prácticas pre profesionales y a la unidad de titulación se podrán desarrollar tanto en los períodos académicos ordinarios como extraordinarios”.

“Art. 21.- Unidades de organización curricular en las carreras técnicas y tecnológicas, superiores, y de grado.-

(...) 3. Unidad de titulación.-

(...) El trabajo de titulación es el resultado investigativo, académico o artístico, en el cual el estudiante demuestra el manejo integral de los conocimientos adquiridos a lo largo de su formación profesional; deberá ser entregado y evaluado cuando se haya completado la totalidad de horas establecidas en el currículo de la carrera, incluidas las prácticas pre profesionales”.

“Art. 88.- Prácticas pre profesionales.- Son actividades de aprendizaje orientadas a la aplicación de conocimientos y al desarrollo de destrezas y habilidades específicas que un estudiante debe adquirir para un adecuado desempeño en su futura profesión. Estas prácticas deberán ser de investigación-acción y se realizarán en el entorno institucional, empresarial o comunitario, público o privado, adecuado para el fortalecimiento del aprendizaje. Las prácticas pre profesionales o pasantías son parte fundamental del currículo conforme se regula en el presente Reglamento.

Cada carrera asignará, al menos, 400 horas para prácticas pre profesionales, que podrán ser distribuidas a lo largo de la carrera, dependiendo del nivel formativo, tipo de

carrera y normativa existente. El contenido, desarrollo y cumplimiento de las prácticas pre profesionales serán registrados en el portafolio académico”.

“Art. 90.- Prácticas pre profesionales durante el proceso de aprendizaje.- En la educación superior técnica y tecnológica, o sus equivalentes, y de grado, las prácticas pre profesionales se distribuirán a lo largo de las unidades de organización curricular, tomando en cuenta los objetivos de cada unidad y los niveles de conocimiento y destrezas investigativas adquiridos”.

“Art. 93.- Realización de las prácticas pre profesionales.- Las instituciones de educación superior diseñarán, organizarán y evaluarán las correspondientes prácticas pre profesionales para cada carrera. Para el efecto, las IES implementarán programas y proyectos de vinculación con la sociedad, con la participación de sectores productivos, sociales y culturales. Estas prácticas se realizarán conforme a las siguientes normas:

1. Las actividades de servicio a la comunidad contempladas en los artículos 87 y 88 de la LOES serán consideradas como prácticas pre profesionales. Para el efecto, se organizarán programas y proyectos académicos que deberán ejecutarse en sectores urbano-marginales y rurales. Estas prácticas tendrán una duración mínima de 160 horas.
2. Todas las prácticas pre profesionales deberán ser planificadas, monitoreadas y evaluadas por un tutor académico de la IES, en coordinación con un responsable de la institución en donde se realizan las prácticas (institución receptora). En la modalidad dual, se establecerá además un tutor de la entidad o institución receptora.
3. Toda práctica pre profesional estará articulada a una o varias cátedras. El tutor académico de la práctica pre profesional deberá incluir en la planificación de la cátedra las actividades, orientaciones académicas-investigativas y los correspondientes métodos de evaluación.
4. Para el desarrollo de las prácticas pre profesionales, cada IES establecerá convenios o cartas de compromiso con las contrapartes públicas o privadas. Como parte de la ejecución de los mismos deberá diseñarse y desarrollarse un plan de actividades académicas del estudiante en la institución receptora.
5. En caso de incumplimiento de compromisos por parte de la institución o comunidad receptora, o del plan de actividades del estudiante, la institución de educación superior deberá reubicarlo inmediatamente en otro lugar de práctica.

6. Las IES organizarán instancias institucionales para la coordinación de los programas de vinculación con la sociedad y las prácticas pre profesionales, en una o varias carreras.

7. En el convenio específico con la institución o comunidad receptora, deberá establecerse la naturaleza de la relación jurídica que ésta tendrá con el estudiante:

- a. Si es únicamente de formación académica, se excluye la remuneración y de ser necesario se utilizará un seguro estudiantil por riesgos laborales; la gratuidad de la educación superior pública no cubrirá el seguro estudiantil;
- b. Si se acuerda una relación laboral que incluye fines formativos, es decir, una pasantía, ésta se registrará por la normativa pertinente e incluirá la afiliación del estudiante al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
- c. En el caso de las carreras de medicina humana, odontología, enfermería, obstetricia y veterinaria, el internado rotativo se considerará como prácticas pre-profesionales”.

Es decir que, de acuerdo con el artículo 87 de la Ley Orgánica de Educación Superior y 7 de su Reglamento General, las prácticas o pasantías pre profesionales, constituyen requisito previo a la obtención del título profesional que otorgan las instituciones de educación superior; y, que según los artículos 88, 90 y 93 del Reglamento de Régimen Académico, las prácticas pre profesionales son parte del currículo de cada carrera y están articuladas a una o varias cátedras, por lo que se planifican, monitorean y evalúan por un tutor académico de la respectiva institución de educación superior, en coordinación con un responsable de la institución receptora en la que se realizan las prácticas.

Por su parte, respecto de los permisos para estudios regulares que regula el primer inciso del artículo 33 de la Ley Orgánica de Servicio Público, sobre cuya aplicación trata la consulta, dicha norma dispone lo siguiente:

“Art. 33.- De los permisos.- La autoridad nominadora concederá permisos hasta por dos horas diarias para estudios regulares, siempre y cuando se acredite matrícula y regular asistencia a clases. Para el caso de los estudiantes, se certificará expresamente la aprobación del curso correspondiente. No se concederán estos permisos, a las o los servidores que laboren en jornada especial”.

Concordante, el artículo 59 del Reglamento General a la LOSEP, prevé:

“Art. 59.- Permiso para estudios regulares.- La autoridad nominadora concederá permisos de hasta dos horas diarias para estudios regulares siempre que la o el servidor de carrera acredite matrícula para el nivel correspondiente y el registro de

asistencia periódica a clases, debiendo al final de cada año, nivel o semestre presentar la certificación de la aprobación correspondiente.

Para estudios regulares de postgrado se concederá licencia sin remuneración o comisión de servicios con remuneración siempre que la o el servidor demuestre que realiza sus estudios dentro de la jornada laboral, de conformidad con lo que establece la LOSEP y este Reglamento General.

En caso de que los estudios contemplen un régimen de estudios presenciales y no presenciales, podrá acumularse en el período de la misma semana el tiempo de dos horas en el día que se requiera de los estudios presenciales.

En el caso de contratos de servicios ocasionales se podrá otorgar este permiso de conformidad con las necesidades institucionales siempre que la o el servidor recupere el tiempo solicitado.

No se concederá estos permisos a las o los servidores que laboren en jornada especial.

Si la o el servidor compensare dicho permiso fuera del horario de jornada ordinaria de labores, no se generará el derecho a pago de horas suplementarias o extraordinarias”.

De acuerdo con el tenor de los artículos 33 de la LOSEP y 59 de su Reglamento, a los servidores públicos que realicen estudios regulares, la autoridad nominadora concederá permisos hasta por dos horas diarias, debiéndose acreditar matrícula y asistencia regular, así como certificación de la aprobación del curso correspondiente una vez concluido. No se conceden estos permisos a los servidores que laboren en jornada especial, y en el caso de contratos de servicios ocasionales se podrá otorgar este permiso de conformidad con las necesidades institucionales siempre que el servidor recupere el tiempo solicitado evento en el que no se generará el derecho a pago de horas suplementarias o extraordinarias.

Del análisis jurídico efectuado se desprende que, según el artículo 87 de la Ley Orgánica de Educación Superior y 88 del Reglamento de Régimen Académico, las pasantías o prácticas pre profesionales, constituyen requisito que los estudiantes de los establecimientos de educación superior deben cumplir para obtener su título profesional, son parte del currículo de cada carrera y están sujetas a evaluación, es decir constituyen parte de los estudios regulares de la respectiva carrera.

En atención a los términos de la consulta se concluye que, a los servidores públicos que como parte de su carrera y para obtener su título profesional en un establecimiento

de educación superior, deban cumplir y aprobar prácticas pre profesionales de conformidad con los artículos 87 de la Ley Orgánica de Educación Superior y 88 del Reglamento de Régimen Académico, se les concederá permiso para estudios regulares de hasta dos horas diarias, de acuerdo con los artículos 33 primer inciso de la Ley Orgánica del Servicio Público y 59 de su Reglamento, debiéndose acreditar su asistencia regular a las pasantías o prácticas pre profesionales y certificar su aprobación una vez concluidas.

SEGUNDA CONSULTA.-

El informe del Procurador Síndico de la municipalidad consultante, cita la Ley Orgánica del Servicio Público y manifiesta que: “(...) no procede conceder Comisión de Servicio con Remuneración para realizar pasantías para obtener un título de tercer nivel, porque el inciso cuarto del Art. 33 en concordancia con el Art. 50 de la misma Ley, tácitamente dispone que se concede esta clase de comisión de servicios para efectuar estudios regulares de post grados, conferencias, pasantías..., siempre y cuando la preparación profesional del Servidor Público beneficie a la Institución”.

Mediante oficio No. 07513 de 25 de abril de 2012 esta Procuraduría se ha pronunciado sobre el tema materia de su consulta, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto. En dicho pronunciamiento se concluyó que, de conformidad con los artículos 30 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 50 de su Reglamento de Aplicación, es potestativo de la autoridad nominadora de la respectiva entidad, conceder comisiones con remuneración hasta por dos años a sus servidores amparados por la LOSEP.

Adicionalmente, pongo en su conocimiento que en el portal institucional www.pge.gob.ec se encuentran a disposición del público, los pronunciamientos vinculantes emitidos por la Procuraduría General del Estado a través del Sistema de Consultas Absueltas, herramienta informática diseñada por esta Institución para facilitar su búsqueda y la obtención de los pronunciamientos emitidos a partir del año 2008.

OF. PGE. N°: 19490 de 10-11-2014

PLURIEMPLEO: DOCENTE FISCAL PRIMARIO Y VOCAL DE JUNTA PARROQUIAL

ENTIDAD CONSULTANTE: JUNTA PARROQUIAL DE EL LUCERO

CONSULTA:

En esa jurisdicción parroquial existe una Vocal Principal que se desempeña como miembro de la Junta Parroquial Rural de El Lucero y ejerce la docencia fiscal primaria,

"ocupándose en este quehacer toda la mañana, sin embargo cumple a cabalidad todas las labores de gestión y delegaciones a ella encomendadas" y percibe remuneración tanto en esa Junta Parroquial como en la "Escuela Reina de los Shiris", con recursos provenientes del Presupuesto General del Estado.

"¿Puede o no recibir dos remuneraciones estatales y puede desempeñarse en ambas instituciones?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 113 núm. 6, 229 y 230.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 12, 25 y 84.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Art. 96 núm. 6.

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

Ley Orgánica de Educación Intercultural, Arts. 11 y 117.

A. N° MRL 2011-00183, R. O. N° 505 de 3-08-2011, Arts. 2 y 4.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio No. 097-DL-ASOJUPAL de 2 de agosto de 2011 anexado a su consulta, el Asesor Jurídico de la Asociación de Juntas Parroquiales Rurales de la Provincia de Loja, ASOJUPAL, hace mención a los artículos 113 de la Constitución de la República y 25 de la Ley Orgánica del Servicio Público y concluye manifestando que la vocal de la Junta Parroquial de El Lucero "si puede ejercer las dos funciones siempre y cuando no se interfieran entre ellas".

El artículo 229 de la Constitución de la República, dispone que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, "presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público".

El artículo 230 de la citada Constitución, determina que en el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la Ley: "1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita".

Respecto de los miembros de las juntas parroquiales, el numeral 6 del artículo 113 de la mencionada Carta Constitucional, dispone que: "El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar las juntas parroquiales no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes". En este sentido, el numeral 6 del artículo 96 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, prescribe que: "El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar las juntas

parroquiales no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes".

El artículo 329 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, contempla las prohibiciones por incompatibilidad e inhabilidad de los integrantes de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados; y, en la letra b) determina: "Los vocales de los gobiernos parroquiales rurales, conforme a lo dispuesto en la Constitución del Estado, podrán ejercer cualquier otra función como servidor o servidora pública o docente".

El inciso cuarto del artículo 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone: "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 docente, siempre y cuando su horario de trabajo lo permita".

De las citadas normas se desprende, que el ejercicio de las funciones de Vocal de una Junta Parroquial, no es incompatible con el desempeño de funciones como servidor público o docente; y por tanto, pueden desempeñarse como servidores públicos o docentes, siempre y cuando su horario de trabajo como miembro de la Junta Parroquial lo permita.

Según el artículo 84 de la citada Ley Orgánica, el personal docente está sujeto a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio (actual Ley Orgánica de Educación Intercultural).

El artículo 11 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, dispone que los docentes tienen las siguientes obligaciones: "...c) Laborar durante la jornada completa de acuerdo con la Constitución de la República, la Ley y sus Reglamentos".

El artículo 117 de la indicada Ley Orgánica de Educación Intercultural, determina que la jornada semanal de trabajo será de cuarenta horas reloj, de la siguiente manera: "seis horas pedagógicas diarias, cumplidas de lunes a viernes. El tiempo restante hasta cumplir las ocho horas diarias estará distribuido en actualización, capacitación pedagógica, coordinación con los padres, actividades de recuperación pedagógica, trabajo en la comunidad, planificación, revisión de tareas, coordinación de área y otras actividades contempladas en el respectivo Reglamento".

De las referidas normas legales de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, se colige que la jornada semanal de trabajo de los docentes es de cuarenta horas reloj, dividido en seis horas pedagógicas diarias cumplidas de lunes a viernes; y el tiempo

restante hasta cumplir las ocho horas diarias deben dedicarlas a la actualización pedagógica, coordinación con los padres, entre otras actividades previstas en la referida Ley Orgánica y su Reglamento.

Téngase en cuenta que el Ministro de Relaciones Laborales mediante Acuerdo No. MRL 2011-00183 incorporó al Sistema General de Clasificación de Puestos del Servicio Público, los puestos de las juntas parroquiales rurales conforme al detalle que ahí se especifica y en los artículos 2 y 4 de dicho Acuerdo, se fijan los pisos y techos de las remuneraciones mensuales que deberán percibir el ejecutivo y los vocales de las juntas parroquiales rurales; disponiendo además que, las juntas parroquiales rurales, mediante acto normativo definirán las jornadas de trabajo que deberán cumplir los vocales.

Por lo expuesto, en virtud de que los artículos 113 numeral 6 de la Constitución de la República, 96 numeral 6 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, 329 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y el inciso cuarto del artículo 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que contiene una excepción expresa a la prohibición de pluriempleo, que determina que el ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar las juntas parroquiales no es incompatible con el desempeño de funciones como servidores públicos o docentes, siempre que su horario de trabajo lo permita, se concluye que un Vocal Principal de una Junta Parroquial Rural puede ejercer el cargo de Vocal de la Junta y desempeñarse como docente de una escuela fiscal; y además, percibir ambas remuneraciones, siempre y cuando el horario de trabajo como vocal de la Junta Parroquial lo permita.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 4 del Acuerdo No. MRL 2011-001183 antes referido, corresponderá a la Junta Parroquial Rural de El Lucero, definir mediante acto normativo, las jornadas de trabajo que deberán cumplir los Vocales de esa Junta Parroquial.

En este sentido me he pronunciado en oficio No. 02149 de 8 de junio de 2011.

OF. PGE. N°: 03772, de 19-09-2011

PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE DOMINIO: COBRO DE MULTAS POR FRACCIONAMIENTO NO AUTORIZADO EN CASO DE JUICIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO
MUNICIPAL DEL CANTÓN MORONA

CONSULTAS:

1.- “¿Si es legal y procedente que el Gobierno Municipal del cantón Morona de acuerdo a lo que disponen los artículos 476 y 477 en relación con los artículos 4, 5, y 6 de la ordenanza para el cobro de multas por fraccionamientos no autorizados por la municipalidad, cobren las multas por fraccionamiento en los casos de juicios de prescripción extraordinaria de dominio?”.

2.- “Si la respuesta a la pregunta inmediata anterior es negativa, ¿cuál sería el mecanismo o en qué casos debe cobrar el municipio por fraccionamientos no autorizados, porque al momento los ciudadanos están utilizando la figura de la prescripción para legalizar predios que pertenecen a subdivisiones y urbanizaciones que no cumplen con las ordenanzas municipales y que están causando un grave daño a la municipalidad?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 264.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 54 lit. e), 57 lit. a), 470, 472, 476, 477 y 478.

Código de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 41, 43 y 44 inc. tercero.

Ordenanza para el cobro de multas por fraccionamientos no autorizados por la municipalidad, Arts. 4, 5 y 6.

Código Civil, Arts. 715, 717, 718, 721, 2392, 2394, 2410 y 2411.

PRONUNCIAMIENTOS:

Me refiero a su oficio No. 1118/AGMCM/2013 de 12 de noviembre de 2013, recibido en esta Procuraduría el 14 de noviembre de 2013, por el cual formuló dos consultas relacionadas con fraccionamientos no autorizados por el gobierno autónomo descentralizado municipal.

De manera previa a atender su petición, este Organismo mediante oficio No. 15506 de 22 de noviembre de 2013, le requirió copia certificada de la Ordenanza Municipal que Regula el Cobro de Multas por Fraccionamientos no Autorizados, emitida por la Entidad Edilicia que usted representa, habiendo recibido respuesta a través del oficio No. 1173-AJGMCM-2013 de 26 de noviembre de 2013, suscrito por el Tecnólogo Rubén Pidru Yambiza, Alcalde Encargado a la época.

Adicionalmente, la Procuraduría General del Estado, con oficio No. 15507 de 22 de noviembre de 2013, solicitó al Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME), el criterio de dicha entidad asociativa, lo cual fue atendido por la Directora Ejecutiva de la referida Asociación, a través del oficio No. AME-DE-2013-0598 de 9 de diciembre de 2013, ingresado a esta Procuraduría el 10 de diciembre de 2013.

La Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades del Ecuador, en el oficio No. AME-DE-2013-0598 de 9 de diciembre de 2013, respecto del tema expresa el siguiente criterio institucional:

“Las clases de fraccionamientos están previstos en el Art. 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización -COOTAD- de entre ellos tenemos: a) fraccionamiento o subdivisión urbana cuya división del terreno se lo efectúa entre dos a diez lotes; b) la urbanización cuya división de los terrenos se lo efectúa en más de diez lotes; y, el fraccionamiento agrícola.

Los fraccionamientos obedecen a los lineamientos técnicos que los encontramos en los Planes de Desarrollo y Ordenamiento Territorial -PDOT- cuya base son el ordenamiento territorial y la planificación urbanística, en el pleno ejercicio de la competencia exclusiva del control sobre el uso y ocupación del suelo en el Cantón, por lo que los ciudadanos y ciudadanas en cada jurisdicción cantonal no pueden actuar al margen de las ordenanzas vigentes, ni las autoridades o jueces puede resolver sin contar con el criterio de la Municipalidad.

Cabe inferir que, la actividad jurídica de la Municipalidad al conocer o determinar un fraccionamiento sin autorización municipal, debe activar la denuncia penal correspondiente por el delito determinado en el Art. 477 del COOTAD, cuya legitimación activa la tiene el Municipio acorde al Art. 478 del referido cuerpo de leyes.

Si los particulares optaren por efectuar cualquiera de los fraccionamientos estipulados en el COOTAD, deben necesariamente acudir al Municipio para solicitar la autorización correspondiente, al no cumplir con esta obligación, el Municipio tiene la potestad y la competencia para imponer las sanciones correspondientes acorde a las prescripciones legales establecidas en el COOTAD y la ordenanza correspondiente, a través del procedimiento sancionador que establece el Art. 365 y siguientes del COOTAD, sin considerar la situación jurídica en la que se encuentran dichos fraccionamientos que se constituye en una situación muy diferente a la obligación que tiene el Municipio de hacer cumplir sus ordenanzas municipales.

Respecto a los procesos judiciales de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que sobre la base de estos fraccionamientos se están proponiendo, corresponde al Municipio a través del Ejecutivo o Ejecutiva, remitir los oficios pertinentes a los jueces y juezas civiles para que previo a dictar sentencia recaben el informe técnico de la Municipalidad respecto de la prescripción de los terrenos fraccionados; de igual forma hacer conocer a los Notarios y Registradores de la Propiedad que previo a cualquier protocolización o registro se debe contar con el informe técnico municipal, debiendo recordar que, los PDOT (planes de desarrollo y ordenamiento territorial) son de obligatorio cumplimiento en el cantón tal como lo prevén el Art. 280 de la Constitución de la República y los Arts. 41 y 43 del Código de Planificación y Finanzas Públicas”.

El informe jurídico del gobierno autónomo descentralizado a su cargo consta en el oficio No. 732-AJM/2013 de 8 de noviembre de 2013, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, quien cita los artículos 470, 476 y 477 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD y expresa lo siguiente:

“Como se puede apreciar, estos artículos se refieren a los fraccionamientos que no tienen autorización del Gobierno Municipal, más no a los casos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que es una figura que consta en el código civil ecuatoriano y que sirve para alcanzar el título de un bien inmueble, cumpliendo las formalidades que el mismo código señala, por lo tanto nada tiene que ver el fraccionamiento no autorizado con una figura del ordenamiento jurídico, que inclusive como característica principal, la persona debe justificar que se encuentra en posesión tranquila y pacífica del bien por más de quince años”.

Continúa el Procurador Síndico de Morona en el oficio No. 732-AJM/2013 y cita los artículos 4, 5 y 6 de la ordenanza para el cobro de multas por fraccionamientos no autorizados por la municipalidad y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Por lo expuesto, no es procedente que el Gobierno Municipal del Cantón Morona cobre la multa por fraccionamiento no autorizado que consta en el COOTAD y en la ordenanza municipal para el cobro de multas por fraccionamientos no autorizados por la municipalidad en el caso de las prescripciones adquisitivas extraordinarias de dominio”.

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

PRIMERA CONSULTA

El Art. 264 de la Constitución de la República, establece las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, sin perjuicio de otras que determine la ley. Entre ellas, el numeral 1 de la norma constitucional prevé: “1. Planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural”.

La letra e) del artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, establece como atribución del gobierno autónomo descentralizado municipal, “(...) Elaborar y ejecutar el plan cantonal de desarrollo, el de ordenamiento territorial y las políticas públicas en el ámbito de sus competencias y en su circunscripción territorial, de manera coordinada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, y realizar en forma permanente, el seguimiento y rendición de cuentas sobre el cumplimiento de las metas establecidas”.

En similares términos, la letra a) del Art. 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, establece como una de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos municipales, “(...) Planificar, junto con otras instituciones del sector público y actores de la sociedad, el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural, en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad y el respeto a la diversidad”.

De su parte, el inciso tercero del Art. 44 del Código de Planificación y Finanzas Públicas, prevé que: “(...) Corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales y metropolitanos la regulación, control y sanción respecto del uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón”. En primer término cabe puntualizar que el fraccionamiento es la división de un bien y la prescripción es un modo de adquirir el dominio. Es decir, que constituyen dos asuntos distintos, que pueden interrelacionarse como en el caso materia de su consulta, que se halla referida a los juicios de prescripción extraordinaria del dominio, en virtud de los cuales se produce el fraccionamiento de un bien inmueble.

El inciso primero del artículo 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, define al fraccionamiento o subdivisión urbana o rural a la división de un terreno de dos a diez lotes, mientras que la división de un terreno mayor a diez lotes o su equivalente en metros cuadrados en función de la multiplicación del área del lote mínimo por diez, constituye urbanización, según el inciso segundo del mismo artículo. 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.

Es atribución del Alcalde, como ejecutivo de los gobiernos autónomos municipales, autorizar los fraccionamientos de conformidad con el artículo 472 del COOTAD antes referido, conforme concluyó la Procuraduría General del Estado en los pronunciamientos constantes en los oficios Nos. 00720 de 3 de marzo de 2011 y 03486 de 1 de septiembre de 2011.

Además, la letra a) del Art. 57 del COOTAD dispone entre las atribuciones del Concejo Municipal, “El ejercicio de la facultad normativa en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, mediante la expedición de ordenanzas cantonales, acuerdos y resoluciones; (...)”, mientras que la letra x) del aludido artículo, faculta al Concejo Municipal, “(...) Regular y controlar, mediante la normativa cantonal correspondiente, el uso del suelo en el territorio del cantón, de conformidad con las leyes sobre la materia, y establecer el régimen urbanístico de la tierra (...)”.

Corresponde analizar las disposiciones que respecto del fraccionamiento urbano o rural, contiene el COOTAD en su artículo 470, que preceptúa:

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

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

Se entenderá por reestructuración de lotes un nuevo trazado de parcelaciones defectuosas, que podrá imponerse obligatoriamente con alguno de estos fines:

a) Regularizar la configuración de los lotes; y,

b) Distribuir equitativamente entre los propietarios los beneficios y cargas de la ordenación urbana”.

El inciso tercero del artículo 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determina que quienes realicen fraccionamientos de inmuebles con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, las municipalidades afectadas aplicarán las sanciones económicas y administrativas previstas en las respectivas ordenanzas; sin perjuicio de las sanciones penales si los hechos constituyen un delito, para lo cual las municipalidades pueden considerarse como parte perjudicada.

Los artículos 476 y 477 del COOTAD, respecto de los fraccionamientos no autorizados sin fines comerciales o con tales fines, disponen:

“Art. 476.- Fraccionamientos no autorizados sin fines comerciales.- Si de hecho se realizaren fraccionamientos sin aprobación de la municipalidad, quienes directa o indirectamente las hubieran llevado a cabo o se hubieran beneficiado en alguna forma de ellas, no adquirirán derecho alguno frente a terceros y la municipalidad podrá sancionar con una multa equivalente al avalúo del terreno a los responsables; excepto cuando el concejo municipal o distrital convalide el fraccionamiento no autorizado de asentamientos de interés social consolidados.

El Art. 477.- Fraccionamiento de inmuebles sin autorización con fines comerciales.- Quien procediere al fraccionamiento total o parcial de un inmueble situado en el área urbana o de expansión urbana, con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, y recibiere u ordenare recibir cuotas o anticipos en especie o en dinero, por concepto de comercialización del mismo, incurrirá en delito de estafa tipificado en el Código Penal. Las municipalidades afectadas aplicarán las sanciones económicas y administrativas previstas en la ley y en las respectivas ordenanzas”.

Las normas antes citadas, establecen la competencia de las municipalidades para aplicar sanciones pecuniarias en los casos de fraccionamiento de inmuebles no autorizados por la municipalidad, sin perjuicio de que en caso de fraccionamientos sin fines comerciales, la Municipalidad se halla facultada para convalidar el fraccionamiento; mientras que al tratarse de fraccionamientos con fines comerciales, el inciso tercero del artículo 470 determina la competencia municipal para aplicar las sanciones que prevean las correspondientes ordenanzas y a actuar como parte procesal en el caso de que dicho fraccionamiento constituya delito en los términos que establece el artículo 477 del COOTAD, que tipifica una forma de estafa en el caso de fraccionamiento no autorizado con fines comerciales.

Su consulta hace referencia a la prescripción adquisitiva de dominio, por lo que cabe citar el artículo 2392 de la Codificación del Código Civil, que establece que la prescripción “(...) es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”.

Comenta el Dr. Juan Larrea Holguín, la definición anterior, en los siguientes términos:

“La definición señala también los dos fundamentos más esenciales de la prescripción, a saber, la posesión y el transcurso del tiempo. A la vez, anuncia, la existencia de otros requisitos legales varios de ellos se señalan en los artículos siguientes, tal es el caso del título, de la buena fe, de la duración precisa que se requiere, etc.”

Según el numeral 2 del artículo 2410 del Código Civil, para la prescripción extraordinaria “(...) no es necesario título alguno; basta la posesión material en los términos del Art. 715”; esta última disposición define a la posesión como: “(...) la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño; sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o bien por otra persona en su lugar y a su nombre”, agrega la norma, que: “El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo”.

En el artículo 717 del indicado Código, se determina que la posesión puede ser regular o irregular y que la posesión regular es aquella que procede de justo título. En su artículo 718 se señala que el justo título es constitutivo o translativo de dominio, agregando que: “(...) Son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. Son translativos de dominio los que, por su naturaleza, sirven para transferirlo como la venta, la permuta la donación entre vivos”.

El artículo 2411 del Código Civil vigente establece, en cuanto al tiempo para que opere la prescripción adquisitiva de un inmueble, el lapso de quince años.

Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 2394 del Código Civil, el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla.

De las disposiciones de la legislación civil que han quedado mencionadas, se desprende que la prescripción como modo de adquirir el dominio de bienes inmuebles es constitutivo de dominio mas no traslativo de dominio; en otras palabras no se adquiere el dominio por el traspaso del bien sino por la tenencia con ánimo de señor o dueño por el tiempo que fija la ley.

El concepto de posesión de buena fe, es analizado por el tratadista ecuatoriano Dr. Juan Larrea Holguín, al referirse a las acciones posesorias, en el siguiente tenor:

“Se discute en la doctrina sobre el concepto de buena fe, su extensión, su alcance y prueba. Para algunos es simplemente la ausencia de mala fe; bastaría que no conste la positiva intención de ir contra derecho ajeno, para que existiera esta buena fe puramente negativa. Pero, como afirma Alessandri, la opinión mayoritaria considera que la buena fe es algo más que la mera ausencia de mala fe; es una convicción positiva: la firme conciencia de no obrar contra derecho, de actuar legítimamente. Y esta persuasión sólo puede ser verdadera si tiene un fundamento de razón que pueda aceptarse como justo.

(...) A la vista de estas definiciones se aprecia el acierto y exactitud de la de nuestro Código: ‘La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y cualquier otro vicio.- (...)’.

(...) Nuestra definición legal no considera la buena fe como algo puramente subjetivo o interior. Es verdad que la llama ‘conciencia’, o sea juicio práctico, apreciación, criterio, pero tal valoración debe estar fundada en dos elementos: uno negativo y otro positivo: carencia de fraude o vicios en cuanto al medio de adquirir y conocimiento de que se ha adquirido por medios legítimos”.

Dentro del contexto analizado tanto de las disposiciones contenidas en el Código Civil, como en las citas mencionadas en líneas anteriores, no se puede entender como poseedor de buena fe a aquel que realiza acciones que en realidad tienen como fin obtener réditos comerciales, mediante la apropiación y posterior fraccionamiento de un inmueble que no es de su propiedad, o de quien afecte intencionalmente el derecho de dominio sobre el inmueble del legítimo propietario o de terceros perjudicados por la acción del poseedor que no se ampara en una posesión de buena fe, conforme lo determina el artículo 721 del Código Civil.

Por lo tanto, no se puede equiparar la actuación de quien accedió a la posesión de un inmueble de buena fe y alega la prescripción adquisitiva de dominio a su favor con la actuación de quien, con fines comerciales, toma posesión de un inmueble para efectuar el fraccionamiento del mismo y entregarlo por partes a terceros de buena fe.

Por lo expuesto, con fundamento en el inciso tercero del artículo 470 reformado, que establece que les corresponde a las municipalidades afectadas aplicar las sanciones económicas y administrativas previstas en las respectivas ordenanzas, en contra de quienes realicen el fraccionamiento de bienes inmuebles con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, sin perjuicio de las acciones

penales que prevé el artículo 477 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se concluye que es legal que un gobierno municipal aplique las mencionadas sanciones por fraccionamientos no autorizados con fines comerciales.

La aplicación de las sanciones señaladas en el párrafo precedente, es independiente de las circunstancias en que se produzca la transferencia de dominio; y por lo tanto, se aplica independientemente de si existe un juicio de prescripción adquisitiva de dominio a favor de los poseedores de buena fe.

SEGUNDA CONSULTA

En armonía con la conclusión de su primera consulta, no es procedente atender la segunda consulta.

OF. PGE. N° 16259, de 07-02-2014

PRESUPUESTO MUNICIPAL: DISTRIBUCIÓN PARA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

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, 5 núm. 2, y 9.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 5 lit. g).

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 194 y 487 (derogada).

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 55 lit. d), 57 lits. j) y k), 129, 137, 188, 189 lit. a), 191, 192, 193 lits. a) y 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 lits. a) y 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 SINFIPI.- Los principios del SINFIPI 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.

OF. PGE. N°: 13056, de 07-05-2013

R

REAJUSTE DE PRECIOS: ANTICIPOS NO DEVENGADOS

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN GUAYAQUIL

CONSULTA:

“¿Debe el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil (M.I. Municipalidad de Guayaquil) efectuar el cálculo del reajuste de precios a los anticipos no devengados entregados en el marco de un contrato principal o complementario, contratos a los cuales, en función del contenido de la resolución No. INCP 005-08 expedida por el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, le son aplicables la Ley de Contratación Pública así como el Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, publicados el 16 de agosto de 1990 en el Registro Oficial No. 590 (501) y 29 de abril de 1991 en el Suplemento del Registro Oficial No. 673, en su orden?”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 10 núm. 9.

Ley de Contratación Pública, Arts. 89, 90, 93, 94-A; y, 107, 108 y 126 de su Reglamento General (derogada).

Código Civil, Art. 7 regla 18.

Res. N° INCP 005-08, R.O. N° . 445 de 14-10-2008, Art.1.

PRONUNCIAMIENTO:

Como antecedentes de la consulta formulada en el oficio que atiendo, se establecen los siguientes:

“4. Es posible que durante la ejecución del contrato se produzca un incremento de precios de uno o varios componentes que estructuran los costos unitarios de ciertos rubros contractuales, razón por la cual el monto del anticipo es reajustado.

5. Pueden existir situaciones imprevistas que produzcan que el contratista, en las cuales el contratista mediante la emisión de sus planillas mensuales no logre devengar el anticipo otorgado por el contratante, como la disminución de los trabajos previstos contractualmente”.

El criterio jurídico de la M.I. Municipalidad consta en el oficio No. DAJ-2013-18082 de 12 de diciembre de 2013, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, quien cita la Resolución No. INCP 005-08, expedida por el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, actual Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, así como los artículos 89, 90, 93 y 94-A de la Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990 y los artículos 107, 108 y 126 de su Reglamento General y con tales fundamentos jurídicos señala el siguiente criterio:

“8. Es mi criterio que de acuerdo a los artículos transcritos, correspondientes a la Ley de Contratación Pública y al Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, publicados el 16 de agosto de 1990 en el Registro Oficial No. 590 (501) y 29 de abril de 1991 en el Suplemento del Registro Oficial No. 673, en su orden, corresponde reajustar los montos de los anticipos no devengados, anticipos que pueden corresponder tanto a un contrato principal como a un complementario.

Por lo mismo, considero que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Guayaquil (M.I. Municipalidad de Guayaquil) debe efectuar el cálculo del reajuste de precios a los anticipos no devengados entregados en el marco de un contrato principal o complementario, contratos a los cuales, en función del contenido de la resolución No. INCP 005-08 expedida por el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, le son aplicables la Ley de Contratación Pública así como el Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, publicados el 16 de agosto de 1990 en el Registro Oficial No. 590 (501) y 29 de abril de 1991 en el Suplemento del Registro Oficial No. 673, en su orden”.

La Procuraduría General del Estado, mediante oficios Nos. 05334, 06008, 08112 y 10502 de 10 de diciembre de 2008, 5 de febrero de 2009, 2 de julio de 2009 y 19 de noviembre de 2009, respectivamente, se ha pronunciado en el sentido de que en materia de contratación pública se deben aplicar las normas vigentes al tiempo de celebración del contrato. Dichos pronunciamientos se fundamentaron en el artículo 7 del Código Civil y en la Resolución No. INCP 005-08, publicada en el Registro Oficial No. 445 de 14 de octubre de 2008, según consta del antes indicado oficio No. 08112, en el cual expresé lo siguiente:

“(…) Sin embargo, la regla 18 del artículo 7 del Código Civil prevé: ‘En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración’.

En concordancia con esa disposición y en ejercicio de la atribución de dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que el numeral 9 del artículo 10 de ésta confiere al Instituto Nacional de Contratación Pública, su Director Ejecutivo expidió la Resolución

No. INCP 005-08, constante en el Registro Oficial No. 445 de 14 de octubre de 2008, cuyo artículo 1 preceptúa: “Todo contrato que tenga por objeto la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, otorgado antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se regirá por sus estipulaciones y por las normas de derecho vigentes a la fecha de su celebración.”

De lo expuesto, se concluye que la Entidad consultante debe efectuar el cálculo del reajuste de precios a los anticipos no devengados, aplicando las normas vigentes al tiempo en que se celebraron los correspondientes contratos. En dicho contexto, en atención a los términos de su consulta, en el marco de un contrato principal o complementario, celebrados durante la vigencia de la Ley de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990 y su Reglamento General publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 673 de 29 de abril de 1991, le son aplicables los cuerpos normativos antes indicados.

El presente pronunciamiento se limita al análisis e inteligencia de normas legales, por lo que la forma de cálculo del reajuste y la aplicación de la ley vigente al tiempo de celebración del contrato, a casos específicos, es de responsabilidad exclusiva del consultante.

OF. PGE. N°: 16095, de 27-01-2014

RECLUTAMIENTO Y SELECCIÓN DEL PERSONAL

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN CHUNCHI.

CONSULTA:

“¿Si es aplicable al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Chunchi, la normativa del subsistema de reclutamiento y selección de personal, de manera especial contar con el programa RED SOCIO EMPLEO emitida por el Ministerio de Relaciones Laborales, para el ingreso de personal, de servidores municipales sean estos de los amparados por el Código del Trabajo y, los sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Público, tomando en cuenta que el GAD Municipal de Chunchi, goza de autonomía política, administrativa y financiera (...)?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225, 228, 229, 238, 239, 253, 424 y 425.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 núms. 2 y 4, 16, 17, 22, 51 lit. a), 52 lit. i), 54, 62, 63, 65, 66; y, 1, 134, 163, 176, 178, Disposiciones Generales: Sexta y Décima Séptima de su Reglamento General.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 5, 6, 333, 354 y 360.

Acuerdo Ministerial N° 56, Registro Oficial Segundo Suplemento N° 702, 14-05-2012, Arts. 2, 3, 4, 6, 7, 14, 15, 19, 21 y 23.

Acuerdo Ministerial N° 226, Registro Oficial N° 859, 28-12-2012, Arts. 4, 12, 13, 14, 15, 20, 22, 23, 25, 27, 28, 34, 35, 42, Disposición General Décima Cuarta, Disposición Transitoria Segunda.

Norma Sustitutiva de la Norma de Subsistencia de Reclutamiento y Selección de Personal, Arts. 2, 4 y 12.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos para atender su requerimiento, mediante oficio No. 13202 de 14 de mayo de 2013 e insistencia constante en el oficio No. 13457 de 4 de junio de 2013, solicité el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, sin que se haya atendido hasta la presente fecha.

Igualmente, con motivo de la consulta formulada por el Gobierno Autónomo Municipal del Cantón Santa Rosa, respecto de idéntico tema, mediante oficio 13570 de 17 de junio de 2013, se solicitó el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, lo cual fue atendido mediante oficio suscrito por el Ministro de Relaciones Laborales, signado con el No. MRL-DM-2013-0238 de 2 de julio de 2013, ingresado en esta Procuraduría el 3 de julio de 2013.

En el oficio No. MRL-DM-2013-0238 de 2 de julio de 2013, el Ministro de Relaciones Laborales cita los artículos 228, 229, 424 y 425 de la Constitución de la República, que en su orden se refieren al ingreso al servicio público, la calidad de servidores públicos, la supremacía de la Constitución de la República y el orden jerárquico de aplicación de las normas. Además, el Ministro de Relaciones Laborales hace referencia al numeral 2 y el primer párrafo posterior al numeral 4 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, relativos al ámbito de dicho cuerpo normativo y la rectoría del Ministerio en materia de remuneraciones.

Continúa el Ministro de Relaciones Laborales y cita los artículos 16, 17 y 22 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que trata sobre el requerimiento de nombramiento o contrato legalmente expedido para ocupar un puesto público, los tipos de nombramientos y los deberes de los servidores públicos.

Además, el Ministro de Relaciones Laborales en el oficio No. MRL-DM-2013-0238 de 2 de julio de 2013, expresa:

“El artículo 51 literal a), dispone que el Ministerio de Relaciones Laborales tendrá como una de sus competencias, el 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 esta ley. El inciso final de este artículo señala 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. El texto del artículo no refiere a que se delega la competencia de legislar a las instituciones municipales que forman parte del régimen autónomo descentralizado en materia de talento humano como es la selección de personal; lo que literalmente se lee en el artículo, es la obligación de observar a lo interno de sus organizaciones las Normas que emita esta Cartera de Estado, como en el caso motivo de la consulta aplicar la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal”.

El Ministro de Relaciones Laborales cita el artículo 52 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que trata de las atribuciones y responsabilidades de las Unidades de Administración del Talento Humano, y el artículo 54 de la misma Ley, que regula el Régimen Interno del Talento Humano del Servicio Público y los sistemas que lo integran.

De otra parte, el Ministro se refiere a los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que prevén que el ingreso a un puesto público y la ocupación de vacantes, será efectuado mediante concurso de merecimientos y oposición, “trasladando la Ley al Ministerio de Relaciones Laborales, la competencia de emitir la norma que viabilice estos procesos, que en la ejecución operativa están bajo la responsabilidad de las respectivas Unidades de Administración del Talento Humano”.

Continúa su exposición el Ministro de Relaciones Laborales y cita el artículo 134, Disposiciones Generales Sexta y Décima Séptima y artículo 178 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, que se relacionan con el incumplimiento de las resoluciones del Ministerio de Relaciones Laborales, determinación de responsabilidades y sanciones derivadas de tales incumplimientos y añade que el artículo 178 prevé expresamente lo siguiente:

“Art. 178.- Normativa de reclutamiento y selección. - Sobre la base de las políticas, normas e instrumentos técnicos de aplicación obligatoria para los puestos de carrera en

el servicio público, emitidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, las UATH aplicarán los mecanismos técnicos que permitan la obligatoria, correcta y eficiente administración del subsistema de reclutamiento y selección de personal”.

En el oficio No. MRL-DM-2013-0238 de 2 de julio de 2013, el principal del Portafolio de Relaciones Laborales cita los artículos 2, 3, 4, 6, 7, 14, 15, 19, 21 y 23 del Acuerdo Ministerial No. MRL-2012-000056, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 702 de 14 de mayo de 2012, por el cual el Ministerio de Relaciones Laborales expidió la Norma Sustitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, la cual tiene por objeto establecer el procedimiento y los instrumentos de carácter técnico y operativo de aplicación a los procesos de reclutamiento y selección de personal en el sector público, a través de los correspondientes concursos de méritos y oposición, norma que fue reformada con Acuerdo Ministerial No. MRL-2012-0226, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 859 de 28 de diciembre del 2012.

De otra parte, el Ministro de Relaciones Laborales hace referencia a los artículos 5, 333, 354 y 360 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y concluye con el siguiente criterio:

“Por principio constitucional tanto el ingreso como el ascenso en el servicio público, se lo debe efectuar mediante concurso de méritos y oposición conforme a la Ley y por excepción se exceptúan de estos procesos, las y los servidores públicos de elección popular y los de libre nombramiento y remoción.

La Ley Orgánica del Servicio Público en los artículos 3, 4 y 51 letra a) recoge el precepto constitucional incluyendo dentro del ámbito de aplicación a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales, entre los que se encuentran los Municipios, a más de que conceptúa lo que constituye servidor público y asigna la competencia al Ministerio de Relaciones Laborales de ejercer la rectoría en materia de recursos humanos y remuneraciones e ingresos complementarios del sector público, expedir las escalas remunerativas; y, expedir las normas técnicas correspondientes en materia de recursos humanos.

Siendo así, las y los servidores públicos de los Municipios al ejercer un puesto en su institución son servidores públicos sometidos al marco general de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Por tanto se reitera que el ingreso y el ascenso a un puesto vacante en el servicio público se lo debe efectuar mediante concurso de méritos y oposición abierto, en el que pueden participar tanto personas que laboran en el Municipio como las que no tengan

relación laboral con aquella, no siendo procedente el efectuar concursos internos específicos para ocupar puestos vacantes mediante ascensos específicamente para las y los servidores de la institución municipal y sin sujetarse a lo que manda la Norma del subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal emitida por este Ministerio.

Sí bien las normas del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización reconoce autonomía a los Municipios, no así en cuanto a la administración del talento humano que debe regirse al marco general de la Ley Orgánica del Servicio Público. Sustentado en lo que establece el citado Código, la selección de personal en cuanto a los ingresos o ascensos a puestos protegidos por la carrera del servicio público, mediante concurso de méritos y oposición, y que están regulados por los artículos 65 y 66 de la LOSEP, deben apegarse en el Municipio a lo que regula la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 702, de 14 de mayo del 2012 y su reforma, la cual establece el procedimiento y los instrumentos de carácter técnico y operativo que deben aplicar las instituciones del Estado a través de las UATH, para escoger a la persona más idónea entre los aspirantes para ocupar un puesto público.

Esta Norma determina, la obligación que tienen las Unidades de Administración del Talento Humano de cada institución estatal, de ingresar en la plataforma tecnológica del subsistema de reclutamiento y selección de personal administrado por este Ministerio, en la página web www.socioempleo.gob.ec, que es el único medio válido para la aplicación y seguimiento de un proceso de reclutamiento y selección en el servicio público; y, que tratándose de la administración pública central e institucional debe ser remitido todo el proceso previo a la declaratoria de ganador de concurso por parte del Tribunal de Méritos y Oposición, al Instituto Nacional de la Meritocracia para que verifique y controle la aplicación de las normas legales y emita el informe correspondiente.

Por tanto la LOSEP y su Reglamento, no han considerado mediante disposición expresa que los Municipios en particular en el que se incluye el de Santa Rosa, efectúen procesos selectivos omitiendo parte o todo el proceso que está preestablecido en el Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal como ya se deja fundamentado en este criterio, por lo que deben aplicar obligatoriamente el Acuerdo de este Ministerio No. MRL-2012-000056, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 702 de 14 de mayo del 2012 y sus reformas dadas con Acuerdo No. MRL-2012-0226, publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 859 de 28 de Diciembre del 2012, utilizando la página de publicación electrónica Web www.socioempleo.gob.ec., para las diferentes acciones como bien están precisadas en los artículos 4, 12, 13, 14, 15, 20, 22, 23, 25, 27, 28, 34, 35, 42, Décima Cuarta

Disposición General y Segunda Disposición Transitoria, a más de que los concursos para ocupar puestos vacantes sea por ingreso o ascenso, deben ser abiertos en el que participen aspirantes que pertenecen al Municipio o no”.

A su oficio de consulta se acompañó el informe jurídico suscrito por el Procurador Síndico Municipal, contenido en el oficio No. 68-DJGADCH de 18 de abril de 2013, quien se refiere a los artículos 225, 238, 239 y 253 de la Constitución de la República, que en su orden tratan sobre las entidades que integran el sector público, la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados, la ley que los rige y la conformación del gobierno autónomo descentralizado cantonal, así como los artículos 2 letra b, 5 y 6 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, relacionados con la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados.

A continuación el Procurador Síndico Municipal en el informe jurídico en mención, cita los artículos 228 y 229 de la Constitución de la República, que tratan sobre la obligatoriedad de que el ingreso al servicio público se realice mediante concurso de méritos y oposición y a la definición de servidores públicos, respectivamente. Adicionalmente hace referencia a los artículos 51, 65 y Disposición General Décima Séptima de la Ley Orgánica del Servicio Público y 1, 163 y 176 de su Reglamento General y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Por las consideraciones expuestas, tomando como base la autonomía administrativa de las que goza el GAD Municipal, y, la prohibición expresa de interferencia en su gestión por cualquier otro órgano o entidad, estimo que observando los principios generales y constitucionales de concurso de méritos y oposición abiertos, como son de legalidad, transparencia, credibilidad, igualdad, inserción y equidad y difusión, la administración municipal, puede organizar su propio concurso con sus reglas respectivas a las que ajuste aquél procedimiento; y, observe la garantía constitucional y legal a la que se ha analizado”.

El artículo 238 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a los gobiernos autónomos descentralizados y les otorga autonomía, en los siguientes términos:

“Art. 238.- Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional. Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los concejos provinciales y los concejos regionales”.

Concordante con la norma constitucional anterior, el artículo 5 inciso tercero y el inciso primero del artículo 6 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, en su orden prescriben:

“Art. 5.- Autonomía.- (...) 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.

Art. 6.- 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 (...).”

Con relación a la gestión del talento humano en los gobiernos autónomos descentralizados, en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 13569 de 17 de junio de 2013, en atención a la consulta formulada por el Alcalde del Gobierno Autónomo del Cantón Calvas, relacionada con las competencias de dicho Municipio respecto del talento humano del Cuerpo de Bomberos del Cantón, señale que:

“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 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”.

Su consulta se halla enfocada a la normativa de reclutamiento y selección de personal. Al respecto, el artículo 228 de la Constitución de la República, dispone lo siguiente:

“Art. 228.- 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. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora”.

El numeral 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, incluye en su ámbito de aplicación, a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales.

De otra parte, cabe señalar que el artículo 229 de la Constitución de la República determina que son servidores públicos, todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público y que la Ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Añade además el tercer inciso de la misma norma que los obreros del sector público, estarán sujetos al Código de Trabajo.

En similar tenor al texto constitucional antes referido, dispone el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

El artículo 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público, determina los requisitos para el ingreso a dicho servicio y en su antepenúltimo inciso dispone que: “(...) Las instituciones públicas sujetas a esta Ley, garantizarán que los procesos de selección e incorporación al servicio público, promuevan políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria, la interculturalidad y, la presencia paritaria de hombres y mujeres en los cargos de nominación y designación”.

El artículo 63 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone:

“Art. 63.- Del subsistema de selección de personal.- Es el conjunto de normas, políticas, métodos y procedimientos, tendientes a evaluar competitivamente la idoneidad de las y los aspirantes que reúnan los requerimientos establecidos para el puesto a ser ocupado, garantizando la equidad de género, la interculturalidad y la inclusión de las personas con discapacidad y grupos de atención prioritaria”.

Concordantes con lo previsto en el artículo 228 de la Constitución de la República, los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en su orden disponen que, para el ingreso a un puesto público y para llenar puestos vacantes, debe efectuarse un concurso de merecimientos y oposición:

“Art. 65.- Del ingreso a un puesto público.- El ingreso a un puesto público será efectuado mediante concurso de merecimientos y oposición, que evalúe la idoneidad de los interesados y se garantice el libre acceso a los mismos.

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

La calificación en los concursos de méritos y oposición debe hacerse con parámetros objetivos, y en ningún caso, las autoridades nominadoras podrán intervenir de manera directa, subjetiva o hacer uso de mecanismos discrecionales. Este tipo de irregularidades invalidarán los procesos de selección de personal.

Art. 66.- De los puestos vacantes.- Para llenar los puestos vacantes se efectuará un concurso público de merecimientos y oposición, garantizando a las y los aspirantes su participación sin discriminación alguna conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, esta Ley y su Reglamento. Estos concursos deberán ser ejecutados por las respectivas Unidades de Administración del Talento Humano”.

De las disposiciones constitucionales y legales que han quedado citadas se desprende la obligatoriedad de que el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realicen mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, en la especie, la Ley Orgánica del Servicio Público, que en dicha materia rige para las entidades determinadas en el artículo 3 de la indicada Ley Orgánica, entre los que constan los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Para tales

finés, las entidades públicas deben promover políticas de inclusión a grupos de atención prioritaria, interculturalidad y presencia paritaria de hombres y mujeres.

El inciso final del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que trata sobre las competencias del Ministerio de Relaciones Laborales, prevé lo siguiente:

“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 administrativas, orgánicas, 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”.

En armonía con lo anterior, la letra i) del artículo 52 de la misma Ley Orgánica, determina como responsabilidad de las Unidades de Administración del Talento Humano:

“i) Aplicar las normas técnicas emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, sobre selección de personal, capacitación y desarrollo profesional con sustento en el Estatuto, Manual de Procesos de Descripción, Valoración y Clasificación de Puestos Genérico e Institucional”.

Por su parte, el artículo 2 de la Norma Substitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, dispone:

“Art. 2.- Ámbito de aplicación.- Las disposiciones de la presente norma son de aplicación obligatoria en todas las instituciones del Estado determinadas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP.

De conformidad con el último inciso del artículo 51 de la LOSEP será responsabilidad de las UATH, o quien hiciera sus veces, de los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, la administración, entre otros, del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, observando lo determinado en la presente norma”.

“Art. 12.- De las Bases del Concurso.- Una vez realizados los pasos previos, la UATH institucional, o quien hiciera sus veces, ingresará a la plataforma tecnológica del subsistema de reclutamiento y selección de personal administrada por el Ministerio de Relaciones Laborales, en la página web www.socioempleo.gob.ec, que es el único

medio válido para la aplicación y seguimiento de un proceso de reclutamiento y selección en el servicio público, y elaborará las Bases del Concurso utilizando el link "Bases del Concurso de Méritos y Oposición" que requiere la siguiente información:

(...) Las bases del concurso de méritos y oposición deberán ser subidas a la plataforma de la Red Socio Empleo www.socioempleo.gob.ec, con por lo menos cinco (5) días de anticipación a la difusión de la convocatoria, tiempo en el cual el sistema informático generará automáticamente reportes que serán remitidos electrónicamente para conocimiento de los Consejos Nacionales para la Igualdad y demás instituciones creadas para el efecto, quienes, a su vez, serán los responsables de impulsar y promover la participación de grupos de atención prioritaria, para que estos se preparen y postulen a los concursos”.

El artículo 4 de la Norma Substitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, en sus incisos primero y segundo disponen:

“Art. 4.- Del Reclutamiento y Selección de Personal.- Todo proceso de reclutamiento y selección de personal para puestos protegidos por la carrera del servicio público deberán realizarse obligatoriamente a través de concursos de méritos y oposición, utilizando la plataforma tecnológica del subsistema de reclutamiento y selección de personal administrada por el Ministerio de Relaciones Laborales como único medio válido para la aplicación y seguimiento de un proceso de reclutamiento y selección, en la cual se tendrá que ingresar, registrar y gestionar cada etapa del concurso a través de la página web www.socioempleo.gob.ec.

A decisión de la autoridad nominadora, para escoger los ocupantes de los puestos de libre nombramiento y remoción, con contrato de servicios ocasionales o a período fijo podrán realizarse procesos de reclutamiento y selección aplicando la presente norma, pero sin la aplicación de la plataforma tecnológica”.

Del inciso final del artículo 51, 52 letra i) de la Ley Orgánica del Servicio Público y artículo 2 de la Norma Substitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, en atención a su consulta, se concluye que es aplicable a los gobiernos autónomos descentralizados, la normativa del subsistema de reclutamiento y selección de personal, antes indicada.

En consecuencia, por disposición expresa del artículo 4 de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, los gobiernos autónomos descentralizados deberán contar con la plataforma del Ministerio de Relaciones Laborales, denominada Red Socio Empleo www.socioempleo.gob.ec., para el ingreso de personal de servidores municipales, sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Público, puesto que el

artículo 4 de la Norma en mención, expresamente dispone que el indicado cuerpo normativo es aplicable para la selección de personal para puestos protegidos por la carrera del servicio público, lo cual no abarca a los trabajadores, regidos por el Código del Trabajo, por disposición del artículo 229 de la Constitución de la República y 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

OF. PGE. N°: 13935, de 16-07-2013

**REGISTRO MUNICIPAL DE LA PROPIEDAD: RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DEL
PERSONAL
-FUNCIONARIOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN-**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN MONTECRISTI

CONSULTAS:

"¿El personal que pasó a formar parte del Registro Municipal de Propiedad del Cantón Montecristi, debe ser contratado bajo la normativa del Código del Trabajo o de la Ley Orgánica del Servicio Público?"

"¿Una vez puesta en vigencia la Ordenanza del Orgánico Funcional por Procesos del Gobierno Municipal del Cantón Montecristi, es procedente que se haya determinado a los Jefes Departamentales reintegrados como de Libre Nombramiento Remoción?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 229, 237 núm. 3 y 265

Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 3.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 7, 57 y 142.

Ley del Sistema Nacional de Datos Públicos, Arts. 13, 19 y Disposición Transitoria Primera.

Ordenanza para la Organización, Administración y Funcionamiento del Registro de la Propiedad del Cantón Montecristi, Art. 28.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Al oficio de consulta se anexa copia del informe del Procurador Síndico Municipal, que consta en el oficio No. 052-RASC-PS-2011 de 3 de octubre de 2011, que con respecto al tema consultado expresa lo siguiente:

"a).- El único personal en el sector público y principalmente en este Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, que está regido por el Código del Trabajo, es el personal obrero, guardias, servicios varios, etc.

b).- El personal del sector público de este Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, que está regido por la Ley Orgánica del Servicio Público, es el personal administrativo que por sus actividades administrativas está bajo este régimen como son el personal administrativo fijo, servicios ocasionales, servicios profesionales, etc."

Concluye manifestando el informe del Procurador Síndico Municipal que: "Con todo lo expuesto es procedente que la máxima autoridad municipal autorice la contratación del personal que pasó a formar parte de la Municipalidad de Montecristi por mandato de la Ley, según la Disposición Transitoria Primera inciso último de la Ley del Sistema Nacional de Datos Públicos, bajo la modalidad de Servicios Ocasionales, hasta que de igual manera de conformidad con lo indicado en la Constitución ecuatoriana, la máxima autoridad municipal, disponga el inicio del concurso de mérito y oposición en el que puedan participar el mismo personal enunciado para que se desempeñe con la carrera administrativa".

La Constitución de la República, en el Art. 229 dispone que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. En similares términos consta el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

La Ley Orgánica del Servicio Público, en el Art. 3 prescribe que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende: "2.- Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales".

La Constitución de la República, en el Art. 265 prevé que el sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art. 7 dispone que para el pleno ejercicio de sus competencias y de las facultades que de manera concurrente podrán asumir, se reconoce entre otros a los concejos municipales, la capacidad de dictar normas de carácter general, a través de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, aplicables dentro de su circunscripción territorial; el ejercicio de esta facultad se circunscribe al ámbito territorial y a las competencias de cada nivel de gobierno, y observará lo previsto en la Constitución y la Ley.

El Art. 142 del Código Orgánico citado, dispone lo siguiente:

"Art. 142.- Ejercicio de la competencia de registro de la propiedad.- La administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

El sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central, y su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro. Los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales".

De la normativa que antecede se desprende que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo o dignidad dentro del sector público. Así mismo se determina que el sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades; la administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales; el sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central y se reitera que su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro; en tanto que los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales.

La Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, en el inciso primero del Art. 13 dispone que son registros de datos públicos: El Registro Civil, de la Propiedad, Mercantil, Societario, Vehicular, de naves y aeronaves, patentes, de propiedad intelectual y los que en la actualidad o en el futuro determine la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en el marco de lo dispuesto por la Constitución de la República y las leyes vigentes. Agrega que los registros son dependencias públicas, desconcentrados, con autonomía registral y administrativa en los términos de la presente ley, sujetos al control, auditoría y vigilancia de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos en lo relativo al cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de base de datos y de información pública, conforme se determine en el Reglamento que expida la Dirección Nacional.

El Art. 19 incisos primero y segundo de la Ley citada prescribe lo siguiente:

"Art. 19.- Registro de la Propiedad.- De conformidad con la Constitución de la República, el Registro de la Propiedad será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por lo tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se

encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro. La Dirección Nacional dictará las normas que regularán su funcionamiento a nivel nacional.

Los Registros de la Propiedad asumirán las funciones y facultades del Registro Mercantil, en los cantones en los que estos últimos no existan y hasta tanto la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos disponga su creación y funcionamiento".

La Disposición Transitoria Primera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, dispone lo siguiente:

"PRIMERA.- El personal que actualmente trabaja en los registros de la propiedad y mercantil, continuará prestando sus servicios en las dependencias públicas creadas en su lugar, por lo que dicho cambio no conlleva despido intempestivo. En los casos de renuncia voluntaria o despido intempestivo, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles tendrán la obligación de liquidar a sus trabajadoras o trabajadores, con base en su tiempo de servicios y de conformidad con las normas del Código de Trabajo".

Agrega el inciso segundo de la Disposición Transitoria Primera que: "Las funcionarias o funcionarios que se requieran en las funciones registrales bajo competencia de las municipalidades y del gobierno central, respectivamente, estarán sujetos a la ley que regule el servicio público".

De la normativa de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos citada, se desprende que los Registros de Datos Públicos, entre estos el Registro de la Propiedad, son dependencias públicas, desconcentrados, con autonomía registral y administrativa en los términos de dicha Ley, sujetos al control, auditoría y vigilancia de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en lo relativo al cumplimiento de políticas, resoluciones y disposiciones para la interconexión e interoperabilidad de bases de datos y de información pública; siendo administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva, a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos; correspondiendo al Municipio de cada cantón la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro.

Igualmente se determina que la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, ha previsto una continuidad laboral en cuanto al personal que a la fecha de expedición de dicha Ley trabajaba en los registros de la propiedad y mercantil, para que sigan prestando sus servicios en las dependencias públicas creadas en reemplazo de los entes de derecho privado que anteriormente estaban a cargo de dichos Registros, bajo competencia de las municipalidades y del

gobierno central, respectivamente, sin que dicho cambio constituya despido intempestivo (ya que cuando los registros eran dependencias privadas, sus empleados se sujetaban al Código del Trabajo).

La Municipalidad del Cantón Montecristi, en ejercicio de la facultad normativa que le confiere la letra a) del Art. 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, con fecha 9 de junio de 2011, expidió la Ordenanza para la Organización, Administración y Funcionamiento del Registro de la Propiedad del Cantón Montecristi, que en el Art. 28 dispone lo siguiente: "Art. 28.- Personal del Registro de la Propiedad.- El personal de carrera que laborará en el Registro Municipal de la Propiedad, sólo será designado por la máxima autoridad municipal, mediante concurso público de merecimiento, de conformidad con lo determinado en la Constitución y la Ley Orgánica del Servicio Público y por tal sujetos a la ley; así mismo el personal administrativo y de servicio necesario para desempeñar las funciones y labores temporales en el Registro de la Propiedad Municipal, será designado por la máxima autoridad municipal, cuyos contratos serán celebrados bajo las modalidades y normativas establecidas en la Ley Orgánica del Servicio Público y Código del Trabajo, respectivamente".

De lo expuesto se concluye que, respecto del personal que a la fecha de promulgación de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos trabajaba en los registros de la propiedad y mercantil, le corresponde aplicar la Disposición Transitoria Primera de la indicada Ley, por lo cual el personal que anteriormente laboraba en el Registro de la Propiedad de Montecristi (ente privado), pasará a formar parte del Registro Municipal de la Propiedad del Cantón Montecristi, bajo el régimen de la LOSEP o del Código del Trabajo, según el caso.

Para determinar si el personal que pasó a formar parte del Registro Municipal de Propiedad del Cantón Montecristi "debe ser contratado bajo la normativa de la Ley Orgánica del Servicio Público o del Código del Trabajo, deberá tener en cuenta los parámetros y procedimientos dispuestos en el Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010 que contiene los parámetros para la Clasificación de Servidores y Obreros, que reformó el Decreto Ejecutivo No. 1701 de 30 de abril de 2009, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009 que determinó las "Limitaciones a la Contratación Colectiva del Sector Público", así como la "Normativa Técnica que regula el procedimiento para la calificación de obreras y obreros y servidora y servidores del sector público", expedida por la SENRES (actual Ministerio de Relaciones Laborales) mediante Resolución No. 141, publicada en el Registro Oficial NO. 620 de 25 de junio de 2009.

2. El Procurador Síndico de la Municipalidad de Montecristi, en el informe que consta en el oficio No. 054 RASC-PS-2011 de 4 de octubre de 2011 y respecto al tema consultado expresa lo siguiente: "Que los cargos y personas que se detallan han sido reintegrados por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial de Justicia de Portoviejo, por haber sido cesados de sus funciones sin motivación alguna y en vista de ello falló a favor de aquellos, a continuación:

.Sr. Félix Guillermo Chiriboga Robalino, Jefe de Rentas, reintegrado a sus funciones mediante sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de fecha noviembre 28 de 2006, las 10h20; y auto dictado con fecha agosto 18 de 2010, las 17h30, por haberse resuelto el Recurso de Casación a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

.Sr. Gabriel Arturo Anchundia Delgado, Jefe de la Unidad de Gestión Ambiental reintegrado a sus funciones mediante sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de fecha junio 27 de 2006, las 11h00; y, auto dictado con fecha Agosto 25 de 2010, las 09h05, por haberse resuelto el Recurso de Casación a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

.Sr. Carlos Ignacio Alvia Bermúdez, Jefe de Avalúos y Catastros, reintegrado a sus funciones mediante sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de fecha enero 30 de 2007, las 11h00; y, auto dictado con fecha 07 de octubre de 2010, las 09h15, por haberse resuelto el Recurso de Casación a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia.

Sr. Humberto Pompilio Palacios Delgado, Jefe de Servicios Administrativos, reintegrado a sus funciones mediante sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de fecha julio 11 de 2007, las 10h30; y, auto dictado con fecha 27 de Abril de 2010, las 16h34, por haberse resuelto el Recurso de Casación a la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia".

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.

Los Arts. 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, disponen que compete al Procurador General del Estado asesorar y absolver las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los

organismos y entidades del sector público, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones y recursos que se sustancien o deban sustanciarse ante el Tribunal Constitucional. (Actual Corte Constitucional)

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que el asunto consultado fue conocido y resuelto por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 4 y por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en cumplimiento de la normativa jurídica citada, me abstengo de pronunciarme sobre el particular

OF. PGE. N°: 05280, de 01-12-2011

RENUNCIA VOLUNTARIA Y JUBILACIÓN: REQUISITOS, MONTO DE INDEMNIZACIONES Y COMPENSACIÓN ECONÓMICA -SUMARIO ADMINISTRATIVO-

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE JUNÍN

CONSULTA:

"¿A la servidora o servidor público municipal que se acoja a la renuncia voluntaria, después de aceptada, se le debe compensar o indemnizar con el valor de cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio laborado en la misma institución pública (Municipio) contados a partir del quinto año conforme lo determina el Art. 129 de la LOSEP, o tomando en cuenta el total de los años laborados conforme lo determina el segundo inciso del art. 286 del reglamento de la LOSEP?"

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 23, 47, 81, 128, 129 y Disposiciones Generales: Primera y Décima Segunda; y, 108, 285, 286, 287,288, 289 y 290 de su Reglamento General.

Ley de Seguridad Social, Arts. 186 y 188.

M. N°. MRL-2011-00158, R. O. S. N° 467, 10-06-2011, Arts. 3, 4, 7, 8 y 10.

Res. N° C.D. 100, R. O. N° 225 de 9-03-2006, Art. 11.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio de consulta se manifiesta que algunos servidores públicos han presentado peticiones a la municipalidad para acogerse a la renuncia voluntaria y las consiguientes compensaciones e indemnizaciones laborales dispuestas por la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento de Aplicación.

En el informe jurídico institucional, constante en oficio s/n de 25 de mayo de 2011, el Procurador Síndico del Municipio de Junín, manifiesta que: "Existen peticiones de algunos servidores y servidoras públicas de la municipalidad para acogerse a la renuncia voluntaria, retiro voluntario, jubilaciones, supresión de puestos y las consiguientes compensaciones e indemnizaciones laborales dispuestas por la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento de Aplicación".

En el citado informe, con fundamento en los artículos: 23, 81, 128, 129, y Disposiciones Generales Primera y Décima Segunda de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP; y, 285, 286, 287, 288, 289 y 290 de su Reglamento de Aplicación, el Procurador Síndico del Municipio de Junín, concluye manifestando lo siguiente: "De las normas legales y reglamentarias transcritas se desprende que entre los derechos de los servidores públicos consta el de recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, por retiro voluntario para acogerse a la jubilación; y, por retiro obligatorio para acogerse a la jubilación".

En el informe jurídico citado, se concluye que: "para la liquidación de las indemnizaciones contempladas en la LOSEP por supresión de puestos o partidas, por retiro voluntario para acogerse a la jubilación; y, por retiro obligatorio para acogerse a la jubilación se deberá considerar todos los años laborados en el sector público; y, para la liquidación de la compensación por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada se considerará únicamente los años laborados en la institución que lo indemniza, en ambos casos se contarán a partir del inicio del quinto año de servicios prestados".

Su consulta se refiere a la procedencia de pagar a los servidores del Municipio del Cantón Junín la compensación económica por renuncia voluntaria, la misma que puede ser para acogerse a la jubilación o no, por lo que se analizarán ambos casos.

PRIMER CASO:

Compensación económica por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada.

La compensación económica por renuncia voluntaria, ha sido prevista en la Disposición General Décima Segunda de la citada LOSEP, que dispone:

"DECIMA SEGUNDA.- Las servidoras y servidores que cesen en funciones por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, a partir del quinto año de servicio prestado en la misma institución, percibirán a más de la liquidación de haberes, una compensación económica, de acuerdo a las regulaciones y los montos que para el

efecto expida el Ministerio de Relaciones Laborales, previo al cumplimiento de lo dispuesto en el literal c) del artículo 132 de esta Ley. Las servidoras y servidores que se retiren en cumplimiento de lo previsto en la disposición general primera, percibirán una sola compensación que será la correspondiente a la de mayor valor, entre las previstas en esta disposición y la establecida en el artículo 129 de esta ley y que se podrá pagar con bonos del Estado.

Las servidoras o servidores en contra de los cuales se encuentre sustanciándose un sumario administrativo y que presentaren su renuncia, no podrán acogerse a esta compensación, salvo que fuere exento de responsabilidad al concluir el trámite del mismo".

Por su parte, en el Capítulo VI del Reglamento a la LOSEP, referido a la Cesación de Funciones, el Art. 108 dispone: "Cesación de funciones por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización; y cesación por retiro por jubilación.- La UATH establecerá los planes de retiro voluntario y de jubilación, dentro de la planificación del talento humano, para el año en curso y el siguiente año del ejercicio fiscal, la que deberá contar con la correspondiente disponibilidad presupuestaria.

La o el servidor que desee acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización, o cesación por jubilación, deberá presentar por escrito su voluntad de acogerse a los mismos".

El Art. 286 del citado Reglamento, con respecto a la compensación por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, establece:

"Art. 286.- De la compensación por renuncia voluntaria.- La compensación por renuncia voluntaria opera de conformidad con el plan que al efecto establezca cada institución. Una vez que fuere legalmente presentada y aceptada, de conformidad con la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP, se hará efectiva a partir del inicio del quinto año de servicios prestados en la misma institución bajo cualquier modalidad de nombramiento, y hasta el año en el cual sea presentada y aprobada la renuncia.

El valor de la compensación se establecerá, tomando en cuenta el total de los años laborados por la o el servidor, y el monto establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales, previo dictamen favorable del Ministerio de Finanzas, hasta un máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados en total. Este valor será pagadero en efectivo, de conformidad con la disponibilidad presupuestaria.

En todos los casos se observará si la o el servidor se encuentra en la edad y requisitos establecidos para la jubilación, caso en el cual, se acogerá únicamente a la

compensación económica por jubilación voluntaria o por jubilación obligatoria establecida en la LOSEP, según sea la de mayor valor.

En caso de que la partida sea suprimida, o se compre su renuncia, únicamente se pagará la compensación o la indemnización de mayor valor.

Las o los servidores en contra de los cuales se encuentre sustanciándose un sumario administrativo y que presentaren su renuncia, no podrán acogerse a ésta compensación, salvo que fuere exento de responsabilidad al concluir el trámite del mismo".

En lo que respecta a la segunda parte de su consulta, para el cálculo de la compensación por renuncia voluntaria, de la lectura del segundo inciso del artículo 286 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, que he citado, al referirse a "el total de los años laborados por la o el servidor", en el contexto del primer inciso del mismo, se colige que la compensación se establece en base de la totalidad del tiempo que ha trabajado el servidor en la misma institución del sector público y sobre dicha base, a partir del quinto año se calcula un valor de cinco salarios básicos unificados por cada año de servicio, hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, conforme lo prevé el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

En aplicación de la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP, el Ministerio de Relaciones Laborales, mediante Acuerdo No. MRL-2011-00158, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, expidió "Las Regulaciones y Montos que percibirán los servidores públicos como compensación económica por renuncia voluntaria legalmente aceptada y presentada", que en su Art. 3 establece:

"Art. 3.- De la compensación por renuncia voluntaria.- Esta compensación económica constituye el reconocimiento monetario al que tienen derecho las y los servidores públicos, para ser percibido por una sola vez, al ser aceptada su renuncia voluntaria legalmente presentada. Se calculará a partir del inicio del quinto año de servicios dentro de una misma institución, de conformidad con lo determinado por la LOSEP, su Reglamento General y el presente acuerdo.

El reconocimiento de esta compensación económica no será aplicable para los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, y Bomberos, que se regulan por el artículo 115 de la LOSEP; y, las y los obreros públicos, regulados por el Código del Trabajo".

El Art. 4 del citado Acuerdo Ministerial relacionado con el plan institucional, establece que las instituciones del Estado, a fin de viabilizar la desvinculación de los servidores públicos por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, "para acogerse a la compensación económica regulada por este acuerdo, deberán elaborar un plan anual, el cual será sometido a la aprobación de la autoridad nominadora, y para el caso de la Función Ejecutiva, a las definiciones del Comité de Gestión Pública Interinstitucional".

El Art. 7 del indicado Acuerdo Ministerial referido a las renunciaciones no planificadas, dispone que en los casos de los servidores públicos que no solicitaron su inclusión en el plan institucional anual de renuncia voluntaria o no fueron considerados en el plan institucional, pero debido a circunstancias personales, deben formalizar sus renunciaciones, "estas podrán ser aceptadas por la autoridad nominadora; sin embargo, el monto que percibirán en calidad de compensación por renuncia voluntaria, no planificada, será el equivalente al 10% del valor calculado conforme lo señalado en el artículo 10 de este acuerdo, debiendo para el efecto cumplir los requisitos determinados en los literales b), c), d), e) y f) del artículo 8 de este acuerdo".

El Art. 8 del mencionado Acuerdo Ministerial determina los requisitos para acceder a la compensación por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada.

Respecto al cálculo de la compensación por renuncia voluntaria, el Art. 10 del referido Acuerdo Ministerial, dispone que el valor por dicha renuncia voluntaria "será equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año cumplido de servicios prestados en la misma institución, contados a partir del inicio del quinto año de servicio. Sobre la fracción de año se calculará el valor proporcional". Agrega que, el valor máximo que podrán recibir los servidores públicos por concepto de compensación por renuncia voluntaria será de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en general, en total y el servidor que perciba dicha compensación, no podrá recibir otro beneficio adicional con ocasión de la cesación definitiva en sus funciones.

Por lo tanto, en virtud de lo dispuesto en la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP, el artículo 286 de su Reglamento de aplicación, y los artículos 4, 8 y 10 del Acuerdo No. 158 del Ministerio de Relaciones Laborales, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, en caso de que las renunciaciones voluntarias de los servidores para acogerse a la compensación de la Municipalidad de Junín se encuentren incluidas dentro del plan anual institucional, y aprobado por la autoridad nominadora, el valor de la compensación por renuncia voluntaria será equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año cumplido de servicios prestados en la misma institución, contados a partir del quinto año de servicio y hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en general en total y en caso de fracción de año, se calculará por su valor proporcional.

Por otra parte, en atención a lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Acuerdo Ministerial No. 158 antes referido, en caso de que los servidores de la Municipalidad que renuncien voluntariamente, no hayan solicitado su inclusión en el plan institucional anual de renuncia voluntaria o no sean consideradas en el plan institucional, pero que por circunstancias personales formalicen sus renunciaciones, el monto de la compensación será el equivalente al 10% del valor calculado conforme lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo Ministerial No. 158 antes referido.

SEGUNDO CASO:

Compensación económica por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación.

El artículo 184 de la Ley de Seguridad Social, clasifica a la jubilación, según la contingencia que la determine en: a. Jubilación ordinaria de vejez; b. Jubilación por invalidez; y, c. Jubilación por edad avanzada.

Con respecto a la jubilación ordinaria por vejez, el artículo 185 de la Ley de Seguridad Social, establece los requisitos que se deben acreditar para acceder a dicha prestación, que son los siguientes: que el afiliado haya cumplido 60 años de edad, un mínimo de 360 impositivos mensuales; o, un mínimo de 480 impositivos mensuales sin límite de edad.

Los requisitos para acceder a la jubilación por invalidez constan en el artículo 186 ibídem; y, el artículo 188 de la misma Ley de Seguridad Social, establece como requisitos para acreditar derecho a la jubilación por edad avanzada, los siguientes: que el asegurado hubiera cumplido 70 años de edad y un mínimo de 120 impositivos mensuales; o, que hubiere cumplido 65 años de edad, registre un mínimo de 180 impositivos mensuales y demuestre que ha permanecido cesante durante 120 días consecutivos, por lo menos, a la fecha de presentación de la solicitud de jubilación.

El Consejo Directivo del IESS, mediante Resolución No. C.D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006, expidió el "Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte" y en su artículo 11, que no obstante las posteriores reformas del Reglamento en mención, se ha mantenido inalterado, dispone:

"Art. 11.- El afiliado al IESS del Régimen de Transición tendrá derecho a la jubilación por vejez cuando cumpla una de las siguientes condiciones:

Sesenta (60) o más años de edad y acreditare por lo menos trescientas sesenta (360) impositivos mensuales;

Sesenta y cinco (65) o más años de edad, siempre que registre un mínimo de ciento ochenta (180) impositores mensuales;
Setenta (70) o más años de edad, siempre que registre un mínimo de ciento veinte (120) impositores mensuales;
Con cualquier edad y acreditare cuatrocientos ochenta (480) impositores mensuales o más".

De las disposiciones de la legislación de seguridad social que he citado, se concluye que los afiliados que cumplen los requisitos anteriormente señalados, pueden acceder a la correspondiente clase de jubilación, según la contingencia que determine esa prestación.

El artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República, consagra el principio de igualdad de las personas; mientras que, el artículo 229 ibidem define quienes son servidores públicos.

Por su parte, la Ley Orgánica del Servicio Público, en su artículo 23, reconoce como derechos irrenunciables de los servidores públicos, entre otros:

"c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley;... e) Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a jubilación, por el monto fijado en esta Ley".

El artículo 47 de la Ley Orgánica del Servicio Público, incluye entre las causas de cesación definitiva de los servidores públicos, las siguientes:

"i) Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización; j) Por acogerse al retiro por jubilación".

El artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, trata de la Estabilidad de los Servidores, forma parte del CAPITULO 1 GENERALIDADES, correspondiente al TÍTULO VI DE LA CARRERA DEL SERVICIO PÚBLICO y prevé lo siguiente:

"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. 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.

Se prohíbe que los puestos de libre nombramiento y remoción, sean clasificados en forma descendente a un puesto protegido por la carrera del servicio público.

Las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta ley, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público, independientemente del grado en el cual se encuentren ubicados, sin que puedan ascender.

A las servidoras y servidores que, a partir de dicha edad, cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación y requieran retirarse voluntariamente del servicio público, se les podrá aceptar su petición y se les reconocerá un estímulo y compensación económica, de conformidad con lo determinado en la Disposición General Primera.

Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto. Percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera".

Como se observa del artículo 81 previamente citado, si bien esta disposición nos lleva a aplicar la Disposición General Primera y el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, su objeto es determinar cómo edad límite para ascender en la carrera del servicio público, la de sesenta y cinco años, por lo que a partir de dicha edad, el servidor público ha llegado al tope de su carrera, y si cumple los requisitos de la seguridad social, puede decidir acogerse a la jubilación de manera voluntaria y acceder al estímulo correspondiente; en tanto que, el retiro "obligatorio" del servicio público se establece a los "setenta años de edad" del servidor público, siempre que cumpla "los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación", teniendo derecho a percibir dicha compensación.

La Disposición General Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público, a la que se remite el artículo 81, prevé que:

"El monto de la indemnización, por supresión de partidas del personal de las instituciones, entidades y organismos determinados en el artículo 3 de esta ley, será igual al indicado en el artículo 129 de esta ley".

Por su parte, el artículo 128 de la indicada Ley, que forma parte del mismo título y capítulo que he referido en el párrafo precedente, prevé:

"Art. 128.- De la jubilación.- Las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el Artículo 3 de esta Ley, podrán acogerse a la jubilación definitiva cuando hayan cumplido los requisitos de jubilación que establezcan las Leyes de Seguridad Social".

Como se aprecia del artículo transcrito, en cuanto al derecho de los servidores públicos de acogerse a la jubilación, se remite al cumplimiento de las leyes de seguridad social.

Finalmente, el tenor del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público es el siguiente:

"Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

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".

Por lo expuesto, partiendo de la premisa que el Derecho debe ser un todo armónico, coherente entre los distintos cuerpos normativos y más aún entre las disposiciones de un mismo cuerpo legal, como lo es la Ley Orgánica del Servicio Público, al analizar los derechos de los servidores sujetos a la indicada Ley Orgánica y las normas de los artículos 81 y 129 de la Ley Orgánica en mención, sin soslayar el principio de igualdad ante la Ley, se evidencia que dichos artículos se refieren a temas distintos aunque relacionados.

Es decir, siempre que se aplique el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, hay que remitirse a la Disposición General Primera y al artículo 129 *ibídem*, pero para aplicar el artículo 129 no es necesario remitirse al artículo 81, citado en líneas anteriores.

El artículo 81 regula los ejes principales de la carrera del servicio público, entre los que constan el límite de edad para ascender dentro de dicha carrera y el límite de edad para el retiro voluntario u obligatorio del servicio público; mientras que, el artículo 129 es el que verdaderamente establece el beneficio de jubilación, norma que siendo aplicable directamente y sin necesidad de remitirse al artículo 81, ni a los límites de edad que éste impone, no prevé el cumplimiento de un límite mínimo de edad, sino por el contrario, de manera general dispone que: "Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho."; es decir, que el requisito o premisa fundamental es que los servidores se retiren para acogerse a la jubilación (acatando al efecto las normas de la seguridad social), lo que genera el derecho al beneficio económico determinado en el mismo artículo 129.

Del análisis jurídico realizado se desprende que el requisito dispuesto en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, para que proceda el reconocimiento del beneficio por jubilación, es que el servidor se acoja a la jubilación, para lo cual debe cumplir con los requisitos y presupuestos que disponen la Ley de Seguridad Social y el "Reglamento del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte" (inicialmente expedido mediante Resolución del Consejo Superior del IESS No. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006).

En el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011, se publicó el Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, que en el primer inciso del Art. 285 dispone lo siguiente:

"Las UATH, dentro de la planificación anual del talento humano, determinarán el número de servidoras y servidores que podrán acogerse durante el siguiente ejercicio fiscal, a las indemnizaciones o compensaciones contempladas en la LOSEP, a fin de contar con la respectiva disponibilidad presupuestaria para el efecto. Esta planificación deberá contar previamente con el dictamen presupuestario favorable del Ministerio de Finanzas respecto de la administración pública central e institucional, en concordancia con lo establecido en el artículo 56 de la LOSEP".

Del artículo citado se desprende que, la compensación económica por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, procede previa planificación de cada institución pública. Al efecto, deberá contar previamente con la certificación dispuesta en los artículos 115 y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Con respecto a la compensación por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, el Art. 288 del Reglamento a la LOSEP, sustituido por el Art. 17 del Decreto Ejecutivo No.

813, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 489 de 12 de julio de 2011, que contiene varias reformas al Reglamento de la LOSEP, establece:

"Art. 288.- De la compensación por jubilación y retiro no obligatorio.- La o el servidor público que cumpla con los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social para la jubilación, podrá presentar voluntariamente su solicitud de retiro de servicio público, solicitud que podrá ser aceptada por la institución de conformidad con el plan aprobado por aquella y se reconocerá al solicitante un estímulo y compensación económica, de conformidad a la Disposición General Primera de la LOSEP, en concordancia con los artículos 128 y 129 de la misma ley. Dicha solicitud será aceptada por la institución previa la verificación de la disponibilidad presupuestaria.

Para proceder al pago de la compensación económica por jubilación y retiro voluntario, se establece que en caso de que la o el servidor público tenga menos de 70 años, la compensación económica podrá ser cancelada el 50% en bonos del Estado y el 50% restante en efectivo, si no existiere disponibilidad presupuestaria suficiente, caso contrario se pagará el 100% en efectivo.

La o el servidor público que acredite la jubilación por invalidez reconocida de conformidad con las leyes de seguridad social, podrá presentar su solicitud y será cancelada durante el ejercicio económico en que fuere calificada dicha invalidez por la respectiva institución de seguridad social. Para proceder al pago de la compensación económica se aplicará lo establecido en el segundo inciso del presente artículo".

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 81 de la LOSEP y 288 de su Reglamento General que han sido citados, se concluye que el monto de la compensación económica por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación será equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, conforme a lo dispuesto en el artículo 129 de la LOSEP antes referido.

Con relación al beneficio por jubilación de los servidores públicos, me pronuncié mediante oficios Nos. 00889 y 02119 de 15 de marzo y 6 de junio de 2011.

TERCER CASO:

Compensación económica por retiro obligatorio para acogerse a la jubilación.

Como ha sido analizado en el tercer caso planteado, referido a la compensación económica por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, el artículo 81 de la Ley del

Servicio Público regula los ejes principales de la carrera del servicio público, entre los que constan el límite de edad para ascender dentro de dicha carrera y el límite de edad para el retiro voluntario u obligatorio del servicio público; en tanto que el artículo 129 establece el beneficio económico de los servidores que se retiren para acogerse a la jubilación de manera voluntaria u obligatoria, cumpliendo para el efecto con las normas para la jubilación previstas en la Ley de Seguridad Social y en el "Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte" expedido por el Consejo Directivo del IESS mediante Resolución No. C.D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006.

Con respecto a la compensación por retiro obligatorio para acogerse a la jubilación, los tres primeros incisos del Art. 289 del Reglamento a la LOSEP, disponen: "Art. 289.- De la compensación por jubilación y retiro obligatorio.- De acuerdo al inciso sexto del artículo 81 de la LOSEP, las y los servidores públicos que lleguen a los 70 años de edad y cumplan con los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social para la jubilación, obligatoriamente deberán retirarse del servicio público, percibiendo una compensación como incentivo económico por jubilación, previa la verificación de la disponibilidad presupuestaria.

Las y los servidores que se encontraren en las condiciones determinadas en este artículo recibirán de las respectivas UATH una notificación en la que se les indicará que en el plazo de treinta días y contando con la disponibilidad presupuestaria suficiente en la institución, cesarán en sus funciones y serán beneficiarios de un estímulo y compensación económica según la Disposición General Primera de la LOSEP, en concordancia con el artículo 129 de la misma ley.

Cuando las y los servidores, se acogieren a dichos planes, los valores a reconocerse de conformidad con el artículo 129 de la LOSEP, serán establecidos considerando 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".

Del artículo citado se observa que el retiro "obligatorio" del servicio público se establece a los "setenta años de edad" del servidor, siempre que cumpla "los requisitos establecidos en la leyes de la seguridad social para la jubilación", teniendo derecho a percibir dicha compensación. Es decir que el servidor público accede inmediatamente a la jubilación obligatoria luego de haber cumplido los setenta años de edad.

Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 81 de la LOSEP y 289 de su Reglamento, que han sido citados, se concluye que el monto de la compensación económica por renuncia obligatoria para acogerse a la jubilación, será equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año de servicio en el sector público,

contados a partir del quinto año y hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, conforme a lo dispuesto en el artículo 129 de la LOSEP antes referido.

OF. PGE. N°: 04238, de 13-10-2011

RESIDENCIA TEMPORAL EN GALAPAGOS: CÁLCULO DE VIÁTICOS

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO DE GOBIERNO DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE GALÁPAGOS

CONSULTAS:

1.- “En base a la normativa vigente contemplada en el Art. 28 de la Ley Orgánica del Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la provincia de Galápagos (LOREG) y Art. 16 del Reglamento Especial para la Calificación y Control de la Residencia, esta institución ha vinculado a servidores que no tienen su residencia personal o familiar en la provincia de Galápagos, y considerando lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 229, las personas adquieren la categoría de servidor público a partir de su nombramiento o contrato que los acredita como tal para ejercer sus funciones en el Consejo de Gobierno del Régimen Especial de Galápagos, ¿Es aplicable el artículo 124 de la LOSEP a los servidores del Consejo de Gobierno de Galápagos que están vinculados mediante contratos o nombramientos comprendidos en la escala de remuneración de veinte grados, quienes para el ejercicio de sus funciones debieron trasladar su residencia personal o familiar a la Provincia de Galápagos?”.

2.- “Para todos los casos en los que procede el pago del viático por gastos de residencia, a estos servidores públicos, el valor que deberá recibir la o el servidor público comprendido en uno de los grados, ya sea, de la escala del nivel jerárquico superior o de la escala de remuneración mensual unificada de veinte grados, ¿se calculará el pago establecido en la ‘Norma Técnica que regula las excepciones para el pago de viatico por gasto de residencia para las personas que tengan su domicilio fuera del país y de la provincia’ sobre la base de las dos remuneraciones básicas unificadas al amparo de lo dispuesto en el Art. 98 de la LOSEP o sobre la remuneración mensual unificada del continente tal como lo establece la Disposición General Novena de la misma Ley?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 229 inciso primero, 237 núm. 3, 242, 254 inciso cuarto y 258.

Mandato Constituyente No. 2, Art. 5.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.

Ley Orgánica del Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la provincia de Galápagos (LOREG), Arts. 27 y 28.

Reglamento Especial para la Calificación y Control de la Residencia, Art. 16.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 4, 16, 94, 96 lit. h), 98, 124, Disposición General Novena; y, 273, 274 inciso segundo y 275 de su Reglamento General.

Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para los funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado, Art. 5 lit. a).

Código de Trabajo, Art. 113.

PRONUNCIAMIENTO:

Me refiero a su oficio No. CGREG-P-2014-0395-OF de 22 de julio de 2014, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 25 de julio de 2014 y al alcance contenido en el oficio No. CGREG-P-2014-0436-OF de 15 de agosto de 2014, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 18 de agosto del mismo año, mediante los cuales formula dos consultas relacionadas con el pago de viáticos por gastos de residencia.

En cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, este Organismo mediante oficio No. 18284 de 4 de agosto de 2014, le solicitó reformular los términos de la primera consulta efectuada en el oficio CGREG-P-2014-0395-OF de 22 de julio de 2014, hacia la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, lo cual fue atendido por la Entidad a su cargo mediante oficio No. CGREG-P-2014-0436-OF de 15 de agosto de 2014.

Adicionalmente y a fin de contar con mayores elementos de análisis, con oficio No. 18285 de 4 de agosto de 2014 e insistencia constante en el oficio No. 18503 de 22 de agosto de 2014, la Procuraduría General del Estado requirió el criterio institucional del Ministerio de Relaciones Laborales, sin que hasta la presente fecha la indicada Cartera de Estado haya atendido dicha solicitud.

En su oficio inicial de consulta, señala como antecedentes los siguientes:

“El Consejo de Gobierno del Régimen Especial de Galápagos acorde a los preceptos contenidos en el Art. 28 de la Ley Orgánica del Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la provincia de Galápagos (LOREG) y Art. 16 del Reglamento Especial para la Calificación y Control de la Residencia y a las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), realiza la búsqueda de profesionales residentes permanentes en Galápagos sin que se logre, en todos los

casos, las contrataciones por la falta del cumplimiento de perfiles requeridos. Es así que se ha vinculado, bajo las modalidades de servicios ocasionales y de libre nombramiento y remoción, servidores que no tienen su residencia en esta provincia y han debido trasladarla a Galápagos, lugar donde se desarrollan las actividades principales de la institución como matriz”.

El informe jurídico de la entidad consultante, consta en el memorando No. CGREG-DAJ-2014-0382-MEMO de 15 de agosto de 2014, en el que se citan los artículos 229 de la Constitución de la República y 124 de la Ley Orgánica de Servicio Público y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Acogiendo las consideraciones constitucionales y legales enunciadas las personas obtienen la calidad de servidores públicos a partir de su designación, sea esto, a través de nombramiento o contrato que les acredita para el ejercicio de sus funciones. En virtud de la consulta realizada, es procedente que la Dirección Financiera realice el pago del viático por gastos de residencia a los servidores vinculados por el CGREG para el ejercicio del servicio público”.

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

PRIMERA CONSULTA.-

El inciso segundo del artículo 242 de la Constitución de la República, prevé que “Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales”.

El artículo 258 *Ibidem* en cuanto al régimen especial de la provincia de Galápagos, dispone lo siguiente:

“Art. 258.- La provincia de Galápagos tendrá un gobierno de régimen especial. Su planificación y desarrollo se organizará en función de un estricto apego a los principios de conservación del patrimonio natural del Estado y del buen vivir, de conformidad con lo que la ley determine.

Su administración estará a cargo de un Consejo de Gobierno presidido por el representante de la Presidencia de la República e integrado por las alcaldesas y alcaldes de los municipios de la provincia de Galápagos, representante de las juntas parroquiales y los representantes de los organismos que determine la ley.

Dicho Consejo de Gobierno tendrá a su cargo la planificación, manejo de los recursos y organización de las actividades que se realicen en la provincia. La ley definirá el organismo que actuará en calidad de secretaría técnica.

Para la protección del distrito especial de Galápagos se limitarán los derechos de migración interna, trabajo o cualquier otra actividad pública o privada que pueda afectar al ambiente. En materia de ordenamiento territorial, el Consejo de Gobierno dictará las políticas en coordinación con los municipios y juntas parroquiales, quienes las ejecutarán. Las personas residentes permanentes afectadas por la limitación de los derechos tendrán acceso preferente a los recursos naturales y a las actividades ambientalmente sustentables”.

De las disposiciones antes transcritas, se evidencia que la Provincia de Galápagos está sujeta a un régimen especial, para lo cual se establece un Consejo de Gobierno responsable de la planificación, manejo de recursos y organización de actividades en la Provincia. Adicionalmente, el inciso cuarto del artículo 258 de la Constitución de la República determina que para la protección del distrito especial de Galápagos, se limitarán los derechos de migración interna, trabajo o cualquier otra actividad pública o privada que pueda afectar al ambiente. Concordante con lo antes señalado, el artículo 27 de la Ley Orgánica de Régimen Especial para la Provincia de Galápagos establece quienes tienen calidad de residentes temporales; entre otros, las personas que realicen funciones públicas por el tiempo que duren sus funciones y quienes realicen actividades laborales en relación de dependencia por un tiempo de hasta un año, prorrogable por lapsos iguales. Además el inciso final del artículo 28 de la indicada Ley Orgánica dispone:

“Art. 28.- ACTIVIDADES DE LOS RESIDENTES

(...) Para la ejecución de obras y servicios privados o públicos en la provincia de Galápagos, se utilizará mano de obra y profesionales locales; en los casos en que esta no bastare tanto en el sector público, como en el privado, se empleará a profesionales o trabajadores no residentes, previo informe favorable del INGALA. Se podrán llenar vacantes pero a título temporal y con contratos según el tiempo, categorización y requisitos, establecidos para el empleador o patrono, en el Reglamento”. En el contexto anterior, el inciso primero artículo 16 del Reglamento Especial para la Calificación y Control de la Residencia en la Provincia de Galápagos, dispone:

“Art. 16.- Concurso.- Es obligación de quien desee contratar persona en relación de dependencia, conforme lo dispone el numeral 2 del Artículo 27 de la Ley Orgánica para la Conservación y Desarrollo de la Provincia de Galápagos (LOREG), demostrar que no existe en la provincia de Galápagos persona alguna que reúna los mismos requisitos para el desempeño de la actividad que cumplirá el contratado para quien solicita la residencia temporal (...).” Según refiere en su oficio de consulta, el Consejo de Gobierno de Galápagos “(...) ha vinculado, bajo las modalidades de servicios ocasionales y de libre nombramiento y remoción, servidores que no tienen su

residencia en esta provincia y han debido trasladarla a Galápagos, lugar donde se desarrollan las actividades principales de la institución como matriz”.

El inciso primero del artículo 229 de la Constitución de la República, referido en su consulta dispone que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, lo cual es también recogido por el artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público.

La compensación por residencia fue inicialmente creada por el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2, como un viático en beneficio del servidor que tenga su domicilio habitual fuera de la ciudad en la que preste sus servicios y por tal motivo deba trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad.

El artículo 124 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) establece el viático por gastos de residencia, en los siguientes términos:

“Art. 124.- Viático por gastos de residencia.- Las servidoras y servidores que tuvieren su domicilio habitual, fuera de la ciudad en la cual presten sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia a otra ciudad de otra provincia, salvo los casos que fundamentadamente apruebe el Ministerio de Relaciones Laborales, para cubrir los gastos de vivienda, tendrán derecho a un viático que no podrá superar los tres salarios básicos unificados por mes para los trabajadores en general del sector privado, de conformidad con la norma técnica que para el efecto expida este Ministerio”.

En concordancia, el artículo 273 del Reglamento a la LOSEP, prevé que el viático para gastos de residencia es el estipendio monetario o valor mensual al que tienen derecho las y los servidores de las instituciones establecidas en los artículos 3 y 94 de la LOSEP, por concepto del traslado de su residencia a otra ciudad de otra provincia en la cual debe prestar sus servicios, con el propósito de cubrir los gastos de vivienda. El inciso final de la misma norma reglamentaria, confiere al Ministerio de Relaciones Laborales, competencia para emitir la norma técnica para establecer los casos de excepción. El primer inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP, dispone que “Las y los servidores públicos que ocupan puestos establecidos en la Escala del Nivel Jerárquico Superior y las escalas de remuneraciones establecidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia personal o familiar a una ciudad de otra provincia o en los casos de excepción establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, percibirán durante el desempeño de sus funciones un viático por residencia mensual de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado, pago que estará sujeto a las

disponibilidades presupuestarias institucionales, de acuerdo a la tabla que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales, contando con el dictamen previo del Ministerio de Finanzas”.

El segundo inciso del artículo 274 del citado Reglamento, exceptuaba del derecho al pago del viático por residencia, al servidor que obtuvo su nombramiento provisional como ganador de un concurso de méritos y oposición o aquel que una vez concluido el periodo de prueba obtuvo nombramiento permanente, en una ciudad distinta a la de su domicilio habitual. Como se verá más adelante, dicho inciso fue derogado.

Por su parte, de acuerdo con el primer inciso del artículo 275 del Reglamento a la LOSEP, como requisito para el pago prevé que: “La o el servidor público solicitante del viático por residencia deberá acreditar mediante la declaración juramentada ante Notario requerida para el ingreso al servicio público, que ha trasladado su residencia personal y/o familiar, y adjuntar los requisitos adicionales, de lo cual le corresponderá hacer el seguimiento y verificación posterior a la UATH”. La forma de cálculo de la compensación por residencia, inicialmente se reguló por la Resolución 147 de la ex SENRES, según se analizó en pronunciamiento contenido en oficio No. 07767 de 14 de mayo de 2012. Dicha Resolución contiene el “Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para los funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado”, cuyo artículo 5 letra a) prevé:

“a) Del pago de compensación por residencia a funcionarios y servidores.- Los funcionarios y servidores públicos que ocupan puestos establecidos en la Escala del Nivel Jerárquico Superior y Escala de 14 Grados, que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio personal o familiar junto con el servidor a otra ciudad, percibirán, durante el desempeño de sus funciones una compensación por residencia mensual de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado, pago que estará sujeto a las disponibilidades presupuestarias institucionales (...)”.

Sobre dicha base normativa, en el pronunciamiento de la referencia, manifesté:

“En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con el primer inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la letra a) del artículo 5 de la Resolución 147 de la extinguida SENRES, un servidor público que ingresó al grado 2 del nivel jerárquico superior, esto es a un puesto de libre nombramiento y remoción y que para desempeñar el puesto hubiere debido trasladar su residencia a un lugar distinto de aquel en que tiene su domicilio habitual, tiene derecho al viático por gastos de residencia. La excepción a dicho beneficio, establecida por el segundo inciso

del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la Disposición General Cuarta de la Resolución 147 está referida exclusivamente a los servidores designados mediante nombramiento provisional o permanente luego de concurso de méritos y oposición, y que al posesionarse aceptaron los requerimiento del puesto, incluido el lugar de trabajo”.

Con posterioridad a dicho pronunciamiento, mediante Decreto Ejecutivo No. 1305, publicado en el Suplemento de Registro Oficial No. 807 de 10 de octubre de 2012, se derogó el segundo inciso del artículo 274 del Reglamento de la LOSEP que exceptuaba de pago del viático por residencia al servidor que al concluir el periodo de prueba, obtiene su nombramiento permanente en una ciudad distinta a la de su domicilio habitual, por lo que dicha excepción actualmente ya no es aplicable. Los servidores públicos pueden percibir el viático por gastos de residencia, si cumplen los presupuestos establecidos en los artículos 124 de la LOSEP, 273, 274 y 275 de su Reglamento, esto es si mediante declaración juramentada acreditan que para el ingreso al servicio público han trasladado su residencia personal y/o familiar a otra ciudad de otra provincia en la cual debe prestar sus servicios. El artículo 4 de la LOSEP, prevé que: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.

El artículo 124 de la LOSEP que establece el viático por gastos de residencia, se refiere en forma general a servidores públicos (que se encuentren en las circunstancias que esa norma prevé), sin hacer ninguna distinción respecto de la forma de designación (nombramiento o contrato), grado o jerarquía del servidor. En atención a los términos de su consulta se concluye que, las personas que cumpliendo los requisitos específicos han sido designados como servidores públicos en los términos del artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público y que para el ejercicio del respectivo cargo deban trasladar su residencia temporal a una provincia distinta de aquella en la que tienen su domicilio y residencia personal o familiar, pueden percibir el viático por gastos de residencia que establece el artículo 124 de esa Ley.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas jurídicas. Es de exclusiva responsabilidad de los personeros de la respectiva entidad, la aplicación de las normas a los casos concretos, previa verificación del cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la ley.

SEGUNDA CONSULTA.-

El artículo 98 de la Ley Orgánica de Servicio Público, que menciona en su consulta, regula la décimo cuarta remuneración que es la bonificación adicional anual equivalente a una remuneración básica unificada vigente a la fecha de pago que se

cancela “hasta el 15 de abril de cada año en las regiones de la costa e insular y hasta el 15 de agosto en las regiones de la Sierra y Amazonía”, de conformidad con el artículo 113 del Código de Trabajo. Para el caso de las servidoras y servidores públicos del Régimen Especial de Galápagos, se pagará dos remuneraciones básicas unificadas. Como se observa de la norma antes referida, la misma no es aplicable al viático por gastos de residencia.

La Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Servicio Público, prevé:

“NOVENA.- Se establece que las remuneraciones mensuales unificadas de las servidoras y servidores de las instituciones señaladas en el artículo 3 de esta Ley, mientras trabajen en las instituciones públicas de la provincia de régimen especial de Galápagos, percibirán la remuneración mensual unificada establecida en los grados de valoración de las escalas de remuneraciones vigentes para el Ecuador Continental, emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, multiplicado por dos”. Según la Disposición transcrita, ésta se aplica a la remuneración mensual unificada de los servidores que prestan servicios en las instituciones regidas por la Ley Orgánica de Servicio Público, en la provincia de Galápagos. Mientras que, el viático por gastos de residencia, según la letra h) del artículo 96 de esa Ley no integra la remuneración mensual unificada.

El artículo 124 de la Ley Orgánica de Servicio Público, establece el viático para gastos de residencia con el objeto de cubrir los gastos de vivienda, dentro del cual determina de forma imperativa en su parte correspondiente que: “(...) para cubrir los gastos de vivienda, tendrán derecho un viático que no podrá superar los tres salarios básicos unificados por mes para los trabajadores en general del sector privado de conformidad con la norma técnica que para el efecto expida este Ministerio” de lo cual se desprende que, el referido artículo constituye la norma específica a aplicarse al caso objeto de su consulta. En atención a su consulta se concluye que, el cálculo del viático por residencia para los servidores públicos que trasladen su residencia a la provincia de Galápagos, se debe efectuar conforme dispone el artículo 124 de la Ley Orgánica del Servicio Público, sobre la base del salario básico unificado de los trabajadores en general del sector privado, y la Norma Técnica que regula las excepciones para el pago de viáticos por gastos de residencia para las personas que tengan su domicilio fuera del país y de la provincia, expedida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales No. 2013-0024, publicado en el Registro Oficial No. 900 de 26 de febrero de 2013. El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas y no constituye orden de pago, siendo responsabilidad de la entidad consultante, la aplicación de las normas a los casos particulares.

OF. PGE. N°: 19230 de 21-10-2014

S

SOCIO EMPLEO: RECLUTAMIENTO DE PERSONAL, REDES -SUBROGACIÓN DE FUNCIONES-

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN SANTA ROSA

CONSULTAS:

- 1.- “Puede el GAD de Santa Rosa, utilizando la autonomía municipal contenida en los artículos 5 y 6 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en armonía con lo dispuesto en los artículos 3 y 65 de la LOSEP, para lanzar concursos públicos de méritos y oposición para el ingreso a la Administración Municipal sin necesidad de realizarlo por medio del portal de la red socio empleo, pero si utilizando la metodología de transparencia y publicidad a través de medios de comunicación nacional y con la conformación de veedurías cantonales, pues, las resoluciones del Ministerio de Relaciones Laborales señalan que deberá hacerse por medio del portal de la red socio empleo del Ministerio de Relaciones Laborales y por la página web institucional, ‘si la autonomía permitirá hacerlo sin contar con lo que previamente se ha enunciado’.”
- 2.- Puede el GAD de Santa Rosa, lanzar un concurso público de méritos y oposición internamente sin necesidad de efectuarlo por medio del portal de red socio empleo cuando se traten de ascensos, tal y cual lo prescribe el artículo 68 de la LOSEP”.
- 3.- Puede el GAD de Santa Rosa, cancelar a un servidor municipal valores por subrogación cuando el puesto es de un jefe departamental, ya que el artículo 126 de la LOSEP, tipifica que proceda la subrogación cuando el servidor deba subrogar en el ejercicio de un puesto del nivel jerárquico superior para que puede cobrar la diferencia y si el puesto de jefe departamental está comprendido en uno de los mencionados puestos de nivel jerárquico superior”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 228, 229, 424 y 425.
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 5 inciso tercero, 6 inciso primero, 333, 354 y 360.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 núms. 2 y 4; 5, 16, 17, 22, 51 lits. a) e i), 52, 54, 56, 62, 63, 65, 66, 126, 134, Disposiciones Generales: Sexta y Décima Séptima; y, 163, 178, 183 de su Reglamento General.

Acuerdo Ministerial N°. 56, Registro Oficial Segundo Suplemento, de 14-05-2012, Art. 2, 3, 4, 6, 7, 12, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 27, 28, 34, 35, 42, Disposición General Décima Cuarta y Disposición Transitoria Segunda.

PRONUNCIAMIENTO:

1.- Con relación a la primera consulta, el Procurador Síndico Municipal, en el informe contenido en el oficio No. 177-2.013 de 11 de junio del 2013, expresa el siguiente criterio jurídico:

“(...) para proceder con los concursos públicos de méritos y oposición para la selección de personal tal y cual lo tipifican los artículos 3; 63; 65; 66 y demás de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con los artículos 183 y demás del Reglamento a la ley, se deben de acudir prioritariamente a los principios de legalidad, publicidad y transparencia, para que este proceso sea lanzado atendiendo todos los requisitos legales para su validez y para su legalidad, por lo que la ley al ser explícita y taxativa nos condiciona a respetar sus sagradas normas que señalan que en todo proceso de concurso de mérito y oposición se deberá atender las normas técnicas y sobre todo el artículo 183 del Reglamento sí especifica cuáles son las fases dentro del concurso, por lo que no podría interpretarse a la autonomía como para no observar las normas técnicas que para el efecto expide el Ministerio de Relaciones Laborales, por consiguiente, el concurso deberá adecuarse a lo que tipifican los artículos 3; 63; 65; 66 y demás de la Ley Orgánica del Servicio Público, en concordancia con los artículos 183 y demás del Reglamento a la ley, más no confundir a la autonomía para adoptar actos que de alguna u otra forma sean ilegales y reñidos a la Constitución y la ley”.

El artículo 238 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce a los gobiernos autónomos descentralizados y les otorga autonomía, en los siguientes términos:

“Art. 238.- Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional.

Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales”.

Concordante con la norma constitucional anterior, el artículo 5 inciso tercero y el inciso primero del artículo 6 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, en su orden prescriben:

“Art. 5.- Autonomía.- (...) 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.

Art. 6.- 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 (...).”

Con relación a la gestión del talento humano en los gobiernos autónomos descentralizados, en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 13569 de 17 de junio de 2013, en atención a la consulta formulada por el Alcalde del Gobierno Autónomo del Cantón Calvas, relacionada con las competencias de dicho Municipio respecto del talento humano del Cuerpo de Bomberos del Cantón, señale que:

“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 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”.

Su consulta se halla enfocada a la normativa de reclutamiento y selección de personal. Al respecto, el artículo 228 de la Constitución de la República dispone lo siguiente;

“Art. 228.- 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. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora”.

El numeral 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, incluye en su ámbito de aplicación, a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales.

De otra parte, cabe señalar que el artículo 229 de la Constitución de la República determina que son 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 y que la Ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Añade además el tercer inciso de la misma norma que las obreras y obreros del sector público, estarán sujetos al Código de Trabajo.

En similar tenor al texto constitucional antes referido, dispone el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

El artículo 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público, determina los requisitos para el ingreso a dicho servicio y en su antepenúltimo inciso dispone que: (...) “Las instituciones públicas sujetas a esta Ley, garantizarán que los procesos de selección e incorporación al servicio público, promuevan políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria, la interculturalidad y, la presencia paritaria de hombres y mujeres en los cargos de nominación y designación”.

El artículo 63 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone:

“Art. 63.- Del subsistema de selección de personal.- Es el conjunto de normas, políticas, métodos y procedimientos, tendientes a evaluar competitivamente la idoneidad de las y los aspirantes que reúnan los requerimientos establecidos para el puesto a ser ocupado, garantizando la equidad de género, la interculturalidad y la inclusión de las personas con discapacidad y grupos de atención prioritaria”.

Concordantes con lo previsto en el artículo 228 de la Constitución de la República, los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en su orden. Disponen que para el ingreso a un puesto público y para llenar puestos vacantes, debe efectuarse un concurso de merecimientos y oposición:

“Art. 65.- Del ingreso a un puesto público.- El ingreso a un puesto público será efectuado mediante concurso de merecimientos y oposición, que evalúe la idoneidad de los interesados y se garantice el libre acceso a los mismos.

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

La calificación en los concursos de méritos y oposición debe hacerse con parámetros objetivos, y en ningún caso, las autoridades nominadoras podrán intervenir de manera directa, subjetiva o hacer uso de mecanismos discrecionales. Este tipo de irregularidades invalidarán los procesos de selección de personal.

Art. 66.- De los puestos vacantes.- Para llenar los puestos vacantes se efectuará un concurso público de merecimientos y oposición, garantizando a las y los aspirantes su participación sin discriminación alguna conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, esta Ley y su Reglamento. Estos concursos deberán ser ejecutados por las respectivas Unidades de Administración del Talento Humano”.

De las disposiciones constitucionales y legales que han quedado citadas se desprende la obligatoriedad de que el ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realicen mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, en la especie, la Ley Orgánica del Servicio Público, que en dicha materia rige para las entidades determinadas en el artículo 3 de la indicada Ley Orgánica, entre los que constan los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Para tales fines, las entidades públicas deben promover políticas de inclusión a grupos de atención prioritaria, interculturalidad y presencia paritaria de hombres y mujeres.

El inciso final del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que trata sobre las competencias del Ministerio de Relaciones Laborales, prevé lo siguiente:

“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 administrativas, orgánicas, 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”.

En armonía con lo anterior, la letra i) del artículo 52 de la misma Ley Orgánica, determina como responsabilidad de las Unidades de Administración del Talento Humano:

“i) Aplicar las normas técnicas emitidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, sobre selección de personal, capacitación y desarrollo profesional con sustento en el Estatuto, Manual de Procesos de Descripción, Valoración y Clasificación de Puestos Genérico e Institucional”.

Por su parte, el artículo 2 de la Norma Substitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, dispone:

“Art. 2.- Ámbito de aplicación.- Las disposiciones de la presente norma son de aplicación obligatoria en todas las instituciones del Estado determinadas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público – LOSEP-.

De conformidad con el último inciso del artículo 51 de la LOSEP será responsabilidad de las UATH, o quien hiciera sus veces, de los gobiernos autónomos descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, la administración, entre otros, del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, observando lo determinado en la presente norma”.

“Art. 12.- De las Bases del Concurso.- Una vez realizados los pasos previos, la UATH institucional, o quien hiciera sus veces, ingresará a la plataforma tecnológica del subsistema de reclutamiento y selección de personal administrada por el Ministerio de Relaciones Laborales, en la página web www.socioempleo.gob.ec, que es el único medio válido para la aplicación y seguimiento de un proceso de reclutamiento y selección en el servicio público, y elaborará las Bases del Concurso utilizando el link “Bases del Concurso de Méritos y Oposición” que requiere la siguiente información:

(...) Las bases del concurso de méritos y oposición deberán ser subidas a la plataforma de la Red Socio Empleo www.socioempleo.gob.ec, con por lo menos cinco (5) días de anticipación a la difusión de la convocatoria, tiempo en el cual el sistema informático generará automáticamente reportes que serán remitidos electrónicamente para conocimiento de los Consejos Nacionales para la Igualdad y demás instituciones creadas para el efecto, quienes, a su vez, serán los responsables de impulsar y promover la participación de grupos de atención prioritaria, para que estos se preparen y postulen a los concursos”.

El artículo 4 de la Norma Substitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, en sus incisos primero y segundo disponen:

“Art. 4.- Del Reclutamiento y Selección de Personal.- Todo proceso de reclutamiento y selección de personal para puestos protegidos por la carrera del servicio público deberán realizarse obligatoriamente a través de concursos de méritos y oposición, utilizando la plataforma tecnológica del subsistema de reclutamiento y selección de personal administrada por el Ministerio de Relaciones Laborales como único medio válido para la aplicación y seguimiento de un proceso de reclutamiento y selección, en la cual se tendrá que ingresar, registrar y gestionar cada etapa del concurso a través de la página web www.socioempleo.gob.ec.

A decisión de la autoridad nominadora, para escoger los ocupantes de los puestos de libre nombramiento y remoción, con contrato de servicios ocasionales o a período fijo podrán realizarse procesos de reclutamiento y selección aplicando la presente norma, pero sin la aplicación de la plataforma tecnológica”.

Del inciso final del artículo 51, 52 letra i) de la Ley Orgánica del Servicio Público y artículo 2 de la Norma Substitutiva de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, en atención a su consulta, se concluye que es aplicable a los gobiernos autónomos descentralizados, la normativa del subsistema de reclutamiento y selección de personal, antes indicada.

En consecuencia, por disposición expresa del artículo 4 de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, los gobiernos autónomos descentralizados deberán contar con la plataforma del Ministerio de Relaciones Laborales, denominada Red Socio Empleo www.socioempleo.gob.ec, para el ingreso de personal de servidores municipales, sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Público, puesto que el artículo 4 de la Norma en mención, expresamente dispone que el indicado cuerpo normativo es aplicable para la selección de personal para puestos protegidos por la carrera del servicio público, lo cual no abarca a los trabajadores, regidos por el Código

del Trabajo, por disposición del artículo 229 de la Constitución de la República y 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

2. - Respecto de su segunda consulta, en el oficio No.177-2.013 de 11 de junio del 2013, el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal consultante, expone el siguiente criterio jurídico:

“En la segunda pregunta, se hace una petición a fin de conocer si es que se pueden lanzar los concursos para ascensos únicamente con personal municipal y por medio de la página web institucional, lo que en efecto puede darse, ya que el concurso de méritos y oposición para ascensos como bien se lo señala en el artículo 68 de la LOSEP, es para acceder a un puesto de mayor jerarquía dentro de la entidad municipal, evaluando la eficiencia de los servidores y el tiempo de servicio, sin embargo, se estima necesario que se lo haga internamente sin que sea requisito obligatorio hacerlo por medio de la página Web de la red socio empleo, pues, solamente concursarán servidores municipales para acceder a un mejor puesto, lo que sí debe de hacerse es obviamente transparentar el proceso con la conformación de veedurías y que se cumpla con los presupuestos de la Constitución, la Ley Orgánica del Servicio Público con su reglamento, COOTAD y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”.

Al atender su primera consulta concluí que los gobiernos autónomos descentralizados deben efectuar los procesos de selección de personal en cuanto a los ingresos o ascensos a puestos protegidos por la carrera del servicio público, mediante concurso de méritos y oposición, regulados por los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica del Servicio Público y la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, que establece el procedimiento y los instrumentos de carácter técnico y operativo que deben aplicar las instituciones del Estado a través de las UATH, para escoger a la persona más idónea entre los postulantes para ocupar un puesto público.

El artículo 5 de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, dispone lo siguiente:

“Art. 5.- Del concurso.- El concurso de méritos y oposición para la selección de personal será abierto y consistirá en el proceso por el cual se convoca a todas las personas mayores de dieciocho años, que se encuentren legalmente habilitadas para el ingreso y desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público, conforme lo determina la LOSEP y su Reglamento General, y que reúnan los requisitos establecidos en la convocatoria relativos al perfil del puesto, para participar en los procesos de reclutamiento y selección a que haya lugar en; las instituciones del Estado”.

Por lo expuesto, de conformidad con lo dispuesto en los artículo 65 y 66 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 5 de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, se concluye que el ingreso y el ascenso a un puesto vacante en el servicio público se lo debe efectuar mediante concurso de méritos y oposición abierto, en el que pueden participar tanto personas que laboran en la entidad pública, como las que no tengan relación laboral con aquella, no siendo procedente el efectuar concursos internos específicamente para las y los servidores de la institución, sin sujetarse a lo que manda la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, emitida por el Ministerio de Relaciones Laborales.

3.- El criterio jurídico de la entidad consultante, constante en el oficio No. 177-2.013 de 11 de junio del 2013 es del siguiente tenor:

“En lo que respecta a la tercera consulta, es prioritario analizar que, al tenor literal del artículo 126 de la Ley Orgánica del Servicio Público la subrogación es un acto por el cual, por disposición de la ley o por orden de la autoridad competente, la o el servidor deba subrogar en el ejercicio de un puesto del nivel jerárquico superior, cuyo titular se encuentre legalmente ausente y así recibirá la diferencia de la remuneración unificada mensual durante el tiempo que dure la subrogación, de este postulado normativo previamente a analizarlo debemos de entender qué es la subrogación, y la Real Academia de la Lengua Española la define como, una delegación o reemplazo hacia otro funcionario, esto es, que sucede en el puesto momentáneamente a un servidor mientras éste esté fuera del puesto, lo que quiere decir, Señor Alcalde, que se emplaza la subrogación mediante orden escrita formulada y es para reemplazar por un tiempo determinado al titular ausente. El problema trasciende cuando la norma cita que la subrogación se haga de un puesto del nivel jerárquico superior, esto es, que en la actualidad no teniendo un manual por procesos aprobado todavía por el Ministerio de Relaciones Laborales, y el Orgánico Funciones respectivo, es dificultoso considerar técnicamente cuál es la definición exacta para servidores del GAD de Santa Rosa del jerárquico superior y si éste en realidad resulta ser un jefe departamental, lo que podemos entender por la práctica es que cuando se sostiene de subrogar a un puesto del nivel jerárquico superior, entendemos que, en efecto, se puede reemplazar por una vacante y de lo que cita la norma, oscura en ese punto es que se podrá cancelar la diferencia a quien hace la subrogación”.

Mediante oficios Nos. 02757, 02758 y 02759 de 12 de julio de 2011, dirigidos en su orden a la Presidenta de la Comisión de Transición – Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género, Alcalde del Gobierno Municipal de San Cristóbal y Directora Ejecutiva (E) de la Orquesta Sinfónica de Loja, en su orden, esta Procuraduría se ha pronunciado respecto del tema materia de su consulta, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

OF. PGE. N°: 13937, de 16-07-2013

T

TASAS PARA USO DE SUELO: ACTIVIDADES HIDROCARBURÍFERAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN CUYABENO

CONSULTA:

"El GAD Municipal de Cuyabeno, en uso de las atribuciones que le confiere el Art. 264 de la Constitución de la República, numeral 2; en concordancia con los Arts. 55, literal b) y 567, inciso segundo del COOTAD, y demás leyes y reglamentos de la República, ¿puede aplicar la presente "Ordenanza que reglamenta las tasas por el uso del suelo en las actividades hidrocarburíferas", sin permitir o dar lugar a recursos legales que impidan su aplicación?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226, 261 núm. 11, 264 núms. 2 y 5, 301, 313 y 415.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 11, 54 lit. c), 57 lits. a), b), c) y x), 111, 175, 186, 207, 566 y 567.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 5 lit. g).

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 41.

Ley de Gestión Ambiental, Art. 8.

Ley de Hidrocarburos, Arts. 1 y 6.

Ordenanza de Creación de Tasas por el Uso del Suelo en Operaciones Hidrocarburíferas, Arts. 1 y 7.

Res. N° 17 de la Procuraduría General del Estado, Art. 6.

Res. N° 121 de la Procuraduría General del Estado, Arts. 1 y 7.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 02551 de 27 de junio de 2011, este Organismo solicitó a usted la remisión del informe jurídico sobre el tema materia de consulta, así como de los documentos a los que ésta hace referencia, entre ellos el proyecto de Ordenanza de creación de tasas por el uso del suelo en operaciones hidrocarburíferas, sobre el que trata la consulta, presentado por la Dirección de Ambiente de ese gobierno autónomo descentralizado. Dicho pedido se formuló de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución de este Organismo, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007.

La Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 03005 de 27 de julio de 2011, insistió en el requerimiento y debido a la falta de atención por parte de esa Municipalidad, mediante oficio No. 03607 de 8 de septiembre de 2011, se dispuso el archivo de la consulta, de conformidad con el artículo 6 de la Resolución No. 17, sustituido 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 hiciera 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. 206-ALC-GAD-MC-2011 de 14 de septiembre de 2011, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 16 de septiembre del presente año, se remite el criterio del Procurador Síndico de esa Municipalidad, sobre el tema materia de consulta, así como las copias certificadas de la documentación relacionada con ella, por lo que procede la reactivación del trámite al tenor del artículo 7 de la citada Resolución No. 121 de este Organismo.

Atenta la materia de la consulta, a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficios Nos. 02552 y 02553 de 27 de junio de 2011, este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio del Ambiente y del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables.

Mediante oficio No. 274-COGEJ-C-ALE-H-2011 de 12 de julio de 2011, recibido al día siguiente, el Ministro de Recursos Naturales No Renovables, ha remitido a este Despacho, el memorando No. 494-COGEJ-C-ALE-H-2011 de 12 de julio de 2011, que contiene el criterio de la Coordinación General Jurídica de esa Secretaría de Estado, que el Ministro acoge y remite como criterio institucional.

Con oficio No. 03006 de 27 de julio de 2011, Procuraduría insistió en el requerimiento formulado al Ministerio del Ambiente, habiéndose recibido respuesta por parte de Ministra del Ambiente, en oficio No. MAE-D-2011-0598 de 24 de agosto de 2011, ingresado el 26 de los mismos mes y año.

En el oficio inicial de consulta se expone que el Gobierno Autónomo Descentralizado de Cuyabeno, ha incrementado su presupuesto en base a leyes especiales, algunas de las cuales han sido derogadas; y, de otras fuentes de ingreso, que correspondían a partidas extra presupuestarias, sujetas a las coyunturas de cada época; y, que la

reforma a la Ley de Hidrocarburos, ha beneficiado a los GADs con la entrega de recursos adicionales, pero que sin embargo, el Presupuesto General del Estado "ha dependido en gran parte, de la producción petrolera; no ha sido justo y equitativo con los GAD y sus poblaciones generadoras de esta riqueza"; y, que la actividad petrolera ha generado contaminación ambiental y la consiguiente destrucción de la vida humana, flora y fauna.

Añade que la Dirección de Ambiente de esa Municipalidad ha presentado un proyecto de ordenanza, que ha sido analizada y discutida por el Concejo en primer debate, con el fin de establecer tasas "por la utilización del uso del suelo en las actividades petroleras, ya sean estas de carácter públicas o privadas"; y, manifiesta que:

"El Concejo quiere asegurarse de que este instrumento legal pueda ser aplicado de manera efectiva y que no traiga consecuencias negativas de orden legal por parte de las empresas supuestamente afectadas."

Por su parte, el Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, en su informe contenido en memorando No. 036-AJ-WV-GAD-MC-2011 de 4 de agosto de 2011, remitido a pedido nuestro, cita el artículo 264 numerales 2 y 5 de la Constitución de la República y el artículo 55 letras b) y e) del COOTAD que confieren a las municipalidades competencia exclusiva para ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón, y para crear, modificar y suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras.

El informe cita además, las letras a), b), c) y x) del artículo 57 del COOTAD, que asignan al Concejo Cantonal, facultad normativa para expedir Ordenanzas; regular mediante Ordenanza la aplicación de los tributos previstos en la ley a su favor; crear tasas por los servicios que presta; y, regular y controlar, mediante la normativa cantonal correspondiente, el uso del suelo en el territorio del cantón.

El Procurador Síndico invoca también el artículo 567 del COOTAD, que dispone que las empresas públicas o privadas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, "pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación".

Con respecto al proyecto de ordenanza de creación de tasas por el uso del suelo en operaciones hidrocarburíferas, presentada por el Director del Ambiente de esa Municipalidad, el Procurador Síndico manifiesta que mediante informe de 17 de junio de 2011, dirigido al Alcalde, ya se pronunció en el sentido de que "si procede" conocer y aprobar esa ordenanza "ya que está enmarcada dentro de las competencias

municipales". Al efecto, argumenta que el proyecto de Ordenanza determina como ámbito de aplicación, en su artículo 1, a las personas naturales lo jurídicas "cuyas actividades produzcan u originen descargas líquidas, no domésticas o sustancias nocivas al suelo, subsuelo, cuerpos de agua; y, ocupación del espacio físico del suelo para actividades industriales dentro del Cantón Cuyabeno", así como a las personas naturales o jurídicas cuyas actividades produzcan emisiones de partículas o gases contaminantes o sustancias nocivas a la atmósfera, a través de fuentes fijas y semifijas.

El informe del Procurador Síndico, cita a su vez el informe del Director del Ambiente de esa Municipalidad, de 2 de mayo de 2011, en que expone que:

"Esta ordenanza prevé no solamente la recuperación de valores no recaudados, a lo largo de más de treinta años de exploración, explotación, producción y transporte del petróleo crudo; sino que también busca además establecer un equilibrio entre la explotación petrolera y el Ambiente; pero sobre todo garantiza el SUMAK KAWSAY, garantizado establecido en la Constitución, el plan nacional del Buen Vivir y los objetivos del Milenio (ODM)...".

Sobre dicha base, el informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante concluye que "es procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Cuyabeno apruebe en el debate el Proyecto de Ordenanza de creación de tasas por el uso del suelo en operaciones hidrocarburíferas que se realizan en el Cantón Cuyabeno".

Por su parte, la Ministra del Ambiente, en oficio No. MAE-D-2011-0598 de 24 de agosto de 2011, expone que según el tenor de la consulta, el propósito de la Ordenanza es "recaudar más ingresos para el Municipio", pues "el objeto del cobro de esta tasa no es de carácter ambiental, sino encaminado a la obtención de recursos por la ocupación del suelo por parte de la industria hidrocarburífera"; argumenta que "El Ministerio del Ambiente, en su calidad de Autoridad Ambiental Nacional, conforme lo establece el artículo 8 de la Ley de Gestión Ambiental, no tiene competencias para emitir criterios respecto a cobros de tasas por uso de suelo". Finalmente invoca el numeral 11 del artículo 261 de la Constitución de la República, que confiere al Estado central competencia exclusiva sobre los recursos energéticos, minerales e hidrocarburos y concluye que: "al ser la consulta remitida de índole distinta a la ambiental, lo indicado corresponde al Ministro de Recursos Naturales No Renovables, toda vez que dicha institución, es la que emite políticas y lineamientos en temas hidrocarburíferos".

El Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, en oficio No. 274-COGEJ- C-ALE-H-2011 de 12 de julio de 2011, remite como su criterio institucional, el expuesto por el Coordinador General Jurídico de esa Secretaría de Estado, contenido en memorando

No. 494-COGEJ-C-ALE-H-2011 de 12 de julio de 2011, que cita entre otras normas, el artículo 226 de la Constitución de la República, que establece el principio de legalidad y dispone que 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 en la Ley.

El citado informe invoca además, los artículos 261 numeral 11 y 313 de la Constitución de la República, que confieren competencia exclusiva al Estado central sobre los recursos energéticos e hidrocarburos; y, el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, entre los que se incluye a los recursos naturales no renovables, así como al transporte y refinación de hidrocarburos, en concordancia con las disposiciones que en idéntico sentido, constan en el artículo 111 del COOTAD.

El informe del Coordinador General Jurídico del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, cita también el artículo 175 del COOTAD que establece el derecho de los gobiernos autónomos descentralizados en cuyas circunscripciones se exploten o industrialicen recursos no renovables, tendrán derecho a participar en las rentas que perciba el Estado por esta actividad, de acuerdo a lo previsto en la Constitución, ese Código y lo que dispongan las leyes del sector correspondiente.

Adicionalmente el informe jurídico antes citado hace referencia al artículo 207 del COOTAD, norma que se halla ubicada en el Capítulo V del indicado Código que se titula "Transferencias para compensar a los Gobiernos Autónomos Descentralizados donde se exploten o industrialicen recursos no renovables". El indicado artículo prevé a favor de los GADs, las transferencias del Gobierno Central por los efectos negativos de la explotación de recursos naturales no renovables. Es decir que las transferencias dispuestas en el artículo 207 del COOTAD, constituyen el mecanismo a través del cual se implementa el derecho que confiere el artículo 175 del COOTAD a los GADs en cuyo territorio se explotan o industrializan recursos naturales, para participar en las rentas que por tales conceptos recibe el Estado.

En forma adicional, el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, cita los artículos 1 y 6 de la Ley de Hidrocarburos, que determinan que los yacimientos de hidrocarburos "pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado"; y, que corresponde a la Función Ejecutiva, la formación de la política en esa materia; y, argumenta que: "El uso y ocupación del suelo es la atribución que tienen los gobiernos municipales y metropolitanos en cuanto a planes y políticas de ordenamiento territorial en su cantón, además, es importante diferenciar entre un servicio público otorgado por las municipalidades como: agua potable, luz eléctrica, alcantarillado, recolección de basura, etc., y una actividad de alcance nacional no descentralizable como es la

hidrocarburífera, a la cual los gobiernos seccionales no prestan ningún servicio, ni a EP PETROECUADOR, PETROAMAZONAS EP, etc. el Estado es el único dueño del suelo donde se desarrolla la actividad petrolera".

Sobre dicha base concluye el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables manifestando que: "No es pertinente el aplicar una Ordenanza que reglamente las tasas por el uso del suelo en las actividades hidrocarburíferas; toda vez que, los recursos naturales no renovables (hidrocarburos) son parte del patrimonio inalienable e imprescriptible y se constituyen en un bien público que pertenece en su totalidad al Estado."; y, agrega: "no corresponde el cobro de la referida tasa más aún cuando en la ejecución de los contratos petroleros, los gobiernos seccionales no prestan ningún servicio, peor aún es su competencia el determinar tributos en proyectos de alcance nacional, la intervención y facultad de regular el uso y aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, es competencia directa y exclusiva del Estado Central".

Del proyecto de Ordenanza de Creación de Tasas por el Uso del Suelo en Operaciones Hidrocarburíferas, que la Municipalidad consultante ha remitido a pedido nuestro, se desprende que su artículo 1 establece su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

"Art. 1.- AMBITO.- Las normas de esta Ordenanza se aplicarán:

A las personas naturales o jurídicas cuyas actividades produzcan u originen descargas líquidas, no domésticas o sustancias nocivas al suelo, subsuelo, cuerpos de agua; y, ocupación del espacio físico del suelo para actividades industriales, dentro del Cantón Cuyabeno.

A las personas naturales o jurídicas cuyas actividades produzcan emisiones de partículas o gases contaminantes o sustancias nocivas a la atmósfera a través de fuentes fijas y semifijas".

Las personas sujetas al ámbito de dicha Ordenanza, estarían sujetas al pago de las tasas municipales que el artículo 7 del proyecto de Ordenanza fija "por el uso del suelo para actividades industriales e hidrocarburíferas, y tasas por emisiones de gases al medio ambiente, dentro del Cantón". La citada norma, según el proyecto establecería:

"Tasas por el Uso del Suelo

Uso del suelo para Estaciones de Producción.

Uso del suelo para Estaciones de Oleoducto.

Uso del suelo alrededor de pozos productores de petróleo, reinyectores.

Uso del suelo para la construcción de plataformas destinadas a la perforación de pozos.

Uso del suelo para ingresar y levantar torres de reacondicionamiento de pozos, en pozos productores, reinyectares o no productores.
Otros usos, a criterio del Dirección de Preservación del Ambiente."

El mismo artículo 7 del proyecto de Ordenanza, establece además, tasas por descargas de efluentes líquidos, tasas por descargas de gases a la atmósfera, tasa por derrame de petróleo crudo, tasas por el uso del suelo para trabajos con radioactividad y otras tasas por colocación de equipos sumergibles y trabajos de acidificación. Y, los artículos 12 y 13 del proyecto de Ordenanza, establecen infracciones y sanciones a la inobservancia de sus disposiciones.

El Art. 301 de la Constitución de la República, dispone que sólo por acto normativo de órgano competente se pueden establecer, modificar o extinguir tasas y contribuciones; y, el numeral 5 del artículo 264 de la Constitución de la República confiere a las municipalidades potestad normativa para crear, modificar y suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras.

En materia de servicios públicos, la tasa es la contraprestación o retribución a cargo del usuario, que paga por el uso del servicio. El artículo 1 del Código Tributario, clasifica a los tributos en impuestos, tasas y contribuciones especiales, por lo que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las tasas tienen carácter tributario.

Con respecto a la potestad tributaria de las municipalidades, el artículo 186 del COOTAD, establece que los gobiernos municipales y distritos metropolitanos autónomos podrán crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras generales o específicas, por el establecimiento o ampliación de servicios públicos que son de su responsabilidad; y, que cuando por decisión del gobierno metropolitano o municipal, la prestación de un servicio público exija el cobro de una prestación patrimonial al usuario, "cualquiera sea el modelo de gestión o el prestador del servicio público, esta prestación patrimonial será fijada, modificada o suprimida mediante ordenanza". En concordancia, según el artículo 566 del COOTAD, las municipalidades tienen competencia para aplicar las tasas retributivas de servicios públicos que se establecen en este Código, cuyo monto se fija por ordenanza.

De las disposiciones constitucionales y legales precitadas, se desprende que la municipalidad puede crear tasas como contraprestación de los servicios públicos que brinda en beneficio del contribuyente que las cubre y que su recaudación se debe destinar a financiar el costo de los servicios. En consecuencia, al disponerse por ordenanza el pago de un tributo al cual se denomina "tasa", se debe establecer la correlativa prestación del servicio por parte de la municipalidad, según se ha

pronunciado la Procuraduría General del Estado, en forma reiterada, en oficios Nos. 07977 y 07980, ambos de 22 de junio de 2009, entre otros.

Del texto del proyecto de ordenanza sobre el que trata la consulta, se desprende que el hecho generador de las tasas que se pretenden establecer, sería el uso del suelo para la realización de actividades hidrocarburíferas en el cantón Cuyabeno, por parte de las personas naturales o jurídicas. El control del uso y ocupación del suelo en el cantón, que es la motivación a la que alude el referido proyecto de Ordenanza, es competencia exclusiva de los gobiernos autónomos municipales, de conformidad con el numeral 2 del artículo 264 de la Constitución de la República; y, según la letra c) del artículo 54 del COOTAD, consiste en:

"Establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, para lo cual determinará las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento de conformidad con la planificación cantonal, asegurando porcentajes para zonas verdes y áreas comunales".

En concordancia, la letra x) del artículo 57 del COOTAD, asigna al Concejo Municipal atribución para:

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

Sobre esta materia, el artículo 415 de la Constitución de la República prescribe:

"Art. 415.- El Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados adoptarán políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo, que permitan regular el crecimiento urbano, el manejo de la fauna urbana e incentiven el establecimiento de zonas verdes.".

De las normas constitucionales y legales citadas se desprende que la competencia de control del uso y ocupación del suelo, que corresponde a las municipalidades, está referida al establecimiento de planes de ordenamiento territorial, que permitan regular el adecuado crecimiento urbano, determinando en forma planificada zonas o segmentos del suelo que puedan ser urbanizables o no y destinadas a distintos tipos de usos, como: residencial, comercial, industrial, de servicios, protección ecológica, preservación patrimonial, de manera que se regule el crecimiento de las ciudades y se planifique oportunamente su desarrollo y la dotación de infraestructura y servicios básicos cuya prestación corresponda a la municipalidad.

Por su parte, las competencias relacionadas con el uso de los recursos energéticos e hidrocarburos, que son recursos no renovables, atento su carácter estratégico, determinado por los artículos 261 numeral 11 y 313 de la Constitución de la República y 111 del COOTAD, corresponde al Estado Central. El citado artículo 111 del COOTAD prescribe:

"Art. 111.- Sectores estratégicos.- Son aquellos en los que el Estado en sus diversos niveles de gobierno se reserva todas sus competencias y facultades, dada su decisiva influencia económica, social, política o ambiental.

La facultad de rectoría y la definición del modelo de gestión de cada sector estratégico corresponden de manera exclusiva al gobierno central. El ejercicio de las restantes facultades y competencias podrá ser concurrente en los distintos niveles de gobierno de conformidad con este Código.

Son sectores estratégicos la generación de energía en todas sus formas: las telecomunicaciones; los recursos naturales no renovables; el transporte y la refinación de hidrocarburos: la biodiversidad y el patrimonio genético; el espectro radioeléctrico; el agua; y los demás que determine la Ley".

En concordancia, el segundo inciso del artículo 9 reformado de la Ley de Hidrocarburos, dispone que: "La industria petrolera es una actividad altamente especializada, por lo que será normada por la Agencia de Regulación y Control. Esta normatividad comprenderá lo concerniente a la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados, en el ámbito de su competencia". El mismo artículo confiere al Ministro Sectorial, atribución para formular la política de hidrocarburos aprobados por el Presidente de la República.

En forma adicional, es pertinente considerar que el segundo inciso del artículo 567 del COOTAD, establece que:

"Las empresas públicas o privadas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación".

Por su parte, el segundo inciso del artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece que: "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". En cuanto se refiere a la aplicación del artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y el artículo 567 del COOTAD, referido a la tasa por uso de espacios públicos, el propio texto de dichas normas se refiere expresamente al uso u ocupación del espacio público o la vía pública para colocación de estructuras, postes y tendido de redes.

En forma adicional, es pertinente considerar que el artículo 175 del COOTAD establece una participación en las rentas que perciba el Estado, en beneficio de los GADs en cuyas circunscripciones se exploten o industrialicen recursos no renovables, que al tenor del artículo 207 del mismo COOTAD, se instrumenta mediante transferencias que tienen por objeto compensar a los GADs por la explotación de recursos naturales no renovables y por los efectos negativos de su explotación.

Del análisis que precede se concluye que la potestad normativa de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, está referida exclusivamente a aquellas materias de su competencia y por tanto, no corresponde que la Municipalidad cree tributos bajo la denominación de tasa, sin que exista una prestación en servicio por parte de la entidad municipal, a favor del sujeto pasivo o contribuyente obligado al pago.

Del texto del proyecto de ordenanza sobre el que trata la consulta, se desprende que el hecho generador del tributo (tasa) sería el uso del suelo para la realización de actividades hidrocarburíferas en el cantón Cuyabeno, por parte del contribuyente, sin que exista prestación de servicio por parte de la Municipalidad.

En consecuencia, en atención a su consulta se concluye que la Municipalidad no tiene atribución para establecer un tributo que grave el uso del suelo del cantón, para la realización de actividades de la industria hidrocarburífera, en virtud de que no existe prestación por parte de la Municipalidad que dé lugar al establecimiento de la tasa, además que no tiene competencia sobre los sectores estratégicos, como son los recursos naturales no renovables y que, por su parte, los artículos 175 y 207 del COOTAD, ya han previsto rentas a favor de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en cuyas circunscripciones se exploten o industrialicen recursos naturales no renovables, como una compensación por la explotación de estos recursos y sus efectos negativos.

No le corresponde a este Organismo pronunciarse, ni informar sobre los proyectos de Ordenanza que en ejercicio de su competencia normativa expidan los gobiernos autónomos descentralizados, por lo que mi pronunciamiento se refiere exclusivamente a la inteligencia y aplicación de las normas del COOTAD, que regulan la competencia

de control del uso del suelo por parte de las municipalidades y determinan los límites de su potestad tributaria.

OF. PGE. N°: 04321, de 18-10-2011

TASAS POR SERVICIOS TÉCNICOS Y ADMINISTRATIVOS

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN GUALAQUIZA

CONSULTAS:

1.- “¿Es procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Gualaquiza, realice la titulación administrativa de los bienes inmuebles urbanos, que están en posesión de personas particulares por muchos años, al amparo de lo que establece el último inciso del Art. 486 del COOTAD?”.

2.- “¿En caso de ser favorable la respuesta, es procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Gualaquiza, por la titulación administrativa, cobre únicamente las tasas por servicios técnicos y administrativos al amparo de los Arts. 55 literal e) y 568 del COOTAD, más no ningún valor económico por el lote de terreno, peor a precio de mercado?”.

3.- “¿Es procedente que el Concejo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Gualaquiza, amparado en el Art. 715 del Código Civil y Art. 57 literal d) del COOTAD, mediante resolución declare como bienes de propiedad municipal, a los bienes inmuebles que el GAD municipal de Gualaquiza, está en posesión por muchos años sin ningún título inscrito, y esa resolución sea protocolizada e inscrita en el registro de la propiedad para que sirva de título de propiedad?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 237 núm. 3, y 264 núm. 2

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 55 lit. e), 57 lits. b) y c), 324, 419 lit. c), 436, 445, 481, 486, lits. a), b), c), e), f) e inc. final, 566, 568 y 596,

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.

Ley de Desarrollo Agrario, Art. 38.

Código Civil, Arts. 605 y 715.

Código Tributario, Arts. 1, 31 y 32.

Res. No. 017, R.O. No. 102, de 11 de junio de 2007, Art. 2.

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- Manifiesta el Procurador Síndico en el dictamen legal No. GADMG 015-2013- de 15 de julio de 2013, que: "(...) al amparo del Art. 715 del Código Civil y Art. 486 inciso final del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es mi criterio que el Concejo Municipal de Gualaquiza, debe expedir una ordenanza regulando el procedimiento que permita realizar la adjudicación de terrenos a favor de las personas que están en posesión de los mismos sin un título de propiedad inscrito, siempre y cuando estén en el área urbana. La ordenanza debe contener algunos requisitos como posesión por determinado tiempo, no tener conflictos con los vecinos con respecto al predio, el valor a cobrar únicamente por los gastos técnicos y administrativos etc."

La Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, manifiesta que: "Para proceder con esta modalidad el requisito sine qua non es, que los lotes o predios estén comprendidos y constituidos en barrios."; que, "Los barrios deben estar considerados en el Plan de Ordenamiento Territorial (...)"; que: "El procedimiento está determinado en el Art. 486 y siguientes del COOTAD"; y que se deben cumplir dos requisitos: "(...) a) que sea poseionario; y, b) que por carecer de título inscrito no se ha producido la transferencia de dominio". Concluye la Directora Ejecutiva de la AME que:

"Consideramos que, la Municipalidad en aplicación de las prescripciones legales de la partición administrativa, confiere título de dominio a los beneficiarios de los terrenos en los cuales existan simples poseccionarios, debiendo garantizar los derechos constitucionales. La Municipalidad al momento de efectuar la planificación correspondiente deberá considerar las áreas públicas, verdes y comunales".

Por su parte, el informe de la Secretaría Técnica del Comité Interinstitucional de Prevención de Asentamientos Humanos Irregulares, invoca el numeral 2 del artículo 264 de la Constitución de la República que confiere a las municipalidades competencia para regular y controlar el uso y ocupación del suelo; así como el artículo 486 del COOTAD, que regula la potestad de partición administrativa de las municipalidades; y, sobre dicha base manifiesta:

"Si bien el inciso final del artículo 486 del COOTAD, dispone que mediante Ordenanza los Concejos Municipales establecerán los procedimientos de titularización administrativa a favor de los poseccionarios de predios que carezcan de título inscrito; a mi criterio, el artículo en mención se refiere a la regularización de barrios en predios que no tengan un propietario conocido, debido a que en literal d), analizado en el párrafo anterior, se establece que cumplido el plazo de cinco años de la inscripción de la partición administrativa en el Registro de la Propiedad, el titular del dominio del predio o lote será el Gobierno Municipal; de igual manera en el literal f) se refiere a la

posibilidad de que surja una controversia de dominio entre el beneficiario del acto administrativo y quien pretenda ser el titular del derecho de dominio del inmueble fraccionado, dicha controversia deberá ser resuelta por el juez competente en juicio ordinario.

En caso de regularización de barrios en predios de un propietario particular conocido, en donde se constituyan asentamientos humanos de hecho y consolidados, en suelo urbano y de expansión urbana, se estará a lo dispuesto en el art. 596 del COOTAD (...).”

El artículo 486 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que regula la potestad de partición administrativa, está ubicado en la Sección Cuarta “Potestad Administrativa de Partición” del Capítulo II “Fraccionamiento de Suelos y Reestructuración de Lotes” del Título IX “Disposiciones Especiales de los Gobiernos Metropolitanos y Municipales”.

Si bien el tema materia de consulta, está referido al último inciso del artículo 486 del COOTAD, para la inteligencia de dicha norma es necesario tener en cuenta todo su contenido, que es el siguiente:

“Art. 486.- Potestad de partición administrativa.- Cuando por resolución del órgano legislativo del gobierno descentralizado autónomo municipal o metropolitano, se requiera regularizar barrios ubicados en su circunscripción territorial, el alcalde, a través de los órganos administrativos de la municipalidad, podrá, de oficio o a petición de parte, ejercer la potestad de partición administrativa, siguiendo el procedimiento y reglas que a continuación se detallan:

El órgano responsable del ordenamiento territorial del gobierno metropolitano o municipal emitirá el informe técnico provisional de regularización del barrio, determinando el criterio de partición del bien pro indiviso, los beneficiarios conocidos, dejando a salvo los derechos de aquellos beneficiarios que no fueren identificables. Para la elaboración de este informe, la administración podrá levantar la información de campo que considere pertinente, para lo que contará con la colaboración de los interesados y de todo órgano u organismo público, tales como el registro de la propiedad, notarías, entre otros, sin limitación de ninguna especie.

El extracto de este informe será notificado a los interesados, mediante una sola publicación en la prensa, a costa de la municipalidad.

Las personas que acrediten legítimo interés podrán presentar observaciones al informe técnico provisional, que se mantendrá a disposición de los interesados, en su versión

íntegra, en las dependencias de la municipalidad, en el plazo de tres días contados desde la fecha de publicación.

El órgano responsable, del ordenamiento territorial, con las observaciones aportadas y justificadas dentro del procedimiento, emitirá el informe técnico definitivo;

b) Mediante resolución administrativa se procederá con la partición y adjudicación de los lotes correspondientes al inmueble en los términos previstos en el informe técnico definitivo;

c) La partición y adjudicación administrativas se harán constar en los correspondientes catastros, con todos los efectos legales;

d) La resolución administrativa de partición y adjudicación se protocolizará ante notario público y se inscribirá en el registro de la propiedad del cantón, la misma que, sin otra solemnidad, constituirá el título de dominio del beneficiario y de transferencia de las áreas públicas, verdes y comunales, a favor del municipio o distrito. Le corresponde al gobierno municipal o metropolitano la solicitud de inscripción de las resoluciones administrativas de partición y adjudicación ante el registro de la propiedad; una vez inscritas, serán notificadas y entregadas a los beneficiarios conocidos.

Tratándose de beneficiarios que no pudiesen ser identificados, se hará constar en la correspondiente resolución administrativa de partición y notificación e inscripción en el registro de la propiedad, la titularidad del lote a nombre del gobierno autónomo descentralizado como propietario fiduciario, en tanto el beneficiario no identificado acredite su condición de titular, según el régimen previsto en la correspondiente ordenanza que se dicte para el efecto. Una vez acreditada la titularidad en sede administrativa, se emitirá la respectiva resolución de adjudicación que será inscrita en el registro de la propiedad.

Si en el plazo de cinco años, contados desde la inscripción en el registro de la propiedad de la correspondiente resolución administrativa de partición y adjudicación; los beneficiarios no identificados no acreditan su condición de titulares del derecho de dominio de los bienes en que la municipalidad aparezca como propietario fiduciario, los bienes de que se traten pasarán al dominio del gobierno municipal;

e) Las certificaciones que sean requeridas, la inscripción de la resolución administrativa de partición y adjudicación o de cualquier otro instrumento que se genere en este procedimiento desde la administración municipal no causarán derecho, tasa o prestación económica de ninguna naturaleza; y,

f) Cuando por efectos de la partición y adjudicación administrativas se produjeren controversias de dominio o derechos personales entre el beneficiario del acto administrativo y quien pretenda ser el titular del derecho de dominio sobre los derechos y acciones, el lote o el bien inmueble fraccionado; estas controversias serán conocidas y resueltas por el juez competente en juicio ordinario, únicamente respecto del valor en numerario que el beneficiario de la partición y adjudicación esté obligado a pagar por efecto del acto administrativo. Sin embargo, en ningún caso, y en razón del orden público, la partición y adjudicación será revertida o anulada, por lo que, quien llegare a acreditar dominio en el procedimiento debido tendrá derecho exclusivamente a percibir del beneficiario el justo precio por el lote adjudicado, del modo establecido por el juez de la causa.

Para efectos del cálculo del justo precio de los derechos y acciones de los lotes o del bien inmueble a ser fraccionado, no se considerarán las plusvalías obtenidas por las intervenciones municipales en infraestructura, servicios, regulación constructiva y cualquier otra que no sea atribuible al titular del bien inmueble.

La acción prevista en este literal prescribirá en el plazo de cinco años contados desde la fecha de inscripción en el registro de la propiedad de la resolución administrativa de partición y adjudicación.

Mediante ordenanza, los concejos municipales y distritales establecerán los procedimientos de titularización administrativa a favor de los posesionarios de predios que carezcan de título inscrito, en los casos previstos en este Código. No podrán titularizarse predios de protección forestal, de pendientes superiores al treinta por ciento (30%) o que correspondan a riberas de ríos, lagos y playas. La titularización no cambia el régimen de uso del suelo que rige para los predios”.

El artículo 486 del COOTAD, establece el procedimiento general aplicable para el ejercicio de la potestad administrativa de partición por parte de las municipalidades. El procedimiento se inicia con la decisión de regularizar un barrio, continúa con la elaboración de los informes técnicos provisional y definitiva; y, concluye con la expedición de la resolución de partición y adjudicación y su inscripción en el Registro de la Propiedad. En tal contexto, el artículo 486 del COOTAD, asigna atribuciones tanto al Concejo Municipal como al Alcalde.

Compete al Concejo Municipal resolver la regularización de barrios, para que sobre dicha base el Alcalde ejerza la potestad de partición administrativa. Sin embargo, para que el Alcalde pueda ejercer dicha atribución, corresponde previamente al Concejo Municipal, expedir la Ordenanza a la que se refiere el inciso final del artículo 486 del COOTAD, que tendrá por propósito establecer los criterios que la Municipalidad deba

aplicar para resolver la regularización de barrios ubicados en la circunscripción cantonal; los requisitos específicos que los interesados deban cumplir para poder ser beneficiarios de la adjudicación de los lotes resultantes de la partición administrativa, entre ellos el tiempo y condiciones de posesión; los términos para que los interesados presenten observaciones a los informes técnicos y demás requisitos que se estimen pertinentes, en armonía con el texto del artículo 486 del COOTAD, considerado en su integridad.

La resolución administrativa de partición que expide el Alcalde, constituye título de dominio para los beneficiarios o la municipalidad en el caso de beneficiarios no identificados, y al inscribirse en el Registro de la Propiedad, produce la adquisición del dominio por medio del modo jurídico de la tradición.

La finalidad de la potestad administrativa de partición, es regularizar el barrio mediante la división del inmueble en lotes que se adjudican a los beneficiarios, por lo que está relacionada con la competencia de regulación del uso y ocupación del suelo, que asignan a las municipalidades los artículos 264 numeral 2 de la Constitución de la República y 55 letra a) del COOTAD.

El inciso final del artículo 486 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no se puede aplicar en forma aislada, sino en armonía con todo el texto de esa norma. En consecuencia, las resoluciones de partición administrativa que adopte el Alcalde se deberán expedir sobre la base del procedimiento y requisitos generales previstos por esa norma, y de los requisitos específicos que establezca la Ordenanza que el Concejo debe expedir previamente, de conformidad con el inciso final del artículo 486 del mencionado Código Orgánico.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el ejercicio de la potestad administrativa de partición que confiere a las municipalidades el artículo 486 del COOTAD, se debe ejercer exclusivamente para la finalidad prescrita por esa norma, que es la regularización de barrios.

La oportunidad y conveniencia de resolver la regularización de barrios y en consecuencia los actos de partición administrativa y adjudicación de los lotes resultantes, son de exclusiva responsabilidad de los gobiernos autónomos descentralizados.

2.- El informe del Procurador Síndico manifiesta: "No es aplicable cobrar un precio por el terreno, peor al precio del mercado, aplicando análogamente lo que dicen los Arts. 436, 445 y 481 del COOTAD, por cuanto no se está vendiendo terrenos de posesión y propiedad municipal; sino simplemente se está otorgando un título de propiedad, en

reconocimiento a que una persona ha estado en posesión con el ánimo de dueño sobre un determinado lote de terrenos, conforme establece el Art. 715 del Código Civil”.

La Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas cita entre otras normas los artículos 57 letras b) y c) y 324 del COOTAD, que confieren al Concejo Municipal atribución para crear tasas por servicios; así como el artículo 65 del Código Tributario; y, sobre dicha base concluye: “Por lo expuesto, la Municipalidad establecerá las tasas correspondientes siempre que éstas se adecuen a la contraprestación del servicio que va a brindar y se adecuen a lo prescrito en el Art. 568 del COOTAD”.

La Secretaría Técnica del Comité Interinstitucional de Prevención de Asentamientos Humanos Irregulares, cita las letras d) y f) del artículo 486 del COOTAD y manifiesta que:

“No cabe el pago por parte de los beneficiarios hacia el GAD en razón al terreno o lote, ya que la municipalidad únicamente realiza el fraccionamiento, sin embargo para efectos de la determinación de la cesión gratuita corresponde ser establecida de acuerdo a la superficie del predio y el avalúo establecido para este procedimiento; en caso de presentarse lo establecido en el literal f) el valor a pagar por parte de los beneficiarios hacia quien presente el título de dominio del inmueble será el justo precio establecido por el juez de la causa; y, quedará a decisión del GAD el cobro de tasas por servicios técnicos que permitan el accionar y cumplimiento de la resolución de partición administrativa, al amparo de los Arts. 55 literal e) y 568 del COOTAD”.

La consulta tiene por objeto determinar si como consecuencia de la partición administrativa, la municipalidad debe cobrar a los adjudicatarios el precio de los lotes resultantes de la partición, así como las tasas por los diferentes actos provenientes de la municipalidad, expedidos desde el inicio hasta la conclusión del procedimiento de partición administrativa. Por tanto, se revisarán esos dos temas por separado.

a) Sobre el pago del precio de los lotes.

De acuerdo con el tenor de la letra d) del artículo 486 del COOTAD, la resolución administrativa de partición y adjudicación, constituye título de dominio del beneficiario, que se debe protocolizar ante Notario y luego inscribir en el Registro de la Propiedad.

De producirse controversia de dominio entre los adjudicatarios de los lotes objeto de la partición administrativa y particulares que reclamen dominio sobre ellos, su conocimiento y resolución corresponde a juez competente, en juicio ordinario, de acuerdo con la letra f) del citado artículo 486 del COOTAD.

Según el tenor de esa norma, aún en el caso de controversia de dominio respecto del inmueble objeto de la partición administrativa, ésta no se revierte; es decir, que el juicio tiene por objeto reconocer al dueño, si fuera un particular, el “valor en numerario que el beneficiario de la partición y adjudicación esté obligado a pagar por efecto del acto administrativo” conforme dispone esa norma.

En consecuencia, salvo cuando se trate de terrenos de posesión o propiedad municipal, no corresponde al Municipio cobrar el precio de los lotes resultantes de la partición administrativa, que efectúe en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 486 del COOTAD, pues según la letra f) de esa norma, aún cuando el pago del precio haya sido judicialmente establecido, dicho pago se deberá efectuar por los adjudicatarios a los particulares dueños del inmueble.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, según la letra f) del artículo 486 del COOTAD, el precio de los lotes resultantes de la partición administrativa, debe ser cancelado por los adjudicatarios a los particulares dueños.

Lo dicho sin perjuicio de la facultad de la Municipalidad para resolver la expropiación de predios con la finalidad de regular asentamientos humanos en el suelo urbano, según lo previsto en el artículo 596 del COOTAD.

b) Sobre las tasas por servicios.

Según el artículo 566 del COOTAD, las municipalidades tienen competencia para aplicar las tasas retributivas de servicios públicos que se establecen en este Código.

El artículo 568 del COOTAD, que cita la Directora Ejecutiva de la AME dispone que las tasas serán reguladas mediante ordenanza y enumera los servicios que generan el pago de ese tributo municipal, entre ellos los servicios administrativos, según la letra g) de esa disposición.

El procedimiento de partición administrativa se integra por diferentes actos que provienen de diversos órganos y dependencias de la municipalidad, que constituyen servicios.

Es decir que, los diversos actos que integran el procedimiento de partición administrativa, pueden consistir, individualmente considerados en servicios técnicos o administrativos que ordinariamente se deberían retribuir por el usuario mediante el pago de tasas, como por ejemplo el otorgamiento de certificaciones sobre dominio del inmueble, los informes técnicos provisional y definitivo, y la inscripción de la Resolución de partición y adjudicación de lotes.

La tasa es un tributo de acuerdo con el segundo inciso del artículo 1 del Código Tributario. Respecto de la exención, el artículo 31 de ese cuerpo normativo la define como: “La exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria, establecida por razones de orden público, económico o social”; y, el artículo 32 *Ibidem* 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”.

Es decir que el establecimiento de exenciones, esto es la dispensa de la obligación tributaria, es materia respecto de la cual existe reserva de ley, de acuerdo con el artículo 32 del Código Tributario; en consecuencia, los sujetos beneficiarios de la exención y el alcance de la dispensa de la obligación tributaria, deben ser establecidos por Ley.

Las exoneraciones que establece la letra e) del artículo 486 del COOTAD (el texto íntegro de esa disposición fue transcrito al atender su primera consulta), según el contexto general de esa norma y su tenor literal, están limitadas a: “Las certificaciones que sean requeridas, la inscripción de la resolución administrativa de partición y adjudicación o de cualquier otro instrumento que se genere en este procedimiento”.

En consecuencia, la Municipalidad tiene competencia para aplicar y cobrar tasas retributivas sobre los servicios públicos que preste en el procedimiento de partición administrativa, salvo aquellos expresamente exentos por la letra e) del artículo 486 del COOTAD.

3.- (Reformulada en oficio No. GADMG-A-2013-285-O de 31 de julio de 2013).

El informe del Procurador Síndico, contenido en Dictamen Legal No. GADMG 016-2013 de 31 de julio de 2013, manifiesta que: “(...) los bienes inmuebles urbanos de dominio privado, sobre los cuales está en posesión el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Gualaquiza con el ánimo de dueño por muchos años, de manera pública, pacífica ininterrumpida, sin ostentar ningún documento que sirva de título de propiedad, se encuentran en la situación jurídica del Art. 715 del Código Civil (...)”.

Por su parte, la Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas expone que: “(...) la pregunta sale del contexto de lo que es objeto de la consulta, es decir de la partición administrativa, y se adecua a los bienes mostrencos previstos en el Art. 419 literal c), estos tienen un tratamiento distinto a la partición”; y, agrega: “Consideramos que la duda recae respecto de quién es el propietario de los bienes que carecen de título inscrito, estos bienes como dejamos expuesto son los mostrencos, y

la propiedad por mandato de la ley lo es de la Municipalidad en la circunscripción territorial del área urbana del Cantón”.

En similar sentido, el informe de la Secretaría Técnica del Comité Interinstitucional de Prevención de Asentamientos Humanos Irregulares, cita el artículo 605 del Código Civil que establece que son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño; el artículo 38 de la Ley de Desarrollo Agrario según el cual forman parte del patrimonio del extinguido INDA (actual Subsecretaría de Tierras del MAGAP), las tierras rústicas que carecen de otros dueños; y, el artículo 419 letra c) del COOTAD que establece que son bienes de dominio privado de los gobiernos autónomos descentralizados, los bienes mostrencos situados dentro de las respectivas circunscripciones territoriales y concluye que:

“(…) por tratarse de un inmueble urbano dentro de la circunscripción territorial del Cantón Gualaquiza, en aplicación del artículo 57 literal a) del COOTAD, ejerciendo la atribución de la facultad normativa en las materias de competencia del GAD municipal, el Concejo Municipal deberá expedir la correspondiente ordenanza cantonal, acuerdo o resolución que posteriormente protocolizada e inscrita en el Registro de la Propiedad, le permita ser el titular del dominio del inmueble”.

De los criterios institucionales transcritos se desprende que, mientras el Procurador Síndico de la Municipalidad consultante alude a las normas que establecen el procedimiento para adquirir dominio sobre bienes inmuebles respecto de los cuales la municipalidad está en posesión; la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas y la Secretaría Técnica del Comité Interinstitucional de Prevención de Asentamientos Humanos Irregulares se refieren a las normas que rigen para los bienes mostrencos, que carecen de otro dueño y que en consecuencia, son propiedad del Estado.

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

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

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

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

OF. PGE. N°: 14211, de 28-10-2013

TRANSFERENCIAS GRATUITAS A PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DE LA PROVINCIA DE PICHINCHA

CONSULTAS:

1.- “¿Está facultado el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha, para otorgar ayudas públicas, apoyos, subsidios, subvenciones u otras formas de aporte estatal, en programas y proyectos de beneficio directo de la colectividad, a personas naturales y jurídicas de derecho privado; conforme las excepciones que se consideren según el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la reglamentación del mismo expedida por el Presidente de la República, y los procedimientos, criterios y orientaciones generales para las transferencias de recursos a personas naturales y jurídicas de derecho privado en los programas y proyectos de beneficio a la colectividad del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha, aprobados por el Consejo Provincial de Pichincha?”.

2.- “¿El caso general de excepción, regulado por el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo 544 publicado en el Registro Oficial 329 de 26 de noviembre de 2010, a la prohibición de realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, establecida en el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, excepción consistente en la ‘ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad’, sustenta legalmente la donación de dinero a los beneficiarios calificados de programas y proyectos de vivienda de interés social o a sus organizaciones con personalidad jurídica, con la finalidad de

que estos adquieran los terrenos de implantación de tales programas y proyectos de vivienda social que el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha ejecuta por administración directa o a través de la Empresa Provincial de Vivienda; o la donación para el objeto indicado contraviene el artículo 436 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, reformado por la Ley No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento 166 de 21 de Enero del 014, que limita las donaciones de bienes de dominio privado al sector público?”.

3.- “¿El caso general de excepción regulado por el Presidente de la República, mediante Decreto Ejecutivo 544 publicado en el Registro Oficial 329 de 26 de noviembre de 2010, a la prohibición de realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, establecida en el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, excepción consistente en el ‘eje ejecución de programas o proyectos de inversión en beneficio directo de la colectividad’, sustenta legalmente la donación de inmuebles a los beneficiarios calificados de programas y proyectos de vivienda de interés social o a sus organizaciones con personalidad jurídica, destinados a la implantación de esos programas y proyectos de vivienda social que el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha ejecuta por administración directa o a través de la Empresa Provincial de Vivienda; o la donación para el objeto indicado contraviene el artículo 436 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, reformado por la Ley No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento 166 de 21 de Enero del 014, que limita las donaciones de bienes de dominio privado al sector público?”.

4.- “¿La aplicación del artículo 446, inciso segundo, del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización da lugar a la posibilidad jurídica de diferimiento del pago de bienes expropiados con objeto de programas y proyectos de vivienda de interés social, mediante planes de pago que contemplen tasas de interés y plazos preferenciales; o esto constituiría infracción del artículo 347 ibídem, que prohíbe a los gobiernos autónomos descentralizados dar en préstamo sus fondos; y, lo propio puede hacer la Empresa Provincial de Vivienda con fundamento en las excepciones nacidas al amparo del artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, respecto a transferencias gratuitas a personas naturales y jurídicas de derecho privado?”.

5.- “¿La expresión ‘destinar el bien expropiado a los fines expresados en la declaratoria’ en relación a la aplicación de la norma de reversión contenida en el primer inciso del artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y el establecimiento de un banco de tierras debe entenderse en el sentido de terminación de la obra o prestación efectiva del servicio público?”.

6.- “El artículo 436 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización es aplicable a bienes muebles que adquiere el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha, con el fin específico de transferirlos (sic)

a personas naturales o jurídicas de derecho privado, en programas de beneficio directo a la comunidad; o, están sujetos a la Norma de Control Interno 406-05 Sistema de registro, expedida por la Contraloría General del Estado, en tanto no son activos y, por consiguiente constituyen una excepción a la restricción del referido artículo 436 del Código; o mejor, se pueden considerar activos adquiridos con objeto de la prestación de un servicio público, y ser transferidos gratuitamente a personas naturales y jurídicas de derecho privado en aplicación del artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas?”.

7.- “¿Los incisos primero y segundo del artículo 418 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización dan lugar a que los bienes de activo fijo o circulante de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, mencionados en el literal c) del mismo, se sujeten al régimen patrimonial previsto para la Administración Pública del Gobierno Autónomo Descentralizado, en lo que corresponda a su personalidad jurídica y competencias orgánico, o se precisa atender a la existencia de disposiciones expresas en el Código de la referencia, en los procedimientos que específicamente legisla?”.

8.- “¿A los efectos contemplados en el artículo 50, letra k) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; la autorización del Legislativo Provincial para transferencias gratuitas a personas naturales y jurídicas de derecho privado, o el acto normativo que establezca el procedimiento de ordenación del gasto, requieren mayoría calificada?”.

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 del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 58.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 104.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 50 lit. k), 322, 323, 347, 436, 444, 446 y 454.

Código de Procedimiento Civil, Art. 802.

Reglamento al artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 1

Res. N° 017, R.O N° 102 de 11-06-2007, Art. 2.

Norma de Control Interno No. 406-05.

PRONUNCIAMIENTOS:

Me refiero a su oficio No. OFI-21-DGS-14 de 6 de marzo de 2014, ingresado a esta Procuraduría el 14 de marzo del presente año, por el que reformula las consultas inicialmente planteadas a este Organismo por la señora Marcela Costales, Prefecta Subrogante del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Pichincha.

Con oficio No. OFI-8-DGS-14 de 28 de enero de 2014, ingresado el 6 de febrero del presente año, la Prefecta Subrogante formuló a la Procuraduría General del Estado ocho consultas relacionadas con la aplicación de los artículos 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, 436 (reformado) y 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Mediante oficio No. 16402 de 24 de febrero de 2014, este Organismo solicitó a ese Gobierno Autónomo reformular las consultas segunda, tercera, cuarta, quinta y séptima, a fin de que traten sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, en armonía con las atribuciones que asignan al Procurador General del Estado los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República y 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 las consultas, mediante oficios Nos. 16403, 16404 y 16405 de 24 de febrero de 2014, esta Entidad solicitó el criterio institucional del Presidente del Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales (CONGOPE) y del Presidente del Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales (CONAGOPARE), así como del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas.

Nuestros requerimientos han sido atendidos por la Directora Ejecutiva de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, mediante Oficio No. AME-DE-2014-0069 de 10 de marzo de 2014, recibido el 10 de marzo del presente año; y, por el Director Ejecutivo del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, mediante oficio No. 2014-00042-DEC de 12 de marzo de 2014, ingresado el 13 de marzo del presente año, al que se ha adjuntado el informe del Director de Asesoría Jurídica de esa entidad asociativa, contenido en memorando No. 034-2014 DAJ de 11 de marzo de 2014.

Con oficio No. 16685 de 21 de marzo de 2014, dirigido al Presidente de Consorcios de Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales (CONAGOPARE), se insistió en que esa entidad remita su criterio institucional sobre los temas materia de consulta; dicha entidad ha atendido nuestro pedido con oficio No. 403-14-CCH-DG-CONAGOPARE de 10 de abril de 2014, recibido en la misma fecha.

El informe del Procurador Síndico contenido en memorándum No. MEM-77-DGS-14 de 28 de enero de 2014, refiere como antecedente que el gobierno autónomo descentralizado provincial de Pichincha requiere implementar proyectos de vivienda de interés social mediante la expropiación de inmuebles para la construcción de unidades habitacionales y su posterior transferencia a los beneficiarios a título gratuito o mediante subvenciones; y, en memorándum No. MEM-184-DGS-14 de 5 de marzo de

2014, remitido adjunto a la comunicación que contesto, se amplía el informe jurídico sobre los temas materia de las consultas reformuladas.

A la comunicación inicial se ha acompañado copia certificada de la Resolución adoptada por el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha, que contiene los “Criterios y Orientaciones Generales para las Transferencias de Recursos a personas naturales, jurídicas de derecho privado en los programas y proyectos del gobierno autónomo descentralizado de la provincia de Pichincha”, expedida por el consejo provincial en aplicación del Reglamento al artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; según su artículo 1, ese instrumento es aplicable “(...) a las transferencias directas de recursos públicos que producen afectación del Presupuesto del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha”.

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

PRIMERA CONSULTA

Mediante oficio No. 12882 de 19 de abril de 2013, esta Procuraduría se ha pronunciado sobre el tema materia de su primera 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.

SEGUNDA Y TERCERA CONSULTAS (REFORMULADAS)

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

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

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

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

CUARTA CONSULTA (REFORMULADA)

El informe del Procurador Síndico de la entidad consultante manifiesta que: “En la medida en que el artículo 446, inciso segundo, del Código de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dentro del plan dispositivo del mismo, es una norma especial, y con aplicación concordante de las excepciones reguladas por el Ejecutivo al artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el Gobierno Provincial y la Empresa Provincial de Vivienda pueden hacer uso de la discrecionalidad que la Ley faculta, y establecer las condiciones y forma de pago, determinando tasas de interés y plazos preferenciales, en el marco de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias en hábitat y vivienda”.

El Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales expone que: “Los pagos de los bienes expropiados con objeto de programas y proyectos de vivienda de interés social pueden diferirse mediante planes de pago que contemplan tasas y plazos preferenciales, conforme al artículo 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; así como debería proceder de igual manera la Empresa Provincial de Vivienda con fundamento en las excepciones nacidas al amparo del artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, respecto a transferencias gratuitas a personas naturales y jurídicas de derecho privado”.

El criterio de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas es el siguiente:

“En las preguntas anteriores quedó claro la aplicación del Art. 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y su reglamentación. En cuanto a la forma de pago si bien es cierto el Art. 446 del COOTAD expresa que el gobierno autónomo descentralizado establecerá las condiciones y forma de pago, esto significa el valor por la vivienda de interés social, aquí no entra el concepto de tasa, para mejor ilustración al respecto ruego revisar la sentencia dictada por la Corte Constitucional No. 003-09-SIN-CC, R.O. 644-S, 29-VII-2009”.

La Resolución de la Corte Constitucional a la que alude el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, analizó la naturaleza tributaria de las tasas aeroportuarias y declaró que: “(...) el servicio aeroportuario es esencial y debe cobrarse vía tasa, y los ingresos percibidos y que se perciben a partir del cobro de la misma, son públicos, forman parte del genérico recursos públicos y, por tanto, deben ingresar directamente a las arcas del Estado con el objeto de atender al gasto público”. La citada Resolución no es aplicable al tema materia de consulta, que no está relacionada con el pago de tasas por servicios públicos, sino sobre la aplicación del artículo 446 del COOTAD que regula la venta de bienes a los beneficiarios de proyectos de vivienda de interés social.

El Presidente del CONAGOPARE cita el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que regula el procedimiento de adquisición de inmuebles por las entidades públicas mediante declaratoria de utilidad pública, y concluye que: “(...) el pago de los bienes expropiados con objeto de programas y proyectos de vivienda de interés social, puede diferirse mediante planes de pago que contemplen tasas y plazos preferenciales, siempre y cuando las partes de mutuo acuerdo así lo resolvieren, caso contrario deben ceñirse a los plazos que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, otorga, en su Art. 58”.

El segundo inciso del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (reformado) que cita el CONAGOPARE, dispone que: “Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el lapso máximo de noventa (90) días; sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble”. Es decir que, dicha norma se refiere al pago del justo precio del inmueble expropiado a su anterior propietario; y por tanto, no es aplicable al tema materia de consulta, referida a la posterior transferencia del bien a terceros, materia específicamente regulada por el artículo 446 del COOTAD, que establece:

“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”.

El segundo inciso del artículo 446 del COOTAD, previamente transcrito, sobre cuya aplicación trata la consulta, no se refiere al pago del precio del inmueble expropiado sino al precio de su venta posterior a los beneficiarios de los proyectos de urbanización y vivienda de interés social; y al efecto, autoriza al respectivo gobierno autónomo descentralizado, a establecer las condiciones y forma de pago del precio de venta.

El artículo 347 del COOTAD, que cita la entidad consultante al formular la pregunta, “(...) prohíbe a los gobiernos autónomos descentralizados dar en préstamo sus fondos”; sin embargo, la consulta no alude al otorgamiento de préstamos con los fondos del gobierno autónomo, sino que trata sobre la aplicación del segundo inciso del artículo 446 del COOTAD, antes citado que, para el caso de expropiación para realizar programas de urbanización y vivienda de interés social dispone que los terrenos expropiados con tal fin sean posteriormente vendidos a los beneficiarios; y, al efecto autoriza al gobierno autónomo descentralizado a establecer las condiciones y forma de pago del precio.

La consulta alude a un diferimiento del pago del precio de los terrenos destinados al desarrollo de proyectos de vivienda de interés social, por lo que resulta pertinente considerar que la palabra “diferir” es sinónimo de “Demorar, posponer (...)” (Diccionario Océano Práctico de Sinónimos y Antónimos, pág. 202).

Es decir que, en el contexto de la consulta, el diferimiento del pago del precio de los terrenos, por parte de los beneficiarios de los proyectos de vivienda de interés social, se refiere a la posibilidad de que el gobierno autónomo autorice y admita pagos parciales o a plazo, del total del precio.

Del análisis que precede se desprende que, la parte final del segundo inciso del artículo 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, faculta a los GADs a establecer las condiciones y formas de pago del precio de venta de los terrenos resultantes de una expropiación para el desarrollo de vivienda de interés social.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el segundo inciso del artículo 446 del COOTAD, el gobierno autónomo descentralizado está facultado para autorizar que los beneficiarios de los proyectos de vivienda de interés social, efectúen el pago total del precio de los respectivos terrenos, mediante planes de pago que contemplen tasas de interés y plazos, según las condiciones y forma de pago establecidas por el gobierno autónomo descentralizado.

QUINTA CONSULTA (REFORMULADA)

El informe del Procurador Síndico manifiesta que: “2.3.3. La constitución de un banco de tierras, a la que hace referencia la política provincial materia de la presente consulta, también encontraría dificultades de cumplimiento, en términos prácticos, por el derecho de reversión establecido en el artículo 454 del COOTAD”.

Al reformular la consulta, el informe del Procurador Síndico cita adicionalmente los artículos 446 del COOTAD y 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que regulan la expropiación de inmuebles, y concluye que:

“La utilidad pública o el interés social que motivan el acto administrativo deben concretarse o relacionar un fin específico, y la Administración Pública Provincial destinar el bien expropiado a ese fin, sin que ello implique necesariamente la terminación de la obra o la prestación efectiva del servicio, que en el caso de la vivienda de interés social se opera por una sola vez.

En tal sentido, el banco de tierras constituye un fin que constando en la declaratoria se cumple en forma inmediata, desde que los bienes expropiados ingresan en el inventario con finalidad o destino de vivienda de interés social”.

El CONGOPE considera “(...) procedente constituir un banco de tierras destinadas a programas y proyectos de vivienda de interés social y así mantener una adecuada administración de los bienes expropiados a efectos de aplicación de la norma de revisión contenida en el primer inciso del artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

El CONAGOPARE expone que: “No existe una especificación normativa en lo que respecta al manejo de un ‘banco de tierras’ para el financiamiento de programas de vivienda programados por el Gobierno Provincial, para lo cual, en función de la facultad normativa y la garantía de autonomía que enviste a los Gobiernos Provinciales, mediante su ordenamiento propio podrían regular esta situación”.

Por el contrario, la AME manifiesta:

“En lo atinente a la reversión establecida en el primer inciso del Art. 454 del COOTAD, para su aplicación debe entenderse que una vez notificado el propietario del bien expropiado con la resolución de la declaratoria de expropiación el Gobierno Autónomo Descentralizado tiene un año para ejecutar el objeto de la expropiación, caso contrario el propietario tiene la facultad de solicitar la reversión, es decir, que se le devuelva el

terreno por la inactividad en la ejecución de la expropiación, esto guarda armonía con lo dispuesto en el Art. 802 del Código de Procedimiento Civil”.

El artículo 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, ubicado en la Sección Séptima “Expropiaciones”, que establece el procedimiento único aplicable al efecto, dispone en su primer inciso que, la resolución de declaratoria de utilidad pública debe contener: “(...) en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará (...)”. Concordante, el artículo 454 del COOTAD, dispone lo siguiente:

“Art. 454.- Reversión.- En cualquier caso en que el gobierno autónomo descentralizado no destinare el bien expropiado a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública, dentro del plazo de un año, contado desde la fecha de la notificación de tal declaratoria, el propietario podrá pedir su reversión en la forma establecida en la ley.

De igual manera, podrá solicitar la reversión en el caso que el gobierno autónomo descentralizado no hubiere, dentro del mismo plazo, cancelado el valor del bien siempre que no haya sentencia de por medio”.

La reversión se define como: “1. Restitución de las cosas al estado anterior. 2. Retracto. 3. Devolución de una propiedad a su dueño anterior. /R., DERECHO DE: 1. El que tiene el dueño a que se le restituya en ciertos casos un bien expropiado u ocupado temporalmente por decisión de autoridad”.

Mientras que, los servicios públicos son: “(...) prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejercicio *per se* o por terceros, mediante concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo fiscalización estatal. Es decir, puede tratarse de la provisión de agua, luz, gas, teléfonos, como de la prestación de servicios de educación, salud, transporte, seguridad”. (Dromi, Derecho Administrativo, novena edición, ciudad Argentina, pág. 693)

De conformidad con el artículo 447 del COOTAD, la resolución de declaratoria de utilidad pública o interés social debe expresar obligatoriamente el fin al que se destinará el inmueble que se expropia; el incumplimiento de dicha finalidad, en el plazo de un año contado desde la notificación de la declaratoria de utilidad pública o interés social, da lugar a que el ex propietario pueda solicitar la reversión, esto es a la restitución del inmueble expropiado, según prescribe el artículo 454 del COOTAD.

El artículo 804 del Código de Procedimiento Civil, al que se ha referido el criterio institucional de la AME, también prevé la posibilidad de que al no destinarse el

inmueble al objeto que motivó la expropiación, el ex propietario pueda solicitar la reversión. Dicha norma dispone:

“Art. 804.- Si la cosa expropiada no se destinare al objeto que motivó la expropiación, dentro de un período de seis meses, contados desde que se hizo la última notificación de la sentencia, o no se iniciaren los trabajos dentro del mismo plazo, el dueño anterior puede readquirirla, consignando el valor que se pagó por la expropiación, ante el mismo juez y el mismo proceso.

La providencia que acepte la readquisición, se protocolizará e inscribirá, para que sirva de título”.

El análisis de la materia objeto de la consulta, impone considerar que el derecho a la propiedad se garantiza por el artículo 66 numeral 26 de la Constitución de la República; y, por tanto la expropiación se justifica en tanto dicha medida obedezca a razones específicas de utilidad pública o interés social y nacional.

Adicionalmente, el artículo 481 reformado del COOTAD, prevé en su segundo inciso que: “(...) Los terrenos que no son utilizados por los gobiernos autónomos descentralizados, a pedido del Gobierno Central podrán ser destinados a programas de vivienda de interés social, con el compromiso de cubrir los gastos de infraestructura básica necesaria, para garantizar el derecho a la vivienda”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 454 del COOTAD, el ex propietario del inmueble expropiado puede solicitar la reversión, si dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la declaratoria de interés social que establece esa norma, el gobierno autónomo descentralizado no destina el inmueble expropiado a los fines expresados en la respectiva declaratoria de utilidad pública, es decir si no hubiere aprobado un proyecto específico de urbanización y vivienda de interés social, pues aquello configuraría el incumplimiento del destino para el que se expropió, que es el presupuesto jurídico establecido en el artículo 454 del COOTAD, para que proceda la reversión.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de las normas jurídicas, pues no corresponde a este Organismo pronunciarse respecto de las políticas adoptadas por un gobierno autónomo descentralizado.

SEXTA CONSULTA

El artículo 436 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), sobre cuya aplicación trata su consulta, fue sustituido

por el artículo 34 de la Ley Orgánica reformativa del COOTAD, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014.

Antes de su reforma, el artículo 436 del COOTAD tenía el siguiente texto:

“Art. 436.- Autorización de venta.- Los consejos, concejos o juntas, podrán acordar y autorizar la venta, permuta o hipoteca de los bienes inmuebles de uso privado, o la venta, trueque o prenda de los bienes muebles, con el voto de los dos tercios de los integrantes. Para la autorización se requerirá el avalúo comercial real considerando los precios de mercado”.

Según su tenor literal, la norma transcrita autorizaba la venta, permuta o hipoteca de los inmuebles de uso privado de los gobiernos autónomos descentralizados, y la venta, trueque o prenda de bienes muebles; dicha norma no contemplaba la donación de bienes de esas entidades, materia entonces regulada exclusivamente por el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y su Reglamento de aplicación, que prohíbe la donación de bienes de las entidades públicas en beneficio del sector privado y establece la excepción a dicha prohibición, respectivamente.

Luego de la reforma, el texto vigente del artículo 436 del COOTAD tiene el siguiente tenor:

“Art. 436.- Autorización de transferencia.- Los consejos, concejos o juntas, podrán acordar y autorizar la venta, donación, hipoteca y permuta de los bienes inmuebles públicos de uso privado o la venta, donación, trueque y prenda de los bienes muebles, con el voto de los dos tercios de los integrantes. Para la autorización no se podrá contemplar un valor inferior al de la propiedad, de acuerdo con el registro o catastro municipal actualizado. La donación únicamente procederá entre instituciones del sector público”.

Según su tenor, la norma reformada autoriza a los gobiernos autónomos descentralizados la donación de sus bienes inmuebles de uso privado, o muebles, pero la limita exclusivamente respecto de otras instituciones del sector público.

El informe del Procurador Síndico, en el acápite “transferencias gratuitas de bienes muebles”, manifiesta que: “2.3. Los programas de beneficio directo a la comunidad (que constituyen la excepción general a la restricción establecida en el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas) eventualmente pueden incluir donaciones de equipos, abonos, alimentos y otros bienes muebles”. Agrega que, esa clase de bienes no son activos fijos de la institución sino que se clasifican como bienes de activo fijo o circulante, según la letra g) del artículo 418 del COOTAD.

Cita el Procurador Síndico los artículos 444 del COOTAD y 103 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento General de Bienes del Sector Público, que regulan la venta de artículos que las entidades del Estado han adquirido o producido para la venta al público (transferencia onerosa) por lo que, a su criterio, dichas normas no son aplicables al tema materia de consulta que trata sobre la donación (transferencia gratuita) de bienes de los gobiernos autónomos descentralizados.

El informe invoca adicionalmente, la Norma de Control Interno No. 406-05, cuyo inciso final prevé que: “Los bienes que no reúnan las condiciones para ser registrados como activos fijos, se registrarán directamente en las cuentas de gastos o costos según corresponda y simultáneamente se registrarán en una cuenta de orden, conforme lo establece la normativa de contabilidad gubernamental (...)” Concluye el referido informe que:

“(...) las transferencias gratuitas en programas y proyectos de beneficio directo de la comunidad, no constituyen donaciones de bienes de dominio privado, y no se sujetan al artículo 436 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. (...) el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas contiene una norma competente, especial y posterior que incluye una excepción, y esta es aplicable cumplidos los procedimientos y criterios aprobados por el Consejo Provincial, a raíz de lo dispuesto por el Presidente de la República al tiempo de reglamentar el indicado artículo”.

El Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales expone que: “Los bienes muebles que adquiere el Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha, con el fin específico de transferidos (sic) a personas naturales o jurídicas de derecho privado, en programas de beneficio directo a la comunidad; pueden considerarse activos adquiridos con objeto de la prestación de un servicio público, y ser transferidos gratuitamente a personas naturales y jurídicas de derecho privado en aplicación del artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”.

El CONAGOPARE cita el texto del artículo 436 del COOTAD antes de su reforma y se remite a los acápite 1 y 2 de su criterio institucional, en los que cita en lo principal el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y su Reglamento; y, concluye: “2.2. (...) el Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Pichincha, tiene carta abierta y facultad legal, para otorgar ayudas públicas, apoyos, subsidios, subvenciones u otras formas de aporte estatal, en programas y proyectos de beneficio directo de la colectividad, a personas naturales y jurídicas de derecho privado; lo puede hacer en dineros, que vendrá a constituir como ayuda pública u otra forma de aporte estatal”.

La Asociación de Municipalidades Ecuatorianas manifiesta: “La pregunta está referida al Art. 436 antes de la reforma, ahora esta disposición es clara e incluso advierte que la donación sólo procede entre instituciones del sector público en lo que se refiere a bienes privados de la municipalidad, no dejando espacio para donar a otras clases de personas”.

El artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que ha invocado la entidad consultante, como las entidades asociativas de gobiernos autónomos cuyo criterio institucional ha solicitado este Organismo, 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 citada disposición legal tiene el siguiente tenor:

“Art. 104.- Prohibición de donaciones.- Prohíbese a las entidades y organismos del sector público realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, con excepción de aquellas que correspondan a los casos regulados por el Presidente de la República, establecidos en el Reglamento de este Código, siempre que exista la partida presupuestaria”.

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, publicado en el Registro Oficial No. 329 de 26 de noviembre de 2010, 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”.

Sobre la aplicación de las normas transcritas, en el pronunciamiento contenido en oficio No. 12882 de 19 de abril de 2013 al que me referí al atender su primera consulta, concluí 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 decir que, las transferencias que por excepción están facultadas a efectuar las entidades públicas en el contexto de un programa en beneficio directo de la comunidad, es materia específicamente regulada para todo el sector público por el artículo 1 del Reglamento de aplicación del artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; mientras que, el artículo 436 del COOTAD, que según se manifestó en los antecedentes inicialmente no previó la donación de bienes de los gobiernos autónomos descentralizados, a partir de su reforma faculta dicha donación únicamente en beneficio de otras entidades públicas.

No obstante, cabe distinguir una donación de bienes muebles de los gobiernos autónomos descentralizados reglada por el artículo 436 reformado del COOTAD, de la compra de bienes que efectúe un gobierno autónomo con el objeto de entregarlos a terceros en el contexto de un programa en beneficio directo de la comunidad, materia regulada por el artículo 1 del Reglamento de aplicación del artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que, por excepción faculta a las entidades públicas “(...) a efectuar 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”.

Las Normas Técnicas de Control Interno, aprobadas por Acuerdo de la Contraloría General del Estado No. 39, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 87 de 14 de diciembre de 2009, en el acápite 406-05 que cita la entidad consultante, bajo el título “Sistema de registro” para el control contable de los bienes de las entidades públicas dispone que se efectúen “registros detallados con valores que permitan controlar los retiros, traspasos o bajas de los bienes, a fin de que la información se encuentre actualizada y de conformidad con la normativa contable vigente”. La misma norma prevé que: “Los bienes que no reúnan las condiciones para ser registrados como activos fijos, se registrarán directamente en las cuentas de gastos o costos según corresponda y simultáneamente se registrarán en una cuenta de orden, conforme lo establece la normativa de contabilidad gubernamental, vigente”.

Las normas técnicas de control interno regulan el registro contable de los bienes de las entidades públicas, por lo que no constituyen norma competente para autorizar su transferencia.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el artículo 436 reformado del COOTAD, que faculta a los gobiernos autónomos descentralizados para donar bienes muebles, únicamente en beneficio de otras entidades públicas, no es aplicable a la entrega de bienes muebles en programas de ayuda directa a la colectividad, que es una materia regulada por el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y su Reglamento.

Respecto de las transferencias de recursos públicos que, por excepción faculta a las entidades el artículo 1 del Reglamento al artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, 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 un nuevo pronunciamiento al respecto.

SÉPTIMA CONSULTA (REFORMULADA)

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

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

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

De la lectura de los términos de su consulta reformulada, no aparece que esté dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de mis competencias previstas en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo que me abstengo de atenderla.

OCTAVA CONSULTA

Según su contexto, la consulta está referida a las transferencias de recursos públicos que, por la excepción establecida en el artículo 1 del Reglamento al artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, las entidades públicas están facultadas a efectuar 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. En tal sentido, la consulta alude a dos escenarios en los que debe intervenir el órgano legislativo del gobierno provincial, el primero para autorizar dichas transferencias gratuitas; y, el segundo, para aprobar un acto normativo que establezca el procedimiento de ordenación de gastos.

De acuerdo con la letra k) del artículo 50 del COOTAD, es atribución del prefecto provincial: “k) Suscribir contratos, convenios e instrumentos que, comprometan al gobierno autónomo descentralizado provincial, de acuerdo con la ley. Los convenios de crédito o aquellos que comprometan el patrimonio institucional requerirán autorización del consejo provincial, en los montos y casos previstos en las ordenanzas provinciales que se dicten en la materia”.

El informe del Procurador Síndico manifiesta que: “Los procedimientos para transferencias gratuitas prevén la celebración de un convenio, por lo que el Consejo puede establecer montos y casos en los cuales se requerirá su autorización”.

El Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales manifiesta que: “A los efectos contemplados en el artículo 50, letra k) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; la autorización del Legislativo Provincial para transferencias gratuitas a personas naturales y jurídicas de derecho privado, deben proceder mediante autorización del consejo provincial por cuanto esto involucra un movimiento del patrimonio institucional”.

El CONAGOPARE invoca el artículo 322 del COOTAD, que regula la aprobación de Ordenanzas y concluye que: “(...) toda decisión legislativa adoptada por los GADS requiere de voto conforme de la mayoría de sus miembros (...)”; mientras que, la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas cita el artículo 323 del COOTAD, que regula la aprobación de otros actos normativos y concluye que: “Cabe inferir que la mayoría calificada cuando es el caso aplicarla viene dado por la propia norma, es decir, la disposición del COOTAD establece claramente los casos en los cuales se aplica la mayoría calificada de las dos terceras partes, para el caso materia de la consulta se aplica la mayoría simple”.

Sobre la mayoría que requieren los gobiernos autónomos descentralizados para adoptar decisiones, en pronunciamiento contenido en oficio No. 1262 de 7 de abril de 2011, manifesté:

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

De acuerdo con el artículo 1 del Reglamento del artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el Legislativo del gobierno autónomo descentralizado debe establecer los criterios y orientaciones de las transferencias gratuitas a personas naturales y jurídicas de derecho privado, mediante Resolución que es un acto normativo distinto de la Ordenanza.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la autorización del legislativo provincial para transferencias gratuitas a personas naturales y jurídicas de derecho privado, que se efectúen en aplicación de la excepción que establece el artículo 1 del Reglamento al artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, se debe efectuar mediante Resolución según prescribe esa norma; tratándose de una Resolución, se debe aprobar por mayoría simple esto es, por el parecer mayoritario de los integrantes del concejo votantes en un solo debate, según el artículo 323 del COOTAD y mi pronunciamiento contenido en oficio No. 01262 de 7 de abril de 2011; mientras que, para la aprobación de la Ordenanza que regule el procedimiento de ordenación de gasto, se requiere mayoría absoluta de la mitad más uno de los miembros del Concejo, según el artículo 322 del COOTAD y el citado pronunciamiento.

OF. PGE. N°: 17251 de 09-05-2014

TRANSPORTE: APLICACIÓN A MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA EN SERVICIO ACTIVO, VIGILANTES, AUTORIDADES O EMPLEADOS CIVILES DE LOS GOBIERNOS MUNICIPALES

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RUMIÑAHUI

CONSULTA:

“¿Si lo establecido en la Disposición General Décima Octava de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, es aplicable únicamente a quienes laboren en la Dirección de Transportes del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Rumiñahui, o a todos los funcionarios y empleados de la Municipalidad, tomando en consideración que la competencia que se ha asumido es atribución exclusiva de dicha Dirección, conforme lo dispuesto en la Ordenanza Municipal No. 003-2013?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 232 y 264.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Art. 130 inciso segundo.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Disposición General Décima Octava.

Ordenanza Municipal No. 003-2013, que regula la Gestión del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial en el Cantón Rumiñahui, Art. 2.

Resolución No. 006-CNC-20 126, Registro Oficial Suplemento del N° 712 de 29 de mayo de 2012, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa el criterio jurídico del GAD Municipal constante en oficio No. 2013-610-S-GADMUR, en el cual la Procuradora Síndica expresa que:

“(…) lo establecido en la Disposición General Décima Octava de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, es aplicable únicamente al personal que labora en la Dirección de Transportes del GADMUR y no a todas las autoridades y funcionarios que laboren en la institución, por cuanto de conformidad a lo dispuesto en la Ordenanza Municipal No. 003-2013 señalada anteriormente, exclusivamente la Dirección de Transporte se encargará de gestionar, coordinar, administrar, ejecutar y fiscalizar todo lo relacionado con el Sistema de Transporte del Cantón Rumiñahui, que comprende el tránsito, el transporte, la red vial y el equipamiento”.

De conformidad con el artículo 232 de la Constitución de la República del Ecuador, no pueden ser funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan, además, los servidores públicos deben abstenerse de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios.

El numeral 6 del artículo 264 de la Carta Fundamental, menciona entre las competencias exclusivas de los gobiernos municipales, el “Planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte público dentro de su territorio cantonal”.

El segundo inciso del artículo 130 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización –COOTAD-, contempla que: “A los gobiernos autónomos descentralizados municipales les corresponde de forma exclusiva planificar, regular y controlar el tránsito, el transporte y la seguridad vial, dentro de su territorio cantonal”.

La Disposición General Décima octava de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, citada en el texto de su consulta, prevé que:

“Los miembros de la fuerza pública en servicio activo, vigilantes, autoridades o empleados civiles que trabajen en los organismos relacionados con el tránsito y el transporte terrestre, no pueden mantener directamente o a través de terceras personas unidades de su propiedad en las diferentes operadoras de transporte público o comercial en el país. El incumplimiento a esta disposición será sancionado con la separación del cargo y multa de veinte salarios básicos unificados.

Lo establecido en la presente disposición se aplicará hasta dos años después de haber dejado de ser funcionarios de los organismos de transporte terrestre, tránsito y seguridad vial”.

El doctor Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, define a la palabra “organismo” entre otras acepciones, como: la “Entidad compuesta de diversas ramas u oficinas al servicio de una finalidad”.

En el mismo sentido, el citado autor define al Organismo Autónomo como: la “Entidad de Derecho Público creada por la ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independientes de los del Estado, a la que se encomienda expresamente, en régimen de descentralización, la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de

finés diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya sean patrimoniales o de dominio público (...).”

En el oficio que contesto, se cita el artículo 2 de la Ordenanza Municipal No. 003-2013, que regula la gestión del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial en el Cantón Rumiñahui, el mismo que señala lo siguiente: “Art. 2.- La Dirección de Transporte del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Rumiñahui, se encargará de gestionar, coordinar, administrar, ejecutar y fiscalizar todo lo relacionado con el Sistema de Transporte del Cantón Rumiñahui, que comprende el tránsito, el transporte, la red vial y el equipamiento, en concordancia con el Plan Maestro de Transporte”.

Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, constituyen organismos a los cuales la Constitución y las Leyes les otorgan competencia en la planificación, regulación y control del tránsito y el transporte público dentro de su territorio cantonal.

Respecto a la naturaleza de la prohibición constante en la Disposición General Decimoctava de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, esta Procuraduría ya se pronunció en oficio No. 10335 de 11 de noviembre de 2009, dirigido al Gerente General de la Empresa Municipal de Movilidad y Obras Públicas, EMMOP.

En el referido pronunciamiento concluí que: “(...) la Disposición General Décima octava de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial es aplicable de manera general a todos los miembros de la fuerza pública en servicio activo, vigilantes, autoridades y empleados civiles que trabajen en cualquier organismo relacionado con el tránsito y transporte terrestre”.

El artículo 1 de la Resolución No. 006-CNC-2012, expedida por el Consejo Nacional de Competencias, transfiere la competencia para planificar, regular y controlar el tránsito, el transporte terrestre y la seguridad vial, a favor de los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos y municipales del país de forma general, y no a una dependencia o dirección de éstos en particular.

Por lo anotado, en atención a los términos de su consulta se concluye que, la Disposición General Décima octava de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, es aplicable a todos los miembros de la fuerza pública en servicio activo, vigilantes, autoridades o empleados civiles que trabajen en los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, que hayan asumido la competencia relacionada con el tránsito y el transporte terrestre en su jurisdicción.

OF. PGE. N°: 14336 de 15 de agosto de 2013

TRANSPORTE: FINANCIAMIENTO DE TRANSPORTE ESCOLAR POR PARTE DE LA MUNICIPALIDAD -CONVENIOS INTERINSTITUCIONALES-

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN BOLÍVAR

CONSULTA:

"¿El Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Bolívar, puede continuar apoyando en el financiamiento del transporte escolar para beneficiar a la niñez y jóvenes que acuden a los centros educativos del Cantón para evitar de esta manera la deserción escolar por la dificultad de trasladarse desde la lejanía de sus hogares, considerando la existencia del presupuesto municipal y el cumplimiento de los procesos contractuales respectivos?"

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 26, 83 núm. 7, 238, 264 núm. 7, 345 y 348.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 54 lits. a) y b), 55 y 138.

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

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Art. 57.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1 núm. 4, 16

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 1, 11 y 12 (derogada).

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio de consulta, usted manifiesta que: "El Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Bolívar de la provincia del Carchi, desde hace algunos años está apoyando a los estudiantes de varias comunidades del Cantón a través del financiamiento del transporte escolar. Este financiamiento se fundamenta en el hecho de que el Cantón Bolívar tiene una población mayoritariamente rural, los centros educativos se encuentran muy alejados y se requiere la movilización en vehículo para poder trasladarse desde sus hogares a los establecimientos y viceversa y con ello evitar incluso la deserción escolar".

Se añade en la consulta que: "en el presupuesto municipal para el ejercicio económico 2011, existe la respectiva partida presupuestaria para financiar estos servicios de transporte escolar".

Al oficio de consulta se ha anexado el informe del Procurador Síndico del Municipio de Bolívar, constante en el memorando No. 097-2011-GMB-EH-AB-PS de 29 de septiembre de 2011, en el que se desprende que la consulta versa sobre la

procedencia de que el Municipio de Bolívar suscriba convenios para financiar el transporte escolar para los niños y jóvenes que acuden a los centros educativos del cantón.

En el citado informe, el Procurador Síndico del Municipio de Bolívar, con fundamento en los artículos 26, 83 número 7 de la Constitución de la República; y, 54, letras a) y b) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, concluye manifestando que "el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Bolívar, si puede suscribir convenios para financiar el transporte para beneficiar a los niños y jóvenes que acuden a los centros educativos del cantón, para evitar de esta manera la deserción escolar por la dificultad de trasladarse desde la lejanía de sus hogares, considerando la existencia del pre-supuesto municipal y la respuesta de la Delegación Provincial de la Contraloría General del Estado contenida en el oficio No. 276-DR7DPC de 6 de septiembre de 2010".

Entre los documentos que se acompañan al oficio que contesto, consta el oficio No. 276-DR7DPC de 6 de septiembre de 2010, suscrito por el Delegado de la Contraloría General del Estado en la Provincia del Carchi, en respuesta a la solicitud formulada por usted, con respecto al mismo tema que versa la consulta formulada.

En el mencionado informe, el Delegado Provincial del Carchi, con fundamento en los artículos 1, 11 y 12 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, concluye manifestando que "El tema que consulta puede apreciarse como una contribución social hacia un grupo marginado de jóvenes del cantón Bolívar para que se beneficien de la educación, pero para ello se debe contar con el presupuesto municipal aprobado por la cámara edilicia que asigne recursos que beneficiarán a personas cuya capacidad económica esté señalada en el proyecto, programa u ordenanza que así defina el ente municipal".

Se agrega en el mencionado informe del delegado de la Contraloría General del Estado en la Provincia del Carchi, que el mismo "constituye un asesoramiento, sobre su aplicación se pronunciará la Contraloría General del Estado cuando se realicen acciones de control".

La Constitución de la República, en el Art. 238 establece que los gobiernos autónomos descentralizados, entre estos los concejos municipales gozarán de autonomía política, administrativa y financiera; se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana.

La misma Carta Constitucional en su Art. 264 numeral 7 dispone como competencias exclusivas de los gobiernos municipales, sin perjuicio de otras que determine la ley, el

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

La citada Constitución de la República, en el Art. 345 prescribe que la educación como servicio público se prestará, a través de instituciones públicas, fiscomisionales y particulares; y, en el Art. 348 establece que la educación pública será gratuita y el Estado la financiará de manera oportuna, regular y suficiente. La distribución de los recursos destinados a la educación se regirá por criterios de equidad social, poblacional, territorial, entre otros.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, que derogó la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en el Art. 54 entre las funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal, en la letra f) le señala ejecutar las competencias exclusivas y concurrentes reconocidas por la Constitución y la ley y en dicho marco prestar los servicios públicos observando los principios entre otros de solidaridad e interculturalidad.

En el Art. 55 *ibidem*, entre las competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal en la letra g) le dispone planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley.

Por su parte, el Art. 138 del Código Orgánico en estudio, determina que: Es facultad exclusiva del gobierno central la rectoría y definición de las políticas nacionales de salud y educación. El ejercicio de estas competencias no excluirá la gestión concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados en la planificación, construcción y mantenimiento de la infraestructura física, así como actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno, en el marco de los sistemas nacionales correspondientes.

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 306 de 22 de octubre de 2010, en el Art.115 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.

El Art. 178 del Código Orgánico citado, establece las sanciones por comprometer recursos públicos sin certificación presupuestaria; y, expresa que ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o

contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria; añade que los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.

La Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en el Art. 57 define al "servicio de transporte comercial" como el que se presta a terceras personas a cambio de una contraprestación económica, siempre que no sea servicio de transporte colectivo o masivo. La misma norma dispone: "Para operar un servicio comercial de transporte se requerirá de un permiso de operación, en los términos establecidos en la presente Ley y su Reglamento.

Dentro de esta clasificación, entre otros, se encuentran el servicio de transporte escolar e institucional, taxis, carga liviana, mixto, turístico y los demás que se prevean en el Reglamento, los cuales serán prestados únicamente por compañías y cooperativas autorizadas para tal objeto y que cumplan con los requisitos y las características especiales de seguridad establecidas por la Comisión Nacional".

La contratación de servicios por parte de las entidades del sector público, entre ellos los de transporte, se rige entre otras normas, por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en el Art. 1 determina su ámbito de aplicación para la adquisición, arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría que realicen entre otras, en el numeral 4 las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo; y, que establece los procedimientos a observar en función de la naturaleza de los servicios, esto es si son o no normalizados. Para intervenir en cualquier procedimiento de contratación regulado por esa Ley, todo oferente debe constar registrado en el Registro Único de Proveedores (RUP), de conformidad con el Art. 16 de la citada Ley.

Por lo expuesto, la Municipalidad del Cantón Bolívar, puede continuar apoyando directamente el financiamiento del transporte escolar para beneficiar a los niños y jóvenes que acuden a los centros educativos del Cantón, a través de la celebración de un contrato de prestación de servicios de transporte escolar, siempre que conste la respectiva certificación presupuestaria dispuesta en el Art. 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, siendo responsabilidad de las autoridades municipales observar los procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en función de la naturaleza del servicio y el monto del contrato; y, cumpliendo con las disposiciones legales mencionadas en la presente absolución a la consulta. En similares términos me pronuncié mediante oficio No. 17655 de 26 de noviembre de 2010.

Con respecto a la suscripción de convenios interinstitucionales que celebre el Municipio de Bolívar con otros entes públicos o privados, ésta Procuraduría General del Estado no se pronuncia por no ser de su competencia, siendo de exclusiva responsabilidad de los personeros de las entidades que celebren dichos convenios, los términos en los cuáles se celebren.

OF. PGE. N°: 14336, de 15-08-2013

**TRIBUTOS: CONDONACIÓN DE OBLIGACIONES A ESTABLECIMIENTOS
EDUCATIVOS
-EXCEPCIÓN DE JUICIO DE COACTIVA-**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN PALORA

CONSULTAS:

1. "Es procedente la condonación de las obligaciones tributarias vencidas y pendientes de pago al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Palora hasta la fecha de la promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, adeudadas por el Ministerio de Educación donde funcionan establecimientos educacionales".
2. "Si la respuesta es afirmativa, se debe exceptuar aquellas obligaciones que se encuentran en juicios de coactiva iniciados antes de la vigencia de (la) referida ley".

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 120, 132, 225, 264 y 301.

Ley Orgánica de Educación Intercultural, Art. 21 y Disposición Transitoria Trigésima Cuarta.

Código Orgánico Tributario, Arts. 1, 31, 32, 37, 54, 160 y 212.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 351 y 352.

Ordenanza de Condonación de obligaciones tributarias, intereses de mora y recargos que se encuentren vencidas y pendientes de pago de bienes inmuebles de propiedad del Ministerio de Educación donde funcionen establecimientos dedicados a la educación en el Cantón Palora, Arts. 1 y 2.

PRONUNCIAMIENTO:

1. En el informe jurídico No. 015-2011 de 1 de septiembre de 2011, el Procurador Síndico Municipal de Palora manifiesta que ante el incumplimiento en el pago de las obligaciones tributarias por parte del Ministerio de Educación de los inmuebles donde funciona el Colegio Nacional Palora y la Escuela Quito Luz de América, dicha

Municipalidad inició el 1 y 4 de octubre de 2010, respectivamente, los juicios de coactiva con el objeto de recuperar la cartera vencida; "en el primer caso, por el valor de USD. 42.485,06, sin aplicar los intereses, que corresponde a la Contribución Especial de Mejoras e Impuesto a los Predios Urbanos de los años 2004 al 2009; y en el segundo caso por USD. 6.839,32 sin intereses, correspondiente a la Contribución Especial de Mejoras e Impuesto a los Predios Urbanos de los años 2004 al 2009 y tasa por consumo de Agua Potable por los años 2008 y 2009. Juicios que a la presente fecha están en trámite".

Manifiesta el Procurador Síndico que, mediante oficio No. 805-CNP/2011 de 14 de junio de 2011, el Rector del Colegio Nacional Palora (e), solicita se dé el trámite pertinente para la baja de los títulos de crédito emitidos hasta la presente fecha y que se encuentren pendientes de pago en esa institución, así como en las demás entidades educativas del cantón Palora, entre las cuales se encuentra la Escuela Quito Luz de América, en aplicación de la Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural.

Agrega el Procurador Síndico que, el Gobierno Municipal de Palora, el 8 y 15 de julio del 2011, expidió la Ordenanza Municipal de Condonación de Obligaciones Tributarias, Intereses de Mora y Recargos que se encuentren vencidas y pendientes de pago de bienes inmuebles de propiedad del Ministerio de Educación donde funcionen establecimientos dedicados a la educación.

Concluye el Procurador Síndico manifestando que es procedente "la condonación de las obligaciones tributarias vencidas y pendientes de pago hasta el 31 de marzo del 2011, fecha en la que se expidió la Ley Orgánica de Educación Intercultural, adeudadas el Ministerio de Educación donde funcionan establecimientos educativos, ya sean Impuestos, Tasas o Contribución Especial de Mejoras, excepto de las obligaciones tributarias de los bienes inmuebles donde funciona el Colegio Nacional Palora y la Escuela Quito Luz de América que están en procesos de coactiva iniciados antes de la vigencia de la Ley en mención".

En el oficio No. MINEDUC-CGAJ-2011-OF-00107 de 21 de septiembre de 2011, el Coordinador General de Asesoría jurídica del Ministerio de Educación manifiesta que: "es criterio del Ministerio de Educación, que todas las entidades del sector público señaladas en el Art. 225 de la Constitución de la República, entre las cuales constan las del régimen autónomo descentralizado, deben dar estricto cumplimiento a lo prescrito en la Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que establece la condonación de las obligaciones tributarias de cualquier naturaleza, que se encuentren vencidas y pendientes de pago por parte de la Autoridad Nacional de Educación, en relación a los inmuebles donde funcionan

establecimientos fiscales o fisco-misionales dedicados a la educación; hasta la fecha de promulgación de la Ley, es decir hasta el 31 de marzo de 2011".

La "ORDENANZA DE CONDONACIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS, INTERESES DE MORA Y RECARGOS QUE SE ENCUENTREN VENCIDAS Y PENDIENTES DE PAGO DE BIENES INMUEBLES DE PROPIEDAD DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN DONDE FUNCIONAN ESTABLECIMIENTOS DEDICADOS A LA EDUCACIÓN EN EL CANTÓN PALORA", aprobada por el Concejo Municipal de Palora en las sesiones de 8 y 15 de julio de 2011, en el artículo 1 dispone que se condone "en el ciento por ciento (100%) de las obligaciones tributarias de cualquier naturaleza, sean éstas tributos, intereses, multas, impuestos, tasas o contribución especial de mejoras, contenidas en títulos de crédito, órdenes de cobro, liquidaciones o cualquier otro acto de determinación emitido por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Palora, que se encuentren vencidas y pendientes de pago hasta el 31 de marzo del 2011, adeudados por la Autoridad Nacional de Educación de los inmuebles donde funcionan establecimientos fiscales o fisco-misionales dedicadas a la educación en los niveles, inicial, básico y bachillerato".

En el artículo 2 de la citada Ordenanza, se determina que en el caso de aquellas obligaciones tributarias mencionadas en el artículo anterior que se encuentran en juicios de coactiva iniciados antes de la fecha de promulgación de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, "se procederá conforme al pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, previa a la consulta que se formule al respecto".

El artículo 120 de la Constitución de la República, establece que la Asamblea Nacional tendrá atribuciones y deberes para: "7. Crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los gobiernos autónomos descentralizados".

En este sentido, el artículo 132 de la citada Constitución dispone que se requerirá de ley para: "3...Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados".

El artículo 264 de la referida Carta Constitucional, prescribe que los gobiernos municipales tendrán competencias exclusivas para:

".5. Crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras".

De conformidad con el artículo 301 de la Constitución "Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer,

modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley".

De las citadas normas constitucionales se desprende que solo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional, se puede establecer, modificar, exonerar o extinguir "impuestos"; en tanto que solo por acto normativo de órgano competente, como son los gobiernos municipales, se pueden establecer, modificar, exonerar y extinguir "tasas y contribuciones especiales de mejoras".

La Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, dispone:

"Condónense las obligaciones tributarias de cualquier naturaleza, contenidas en títulos de crédito, órdenes de cobro, liquidaciones o cualquier otro acto de determinación emitido por las entidades, organismos o dependencias señaladas en el Art. 225 de la Constitución de la República, que se encuentren vencidas y pendientes de pago hasta la fecha de promulgación de esta Ley, adeudados por la Autoridad Nacional de Educación en relación a los inmuebles donde funcionen establecimientos fiscales o fiscofiscomisionales dedicadas a la educación en los niveles, inicial, básico y bachillerato".

Cabe tener presente que conforme al artículo 21 de la referida Ley Orgánica, la calidad de Autoridad Educativa Nacional le corresponde ejercer a la Función Ejecutiva, a través del Ministro del ramo.

De conformidad con el artículo 1 del Código Tributario, "entiéndase por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora".

El artículo 31 del mencionado Código, determina que la exención o exoneración tributaria es la exclusión o la dispensa legal de la obligación tributaria (impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejora), establecida por razones de orden público, económico o social.

Según el artículo 32 del citado Código, "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".

Por tanto, en virtud de que la Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, dispone la condonación de obligaciones tributarias de cualquier naturaleza, contenidas en títulos de crédito, órdenes de cobro, liquidaciones o cualquier acto de determinación emitidos por las entidades o dependencias del sector público, entre las cuales se encuentran los gobiernos autónomos descentralizados, que se encuentren vencidas y pendientes de pago hasta la fecha de promulgación de la referida Ley, adeudados por la Autoridad Nacional de Educación, relativos a los inmuebles de los establecimientos educativos fiscales y fiscomisionales, se concluye que es procedente que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Palora condone las obligaciones tributarias (impuestos, tasas y contribuciones especiales de mejora) vencidas y pendientes de pago, adeudadas por la Autoridad Nacional de Educación, en relación a los inmuebles ubicados en ese cantón, donde funcionen establecimientos fiscales o fiscomisionales dedicados a la educación en los niveles, inicial, básico y bachillerato.

En el informe jurídico No. 015-2011 de 1 de septiembre de 2011, el Procurador Síndico Municipal de Palora manifiesta que "Con la vigencia legal de la presente Ordenanza Municipal se condonarán todas las obligaciones tributarias en la forma prevista en las disposiciones de este instrumento y la disposición legal invocada, excepto de las obligaciones de los bienes inmuebles donde funcionan el Colegio Nacional Palora y la Escuela Quito Luz de América que se encuentran con juicios de coactiva iniciados 01 y 04 de octubre del 2010, es decir antes de la vigencia de la Ley orgánica de Educación Intercultural que es el 31 de marzo del 2011, por cuanto el Código Tributario en el Art. 212, indica que solo podrá oponerse algunas excepciones y de entre ellas no determina como en el presente caso por vigencia de una ley y ordenanza posteriores, y además porque ya se venció el plazo para proponerlas acorde a lo dispuesto en el Art. 214 del citado Código".

El artículo 212 del Código Orgánico Tributario, mencionado por el Procurador Síndico, contempla las excepciones que pueden proponerse al procedimiento de ejecución de créditos tributarios, entre ellas:

"5. Extinción total o parcial de la obligación por alguno de los modos previstos en el artículo 37 del este Código".

El artículo 37 del mencionado Código, dispone que la obligación tributaria se extingue, en todo o en parte, entre otros casos, por: "4. Remisión".

El artículo 54 del citado Código Orgánico relativo a la "Remisión" dispone:

"Las deudas tributarias sólo podrán condonarse o remitirse en virtud de ley, en la cuantía y con los requisitos que en la misma se determinen. Los intereses y multas que provengan de obligaciones tributarias, podrán condonarse por resolución de la máxima autoridad tributaria correspondiente en la cuantía y cumplidos los requisitos que la ley establezca".

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, 25a Edición, Tomo VII (pág. 126) define el término "REMISIÓN" entre otras acepciones:

"Condonación de toda o parte de una deuda. Liberación de la prestación obligatoria".

Dentro de las excepciones al procedimiento de ejecución de créditos tributarios, prevista en el artículo 212 del Código Tributario se encuentra considerada la remisión o condonación como modo de extinción total o parcial de la obligación tributaria, determinada en la Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, al disponer la condonación de las obligaciones tributarias de cualquier naturaleza contenidas en títulos de crédito, órdenes de cobro, liquidaciones o cualquier otro acto de determinación emitido por las entidades, organismos y dependencia del sector público, que se encuentren vencidas y pendientes de pago hasta la fecha de promulgación de esa Ley, adeudados por la Autoridad Nacional de Educación en relación a los inmuebles donde funcionen establecimientos educativos fiscales o fiscomisionales.

Respecto al procedimiento coactivo mencionado en su consulta, el artículo 351 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone que el procedimiento de ejecución coactiva a favor de los gobiernos regional, provincial, distrital y cantonal, observará las normas del Código Orgánico Tributario y supletoriamente las del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 352 del COOTAD, determina que el procedimiento coactivo "se ejercerá aparejando el respectivo título de crédito que lleva implícita la orden de cobro"; y agrega que, los títulos de crédito los emitirá la autoridad competente, cuando la obligación se encuentre determinada, líquida y de plazo vencido; basados en catastros, títulos ejecutivos, cartas de pago, asientos de libros de contabilidad y en general por cualquier instrumento privado o público que pruebe la existencia de la obligación.

En este sentido, el artículo 160 del Código Orgánico Tributario, prescribe que todo título de crédito, liquidación o determinación de obligaciones tributarias ejecutoriadas, que no requieran la emisión de otro instrumento, lleva implícita la orden de cobro para el ejercicio de la acción coactiva.

Por lo expuesto, en atención a su segunda consulta se concluye que, de conformidad a la Disposición Transitoria Trigésima Cuarta de la Ley Orgánica de Educación Intercultural se condonan las obligaciones tributarias de cualquier naturaleza, contenidas en títulos de crédito, órdenes de cobro, liquidaciones o cualquier otro acto de determinación emitidos por las entidades o dependencias del sector público, entre las cuales se encuentran los gobiernos autónomos descentralizados, que se encuentren vencidas y pendientes de pago hasta la promulgación de la referida Ley, adeudados por la Autoridad Nacional de Educación, relativos a los inmuebles de los establecimientos educativos fiscales y fiscomisionales, por lo que se extingue la obligación que generó la acción coactiva; y por tanto, terminan los juicios coactivos derivados de tales obligaciones.

OF. PGE. N°: 04561, de 31-10-2011

TURISMO: COMPETENCIA PARA CALIFICAR PROYECTOS TURÍSTICOS – CONVENIOS DE DESCENTRALIZACIÓN-

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN MUISNE

CONSULTA:

Si el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Muisne, está facultado legalmente para calificar proyectos turísticos en su jurisdicción.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 260, 261 núm. 5 y 264.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 54 lit. g), 109, 112, 113, 114, 115, 328 lit. c) y 331 lit. a).

Ley de Turismo, Arts. 15 núm. 10, 26; y, 4 núm. 10, y 15 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con suficientes elementos para atender la consulta planteada, esta Procuraduría mediante oficio No. 00160 de 27 de enero de 2011, solicitó el criterio jurídico del Ministro de Turismo con respecto al tema planteado, requerimiento que fue atendido mediante oficio No. MT-2011-0460 de 28 de febrero de 2011, ingresado el 1 de marzo del mismo año.

Mediante oficio No. 00159 de 27 de enero del 2011, este Despacho le requirió a usted el envío del criterio jurídico debidamente fundamentado del Procurador Síndico del Municipio de su representación con relación a la consulta planteada; solicitud que fue

atendida con oficio No. 002-P.S.-GADMCM-2011 de 9 de febrero del 2011, ingresado el 16 de febrero del mismo año.

En el oficio que contesto se manifiesta que: “El Gobierno Municipal del Cantón Muisne, el 25 de octubre de 2006, suscribió el Convenio de Descentralización y Transferencia de Competencias, Atribuciones, Funciones, Responsabilidades y Recursos de Turismo desde el Gobierno Nacional de la República del Ecuador, al Gobierno Municipal del Cantón Muisne”; mientras que en el criterio jurídico constante en oficio No. 002-P.S.-GADMCM-2011 de 9 de febrero del 2011, el Procurador Síndico del Municipio de Muisne, con fundamento en los artículos 54 literal g), del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y , 15 numeral 10 de la Ley de Turismo concluye que: “Si bien existe suscrito un Convenio de Descentralización y Transferencia de Competencias, Atribuciones, Funciones, Responsabilidades y Recursos de Turismo desde el Gobierno Nacional de la República del Ecuador, al Gobierno Municipal del Cantón Muisne, el mismo que acompaño en copias fotostáticas certificadas, entre las atribuciones y funciones que constan del 3.1 al 3.8 no se encuentra una que transfiera ninguna atribución a este Gobierno Municipal, para calificar proyectos turísticos, pues esta atribución es expresamente y exclusiva del Ministerio de Turismo, según consta en el Art. 26 de la Ley de Turismo”.

Finalmente se agrega en el mencionado informe jurídico que: “Por las normas jurídicas expuestas y transcritas, no procede la calificación de proyectos turísticos de parte del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Muisne, por transgredir la Constitución de la República del Ecuador, en el capítulo cuarto, Régimen de competencias, en su Art. 261, numeral 5; y a las siguientes leyes: 1.- El Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización en su Art. 54 referente a las funciones de los Gobiernos Autónomos descentralizados municipal, (sic) en su literal g); 2.- El Art. 26 de la Ley de Turismo; 3.- El Reglamento de la Ley de Turismo en su Art. 15; 4.- El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en su Capítulo IV de las Prohibiciones de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, en su artículo 328 literal c); y, 5.- El Art. 331, literal a) ibidem”.

En el criterio jurídico remitido por el Ministerio de Turismo mediante oficio No. MT-2011-0460 de 28 de febrero de 2011, el Ministro de Turismo subrogante, expresa: “Si bien se suscribió un Convenio de Descentralización y Transferencia de Competencias, Atribuciones, Funciones, Responsabilidades y Recursos de Turismo, entre el Gobierno Nacional y el Gobierno Municipal del Cantón Muisne, éste no faculta al Municipio a calificar proyectos turísticos, pues no se ha regulado los requisitos y procedimientos, siendo inaplicable su ejecución.

La única excepción es aquella prevista en el Art. 14 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Turismo, pero instrumentalizando el art. 33 de la Ley de Turismo, es decir, sólo en el caso de que los municipios o gobiernos provinciales apliquen incentivos especiales, para lo cual por cierto se deberá dictar ordenanzas respectivas.

Se concluye en el mencionado informe manifestando que: “De todas maneras, es definitivo el art. 15 de la Ley de Turismo, en su numeral 10, al expresar que entre las atribuciones del Ministerio de Turismo, órgano rector de la actividad turística ecuatoriana, está la de “(...) Calificar proyectos turísticos; (...)”.

Con estos antecedentes, procedo a atender la consulta planteada, en los siguientes términos:

La Constitución de la República en el Art. 260, prescribe que el ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno. De su parte el artículo 261 de la Constitución citada, establece cuáles son las competencias exclusivas del Estado Central; mientras que el Art. 264 *ibídem*, señala las competencias exclusivas de los gobiernos municipales.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, en su Art. 54 ha recogido en los mismos términos del Art. 264 de la Constitución de la República, las funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal, agregando en la letra g), del citado artículo, como función del gobierno autónomo descentralizado municipal, el regular, controlar y promover el desarrollo de la actividad turística cantonal en coordinación con los demás gobiernos autónomos descentralizados, promoviendo especialmente la creación y funcionamiento de organizaciones asociativas y empresas comunitarias de turismo. Por su parte el último inciso del Art. 135 del citado Código, establece que, el turismo es una actividad productiva que puede ser gestionada concurrentemente por todos los niveles de gobierno.

El Art. 109 del mencionado Código, define a los “sectores” como las áreas de intervención y responsabilidad que desarrolla el Estado, que según su organización podrán constituir un sistema sectorial; y agrega que, se clasifican en sectores privativos, estratégicos y comunes; estos últimos, de conformidad con el Art. 112 del Código en estudio, son todos los demás sectores de responsabilidad del Estado, susceptibles de mayor o menor nivel de descentralización y desconcentración, de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la naturaleza de los servicios públicos y actividades a los que estos se refieren.

Por su parte, de conformidad con el Art. 113 del COOTAD, las competencias son capacidades de acción de un nivel de gobierno en un sector. Se ejercen a través de facultades. Las competencias son establecidas por la Constitución, la ley y las asignadas por el Consejo Nacional de Competencias. Por su parte, el Art. 114 del Código *ibídem*, dispone que, las competencias exclusivas son aquellas cuya titularidad corresponde a un solo nivel de gobierno de acuerdo con la Constitución y la ley, y cuya gestión puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno; mientras que las competencias concurrentes, según el Art. 115 *ibídem*, son aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia, por lo tanto deben gestionarse obligatoriamente de manera concurrente.

Del texto de los artículos citados del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, se desprende que las competencias son facultades otorgadas a los distintos sectores del gobierno, las cuales se dividen en competencias exclusivas y concurrentes. Las primeras son las otorgadas taxativamente por la Constitución y la Ley a un sector específico del Estado, mientras que las competencias concurrentes son las facultades que pueden realizar varios sectores del gobierno sobre la misma materia.

Por su parte, la Ley de Turismo, en su artículo 15, numeral 10, dispone como atribución del Ministerio de Turismo el “calificar los proyectos turísticos”; mientras que el artículo 26 *ibídem*, establece que la referida Cartera de Estado, aprobará los mencionados proyectos que presenten las personas naturales o jurídicas.

En concordancia con las disposiciones citadas, el Art. 4, numeral 10, del Reglamento General de aplicación a la Ley de Turismo, establece como una función del Ministerio de Turismo, el calificar los proyectos turísticos; y agrega que, dicha facultad “podrá ser ejercida en forma desconcentrada hasta un nivel de Subsecretaría”.

De las disposiciones citadas de la Ley de Turismo y su Reglamento de Aplicación, se desprende que dicha normativa faculta al Ministerio de Turismo a calificar y aprobar los proyectos turísticos que se presenten las personas naturales y jurídicas.

Entre la documentación que ha sido remitida, consta en copias certificadas, el “Convenio de Descentralización y Transferencia de Competencias, Atribuciones, Funciones, Responsabilidad y Recursos de Turismo desde el Gobierno Nacional de la República del Ecuador al Gobierno Municipal del Cantón Muisne”, suscrito el 25 de octubre de 2006, entre el Presidente de la República de esa época, la Ministra de Turismo, y, el Ministro de Economía y Finanzas, por una parte; y por otra, por el Alcalde y el Procurador Síndico del Municipio de Muisne.

En la Cláusula Tercera del citado convenio, referente a las “Atribuciones y Funciones que se Transfieren”, en el numeral 3.1., constan como atribución transferida, la “planificación de la actividad turística cantonal, de conformidad con las normas y estrategia nacionales vigentes”; mientras que el numeral 3.2., dispone como atribución transferida: “El fomento de todo tipo de turismo, especialmente receptivo y social y la ejecución de proyectos, programas y la prestación de servicios complementarios con personas jurídicas, personas naturales, entidades e instituciones públicas y privadas, incluidas las comunidades indígenas, campesinas y afroecuatorianas en sus respectivas localidades”.

La Cláusula Séptima del referido convenio referente a “Obligaciones del Ministerio de Turismo”, en el numeral 7.12, dispone: “El Ministerio de Turismo, mediante convenios específicos, co –financiará el 50% del valor de la ejecución de los proyectos de desarrollo turístico sostenible aprobados por el Ministerio, de manera especial, los proyectos de dinamización turística y aquellos que involucren a grupos indígenas, campesinos, afro ecuatorianos y de otros grupos vulnerables, que sean presentados por el municipio, cuando formen parte de su Plan Estratégico Local y guarden relación con las políticas y disponibilidades presupuestarias del Ministerio de Turismo”.

En el mismo tenor de la Cláusula Citada, el numeral 7.13. del referido convenio, dispone como obligación del Ministerio de Turismo la siguiente: “co-financiar mediante convenio respectivo, el 50% del valor de la ejecución de proyectos relacionados con actividades promocionales de carácter local aprobados por el Ministerio, que sean presentados por el Gobierno Municipal, de acuerdo a la programación anual de promoción turística cantonal y que guarden relación con las políticas y disponibilidades presupuestarias del Ministerio de Turismo, siempre y cuando, estos co–financiamientos formen parte de un proyecto de inversión incluido en el Programa Anual de Inversiones”.

Por su parte, la Cláusula Décima Segunda del convenio en estudio, establece: “A la suscripción del presente Convenio se entenderá plenamente transferida al Gobierno Local del Cantón Muisne la competencia de turismo y las atribuciones, funciones y responsabilidades inherentes a la gestión del turismo, detallada en la cláusula tercera”.

De las disposiciones citadas del Convenio en estudio, se desprende que tanto los proyectos de desarrollo turístico sostenible, como los proyectos relacionados con actividades promocionales de carácter local, presentados en el cantón Muisne deben ser aprobados por el Ministerio de Turismo, ya que dicho convenio no otorga al Municipio la facultad de calificar proyectos turísticos.

Con respecto a los convenios de descentralización suscritos antes de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es pertinente citar la Disposición General Primera de dicho Código, que determina que dichos convenios suscritos entre el gobierno central y los gobiernos autónomos descentralizados, o que hayan entrado en vigencia por vencimiento de los plazos establecidos, “mantendrán su vigencia, en el marco de la Constitución y este Código”.

Agrega el segundo inciso de la disposición en mención que: “Estas competencias no podrán ser revertidas. Si existiere contradicción, el Consejo Nacional de Competencias emitirá resolución motivada que disponga los ajustes necesarios, previo acuerdo entre las partes involucradas, para el pleno ejercicio de las competencias descentralizadas, así como el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y los mecanismos de gestión contemplados en el presente Código”.

Del análisis jurídico que precede, se desprende que de conformidad con lo previsto en los artículos, 15, numeral 10; y, 26 de la Ley de Turismo; 4, numeral 10 de su Reglamento de aplicación, 112 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, de conformidad con lo previsto en el “Convenio de Descentralización y Transferencia de Competencias, Atribuciones, Funciones, Responsabilidad y Recursos de Turismo desde el Gobierno Nacional de la República del Ecuador al Gobierno Municipal del Cantón Muisne”, suscrito el 25 de octubre de 2006, que se encuentra vigente, la facultad de calificar y aprobar proyectos de interés turístico que presenten personas naturales y jurídicas en el cantón Muisne, es de competencia del Ministerio de Turismo.

Por lo tanto, en contestación a los términos de la consulta, el Gobierno Municipal del Cantón Muisne, no está facultado para calificar los mencionados proyectos turísticos.

OF. PGE. N°: 00952, de 19-03-2011

V

VACACIONES: SERVIDOR PÚBLICO OCASIONAL POR RENOVACIÓN DE CONTRATO

ENTIDAD CONSULTANTE: GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN JUNÍN

CONSULTA:

“¿A la servidora o servidor público municipal que tiene contrato de servicios ocasionales y se le renueva 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 de Servicio Público, Arts. 16, 23 lit. g), 29, 58; y, 31, 143 de su Reglamento General.

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 de 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 dé 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.

OF. PGE. N°: 12344, de 11-03-2013

VACACIONES: TIEMPO DE ACUMULACIÓN Y PAGO POR CESACIÓN DE FUNCIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE ARAJUNO

CONSULTA:

“¿Si por necesidad institucional y por ser puestos de nivel de asesoría se puede negar las vacaciones y disponer la compensación por vacaciones no gozadas?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 66 núm. 2) y 229.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 núm. 2; 4, 14, 23 lit. g), 24, 29 y 32.

Ley de Modernización del Estado, Art. 31.

Reglamento de la LOSCCA, Art. 36 (derogado).

PRONUNCIAMIENTO:

En el informe jurídico institucional que se acompaña al oficio que contesto, el Procurador Síndico del Municipio de Arajuno, manifiesta que el Alcalde como máxima autoridad y ejecutivo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Arajuno, ha nombrado a varios funcionarios y empleados para que realicen actividades administrativas y de asesoría. Se agrega en el mencionado informe, que el Alcalde, como máxima autoridad municipal es el competente para conceder las vacaciones anuales a los empleados municipales; pero que, por la necesidad institucional de contar con varios empleados, éstas vacaciones fueron negadas, por lo que el señor Alcalde dispuso el pago por vacaciones no gozadas a los mencionados funcionarios; sin embargo, la Dirección Financiera del Municipio de Arajuno, de conformidad con el Art. 29 de la Ley Orgánica del Servicio Público, negó la petición del referido pago.

Con fundamento en el Art. 29 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el Procurador Síndico del Municipio de Arajuno, manifiesta que el derecho establecido en el mencionado artículo no podrá ser compensado en dinero, y que la máxima autoridad institucional municipal deberá conceder las vacaciones anuales a todos y cada uno de los servidores municipales de conformidad a un cronograma elaborado por la “Unidad de Administración del Talento Humano” y concluye que: “no es procedente indemnizar por vacaciones no gozadas a los empleados municipales, salvo el caso de cesación de funciones en que se liquidarán las vacaciones no gozadas de acuerdo al valor percibido”.

Con estos antecedentes contesto la consulta formulada, en los siguientes términos:

Según lo prescriben los incisos primero y segundo del Art. 229 de la Constitución de la República, son 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; y agrega que los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. Los mismos términos de la disposición constitucional invocada, han sido recogidos por el Art. 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, aplicable a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales, de conformidad con el Art. 3, numeral 2 de la Ley referida.

El Reglamento de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 2474, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 505 de 17 de enero de 2005, disponía en su artículo 36 que: “Las

vacaciones se concederán en la fecha prevista en el calendario y únicamente la autoridad competente, por razones de servicio y de común acuerdo con el servidor, podrá suspenderlas y diferirlas para otra fecha dentro del mismo período. El servidor hará uso de vacaciones, obligatoriamente, en períodos de al menos quince días, de manera ininterrumpida, por cada año”.

Del texto del invocado artículo se desprende que con anterioridad a la Ley Orgánica del Servicio Público, el Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, admitía la suspensión de las vacaciones de los servidores públicos por “razones de servicio y de común acuerdo con el servidor”.

La vigente Ley Orgánica del Servicio Público, en el artículo 23 letra g), prescribe que el derecho a gozar de vacaciones es irrenunciable, mientras que la letra n), del artículo citado, dispone como derecho de los servidores públicos, el no ser discriminado, ni sufrir menoscabo ni anulación del reconocimiento o goce en el ejercicio de sus derechos. Por su parte, la letra m) del Art. 24 de la Ley ibídem, prohíbe a las servidoras y los servidores públicos, el “negar las vacaciones injustificadamente a las servidoras y servidores públicos”.

De los artículos en mención se desprende que la Ley Orgánica del Servicio Público otorga el derecho a gozar de vacaciones, la categoría de irrenunciable, en razón de que el derecho al descanso y al ocio están incluidos en el numeral 2 del Art. 66 del Capítulo Sexto de Constitución de la República, referentes a los Derechos de Libertad, el cual expresa: “Se reconoce y garantiza a las personas:... 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”.

Sin embargo, el uso de la palabra “injustificadamente” en la letra m) del artículo 24 de la LOSEP, da a entender que a la inversa, las vacaciones si pueden ser negadas “justificadamente”. Por lo tanto, para que se justifique la negativa al goce de vacaciones al servidor por parte de la autoridad competente, ésta debe fundamentarse en una necesidad real de servicio debidamente motivada de conformidad con el Art. 31 de la Ley de Modernización del Estado, que prescribe que todos los actos emanados de los órganos del Estado deberán ser motivados.

Por su parte, el Art. 29 de la Ley del Servicio Público, dispone: “Artículo 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”.

Del texto del artículo citado, se desprende que el mismo admite que el derecho a vacaciones pueda ser acumulado hasta por 60 días y ser compensado en dinero, acumulación que no sería posible sin una negativa justificada de la autoridad competente.

Esta Procuraduría, en oficio No. 17860 de 9 de diciembre de 2010, en atención a una consulta formulada por el Ministerio de Relaciones Laborales, ya se ha pronunciado en el sentido de que: “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”. Por tanto, en contestación a los términos de la consulta planteada, la autoridad nominadora del Municipio de Arajuno, justificadamente y por necesidad institucional, podrá postergar las vacaciones de los servidores nombrados por el Municipio de Arajauno, para realizar actividades administrativas y de asesoría y diferirlas para otra fecha dentro del mismo período. Si subsiste la imposibilidad de diferir para otra fecha del mismo período, las vacaciones de los servidores que hayan sido negadas, podrán acumularse hasta por dos períodos, esto es por sesenta días, según lo establece el Art. 32 de la Ley Orgánica del Servicio Público, sin que sea procedente la compensación económica de vacaciones no gozadas, ya que esta compensación se aplica exclusivamente para los casos de cesación definitiva de funciones, por disposición expresa del artículo 29 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

OF. PGE. N°: 00930, de 17-03-2011

VICEALCALDE: DESIGNACIÓN CON EL COOTAD

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN LATACUNGA
CONSULTA:

“¿Es procedente la designación de un nuevo Vicealcalde de acuerdo a lo previsto en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización de conformidad al Art. 317 o deberá mantenerse la designación realizada por la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por un período de dos años?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 239 y 253.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 5, 57 lit. o), 61, 316, 318 y Disposición Final.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 79, 115 (derogada).

Código Civil, Art. 7.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio que contesto usted manifiesta que con fecha viernes 31 de julio de 2009, en la Sesión Inaugural el Concejo de Latacunga designó al Edil Dr. Fabián Sampedro, Vicealcalde de dicha Municipalidad conforme lo establecido en el Art. 79 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, por un periodo de duración de dos años, es decir hasta el 31 de julio de 2011, siendo posesionado en el mismo acto inaugural, conforme consta del Acta correspondiente; y, ejerciendo sus funciones desde el momento de su posesión hasta la presente fecha. Agrega que, el día martes 19 de octubre de 2010, en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 se publicó el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, entrando en vigencia todas las normas legales contempladas en el mismo cuerpo legal, quedando derogado de manera expresa la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Expresa en otra parte de su oficio, que en sesión ordinaria con quórum reglamentario de fecha 16 de noviembre de 2010, el Concejo de Latacunga en uso de las facultades previstas en el Art. 318 inciso segundo ibídem, procedió a reformar el Orden del Día a tratarse en dicha sesión, incluyendo como tercer punto final la elección de Vicealcalde del Cantón Latacunga de conformidad con lo dispuesto en el Art. 57 literal o) del COOTAD; y, que en la misma sesión luego de la intervención del Departamento de Procuraduría Síndica Municipal y al realizar el análisis de los fundamentos de derecho se procede a la elección de una nueva dignidad del cargo de Vicealcalde en la persona del Concejal Dr. Washington Ocaña. Al oficio de consulta se anexa el criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal que consta en el oficio No. 2010-1398-PSM de 23 de noviembre de 2010, que expresa que la elección del Vicealcalde sin haber cesado o renunciado a sus funciones el actual, es improcedente, pues al nombrar una nueva segunda autoridad municipal se está configurando la destitución sin dar derecho a la legítima defensa y sin respetar el Debido Proceso y violentando la seguridad jurídica. Manifiesta en otra parte de su informe el Procurador Síndico que la designación del Vicealcalde con la anterior Ley es constitucional y legal por lo que éste mandato deberá durar dos años en sus funciones, ya que la ley no tiene efecto retroactivo y legisla solo para lo venidero; y, que según lo establecido en el COOTAD, la elección de Vicealcalde se la deberá realizar en la Sesión Inaugural que es aquella que se da exclusivamente en el inicio de las gestiones como dignidades de elección popular.

La Constitución de la República vigente desde el 20 de octubre de 2008, fecha de su publicación en el Registro Oficial No. 449, en el Art. 238 señala que los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera; agrega que constituyen gobiernos autónomos descentralizados, entre otros los concejos municipales; y, el Art. 239 expresa que el régimen de gobiernos autónomos descentralizados se regirá por la Ley correspondiente, que establecerá un sistema nacional de competencias de carácter obligatorio y progresivo.

El Art. 253 de la Carta Constitucional dispone que cada cantón tendrá un concejo cantonal, que estará integrado por la alcaldesa o alcalde y las concejalas y concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá una vicealcaldesa o vicealcalde; añade que la alcaldesa o alcalde será su máxima autoridad administrativa y lo presidirá con voto dirimente.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente hasta el 18 de octubre de 2010, derogada por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, en el Art. 79 disponía que el concejo elija de su seno un vicepresidente que dure dos años en sus funciones y que podía ser reelegido; y, agregaba que al vicepresidente le eran aplicables las disposiciones de dicha Ley concernientes al alcalde, cuando hiciere sus veces.

El Art. 115 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal señalaba que en la sesión inaugural se comenzaba por declarar constituido el nuevo concejo y se procedía a la elección de los restantes dignatarios de la corporación.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art. 5 determina que 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 el Art. 57 del Código Orgánico de la referencia, entre las atribuciones del concejo municipal en la letra o) le señala: Elegir de entre sus miembros al vicealcalde o vicealcaldesa del gobierno autónomo descentralizado municipal.

El Art. 61 del Código Orgánico en estudio expresa que el vicealcalde o vicealcaldesa es la segunda autoridad del gobierno autónomo descentralizado municipal elegido por el concejo municipal de entre sus miembros. Su designación no implica la pérdida de la

calidad de concejal o concejala. Reemplazará al alcalde o alcaldesa en caso de ausencia y en los casos expresamente previstos en la ley.

El Art. 316 del Código Orgánico de Organización Territorial citado dispone que los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, tendrán cuatro clases de sesiones:

1.- Inaugural; 2. Ordinaria; 3. Extraordinaria; y, 4. Conmemorativa.

En el Art. 317 *ibídem* y respecto de la sesión inaugural se establece que los integrantes de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, una vez acreditada su calidad de tales por el Consejo Nacional Electoral, se instalarán en sesión inaugural convocada por el ejecutivo electo del correspondiente gobierno autónomo en la sede respectiva, de acuerdo con la ley que regula los procesos electorales. De existir quórum, declarará constituido al órgano legislativo. Añade el Art. 317 en mención que los consejos regionales, concejos metropolitanos y municipales procederán a elegir de entre sus miembros a la segunda autoridad del ejecutivo del correspondiente gobierno, de acuerdo con el principio de paridad entre mujeres y hombres en donde fuere posible; y, de fuera de su seno, al secretario del consejo o concejo de una terna presentada por el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo, y los consejos provinciales elegirán de la misma forma al secretario.

De la normativa jurídica citada caben las siguientes conclusiones:

- a).- Que la Constitución de la República en el Art. 253 dispone que los concejos cantonales están integrados por la alcaldesa o alcalde y las concejalas y concejales elegidos por votación popular de entre los que se elegirá una vicealcaldesa o vicealcalde.
- b).- Que la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal en el Art. 79 disponía que el concejo elige de su seno un vicepresidente con una duración de dos años en sus funciones y que podía ser reelegido; y, en el Art. 115 señalaba que en la sesión inaugural se procedía a la elección de los restantes dignatarios de la corporación.
- c).- Que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en el Art. 57 entre las atribuciones del concejo municipal en la letra o) le faculta elegir de entre sus miembros al vicealcalde o vicealcaldesa del gobierno autónomo descentralizado municipal; que de conformidad con el Art. 61 es la segunda autoridad del gobierno autónomo descentralizado municipal elegido por el concejo cantonal de entre sus miembros, cuya designación no implica la pérdida de la calidad de concejal o concejala. El Código Civil en el Art. 7 expresa que la Ley no dispone sino para lo venidero; no tiene efecto retroactivo.

La Disposición Final del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización dispuso que éste Código entre en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

De conformidad con el principio de legalidad previsto en el Art. 226 de la Constitución de la República, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas por la Constitución y la ley. Por lo expuesto, con fundamento en el análisis jurídico que antecede y en atención a los términos de su consulta, no es procedente la designación de un nuevo Vicealcalde de acuerdo a lo previsto en el Art. 317 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, debiendo el Concejo Cantonal de Latacunga mantener la designación del Vicealcalde, realizada por esa Corporación en la sesión inaugural de 31 de julio de 2009, puesto que fue elegido para el período de dos años en conformidad con el Art. 79 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal.

OF. PGE. N°: 00094, de 17-12-2010

VICEALCALDE: PERÍODO DE DURACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN DE LOJA

CONSULTA:

“¿Cuál es el período que debe cumplir el Vicealcalde, tomando en consideración que fue electo el 31 de julio del 2009?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 238 y 253.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 3, 57 lit. o), 61, 317 y Disposiciones Transitorias: Quinta, Sexta y Séptima.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 79 (derogada).

PRONUNCIAMIENTO:

Al oficio de consulta se anexa copia del criterio jurídico de la Procuradora Síndica Municipal que consta en el oficio No. 0357- AJM- 2011 de 10 de mayo de 2011, quien expresa lo siguiente:

“Con fecha treinta y uno de julio del 2009, en la sesión inaugural el Concejo Cantonal de Loja, se designa al Lic. Ismael Betancourt, como Vicealcalde del cantón Loja. Según la Disposición Séptima que consta en la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, que he citado, el período que en calidad de Vicealcalde le corresponde cumplir, finaliza el 29 de julio de 2011. Al término de este periodo debe realizarse una nueva elección, tanto de vicealcalde como de los miembros de las comisiones legislativas municipales. De conformidad con la normativa citada arriba inmediatamente, estos terminarán su gestión a la culminación o finalización del periodo en el cual fueron elegidos en el proceso electoral del 14 de junio del 2009”. Concluye manifestando el criterio jurídico de la Procuradora Síndica Municipal que: “de conformidad a lo que establece el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Art. 57, literal o), que expresa lo siguiente: Elegir de entre sus miembros al vicealcalde o vicealcaldesa del gobierno autónomo descentralizado municipal, culminado el período para el cual fue elegido – 29 de julio del 2011 – la entidad edilicia debe proceder a realizar una nueva elección de vicealcalde, así como de los miembros de las comisiones legislativas municipales”.

La Constitución de la República, en el Art. 238 dispone que los Gobiernos Autónomos Descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera; y, agrega, que constituyen gobiernos autónomos descentralizados, entre otros, los concejos municipales.

El Art. 253 de la indicada Carta Constitucional, prevé que cada cantón tendrá un concejo cantonal, que estará integrado por el alcalde y los concejales elegidos por votación popular, entre quienes se elegirá un vicealcalde. Añade que, el alcalde será su máxima autoridad administrativa y lo presidirá con voto dirimente.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente a la fecha de elección del Vicealcalde del cantón Loja, derogada posteriormente por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art.79 disponía que el concejo debía elegir de su seno un Vicepresidente que duraría dos años en sus funciones y que podía ser reelegido; y añadía que, al Vicepresidente le eran aplicables sus disposiciones concernientes al Alcalde cuando hiciere sus veces. El vigente Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el Art. 57 letra o) dispone que es atribución del Concejo Municipal, elegir de entre sus miembros al vicealcalde del gobierno autónomo descentralizado municipal.

El Art. 61 del indicado Código Orgánico, prevé que el vicealcalde es la segunda autoridad del gobierno autónomo descentralizado municipal elegido por el Concejo Municipal de entre sus miembros. Agrega que su designación no implica la pérdida de la calidad de concejal o concejala; y que, reemplazará al Alcalde o Alcaldesa en caso de ausencia y en los casos expresamente previstos en la Ley.

El Art. 317 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en relación con la sesión inaugural, dispone que los integrantes de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, una vez acreditada su calidad de tales por el Consejo Nacional Electoral, se instalarán en sesión inaugural convocada por el ejecutivo electo del correspondiente gobierno autónomo en la sede respectiva, de acuerdo con la ley que regula los procesos electorales; y que, de existir quórum, declarará constituido al órgano legislativo, procediendo los concejos regionales, concejos metropolitanos y municipales a elegir de entre sus miembros a la segunda autoridad del ejecutivo del correspondiente gobierno, de acuerdo con el principio de paridad entre mujeres y hombres en donde fuere posible.

La Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, regula la situación de los Vicealcaldes, entre otros, los que fueron elegidos antes de la vigencia del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, disponiendo en el Art. 3 que a continuación de la Disposición Transitoria Quinta, se agreguen las Disposiciones Transitorias Sexta y Séptima.

La Disposición Transitoria Séptima, que está relacionada con la consulta formulada por usted, dispone lo siguiente: “El período para el cual fueron nombrados los vicealcaldes, miembros de las comisiones legislativas cantonales y de las comisiones de las Juntas Parroquiales Rurales determinados por la ley, culminan a los dos años de su elección. Al término de este período deberá realizarse una nueva elección de vicealcaldes, de los miembros de las comisiones legislativas municipales y de las Juntas Parroquiales Rurales, quienes terminarán su gestión a la finalización del período para el cual fueron elegidos en el proceso electoral del 14 de junio del 2009. En el caso de las Juntas Parroquiales, los vicepresidentes o vicepresidentas, se entenderán elegidos por todo el período”.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, establece que el período para el que fueron nombrados los Vicealcaldes culmina a los dos años de su elección, y que al término de dicho período deberá realizarse una nueva elección de los mismos, se concluye que el Vicealcalde del cantón Loja, electo el 31 de julio de 2009, debe cumplir el período de dos años de su elección, debiendo efectuarse la elección del nuevo Vicealcalde, el 31 de julio de 2011, lo cual es atribución propia de dicho Concejo Municipal, en ejercicio de las facultades que le confieren la letra o) del Art. 57 y el Art. 61 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que quedaron citados.

OF. PGE. N°: 02379, de 20-06-2011