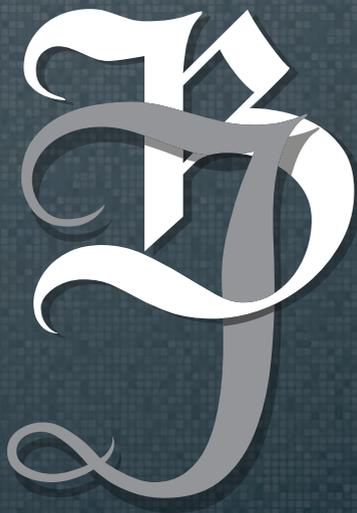


PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
ECUADOR



BOLETÍN JURÍDICO

ENERO A DICIEMBRE 2017

Vol.16

**BOLETÍN JURÍDICO
NÚMERO 16**

ENERO – DICIEMBRE 2017



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

**Dr. Rafael Parreño Navas
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO**



Boletín Jurídico N° 16

Enero a Diciembre 2017

DIRECCIÓN NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA INSTITUCIONAL

ELABORACIÓN Y PUBLICACIÓN

Dirección Nacional de Asesoría Jurídica

REVISIÓN DE IMAGEN, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN

Unidad de Comunicación Social

FUENTE

Dirección Nacional de Consultoría

Procuraduría General del Estado

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

Teléfono: 022 941 300

Quito – Ecuador

Portal web: www.pge.gob.ec

Tiraje: 600 ejemplares

Impresión: Ediciones Continente · Teléfono: 321 4148

E-mail: edicionescontinente@andinanet.net

ÍNDICE

APROBACIÓN DE PRESUPUESTO:	
Consejo de seguridad ciudadana del cantón Cuenca.....	9
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR:	
Política Monetaria - Agente Financiero del Estado.....	16
CESACIÓN DE FUNCIONES: Jueces titulares	
Jueces Titulares.....	24
CONSEJEROS PRINCIPALES Y SUPLENTES	
Ausencia Definitiva.....	30
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA	
Designación Subrogante del Fiscal General del Estado.....	37
CONTRATO EN EJECUCIÓN:	
Cesión de los intereses consorciales.....	42
CONTRATOS COMPLEMENTARIOS:	
Aplicación de porcentajes.....	51
CONTRATOS COMPLEMENTARIOS:	
Normativa Aplicable.....	57
CONTRATOS COMPLEMENTARIOS:	
Normativa Jurídica.....	64
CONTRATOS DE OBRA, PRESTACIÓN DE SERVICIOS:	
Vigencia de la ley.....	73
CONVOCATORIA A SESIONES EXTRAORDINARIAS:	
Órganos legislativos de los Gobiernos Autónomos descentralizados.....	80
DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA:	
Proyectos de Obra Pública.....	84
DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO:	
Descuentos del 1% y 2% en beneficio de las entidades asociativas nacional y provincial.....	90

EXPROPIACIÓN:	
Exoneración del Pago de Impuesto Predial.....	102
EXPROPIACIÓN:	
Pago Avalúo Catastral.....	109
FIDEICOMISO:	
Pago de obligaciones de Universidades y Escuelas Politécnicas extintas.....	119
IMPUESTO DEL 1.5 POR MIL SOBRE LOS ACTIVOS TOTALES.....	127
JURISDICCIÓN COACTIVA:	
Cobro de Obligaciones y Elaboración de Instructivo.....	132
JURISDICCIÓN COACTIVA:	
Recuperación, recaudación y cobro ágil de acreencias que adeuden al MAGAP.....	139
LIQUIDACIÓN DE EMPRESA:	
Autorización de Director.....	146
MÉDICOS:	
Jornada Laboral.....	152
MULTAS:	
Terminación de contrato - imposibilidad de continuar con su ejecución o por inconveniencia para intereses institucionales.....	161
ÓRDENES DE COMPRA A PROVEEDOR DECLARADOS COMO CONTRATISTA INCUMPLIDO.....	180
PRESIDENTE DEL CONSEJO:	
Reemplazo – Sesiones.....	188
PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN:	
Pedido de Convalidación.....	197
REINGRESO AL SECTOR PÚBLICO:	
Devolución de Indemnización por Compensación Económica.....	205
REMOCIÓN:	
Miembros de los Órganos Legislativos.....	214

REMUNERACIONES MENSUALES UNIFICADAS:	
Escalas Nacionales.....	222
RENUNCIA VOLUNTARIA:	
Compensación No Planificada.....	231
RETIRO VOLUNTARIO PARA AGOGERSE A LA JUBILACIÓN:	
Desvinculación de servidoras y servidores con nombramiento permanente.....	243
SUMARIO ADMINISTRATIVO:	
Proceso Disciplinario.....	248
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO:	
Designación.....	255
VIÁTICOS:	
Pago y Fórmula de Cálculo.....	262

PRESENTACIÓN

El Presidente Interino doctor Isidro Ayora Cueva, mediante Decreto Supremo No. 188 de 2 de agosto de 1928, instituyó la Procuraduría General del Estado, por lo que éste 2 de agosto de 2018, celebra su nonagésimo aniversario de creación institucional.

La Procuraduría General del Estado, de conformidad con lo previsto en los artículos 235 y 237 de la Constitución la República del Ecuador, es un organismo técnico jurídico, al que le corresponde la representación judicial del Estado, el asesoramiento legal, la absolución de consultas jurídicas de los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante; y, el control con sujeción a las normativas legales los actos y contratos que se suscriban en el sector público.

La labor de la Procuraduría General del Estado, en defensa del interés público, ha coadyuvado al fortalecimiento de la seguridad jurídica en el país, fortaleciendo un mayor equilibrio en las relaciones entre administradores y administrados, por lo que se permite presentar la edición No. 16 del Boletín Jurídico de la Procuraduría General del Estado, que contiene los pronunciamientos legales, por la vía de absolución de consultas mismos que se considerarán como material de análisis y aplicación relacionados a los diferentes temas que han formulado los organismos y entidades del sector público, y que sirven de base fundamental para que en defensa del patrimonio nacional, se plasme su aplicación y en forma positiva evitando los perjuicios económicos al erario nacional, constituyéndose en una herramienta eficaz en el cumplimiento de directrices administrativas, que dan a la administración pública y al administrado la certeza del derecho en su accionar.

La Procuraduría General del Estado, con el propósito de dar un acceso rápido a las consultas que han realizado las entidades del sector público y para su aplicación dentro del ordenamiento jurídico, pone a consideración el portal web: www.pge.gob.ec.

Dr. Rafael Parreño Navas
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

APROBACIÓN DE PRESUPUESTO: CONSEJO DE SEGURIDAD CIUDADANA DEL CANTÓN CUENCA

OF. PGE. N°: 12334 de 02-10-2017

CONSULTANTE: Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca

CONSULTA:

“¿El Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca, para las distintas fases del ciclo presupuestario debe acogerse al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización o al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225 núm. 4, 225, 226, 292, 297 y 315.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 54 lit. n), 55 lit. c), 57 y 245.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 4 inc. primero, 77, 106, 112, 220; y, 2 de su Reglamento.

Ordenanza que regula el funcionamiento del Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca, Arts. 1, 6 lit. b) y 14.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 11138 de 30 de junio de 2017, e insistencia contenida en el oficio No. 11382 de 19 de julio de 2017, esta Procuraduría le requirió reformular los términos de su consulta, con relación a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica expresa, lo cual fue atendido por la entidad que usted representa, mediante oficio No. CSC-OFICIO-DE-2017-0609 de 21 de julio de 2017, ingresado a la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Cuenca el 24 del mismo mes y año y remitido a este Organismo, mediante oficio No. 03172-AZ de 2 de agosto de 2017, ingresado el 3 del mismo mes y año, a través del cual reformuló su consulta en el siguiente tenor:

“¿La aprobación del presupuesto del Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca debe regirse a la fecha establecida en el art. 245 del COOTAD o la señalada en el Art. 106 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas?”.

Adjunto al oficio de reformulación, se ha remitido el Informe Jurídico, sin número ni fecha, suscrito por el Asesor Jurídico del Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca.

De manera previa y a fin de contar con mayores elementos de juicio para atender su requerimiento, mediante oficio No. 11667 de 9 de agosto de 2017, e insistencia constante en el oficio No. 11952 de 31

del mismo mes y año, esta Procuraduría requirió el criterio institucional del Ministro de Economía y Finanzas, lo cual fue atendido por dicha Cartera de Estado, mediante oficio No. MEF-MINFIN-2017-0456-O de 15 de septiembre de 2017, recibido el 18 del mismo mes y año.

Adicionalmente, a través del oficio No. 11669 de 9 de agosto de 2017, este Organismo requirió el criterio del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, lo cual fue atendido por dicha entidad mediante oficio No. 628-DE-AME-2017 de 28 de agosto de 2017, suscrito por el Director Ejecutivo del Organismo, e ingresado a la Procuraduría el 29 del mismo mes y año, al que adjunta como criterio institucional el memorando No. 421-DNAJ-AME-2017 de 24 de agosto de 2017, suscrito por el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Asociación.

Finalmente, mediante oficios Nos. 11668 de 9 de agosto de 2017 y 11951 de 31 de agosto de 2017, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cuenca, sin que hasta la presente fecha se haya atendido dicho requerimiento.

El Asesor Jurídico del Consejo de su representación, en el Informe Jurídico que se ha remitido como anexo del oficio No. CSC-OFICIO-DE-2017-0609 de 21 de julio de 2017, cita como fundamentos legales los artículos 1 de la Ordenanza que regula el funcionamiento del Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca, el artículo 4 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el artículo 2 del Reglamento al indicado Código, el artículo 245 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y efectúa el siguiente análisis y concluye en los términos que constan a continuación:

“De lo transcrito, el COOTAD constituye un cuerpo legal codificado que integra la normativa de todos los gobiernos autónomos descentralizados, organismos diferentes al Consejo de Seguridad Ciudadana del cantón Cuenca, que se constituye como una persona jurídica de derecho público, creada mediante acto normativo, con autonomía administrativa, operativa, patrimonial y financiera sin fines de lucro, por lo que el ámbito de aplicación del COOTAD no contempla al Consejo de Seguridad Ciudadana.

Cabe recordar que el Consejo de Seguridad Ciudadana cuenta con un Directorio, y no un legislativo de gobierno que menciona el COOTAD, teniendo entre sus facultades la de aprobar el presupuesto anual de ingresos y egresos presentado por el Director o Directora Ejecutivo del Consejo de Seguridad Ciudadana, previsto a ser conocido (Sic) por parte del Consejo Cantonal, tal como lo determina el literal b) del artículo 6 de la Ordenanza que regula su funcionamiento.

Conclusión.

Es criterio de esta Asesoría Jurídica indicar que para la aprobación de presupuesto institucional del Consejo de Seguridad Ciudadana del cantón Cuenca deberá acogerse a lo establecido en el tercer inciso del art. 106 Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que establece: ‘Cada entidad y organismo que no forma parte del Presupuesto General del Estado deberá aprobar el presupuesto hasta el último día del año previo al cual se expida’.

El Ministro de Economía y Finanzas, en su oficio No. MEF-MINFIN-2017-0456-O, cita el artículo 226 de la Constitución de la República y el artículo 54 letra n) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como el inciso segundo del artículo 1 de la Ordenanza que Regula el Funcionamiento del Consejo de Seguridad Ciudadana del cantón Cuenca y expresa el siguiente criterio institucional:

“Al tenor de lo dispuesto en la ordenanza municipal *ibídem*, tal institución se encuentra adscrita al GAD Municipal de Cuenca y por lo tanto se colige que la disposición legal y vigente aplicable para la aprobación del presupuesto de la entidad debe regirse a lo señalado en el artículo 245 del COOTAD”.

Por su parte, el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, hace referencia a los artículos 225 numeral 4 y 292 de la Constitución de la República, 77 del Código Orgánico de Panificación y Finanzas Públicas, y 245 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, y expone como criterio institucional lo siguiente:

“El Consejo de Seguridad ciudadana es un organismo diferente a un Gobierno Autónomo Descentralizado, y puesto que la disposición establecida en el artículo 245 del COOTAD es señalada exclusivamente para dichos gobiernos, el Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca no está obligada a cumplirla.

Al ser un organismo creado por acto normativo de un Gobierno Autónomo Descentralizado, está constituido con personalidad jurídica, autonomía administrativa, operativa, patrimonial y financiera como establece el artículo 1 de la ordenanza que regula su funcionamiento y el artículo 6 del mismo cuerpo legal, que determina: ‘El gobierno y la administración del Consejo de Seguridad Ciudadana del cantón Cuenca se ejercerán a través del Directorio, la Dirección Ejecutiva, las Coordinaciones y las unidades administrativas.’. Por lo tanto, su presupuesto debe ser aprobado por sus órganos administrativos, de manera autónoma, ya que el Concejo Cantonal solo tiene capacidad para conocer dicho presupuesto, como lo indica el artículo 6, literal b) de la Ordenanza en mención.

En conclusión, el Consejo de Seguridad Ciudadana podrá acogerse a lo establecido en el tercer inciso del artículo 106 del COPFP que determina: ‘Cada entidad y organismo que no forma parte del Presupuesto General del Estado deberá aprobar su presupuesto hasta el último día del año previo al cual se expida’”.

El numeral 4 del artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, entre los integrantes del sector público, incluye a: “Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

Por su parte, la letra n) del artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD), entre las funciones de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, le asigna la siguiente:

“n) Crear y coordinar los consejos de seguridad ciudadana municipal, con la participación de la Policía Nacional, la comunidad y otros organismos relacionados con la materia de seguridad, los cuales formularán y ejecutarán políticas locales, planes y evaluación de resultados sobre prevención, protección, seguridad y convivencia ciudadana”.

Según la disposición legal previamente citada, es competencia de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, dentro de su jurisdicción, crear y coordinar los consejos de seguridad ciudadana cantonales, que son instancias en las que participan la Policía Nacional, la comunidad y otras entidades relacionadas con la seguridad, cuya finalidad es formular y ejecutar políticas y planes cantonales para la prevención, protección, convivencia y seguridad ciudadana. Cabe puntualizar que la norma en mención no determina la forma de organización de dichos consejos, si se tratan de entidades adscritas al gobierno autónomo descentralizado o autónomo. En tal virtud, corresponde a cada gobierno autónomo descentralizado establecer su forma de organización y financiamiento.

En el contexto señalado, según consta de la “Ordenanza que Regula el Funcionamiento del Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca”, sancionada por el Alcalde de ese Gobierno Autónomo Descentralizado, el 6 de septiembre de 2016 y que en copia se ha anexado a su oficio inicial de consulta, el Concejo Cantonal Municipal creó el indicado Consejo de Seguridad, el mismo que de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la invocada ordenanza “(...) es un organismo técnico de formulación, coordinación, planificación y ejecución de políticas públicas, programas, planes de acción, en general, relacionados con la garantía efectiva del derecho a un hábitat seguro (...)”.

Añade el inciso segundo del artículo 1 *Ibidem*: “El Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca se constituye como una persona jurídica de derecho público creada mediante acto normativo, con autonomía administrativa, operativa, patrimonial y financiera sin fines de lucro”.

De las normas hasta aquí referidas, se desprende que el Concejo Municipal del Cantón Cuenca, en aplicación de la facultad que le confiere la letra n) del artículo 54 del COOTAD, creó el Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca, como una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, operativa, patrimonial y financiera y que en consecuencia dicha entidad integra el sector Público, en los términos del numeral 4 del artículo 225 de la Constitución de la República.

De otra parte, en lo que atañe a las atribuciones del Directorio del Consejo, la letra b) el artículo 6 de la “Ordenanza que Regula el Funcionamiento del Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca”, le asigna la de “Aprobar el presupuesto anual de ingresos y egresos presentado por el Director o Directora Ejecutivo del Consejo de Seguridad Ciudadana, previo a ser conocido por parte del Concejo Cantonal”.

Adicionalmente, el artículo 14 de la Ordenanza de su creación, establece como recursos del Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca, entre otros: “a. Los provenientes de la recaudación de la tasa de servicios para la protección, seguridad y convivencia ciudadana”.

De lo señalado, es claro que al Concejo Municipal del Cantón Cuenca le corresponde conocer el presupuesto aprobado del Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca, conforme lo dispuesto en su Ordenanza de creación; y que dicho presupuesto cuenta entre sus ingresos con los valores provenientes de la recaudación de la tasa de servicios para la protección, seguridad y convivencia ciudadana.

De lo dicho en el párrafo anterior, es necesario referir que de acuerdo al artículo 55 letra e) del COOTAD, es una competencia exclusiva de los gobiernos autónomos descentralizados municipales el “crear, modificar, suprimir o exonerar”, tasas mediante ordenanza, atribución que la realiza a través del Concejo Municipal según la letra c) del artículo 57 *Ibidem*, entre las que se incluye la tasa de servicios para la protección, seguridad y convivencia ciudadana, que nutre el presupuesto del Consejo Consultante.

Por otro lado, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (en adelante COPFP), en su artículo 4 inciso primero dispone que se someterán al mismo, todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República, a la vez que su inciso segundo prevé que se respetará la facultad de gestión autónoma, de orden político, administrativo, económico, financiero y presupuestario que la Constitución de la República o las leyes establezcan para las instituciones del sector público.

En cuanto al Presupuesto General del Estado, el artículo 77 del COPFP dispone:

“Art. 77.- Presupuesto General del Estado.- El Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos de todas las entidades que constituyen las diferentes funciones del Estado. No se consideran parte del Presupuesto General del Estado, los ingresos y egresos pertenecientes a la Seguridad Social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados”.

Sobre la aprobación de las proformas presupuestarias de los presupuestos excluidos del Presupuesto General del Estado, el artículo 112 del COPFP ha previsto lo siguiente:

“Art. 112.- Aprobación de las proformas presupuestarias de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, Empresas Públicas Nacionales, Banca Pública y Seguridad Social.- Las proformas presupuestarias de las entidades sometidas a este código, que no estén incluidas en el Presupuesto General del Estado, serán aprobadas conforme a la legislación aplicable y a este código. Una vez aprobados los presupuestos, serán enviados con fines informativos al ente rector de las finanzas públicas en el plazo de 30 días posteriores a su aprobación. Las Empresas Públicas Nacionales y la Banca Pública, tendrán además, la misma obligación respecto a la Asamblea Nacional”.

De otra parte, el artículo 106 del COPFP, que integra la Sección III, titulada “Aprobación Presupuestaria”, que es materia de su consulta, dispone lo siguiente:

“Art. 106.- Normativa aplicable.- La aprobación del Presupuesto General del Estado se realizará en la forma y términos establecidos en la Constitución de la República. En caso de reelección

presidencial, el Presidente reelecto enviará la proforma 30 días después de proclamados los resultados de la segunda vuelta.

En los gobiernos autónomos descentralizados, los plazos de aprobación de presupuesto del año en que se posesiona su máxima autoridad serán los mismos que establece la Constitución para el Presupuesto General del Estado y este código.

Cada entidad y organismo que no forma parte del Presupuesto General del Estado deberá aprobar su presupuesto hasta el último día del año previo al cual se expida”.

De las normas del COPFP antes citadas, se evidencia que sus artículos 77 y 112 determinan que no se consideran como parte del Presupuesto General del Estado, los ingresos y egresos pertenecientes a la Seguridad Social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados; y en consecuencia, el artículo 112 *Ibidem* ha dispuesto que las proformas presupuestarias de las entidades sometidas al COPFP, que no estén incluidas en el Presupuesto General del Estado, serán aprobadas conforme a la legislación aplicable y a ese código.

Como se puede observar, el artículo 112 del COPFP excluye del trámite de aprobación determinado para el Presupuesto General del Estado a los gobiernos autónomos descentralizados, para los cuales se aplica su normativa propia, salvo el año en que se posea la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado, evento en el cual el segundo inciso del artículo 106 *Ibidem*, ha determinado que el plazo para su aprobación es el mismo para la aprobación del Presupuesto General del Estado.

El inciso final del artículo 106, establece como plazo máximo y general que los organismos que no formen parte del Presupuesto General del Estado, deberán aprobar su presupuesto “hasta el último día del año previo al cual se expida”.

Una vez analizado lo atinente al COPFP, es pertinente señalar que el artículo 220 del COOTAD, en cuanto a la estructuración del presupuesto para los gobiernos autónomos descentralizados, prevé lo siguiente:

“Art. 220.- Referencia a las disposiciones normativas.- La estructura del presupuesto se ceñirá a las disposiciones expresamente consignadas en este Código, en la ley respectiva, en la reglamentación general que expedirá el gobierno central y en la normativa que dicte el gobierno autónomo descentralizado respectivo”.

La norma citada, de carácter general para los gobiernos autónomos descentralizados, establece que la estructuración de sus presupuestos estará a lo dispuesto por el COOTAD, por las leyes respectivas, y la reglamentación y normativa que para el efecto expida, en su orden, el gobierno central y cada gobierno autónomo descentralizado.

Por su parte, el artículo 245 del COOTAD, que forma parte de la Sección Quinta del indicado cuerpo legal, titulado “Aprobación y Sanción del Presupuesto”, dispone:

“Art. 245.- Aprobación.- El legislativo del gobierno autónomo descentralizado estudiará el proyecto de presupuesto, por programas y subprogramas y lo aprobará en dos sesiones hasta el 10 de diciembre de cada año, conjuntamente con el proyecto complementario de financiamiento, cuando corresponda. Si a la expiración de este plazo no lo hubiere aprobado, éste entrará en vigencia. El legislativo tiene la obligación de verificar que el proyecto presupuestario guarde coherencia con los objetivos y metas del plan de desarrollo y el de ordenamiento territorial respectivos.

La máxima autoridad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado y el jefe de la dirección financiera o el funcionario que corresponda, asistirán obligatoriamente a las sesiones del legislativo y de la comisión respectiva, para suministrar los datos e informaciones necesarias.

Los representantes ciudadanos de la asamblea territorial o del organismo que en cada gobierno autónomo descentralizado se establezca como máxima instancia de participación, podrán asistir a las sesiones del legislativo local y participarán en ellas mediante los mecanismos previstos en la Constitución y la ley”.

De la disposición legal invocada, se desprende que es atribución del Concejo Cantonal, como órgano legislativo de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, hasta el 10 de diciembre de cada año, estudiar y aprobar el proyecto de presupuesto del Cabildo, presupuesto que incluye tanto ingresos como egresos y entre los ingresos los no tributarios y tributarios, incluyéndose en este último las tasas.

Si bien es cierto y de lo hasta aquí señalado, que el Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca constituye una persona jurídica individual, con autonomía administrativa y financiera y su presupuesto no es el mismo que el del municipio, se debe considerar que es un organismo creado por el gobierno autónomo descentralizado municipal y su presupuesto por mandato de la letra a) del artículo 14 de su Ordenanza de funcionamiento, se integra con la tasa de servicios para la protección, seguridad y convivencia ciudadana, la que por su naturaleza tributaria, le corresponde su creación, modificación, supresión o exoneración, al Concejo Municipal, a través de la respectiva ordenanza, según la letra e) del artículo 55 y la letra c) del artículo 57 del COOTAD.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, el Consejo de Seguridad Ciudadana del Cantón Cuenca, debe regirse por lo dispuesto en el artículo 245 del COOTAD, para efectos de la aprobación de su presupuesto ya que de conformidad con la atribución conferida por la letra n) del artículo 54 del COOTAD, es un organismo creado por acto normativo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Cuenca; así como, observar el procedimiento de aprobación presupuestaria dispuesto en la Ordenanza que para el efecto haya expedido dicho Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal.

El presente pronunciamiento, se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad de la entidad consultante, la aplicación y cumplimiento de la normativa concerniente a la aprobación de su presupuesto anual.

BANCO CENTRAL DEL ECUADOR: POLÍTICA MONETARIA - AGENTE FINANCIERO DEL ESTADO

OF. PGE. N°: 12499 de 17-10-2017

CONSULTANTE: Banco Central del Ecuador

CONSULTA:

“¿El Banco Central de Ecuador, conforme establece el artículo 303 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 26, 27 y 36 del Código Orgánico Monetario y Financiero, que regulan la naturaleza, finalidad y funciones de la Institución, la que por mandato de la ley actúa como Agente fiscal, Financiero y Depositario de Recursos Públicos, debe ser considerado como ‘Entidad Financiera Pública’ conforme establece la disposición general vigésima cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, a efecto de transferir obligatoriamente al Presupuesto General del Estado el cinco por mil de los ingresos presupuestados, considerando que esta Institución no realiza actividades financieras de orden público, ni de banca pública, acorde a lo dispuesto en el artículo 308 de la Constitución de la República?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República de la República, Arts. 303 y 309.

Código Orgánico Monetario y Financiero, Arts. 6, 26, 27, 36, 40, 41, 62 núm. 1, 118, 143, 160, 161, 162, 163, 194 y 383.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Disp. Gen. Vigésima Cuarta; y, Art. 62 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

Los requerimientos de este Organismo, han sido atendidos con oficio No. BCE-CGJ-2017-0074-OF de 26 de julio de 2017, ingresado el 27 del mismo mes y año, suscrito por el doctor Guido Molina Crespo, Coordinador General Jurídico del Banco Central del Ecuador, quien manifiesta: “Por disposición de Gerencia General, de conformidad a la Resolución No. BCE-078-2016, dando cumplimiento a lo dispuesto en los oficios Nro. PGE-11206 de fecha 05 de julio de 2017, y; PGE-11421 de fecha 24 de julio de 2017, notificados con fecha 07 y 26 de julio del año en curso, respectivamente al Banco Central del Ecuador, comparezco y reformulo los términos de la consulta realizada”, que se plantea en los siguientes términos:

“¿De acuerdo a lo establecido en el artículo 303 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 26, 27 y 36 del Código Orgánico Monetario y Financiero, se regula la naturaleza, finalidad y funciones del Banco Central del Ecuador, que por mandato de la ley actúa como Agente Fiscal, Financiero y Depositario de Recursos Públicos, y que, acorde a lo dispuesto en el artículo 308 de la Constitución de la República no realiza actividades financieras de orden público, ni de banca pública, debe ser considerado como ‘Entidad Financiera Pública’ conforme establece la

disposición general vigésima cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, a efecto de transferir obligatoriamente al Presupuesto General del Estado el cinco por mil de los ingresos presupuestados?”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 11207 de 5 de julio de 2017, e insistencia contenida en oficio No. 11422 de 24 de julio de 2017, se requirió el criterio jurídico del Ministerio de Economía y Finanzas, lo que ha sido atendido con oficio No. MEF-MINFIN-2017-0351-O de 10 de agosto de 2017, recibido el 16 del mismo mes y año, suscrito por el Econ. Carlos Alberto de la Torre, Ministro de Economía y Finanzas, quien remite adjunto el memorando No. MINFIN-CGJ-2015-0374 de 30 de junio de 2015, que contiene el criterio del Coordinador Jurídico de esa Secretaría de Estado, Dr. Marco Antonio Almeida.

El informe del Coordinador General Jurídico del Banco Central del Ecuador, consta en oficio s/n de 26 de julio de 2017, y en él se refiere como antecedente que: “Mediante Oficio Nro. MINFIN-SRF-2015-0179-O de fecha 12 de marzo de 2015, la Subsecretaría de Relaciones Fiscales del Ministerio de Finanzas, conforme dispone la Disposición General Vigésimo Cuarta del Código Orgánico de Planificación de Finanzas Públicas, solicita proceder con la implementación de la recaudación de los valores por concepto de cinco por mil de los ingresos presupuestados, en consecuencia solicita que el Banco Central del Ecuador proporcione el número de las cuentas TI aperturadas en ésta Institución, por las entidades que detalla, entre las cuales se encuentra el BCE”. Agrega que, mediante oficio No. MINFIN-SRF-2017-0440-O de fecha 6 de junio de 2017, el Ministerio de Finanzas ha insistido en dicho requerimiento.

Como fundamentos de la consulta, el Coordinador General Jurídico del Banco Central del Ecuador cita, entre otras normas, el artículo 62 del Reglamento al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que clasifica al sector público en financiero y no financiero; así como los artículos 6, 26, 27, 36, 40, 160, 161 del Código Orgánico Monetario y Financiero, que se refieren a la naturaleza y funciones del Banco Central del Ecuador; y, finalmente, el Acuerdo No. 376 del Ministerio de Finanzas, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 424 de 26 de enero de 2015, que contiene el “Procedimiento para la aplicación de la Disposición General Vigésimo Cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”.

Con relación al Reglamento del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el informe jurídico del Banco Central del Ecuador manifiesta: “En base a ésta disposición reglamentaria emitida por Decreto Ejecutivo, constituye el punto de partida del análisis en derecho del cual parte el Ministerio de Finanzas, para considerar que el Banco Central del Ecuador se encuentra subsumido en la categorización de banca pública, como entidad que ejerce actividades monetarias y financieras, desconociendo la naturaleza del BCE definida en el artículo 303 del ámbito constitucional”. Sobre dicha base, el informe jurídico del Banco Central del Ecuador, concluye lo siguiente:

“(…) El Banco Central del Ecuador, conforme establece el artículo 303 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 26, 27 y 36 del Código Orgánico Monetario y Financiero, que regulan la naturaleza, finalidad y funciones de la Institución, la que por mandato

de la ley actúa como Agente Fiscal, Financiero y Depositario de Recursos Públicos, no debe ser considerado como 'Entidad Financiera Pública' conforme establece la disposición general vigésima cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en consecuencia; no está obligado por ley orgánica, ni por norma secundaria ya sea reglamento o decreto ejecutivo, a transferir al Presupuesto General del Estado el cinco por mil de los ingresos presupuestados, considerando que esta Institución no realiza actividades financieras de orden público, ni de banca pública, acorde a lo dispuesto en el artículo 308 de la Constitución de la República”.

Por su parte, el criterio jurídico institucional del Ministerio de Finanzas, al que se ha hecho referencia en los antecedentes, es el contenido en memorando No. MINFIN-CGJ-2015-0374 de 30 de junio de 2015, remitido por el Coordinador General Jurídico, al Subsecretario de Relaciones Fiscales, para atender el pedido formulado a esa Secretaría de Estado, por el Subgerente de Servicios del Banco Central del Ecuador, mediante oficio No. BCE-SGSERV-232-2015 de 19 de marzo de 2015, “(...) en el que manifiesta que la mencionada institución no se encuentra obligada a transferir el aporte del cinco por mil a favor de la Contraloría General del Estado”.

En dicho informe jurídico, se analizan dos aspectos: el primero tiene por finalidad establecer si el Banco Central del Ecuador es o no una institución financiera pública; y, el segundo, si le es aplicable la Disposición Vigésimo Cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Sobre lo primero, esto es el carácter del Banco Central del Ecuador, el informe jurídico del Ministerio de Finanzas cita los artículos 6, 160 y 161 del Código Orgánico Monetario Financiero, que establecen la forma en que se integran los sistemas monetario y financiero nacional, así como el tercer inciso del artículo 303 de la Constitución de la República y el artículo 26 del invocado Código Orgánico Monetario y Financiero, que definen al Banco Central del Ecuador como una persona jurídica de derecho público; y al respecto expone:

“(...) el sistema monetario y financiero nacional se compone de 2 grupos de instituciones, por un lado se encuentran la Junta de Regulación Monetaria, el Banco Central del Ecuador, la Superintendencia de Bancos, etc., y otro grupo lo constituyen las entidades financieras públicas propiamente dichas, las entidades financieras privadas y las de economía solidaria.

(...) aunque el Banco Central del Ecuador es una entidad pública, que forma parte del Sistema Monetario y Sistema Financiero Nacional, la ley no le ha definido como una entidad financiera pública propiamente dicha, ya que no ejerce una actividad financiera semejante a la que hacen bancos como el de Fomento, por ejemplo, su accionar es más de una banca que no intermedia recursos directamente con el público”.

Con relación al segundo aspecto, esto es a la aplicabilidad de la Disposición Vigésimo Cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas al Banco Central del Ecuador, el informe jurídico del Ministerio de Finanzas cita el artículo 62 del Reglamento General del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que clasifica al sector público en financiero y no financiero; y, el Acuerdo Ministerial No. 376 de 17 de diciembre de 2014, cuyo artículo 1 confiere al Ministerio

de Finanzas (actualmente Ministerio de Economía y Finanzas), como ente Rector en esa materia, competencia para reglar el procedimiento de cálculo, recaudación y liquidación del aporte del cinco por mil. Sobre dicha base, concluye:

“(…) esta Coordinación General Jurídica, basada en las normas constitucionales y legales planteadas, considera que siendo el Banco Central del Ecuador una institución perteneciente al Estado, debe aportar el cinco por mil de sus ingresos presupuestados, según lo establece la Disposición General Vigésima Cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”.

La Disposición General Vigésima Cuarta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (en adelante COPFP), sobre cuya aplicación trata la consulta, tiene el siguiente tenor:

“VIGESIMA CUARTA.- En razón de la reforma al artículo 30 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que elimina las asignaciones a favor de la Contraloría General del Estado, y con el objeto de financiar a dicha institución, se transferirán obligatoriamente al Presupuesto General del Estado, el cinco por mil de los ingresos presupuestados de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, Empresas Públicas, Seguridad Social, Entidades Financieras Públicas, y en la parte proporcional de las personas jurídicas de derecho privado cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria este (sic) integrado, con recursos públicos. Exceptúense el cobro de este aporte exclusivamente los ingresos provenientes de empréstitos internos y externos, donaciones, saldos iniciales de caja.

El Banco Central del Ecuador debitará automáticamente de manera mensual estos recursos de las cuentas de las entidades nombradas en el inciso precedente, de acuerdo a la liquidación que emitirá el ente rector de las finanzas públicas”. (El énfasis me corresponde).

La norma transcrita establece que, con la finalidad de financiar a la Contraloría General del Estado, se transferirán obligatoriamente al presupuesto general del Estado, el cinco por mil de los ingresos presupuestados de las instituciones que esa norma señala, entre las que incluye a las “Entidades Financieras Públicas”; y, al efecto, confiere al ente rector de las finanzas públicas atribución para efectuar la liquidación correspondiente, y al Banco Central del Ecuador competencia para efectuar el respectivo débito mensual.

Del criterio institucional del Banco Central del Ecuador, se aprecia que esa entidad considera que la expresión “Entidades Financieras Públicas”, contenida en la Disposición General Vigésima Cuarta del COPFP alude a la “banca pública”, y por tanto no le es aplicable al Banco Central del Ecuador; mientras que el Ministerio de Finanzas considera que el Banco Central del Ecuador es una entidad que forma parte del sistema monetario y del sistema financiero, cuya actividad “(…) es más de una banca que no intermedia recursos directamente con el público”, por lo que sí debe efectuar el aporte del cinco por mil que establece la Disposición General Vigésima Cuarta del COPFP.

Para atender la consulta es pertinente considerar como antecedente que, de acuerdo con el artículo 309 de la Constitución de la República, el sistema financiero nacional se integra por los sectores público, privado, y popular y solidario. Dicha norma establece lo siguiente:

“Art. 309.- El sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público. Cada uno de estos sectores contará con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez. Estas entidades serán autónomas. Los directivos de las entidades de control serán responsables administrativa, civil y penalmente por sus decisiones”.

El artículo 303 de la Constitución de la República que cita la entidad consultante, se refiere exclusivamente a la formulación y ejecución de las políticas monetaria y financiera que, es uno de los componentes del sistema monetario y financiero que establece el artículo 309 *Ibidem*. El artículo 303 de la Carta Constitucional dispone:

“Art. 303.- La formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva y se instrumentará a través del Banco Central. La ley regulará la circulación de la moneda con poder liberatorio en el territorio ecuatoriano.

La ejecución de la política crediticia y financiera también se ejercerá a través de la banca pública.

El Banco Central es una persona jurídica de derecho público, cuya organización y funcionamiento será establecido por la ley”.

Por su parte, el primer inciso del artículo 6 del Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante COMF), diferencia a las entidades que integran los sistemas monetario y financiero, en función del tipo de actividades que realizan, en los siguientes términos:

“Art. 6.- Integración. Integran los sistemas monetarios y financiero nacional las entidades responsables de la formulación de las políticas, regulación, implementación, supervisión, control y seguridad financiera y las entidades públicas, privadas y populares y solidarias que ejercen actividades monetarias y financieras”.

De las normas citadas se observa que los sistemas monetario y financiero se integran por dos tipos de entidades, cada una de las cuales realiza actividades diferentes: unas son entidades responsables de la formulación e instrumentación de políticas, regulación y control en materia monetaria y financiera; y, otras entidades que ejercen actividades financieras.

Corresponde por tanto, en primer lugar, revisar las normas del COMF que se refieren a las entidades competentes para formular políticas e instrumentarlas, regular al sistema monetario y financiero, y ejercer su control.

Según el artículo 118 del COMF, es atribución de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera definir las políticas monetarias y financieras, y establecer los instrumentos de regulación monetaria; mientras que según el artículo 27 *Ibidem*, corresponde al Banco Central instrumentar dichas políticas, esto es ejecutarlas. Y, por otra parte, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 62 del mismo Código, el control y vigilancia del sistema financiero corresponde a la Superintendencia de Bancos. El texto de las normas citadas, es el siguiente:

“Art. 27.- Finalidad. El Banco Central del Ecuador tiene por finalidad la instrumentación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera del Estado, mediante el uso de los instrumentos determinados en este Código y la ley”.

“Art. 118.- Liquidez. La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera definirá las políticas de liquidez para garantizar la eficacia de la política monetaria enfocada en la consecución de los objetivos establecidos en este Código. Así mismo, establecerá y regulará los instrumentos de política monetaria a utilizarse, tales como: reservas de liquidez, proporción de la liquidez doméstica y la composición de la liquidez total, tasas de interés, operaciones de mercado abierto y ventanilla de redescuento, entre otros. La implementación de estos instrumentos se la hará a través del Banco Central del Ecuador”.

“Art. 62.- Funciones. La Superintendencia de Bancos tiene las siguientes funciones:

1. Ejercer la vigilancia, auditoría, control y supervisión del cumplimiento de las disposiciones de este Código y de las regulaciones dictadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, en lo que corresponde a las actividades financieras ejercidas por las entidades que conforman los sectores financieros público y privado”.

De las normas citadas se desprende que, las actividades de formulación de políticas y su instrumentación, y la regulación y control de los sistemas monetario y financiero, están asignadas por el ordenamiento jurídico, exclusivamente a entidades públicas.

De acuerdo con el artículo 6 del COMF, que antes se examinó, el segundo componente del sistema monetario y financiero, se integra por las entidades que ejercen actividades financieras, por lo que corresponde revisar ese concepto y luego identificar las entidades que realizan ese tipo de actividad.

Al efecto se considera que, el artículo 143 del COMF define a la actividad financiera en la siguiente forma:

“Art. 143.- Actividad financiera. Para efectos de este Código, actividad financiera es el conjunto de operaciones y servicios que se efectúan entre oferentes, demandantes y usuarios, para facilitar la circulación de dinero y realizar intermediación financiera; tienen entre sus finalidades preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financieras son un servicio de orden público, reguladas y controladas por el Estado, que pueden ser prestadas por las entidades que conforman el sistema financiero nacional, previa autorización de los organismos de control, en el marco de la normativa que expida la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera”.

De la norma citada, se desprende que la actividad financiera consiste en una serie de operaciones y servicios que facilitan la circulación de dinero y la intermediación financiera, que realizan los oferentes de ese servicio y sus usuarios, todo ello bajo la regulación y control del Estado.

Es pertinente considerar adicionalmente que, según la parte final del artículo 6 del COMF, pueden ejercer actividades financieras, las entidades del sector financiero público, privado, así como las de la economía popular y solidaria, a las que se refieren los artículos 161, 162 y 163 del mismo Código, respectivamente.

Con relación al sector financiero público, el artículo 161 del COMF prevé que se compone por Bancos y Corporaciones; y, el primer inciso del artículo 383 *Ibidem* señala que: “Las entidades financieras públicas podrán efectuar las operaciones activas, pasivas, contingentes y de servicios determinadas en el artículo 194, previa autorización del organismo de control pertinente”.

Del análisis jurídico hasta aquí efectuado se observa que, de acuerdo con el artículo 6 del COMF, el sistema monetario y financiero se integra por dos tipos de entidades con actividades diferenciadas: entidades públicas responsables de las competencias de formulación de políticas y regulaciones (la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera), la instrumentación de dichas políticas (el Banco Central), así como del ejercicio del control del sistema (Superintendencia de Bancos); y, por otra parte, las entidades públicas, privadas o de la economía popular y solidaria, que ejercen actividades financieras, esto es aquellas entidades públicas, privadas y de la economía popular y solidaria que realizan operaciones y servicios de intermediación financiera, y que operan bajo autorización y control de las primeras.

Una vez que se ha establecido la forma en que se compone el sistema monetario y financiero según el artículo 6 del COMF, corresponde examinar las actividades que realiza el Banco Central del Ecuador para determinar si se trata únicamente de una entidad de instrumentación de políticas del sistema monetario y financiero, o si adicionalmente es una entidad pública que realiza actividad financiera en los términos que establece el artículo 143 del COMF.

Al efecto, se considera que de acuerdo con el artículo 41 del COMF, el Banco Central del Ecuador, es el Agente Financiero del Estado, responsable de las operaciones financieras e inversiones del sector público, conforme se observa del texto del antepenúltimo inciso de esa norma, que dispone:

“Las operaciones cursadas por las instituciones públicas o empresas públicas, a través del Banco Central del Ecuador, como agente financiero del Estado, ya sea en el país o en el exterior, son de naturaleza pública”. (El énfasis me corresponde).

El artículo 36 del COMF, contiene cuarenta numerales que señalan las funciones del Banco Central del Ecuador, entre las que constan las relacionadas con la administración del sistema nacional de pagos (2); gestión de la liquidez de la economía para impulsar los objetivos de desarrollo del país, utilizando instrumentos directos e indirectos, como operaciones de mercado abierto, operaciones de cambio, entre otros (8); operar el sistema central de pagos (22); actuar como depositario de los recursos de terceros, en los casos en que la ley ordene que exista un depósito (28); actuar como agente fiscal, financiero y depositario de recursos públicos (29).

De los artículos 36 y 41 del COMF, previamente citados, se desprende que esas normas asignan al Banco Central del Ecuador, funciones que coinciden con aquellas operaciones que el artículo

194 del mismo Código autoriza a efectuar a las entidades financieras públicas y privadas, entre ellas recibir depósitos (numeral 1 del literal b) y efectuar servicios de caja y tesorería, así como efectuar cobranzas, pagos y transferencias de fondos (numerales 1 y 3 del literal d), que constituyen actividades financieras según el artículo 143 del mismo Código.

Es decir que, como Agente Financiero del Estado, el Banco Central del Ecuador está autorizado a realizar operaciones y servicios de intermediación financiera y por tanto tiene el carácter de entidad financiera pública, en los términos de los artículos 161 y 383 del COMF; todo ello sin perjuicio de que, adicionalmente según el artículo 27 del mismo Código, el Banco Central es responsable de instrumentar las políticas monetaria y financiera definidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.

Por otra parte, el artículo 62 del Reglamento al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, clasifica el sector público en financiero y no financiero, y al efecto prevé en los dos incisos posteriores a su numeral 3, lo siguiente:

“Art. 62.- Clasificación del sector público.- Para efectos del análisis de finanzas públicas, el sector público (SP) estará dividido en sector público no financiero (SPNF) y sector público financiero (SPF).

El sector público no financiero -SPNF- comprende todas las instituciones que pertenece al Sector Gobierno General -GG-, entidades de seguridad social y las empresas públicas no financieras -EPNF- (...).

(...)

El Sector público financiero -SPF- comprende todas las instituciones cuya actividad principal es la monetaria y la intermediación financiera tales como: Banco Central del Ecuador, Banco del Estado, Banco del Instituto Ecuatoriano de la Seguridad Social, Banco Nacional de Fomento, Corporación Financiera Nacional, Corporación de Finanzas Populares, entre otras.

El Ministerio de Economía y Finanzas mantendrá un catálogo actualizado de todas las entidades del sector público para lo cual coordinará con el Ministerio de Relaciones Laborales”. (El énfasis me corresponde).

De acuerdo con el texto normativo citado, para todos los efectos relacionados con la administración de las finanzas públicas, el artículo 62 del Reglamento al COPFP, clasifica al sector público en financiero y no financiero; e incluye expresamente al Banco Central del Ecuador en el sector público financiero, lo que guarda armonía con las actividades financieras que esa entidad pública realiza en calidad de agente financiero del Estado, según las normas del COMF.

Según se analizó en los antecedentes, de acuerdo con la Disposición General Vigésimo Cuarta del COPFP, las entidades financieras públicas están obligadas a transferir obligatoriamente al

Presupuesto General del Estado, el cinco por mil de sus ingresos presupuestados, para ser destinados al financiamiento de la Contraloría General del Estado; y, al efecto, la misma norma confiere al ente rector de las finanzas públicas atribución para efectuar la liquidación correspondiente, y al Banco Central del Ecuador competencia para efectuar el débito mensual respectivo.

Del análisis jurídico que precede, se aprecia que de acuerdo con los artículos 27, 36 y 41 del COMF, el Banco Central del Ecuador tiene por finalidad instrumentar la política monetaria y financiera pero también es el Agente Financiero del Estado, pues puede realizar operaciones y servicios de intermediación financiera y por tanto cumple funciones de entidad financiera pública; y adicionalmente, en materia de finanzas públicas está calificado expresamente como integrante del sector financiero público por el artículo 62 del Reglamento al COPFP.

En atención a los términos de la consulta reformulada se concluye que, de acuerdo con el artículo 6 del COMF, que establece la integración de los sistemas monetarios y financieros, y la Disposición General Vigésima Cuarta del COPFP, el Banco Central del Ecuador forma parte de las entidades financieras públicas obligadas a transferir al Presupuesto General del Estado el cinco por mil de sus ingresos presupuestados, destinados al financiamiento de la Contraloría General del Estado.

El presente pronunciamiento, se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, no es facultad de la Procuraduría General del Estado determinar las competencias administrativas ni los deberes jurídicos de las Instituciones que forman parte del Sector Público.

CESACIÓN DE FUNCIONES: JUECES TITULARES

OF. PGE. N°: 13442, de 27-12-2017

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

CONSULTA:

“Al haberse producido el cese de funciones de uno de los jueces titulares de la Corte Nacional de Justicia cuyo periodo aún se encuentra vigente; ¿corresponde que sea reemplazado por un conjuer hasta la terminación del período para el cual fue designado en aplicación de lo supuesto en los artículos 200 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 182 y 183.

Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 36, 38, 42, 120, 136, 173, 174, 176, 200, 201, 264 y 280.

Régimen de Transición de la Constitución de la República, Arts. 23

PRONUNCIAMIENTO:

La comunicación de consulta y el informe de la Directora Nacional de Asesoría Jurídica de la entidad consultante, contenido en memorando No. CJ-DNJ-2017-0395-M de 30 de noviembre de

2017, refieren como antecedente que, de conformidad con el artículo 23 del Régimen de Transición de la Constitución de la República, el Consejo de la Judicatura efectuó la evaluación de los 21 jueces que integraron la primera Corte Nacional de Justicia, lo que permitió dividir al tribunal en tres tercios y determinar los respectivos periodos de desvinculación de los jueces para efectos de su cesación y renovación parcial prevista por el artículo 182 de la Constitución de la República, lo que ha dado lugar a que la integración de la Corte Nacional de Justicia se haya renovado en dos tercios, mediante los respectivos procesos públicos de selección.

Agrega el informe jurídico que, el primer tercio mejor evaluado de la primera Corte Nacional de Justicia, deberá concluir el periodo de nueve años contados desde la fecha de su posesión, que finaliza en enero del año 2021; y que, por el fallecimiento de uno de los jueces que integraba ese primer tercio, su ausencia se ha cubierto por uno de los conjuces de la Corte Nacional de Justicia.

Como fundamentos jurídicos de la consulta el informe jurídico cita, entre otras normas, los artículos 182 y 183 de la Constitución de la República, que establecen la forma en que se integra la Corte Nacional de Justicia, los requisitos que deben cumplir sus miembros y el procedimiento de elección; y, los artículos 36, 38, 42, 120, 173, 174, 200, 201, 264 y 280 del Código Orgánico de la Función Judicial que señalan los principios rectores de los concursos para el ingreso y promoción de la Función Judicial, las causales de cesación de los servidores judiciales, el reemplazo temporal de los jueces de la Corte Nacional de Justicia, las funciones de los conjuces de ese Tribunal y asignan la competencia para efectuar su nombramiento y evaluación al Consejo de la Judicatura. Sobre dicha base, el informe jurídico manifiesta y concluye lo siguiente:

“3.2.- Originado el cese definitivo de uno de los jueces titulares de la Corte Nacional de Justicia se debe tener presente que el Código Orgánico de la Función Judicial prevé un sistema de conjuces titulares, quienes trabajan a tiempo completo y dedicación exclusiva; estas designaciones provienen del concurso de selección de los jueces de la Corte Nacional de Justicia quienes no fueron titularizados, respetando el puntaje obtenido en dicho proceso, quienes cumplen con el mismo perfil de un juez o jueza nacional.

Cabe destacar que tanto jueces como conjuces que integran la Corte Nacional de Justicia no pertenecen a la carrera jurisdiccional y que son funcionarios a periodo fijo sujetos a las mismas normas de renovación.

3.3.- Igualmente se señala que una de las funciones inherentes al cargo de conjuce consiste en reemplazar a un juez de la Corte Nacional de Justicia en caso de impedimento o ausencia conforme lo determina el artículo 174 y el numeral 1 del artículo 201 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.4.- Por lo tanto, se debe tener presente que los conjuces que reemplazan a un juez de la Corte Nacional de Justicia están cumpliendo simplemente con una de las funciones propias de su puesto de trabajo.

4.- CONCLUSIONES:

(...)

4.1.- Al haberse producido el cese definitivo de uno de los jueces titulares de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con el numeral 1 del artículo 120 del Código Orgánico de la Función Judicial lo que imposibilita el terminar el periodo para el cual fue designado (nueve años); en aplicación a los artículos 200 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, le corresponde a un conjuerzemplazarlo como hasta la fecha se lo ha hecho y hasta la terminación del periodo para el que fue designado el juez cesado”.

Su consulta está referida al reemplazo por ausencia de un Juez de la Corte Nacional de Justicia, para lo cual es pertinente considerar como antecedente que de acuerdo con el inciso final del artículo 42 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), los jueces de la Corte Nacional de Justicia así como los conjuerz de ese Tribunal, no pertenecen a ninguna de las carreras de la Función Judicial que esa norma establece, sino que están sujetos a un período fijo de conformidad con los artículos 182 de la Constitución de la República y 173 del COFJ, como se observará más adelante.

El artículo 182 de la Constitución de la República, regula la forma en que se integra la Corte Nacional de Justicia y el periodo al que están sujetos sus jueces, en la siguiente forma:

“Art. 182.- La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un periodo de nueve años; no podrán ser reelectos y se renovarán por tercios cada tres años. Cesarán en sus cargos conforme a la ley.

Las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia elegirán de entre sus miembros a la Presidenta o Presidente, que representará a la Función Judicial y durará en sus funciones tres años. En cada sala se elegirá un presidente para el período de un año.

Existirán conjuerzas y conjuerz que formarán parte de la Función Judicial, quienes serán seleccionados con los mismos procesos y tendrán las mismas responsabilidades y el mismo régimen de incompatibilidades que sus titulares.

La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito”.

De la norma constitucional transcrita, se desprende que la Corte Nacional de Justicia está integrada por veintiún jueces organizados por salas especializadas, los cuales durarán nueve años en funciones y serán renovados por tercios cada tres años sin que puedan ser reelectos; a más de disponer que cesarán en sus cargos de acuerdo a lo establecido en la ley.

Adicionalmente, como se puede observar, la misma disposición determina que existirán conjueces que formarán parte de la Función Judicial, quienes serán seleccionados con los mismos procesos y tendrán las mismas responsabilidades y el mismo régimen de incompatibilidades que sus titulares.

Por su parte, el artículo 23 de Régimen de Transición de la Constitución de la República, reguló el procedimiento de renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia designada luego de la aprobación por referéndum de la Carta Magna, previendo lo siguiente:

“Art. 23.- En la renovación parcial de la Corte Nacional de Justicia, que se efectuará luego de tres años, se seleccionará los magistrados que deben concluir su gestión, considerando la evaluación del desempeño. Cesarán en sus funciones los siete que menor puntuación alcanzaron. A los seis años, cuando se produzca la siguiente renovación parcial, los siete magistrados que deban salir serán los siete menos puntuados en la evaluación de los catorce restantes del primer grupo. Los siete mejores durarán nueve años en funciones”. (El énfasis me pertenece).

Del artículo citado se aprecia que el Régimen de Transición de la Constitución de la República, estableció un mecanismo de renovación parcial de los jueces de esa Corte designados luego del referéndum aprobatorio de la Constitución de la República, en virtud del cual solo los siete jueces mejor evaluados durarán nueve años en funciones, cumpliendo de esta forma con la regla de renovación establecida por el artículo 182 de la Constitución de la República.

El COFJ en su artículo 173, ratifica lo prescrito en el artículo 182 de la Constitución de la República sobre la integración de la Corte Nacional de Justicia, siendo su tenor:

“Art. 173.- INTEGRACION.- La Corte Nacional de Justicia estará integrada por veintiún juezas y jueces, quienes se organizarán en salas especializadas. Serán designados por el Consejo de la Judicatura para un periodo de nueve años, conforme a un procedimiento de concursos de oposición y méritos, con impugnación y control social. Se promoverá, a través de medidas de acción afirmativa, la paridad entre mujeres y hombres. No podrán ser reelectos y se renovarán por tercios cada tres años. Cesarán en sus puestos conforme a este Código”. (El énfasis me pertenece).

En relación a la designación de los Jueces de la Corte Nacional de Justicia, el artículo 176 del COFJ, establece:

“Art. 176.- DESIGNACION DE JUEZAS Y JUECES.- El Consejo de la Judicatura realizará los concursos de oposición y méritos de las juezas y jueces con la debida anticipación a la fecha en que deben cesar en sus funciones los respectivos grupos; para que en la fecha que cese cada grupo entren a actuar quienes deban reemplazarlos”.

De la norma citada se observa que los Jueces de la Corte Nacional de Justicia, serán seleccionados a través de un concurso de méritos y oposición realizado por el Consejo de la Judicatura, los cuales serán realizados con la anticipación debida a la fecha de cesación de los jueces que serán reemplazados.

Por otra parte, el artículo 200 del COFJ, prevé el número de conjueces que debe tener la Corte Nacional de Justicia y el procedimiento de concurso para su selección; señalando en sus incisos primero y segundo lo siguiente:

“Art. 200.- Número y requisitos.- El número de las o los conjueces de la Corte Nacional de Justicia y la Sala especializada a la cual serán asignados, será determinado por el Consejo de la Judicatura en coordinación con el Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Las y los conjueces provendrán del concurso de selección de las y los jueces de la Corte Nacional que no fueron titularizados de acuerdo con la nota obtenida. En caso de que no se cuente con el número suficiente del banco de elegibles de conjuejas y conjueces de la Corte Nacional, se procederá a designar a las y a los jueces a partir del nivel octavo de la carrera judicial.

Las y los conjueces, tendrán las mismas responsabilidades y régimen de incompatibilidad que las y los jueces titulares; desempeñarán sus funciones a tiempo completo con dedicación exclusiva”.

El artículo 182 de la Constitución de la República que se citó en los antecedentes con relación al procedimiento de selección, responsabilidades e incompatibilidades de los Conjueces prevé que, son los mismos que se aplican a los Jueces de la Corte Nacional; y, el inciso final del artículo 136 del COFJ, dispone que:

“Serán a periodo fijo los vocales del Consejo de la Judicatura, las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia; las conjuejas y conjueces, juezas y jueces temporales, notarias y notarios, servidoras y servidores temporales y personal a contrato por servicios ocasionales”.

Los artículos 174 y 201 numeral 1 del COFJ, asignan a los conjueces la función de reemplazar a los jueces de la Corte Nacional de Justicia; dichas normas disponen:

“Art. 174.- REEMPLAZO TEMPORAL.- En caso de ausencia o impedimento de una jueza o juez que deba actuar en determinados casos, la Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional de Justicia llamará, previo el sorteo respectivo a una conjuėja o conjuėz para que lo reemplace”.

“Art. 201.- FUNCIONES.- A las conjuejas y a los conjueces les corresponde:

1. Reemplazar, por sorteo, a las juezas y jueces en caso de impedimento o ausencia;
2. Calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala a la cual se le asigne e integrar por sorteo el tribunal de tres miembros para conocer y resolver las causas cuando sea recusada la sala por falta de despacho;
3. Organizar los fallos de la sala, seleccionar los precedentes para proporcionarlos a los ponentes de la sala a fin de que los utilicen en sus ponencias, y establecer los casos de triple reiteración a fin de ponerlos a conocimiento del Presidente de la sala para que los eleve hasta el Pleno de la Corte; y,
4. Ejercer las demás atribuciones que establezca la ley”. (El énfasis me pertenece).

De las normas hasta aquí citadas se observa que, los artículos 182 de la Constitución de la República y 173 del COFJ, establecen en forma expresa el periodo fijo aplicable a los Jueces de la Corte Nacional de Justicia. Además el artículo 174 del COFJ, dispone que los conjucees reemplacen temporalmente a los jueces de la Corte Nacional de Justicia en determinados casos, y el artículo 201 numeral 1 del mismo Código, se refiere en forma general a las funciones de los conjucees e incluye en primer lugar la de reemplazar por sorteo a los jueces en caso de impedimento o ausencia, lo que debe ser entendido en sentido amplio, es decir inclusive en caso de ausencia definitiva, en virtud de que el legislador no ha efectuado una distinción a dicha función.

Además, el último inciso del artículo 136 del COFJ, expresamente prevé que los conjucees están sujetos a periodo fijo, sin precisar la duración del mismo; mientras que, el artículo 200 del mismo Código, dispone que los conjucees están sujetos a los mismos procesos de selección y las mismas responsabilidades e incompatibilidades que los jueces. Por tanto, considerando que el legislador ha establecido para los conjucees igual régimen jurídico que el aplicable a los jueces, de ello se desprende que las normas relacionadas con la duración del periodo al que están sujetos los conjucees de la Corte Nacional de Justicia también deben ser las mismas que las aplicables a los jueces de ese Tribunal.

La sujeción de los Conjucees al mismo régimen jurídico aplicable a los Jueces de la Corte Nacional de Justicia que se ha referido en el párrafo precedente, da lugar a que el inicio y fin de su periodo, se establezca observando las normas que regulan la renovación parcial de ese Tribunal, previstas en los artículos 182 de la Constitución de la República y 23 de su Régimen de Transición, de manera que los Jueces titulares y los conjucees estén sujetos a igual periodo y proceso de renovación.

Cabe considerar adicionalmente que, en caso de ausencia definitiva de un Juez de la Corte Nacional de Justicia, el conjuce a quien corresponde su reemplazo conserva su calidad y por tanto mantiene el periodo para el cual fue designado inicialmente, ya que conforme al inciso final del artículo 136 del COFJ, el conjuce es un servidor sujeto a período fijo. Es decir que, la sustitución de un Juez por el conjuce que designe por sorteo el Consejo de la Judicatura, no debe alterar los periodos a los que están sujetos los conjucees, ni el procedimiento aplicable para su renovación parcial.

Finalmente, es oportuno considerar que de acuerdo con el numeral 1 del artículo 120 del COFJ, el fallecimiento es causa de cesación en el cargo de los servidores de la Función Judicial, calidad que también se aplica a los jueces de la Corte Nacional de Justicia; es decir que la muerte de uno de sus jueces, produce su cesación y da lugar a su reemplazo por un conjuce en los términos previstos por el numeral 1 del artículo 201 del COFJ, a fin de que las funciones del Tribunal no se interrumpan.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo al numeral 1 del artículo 201 del COFJ, ante la ausencia definitiva de uno de los jueces titulares de la Corte Nacional de Justicia, cuyo periodo aún se encuentra vigente, dará lugar a su reemplazo por un conjuce seleccionado por sorteo por el Consejo de la Judicatura, a quien le corresponderá ejercer dicho cargo hasta la terminación del período para el cual fue designado el Juez titular, asumiendo las mismas responsabilidades conforme lo señala el segundo inciso del artículo 200 *Ibidem*.

El presente pronunciamiento, se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo de responsabilidad exclusiva de la entidad consultante, verificar el cumplimiento de los períodos para los cuales fueron designados los Jueces y Conjuces que integran la Corte Nacional de Justicia.

CONSEJEROS PRINCIPALES Y SUPLENTE: AUSENCIA DEFINITIVA

OF. PGE. N°: 12051 de 11-09-2017

CONSULTANTE: Consejo de Participación Ciudadana y Control Social

CONSULTA:

1. ¿De acuerdo a lo prescrito en el artículo 24 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, el plazo para contabilizar el período de seis años que corresponde al ejercicio de las funciones de los Consejeros suplentes que en caso de ausencia definitiva del Consejero Principal hubieren reemplazado a éste, debe contarse desde la fecha de su designación y posesión o a partir de la fecha de su principalización, toda vez que dicha norma no ha previsto un periodo distinto para aquel evento?

2.- ¿En el marco del artículo 20 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, en caso de existir vacantes que afecten el número establecido de integrantes del Consejo Nacional Electoral y a efectos de mantener íntegra la conformación prevista en la norma de cinco consejeros principales y cinco suplentes, para poder así garantizar el cumplimiento de la finalidad de la Función Electoral prescrita en el artículo 6 del mismo Código, al momento de realizar el proceso de renovación parcial de sus integrantes, le corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través del concurso de oposición y méritos respectivo, designar al número necesario de consejeras y consejeros principales y suplentes que deben integrar dicho órgano conforme la norma, observando los principios de alternancia y paridad?

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 208 núm. 12, 218, 224 y 429, 436 núm 1).

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Arts. 5 núm. 7, 56 y 69.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Arts. 6, 9, 20, 24, 26 y 34.

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

PRONUNCIAMIENTO:

El criterio jurídico institucional contenido en memorando No. CPCCS-CGAJ-2017-0516-M de 24 de agosto de 2017, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Consejo a su cargo, cita los artículos 5 numeral 7, 69 y 71 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; y, 3, 18, 20 y 24 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la

República del Ecuador, Código de la Democracia, luego de lo cual, en su acápite tercero realiza el siguiente análisis general:

“Como puede observarse, el numeral 7 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, conjuntamente con el inciso primero del artículo 69 *Ibidem*, en concordancia con el artículo 20 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, le han otorgado al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social la competencia para designar a los miembros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral, previa selección mediante concurso público de oposición y méritos, con postulación e impugnación de la ciudadanía, debiendo cumplirse con los principios de equidad y de integración paritaria entre hombres y mujeres.

La norma contenida en el artículo 24 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia determina que el periodo de ejercicio de las funciones de las y los Consejeros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral es de seis años, para cuyo cumplimiento se ha establecido una regla de renovación parcial por la cual el Consejo deberá ser renovado parcialmente cada tres años.

Para el efecto, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social solicitó al Consejo Nacional Electoral remitir un listado actualizado de las y los Consejeros principales y suplentes que integran actualmente el Consejo Nacional Electoral, debiendo precisar el tiempo que llevan en funciones. Dicha solicitud fue atendida, y se informó al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social que se han producido renunciaciones y principalizaciones entre las y los Consejeros principales y suplentes, lo cual genera dudas respecto del número de miembros que deben ser renovados, tomando en cuenta tres factores: que el Consejo debe estar conformado por cinco miembros principales y cinco suplentes, que el plazo máximo de ejercicio del cargo es de seis años y que existe la regla de renovación cada tres años”. (El énfasis corresponde al texto original).

Con tales antecedentes, procedo a atender sus consultas, en el orden que han sido planteadas:

PRIMERA PREGUNTA:

El Coordinador General de Asesoría Jurídica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en el memorando señalado en los antecedentes, ha realizado la siguiente conclusión:

“En primer término, respecto al periodo de las y los consejeros principales, el inciso primero del artículo 24 del Código de la Democracia es claro al determinar que ocuparán sus funciones durante seis años; no obstante, se requiere conocer la forma de aplicación de la norma frente al caso no previsto de que un miembro suplente haya sido principalizado, en cuya situación cabe definir si dicho periodo de seis años incluye el lapso que ejerció la calidad de suplente y el lapso como principal.

Por este motivo, con el fin de que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social pueda cumplir con el mandato legal del artículo 20 del Código de la Democracia, es pertinente que en la

siguiente renovación parcial reemplace a las y los Consejeros principales que hayan cumplido seis años en el cargo de consejero, haciendo la sumatoria del lapso como miembro suplente y principal”. (El énfasis corresponde al texto original).

Para atender el tema materia de su primera consulta, es necesario referir en forma previa que la Constitución de la República en el numeral 12 de su artículo 208 señala que corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, cuya integración, así como el período de duración y regla de renovación se encuentran establecidos en su artículo 218, para lo cual se deberá llevar a cabo el respectivo concurso de méritos y oposición dispuesto por el artículo 224 de la norma *Ibídem*.

Por su parte, en relación a la duración en el cargo de los Consejeros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral, el artículo 24 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, señala en su primer inciso lo siguiente:

“Art. 24.- El Consejo Nacional Electoral se integrará por cinco consejeras o consejeros principales, que ejercerán sus funciones por seis años, y se renovará parcialmente cada tres años, dos miembros en la primera ocasión, tres en la segunda, y así sucesivamente. Existirán cinco consejeras o consejeros suplentes que se renovarán de igual forma que las y los principales”. (El énfasis me pertenece).

Según la norma transcrita, el Consejo Nacional Electoral se integra por cinco Consejeros principales, quienes ejercen sus funciones por seis años. El mismo artículo establece igual número de consejeros suplentes (cinco) y dispone que éstos se renovarán en forma similar a los principales.

Por otra parte, es procedente observar que el único caso en el cual la norma estableció un periodo distinto de duración en el cargo para los Consejeros del Consejo Nacional Electoral, fue el relacionado con su primera renovación parcial, prevista en la Disposición Transitoria Tercera del Código de la Democracia, en los siguientes términos:

“TERCERA: Al cumplirse el tercer año de designación de los integrantes del primer Consejo Nacional Electoral y primer Tribunal Contencioso Electoral, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social realizará un sorteo para determinar los primeros integrantes que deberán ser reemplazados para cumplir la norma dispuesta en los artículos 218 y 220 de la Constitución de la República del Ecuador”. (El énfasis me pertenece).

La norma antes citada determinó que al cumplirse el tercer año de designación de los primeros Consejeros del Consejo Nacional Electoral, se definiría mediante sorteo quiénes debían ser reemplazados para aplicar así la regla de renovación parcial prevista en el artículo 24 del Código de la Democracia.

Al hacerlo, no se distinguió entre Consejeros principales y suplentes lo que evidencia que los suplentes podían ser parte de la renovación aunque no hayan cumplido los seis años, de igual

manera que los principales; de lo que se infiere que el periodo para el cual fueron designados los Consejeros principales y suplentes corre de forma idéntica para todos los integrantes del Consejo Nacional Electoral, sin distinción respecto de la calidad del cargo que ocupen.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que de conformidad con el primer inciso del artículo 24 del Código de la Democracia, los Consejeros suplentes del Consejo Nacional Electoral que, hubieren reemplazado al Consejero principal en caso de ausencia temporal o definitiva del Consejero principal, están igualmente sujetos a un período fijo de seis años, contabilizado desde la fecha de su designación como Consejero principal o suplente, ya que la misma proviene o se origina en un mismo concurso convocado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Por tanto, corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, establecer de quienes integran actualmente el Consejo Nacional Electoral, los Consejeros principales y suplentes que estén próximos a cumplir su período de seis años, para que, a través del respectivo concurso de méritos y oposición, se proceda a designar sus reemplazos.

SEGUNDA CONSULTA

Respecto de la segunda consulta, el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, realiza la siguiente conclusión:

“En segundo lugar, respecto a la renovación de las y los consejeros suplentes, y ante las vacantes producidas por el cumplimiento del periodo de seis años, por renunciaciones, principalizaciones o por cualquier otra razón, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social debe, conforme el listado remitido por el Consejo Nacional Electoral, realizar la renovación de todos los puestos que sean necesarios para conservar la integración de cinco miembros prevista en la norma, cumpliendo con los criterios de equidad y paridad”.

Las atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, se encuentran establecidas en el artículo 5 de su Ley Orgánica, entre las cuales, en el numeral 7 señala la siguiente: “Designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura, luego de agotar el proceso de selección correspondiente”.

En forma concordante con la norma anteriormente citada, el artículo 69 *Ibíd*em establece:

“Art. 69.- Selección y designación por concurso de oposición y méritos.- El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social designará a las máximas autoridades de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado, Contraloría General del Estado, a las autoridades del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208, numerales 11 y 12 de la Constitución de la República del Ecuador y la ley.

Para la selección de representantes de la ciudadanía a los espacios que prevé la ley se designarán comisiones ciudadanas que deberán seguir los mismos procesos establecidos en esta ley”.

De lo hasta aquí señalado, se determina que los miembros del Consejo Nacional Electoral, serán designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, una vez realizado el respectivo concurso de méritos y oposición.

En relación al concurso de méritos y oposición, la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (en adelante LOCPCCS), en su artículo 55 establece que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, conformará una Comisión Ciudadana para cada proceso de selección de las distintas autoridades, entre ellas, los miembros del Consejo Nacional Electoral, quienes serán las encargadas de llevar a cabo el concurso de méritos y oposición que determina la Ley.

El artículo 56 de la LOCPCCS, determina la conformación o integración de las Comisiones Ciudadanas de Selección, para los procesos de elección de las autoridades, como es el caso de los miembros del Consejo Nacional Electoral.

De las disposiciones previamente invocadas se desprende que, para la designación de los miembros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral, se debe conformar una Comisión Ciudadana de Selección, que será la encargada de realizar el respectivo concurso de méritos y oposición, luego de lo cual, emitirá su informe vinculante con los resultados del proceso, para que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social proceda a designar a las nuevas autoridades.

Por su parte, la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, en sus artículos 6 y 9, en su orden señalan:

“Art. 6.- La Función Electoral tiene como finalidad asegurar que las votaciones y los escrutinios traduzcan la expresión auténtica, libre, democrática y espontánea de la ciudadanía y sean el reflejo oportuno de la voluntad del electorado expresada en las urnas por votación directa y secreta”.

“Art. 9.- En caso de duda en la aplicación de esta ley, se interpretará en el sentido que más favorezca al cumplimiento de los derechos de participación, a respetar la voluntad popular y a la validez de las votaciones”.

De las normas citadas, se desprende que el Consejo Nacional Electoral es el Organismo cuya finalidad es velar por la expresión auténtica, libre y democrática de los ciudadanos a través de los procesos electorales; y que, los preceptos del Código de la Democracia deben ser aplicados en el sentido que más favorezca el cumplimiento de los derechos de participación y el respeto a la voluntad popular y validez de las votaciones.

El artículo 20 del Código de la Democracia, respecto a la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral, prevé:

“Art. 20.- Los miembros del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral serán designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, previa selección, mediante concurso público de oposición y méritos realizado por las respectivas Comisiones Ciudadanas de Selección, con postulación e impugnación de la ciudadanía, y dando cumplimiento a la garantía constitucional de equidad y paridad entre hombres y mujeres.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social designará a los miembros principales y suplentes, de manera paritaria y alternada entre hombres y mujeres en estricto orden de prelación, entre quienes obtengan las mejores puntuaciones en el concurso. Los miembros suplentes sustituirán a los principales cuando corresponda, con apego al orden de su calificación y designación.

En caso de ausencia definitiva de una o un Consejero principal, será reemplazado por el o la Consejera suplente que hubiere obtenido el mejor puntaje en el respectivo concurso. El suplente será reemplazado por quien hubiera obtenido el siguiente mejor puntaje dentro del respectivo concurso, manteniendo los principios de paridad y alternancia de género.

Los miembros del Consejo Nacional Electoral y del Tribunal Contencioso Electoral que se encuentren en ejercicio de sus funciones, no podrán presentarse a los concursos públicos de oposición y méritos convocados para designar a sus reemplazos, salvo que hubieren renunciado a sus funciones en los términos de la Ley.

Las consejeras o consejeros y las juezas o jueces electorales que se encuentren en funciones, no podrán presentarse a ningún concurso para otros cargos estatales”. (El énfasis me pertenece).

La norma antes señalada, es clara al establecer que corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, designar en estricto orden de prelación a los Consejeros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral, en forma paritaria y alternada entre hombres y mujeres de entre los mejores puntuados en el respectivo concurso de méritos y oposición; estableciendo adicionalmente que los vocales suplentes sustituirán a los principales cuando corresponda, de acuerdo a su orden de calificación y designación.

El artículo 26 del Código de la Democracia, en su último inciso establece que: “En ausencia del consejero o consejera principal, intervendrá el consejero o consejera suplente, previa convocatoria del Secretario del Consejo Nacional Electoral”.

En relación a los Consejeros suplentes, el artículo 34 de la norma *Ibídem* determina:

“Art. 34.- Las y los consejeros suplentes debidamente convocados, reemplazarán a las y los principales, en caso de ausencia temporal o definitiva.

Las y los consejeros suplentes sustituirán a las y los principales con estricto apego al orden de su calificación y designación garantizando la paridad, alternabilidad y secuencialidad, de mujeres y hombres.

Para el caso de las sesiones del Pleno, las o los consejeros suplentes serán posesionados al inicio de la primera sesión en la que se integren, ante el Presidente del Consejo Nacional Electoral.

En caso de ausencia temporal del consejero o consejera suplente, el o la consejera principal comunicará a la presidencia, que a su vez, dispondrá que por medio de Secretaría se convoque al respectivo suplente, en orden de prelación, con la indicación de las sesiones en que deberá actuar. En el caso de que un consejero suplente, siguiendo el orden de prelación, no pueda principalizarse, la Secretaría General convocará al siguiente para que asuma su condición.

El o la consejera suplente que reemplace al principal, cuando este último ocupe un cargo directivo, no tendrá la misma condición del reemplazado. Las consejeras y los consejeros suplentes, cuando actúen como principales, estarán sujetos a los mismos derechos y obligaciones de los consejeros principales”.

El texto antes citado, establece el procedimiento que se debe seguir para que un Consejero suplente reemplace a un Consejero principal ante la ausencia temporal o definitiva de éste, refiriendo en su inciso final que los Consejeros suplentes tendrán los mismos derechos y obligaciones de los Consejeros principales, cuando los reemplacen.

Es decir que, los artículos 20 y 34 del Código de la Democracia regulan los mecanismos de reemplazo temporal y definitivo del Consejero suplente que se principalice para sustituir al Consejero principal que se ausente en forma temporal o definitiva, respectivamente; mientras que, el artículo 26 determina que será el Secretario del Consejo Nacional Electoral quien convoque a los Consejeros suplentes ante la ausencia del Consejero principal.

Asimismo, de la revisión de los artículos 26 y 34 *Ibídem* se establece que el registro de las ausencias y principalizaciones de los Consejeros son llevados por la Secretaría del Consejo Nacional Electoral, por lo cual, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a efectos de verificar los Consejeros que deberían ser renovados a través del nuevo concurso de méritos y oposición, podría solicitar a dicha institución el listado de los Consejeros principales y suplentes que estén próximos a cumplir su período, así como de las vacantes que existieren en ese organismo.

Finalmente, conforme se indicó al atender su primera consulta, el Consejo Nacional Electoral se integra por cinco Consejeros principales e igual número de suplentes, los cuales están sujetos a un período fijo de seis años, designados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social mediante concurso de méritos y oposición según la regla de renovación parcial que establece el artículo 24 del Código de la Democracia.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que de acuerdo al tercer inciso del artículo 20 del Código de la Democracia, en caso de producirse vacantes en la integración del Consejo Nacional Electoral, es responsabilidad del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a efectos de mantener íntegra la conformación de cinco consejeros principales y sus respectivos suplentes, designar a sus reemplazos por el período fijo por el cual fueron electos,

garantizando así la finalidad de la Función Electoral prescrita en el artículo 6 del mismo Código. Al momento de realizar el proceso de renovación parcial de sus integrantes, le corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social designar al número necesario de Consejeros principales y suplentes para integrar dicho Organismo, de conformidad con los criterios de alternancia y paridad, a través del concurso de mérito y oposición respectivo.

Los presentes pronunciamientos no constituyen interpretación constitucional, misma que es facultad privativa de la Corte Constitucional, en los términos de los artículos 429 y 436 numeral 1) de la Constitución de la República, los cuales determinan que dicha Corte es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia; sino que, conforme ha analizado la misma Corte, el juicio de inteligencia de las normas realizado por el Procurador General del Estado, en base a los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado es meramente legal, sin perjuicio que dicho pronunciamiento pueda basarse en normativa constitucional, sin que lo dicho signifique realizar una interpretación de normas constitucionales.

Finalmente, no es competencia de la Procuraduría General del Estado determinar el número de consejeros principales o suplentes que se reemplacen parcialmente en cada ocasión de acuerdo a lo prescrito en el artículo 24 del Código de la Democracia.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA: DESIGNACIÓN DE SUBROGANTE DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

OF. PGE. N°: 09871 de 21-03-2017

CONSULTA: Consejo Nacional de la Judicatura

CONSULTA:

¿Le corresponde al Consejo de la Judicatura designar al Fiscal General del Estado Subrogante de entre los servidores de carrera fiscal a quien ostente el más alto puntaje y categoría de acuerdo a lo prescrito en los artículos 47 y 50 del Código Orgánico de la Función Judicial?

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 117, 194 y 197.

Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 46, 47, 50, 89, 264 núm. 1 y 280 núm. 1 y 5; y 283.

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Art. 55 inc. primero.

PRONUNCIAMIENTO:

Adjunto a su oficio de consulta, se ha remitido el criterio jurídico institucional contenido en el memorando No. CJ-DNJ-SNA-2017-294 de 16 de marzo de 2016, suscrito por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica Encargada del Consejo de la Judicatura, quien cita los artículos 46, 47, 50, 89, 254, 264 numeral 1 y 291 del Código Orgánico de la Función Judicial, y concluye:

“3.- ANÁLISIS.-

3.1.- El artículo 47 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece el Régimen Especial de la Fiscal o el Fiscal Subrogante, el que será designado al momento de la elección del Fiscal General del Estado y durará en sus funciones el mismo tiempo que su titular, este será nombrado de entre quienes ostente el más alto puntaje y categoría de la carrera de fiscal.

3.2.- Para el efecto, el artículo 46 del Código Orgánico de la Función Judicial, determina que las fiscales y fiscales que por lo menos ostenten la categoría tres podrán participar en el concurso público para la designación de los representantes de la Fiscalía en cada sección territorial.

4.- CONCLUSIÓN.-

Sobre la base de los antecedentes expuestos y en virtud de las disposiciones constitucionales y legales citadas; y, conforme el análisis precedente, la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica, concluye que con el fin de cumplir con el mandato dispuesto en el artículo 47 del Código Orgánico de la Función Judicial, le corresponde al Pleno Consejo de la Judicatura como órgano único de administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, designar y nombrar al Fiscal Subrogante, de entre los agentes fiscales y fiscales de adolescentes infractores de la más alta categoría de la carrera y que hubiere obtenido el más alto puntaje de la evaluación más reciente realizada por el Pleno del Consejo de la Judicatura”.

De acuerdo con el artículo 177 de la Constitución de la República, la Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos.

Con relación a la Fiscalía General del Estado, el artículo 194 de la Constitución de la República le confiere el carácter de órgano autónomo de la Función Judicial, y al Fiscal General la calidad de máxima autoridad de esa entidad.

El artículo 197 de la Constitución reconoce la carrera fiscal y dispone que sus regulaciones se determinen en la ley. El segundo inciso de esa norma prescribe que “La profesionalización con base en la formación continua, así como la evaluación periódica de sus servidoras y servidores, serán condiciones indispensables para la promoción y permanencia en la carrera fiscal”.

En cuanto a la elección del Fiscal General, el artículo 283 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ), en armonía con el artículo 194 de la Constitución de la República, referido en líneas anteriores, prescribe que el Fiscal General además de ser la máxima autoridad, ejerce la representación legal de la Fiscalía General del Estado, a la vez que señala los requisitos que dicha autoridad debe cumplir.

Con relación al procedimiento para la elección de Fiscal General, el inciso primero del artículo 55 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social dispone:

“Art. 55.- Organización.- El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para cumplir sus funciones de designación, organizará comisiones ciudadanas de selección que estarán encargadas de realizar el concurso público de oposición y méritos, con postulación, veeduría y derecho a la impugnación ciudadana para la designación de las siguientes autoridades: Defensor del Pueblo, Defensor Público, Fiscal General del Estado, Contralor General del Estado y miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura, y las demás necesarias para designar a las y los miembros de otros cuerpos colegiados de las entidades del Estado de conformidad con la Constitución y la ley”.

La norma antes citada establece que para la designación del Fiscal General le corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social organizar comisiones ciudadanas de selección que estarán encargadas de realizar el concurso público de oposición y méritos, con postulación, veeduría y derecho a la impugnación ciudadana. Cabe señalar que la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social no contiene disposición alguna referente a la selección y designación del Fiscal Subrogante.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 42 del Código Orgánico de la Función Judicial prevé que quienes prestan sus servicios como fiscales, pertenecen a la carrera fiscal, y el artículo 46 establece el número de categorías que conforman dicha carrera.

Sobre la designación del Subrogante del Fiscal General, el artículo 47 del COFJ, dispone:

“Art. 47.- REGIMEN ESPECIAL DE LA FISCAL O EL FISCAL SUBROGANTE.- La Fiscal o el Fiscal Subrogante, sustituirá a la Fiscal o el Fiscal General del Estado, en caso de ausencia temporal y justificada, y ejercerá las mismas funciones que el titular. Será designado al momento de la elección de la Fiscal o el Fiscal General del Estado; durará en sus funciones el mismo tiempo que su titular; será nombrada o nombrado quien ostente el más alto puntaje y categoría de la carrera de fiscal.

En caso de ausencia definitiva de la Fiscal o el Fiscal General del Estado, se procederá a llenar está vacante en forma inmediata”. (El énfasis me pertenece).

Según el tenor del artículo 47 del Código Orgánico de la Función Judicial, previamente transcrito, el Subrogante del Fiscal General es designado al momento de la elección del Fiscal General y dura en funciones el mismo tiempo que el titular. La citada norma establece adicionalmente las funciones del Subrogante del Fiscal General del Estado y señala que provendrá de la carrera fiscal.

El artículo 50 del mismo Código prescribe que:

“Art. 50.- CAMBIO DE CATEGORIA.- La servidora o el servidor de la Función Judicial de las carreras judicial jurisdiccional, fiscal y de defensoría permanecerá en cada categoría por un período de tres años; una vez cumplido éste y en un plazo no mayor de noventa días, de oficio o a solicitud de la interesada o interesado, se procederá a revisar su expediente.

La autoridad respectiva resolverá motivadamente sobre la pertinencia de su promoción o permanencia de categoría de acuerdo con:

1. Las evaluaciones respecto del desempeño cualitativo y cuantitativo de sus funciones;
2. El volumen y la complejidad del trabajo que ha atendido;
3. La calidad de las actuaciones procesales;
4. El número de dictámenes, autos y sentencias de su autoría confirmados, revocados o sobre los que se haya aceptado recurso de casación;
5. El uso adecuado de las medidas cautelares;
6. El número de casos resueltos mediante aplicación de procedimientos y medidas adoptadas para efectivizar el trámite, búsqueda de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, o la ejecución de resoluciones judiciales;
7. La observancia de los plazos o términos judiciales a que esté sujeto, conforme a ley;
8. El informe de rendimiento académico dentro de los programas de capacitación continua de la Escuela de la Función Judicial u otros programas;
9. El resultado de las pruebas de conocimiento y psicológicas;
10. La existencia de sanciones disciplinarias, que constituirán criterio en contra de la promoción; y,
11. La innovación y creatividad en la aplicación, argumentación e interpretación del derecho y los precedentes jurisprudenciales en el ámbito de su competencia.

La falta de evaluación oportuna constituirá falta disciplinaria grave del responsable de realizar la evaluación”.

De la lectura del artículo citado en el párrafo precedente se evidencia que los servidores de las carreras jurisdiccional, fiscal y de defensoría permanecerán en cada categoría por un período de tres años; una vez cumplido ese periodo, corresponde resolver motivadamente sobre la pertinencia de su promoción o permanencia de categoría, considerando los parámetros que la antedicha norma establece.

Así mismo, el inciso final del artículo 52 del referido Código prescribe que: “las promociones de categoría en las carreras de la Función Judicial se realizarán en función a los resultados de la evaluación y rendición de las pruebas de conocimiento, prácticas y psicológicas”.

En relación a las normas y metodologías aplicables para las evaluaciones, el artículo 89 del COFJ prescribe que el Consejo de la Judicatura es el encargado de determinar los objetivos, normas técnicas, métodos y procedimientos de las evaluaciones, de acuerdo a criterios cualitativos y cuantitativos que, sobre la base de parámetros técnicos, es elaborada por la Unidad de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura.

Como se puede apreciar de los artículos previamente citados, las evaluaciones son el instrumento que utiliza el respectivo órgano administrativo para determinar el rendimiento y promoción de los servidores de la función judicial, entre los cuales están incluidos los miembros de la carrera fiscal, correspondiendo al Consejo de la Judicatura determinar los objetivos, normas técnicas, métodos y procedimientos de las evaluaciones.

Por otra parte, el numeral 1 del artículo 264 del Código Orgánico de la Función Judicial, asigna al pleno del Consejo de la Judicatura, entre otras atribuciones, la de “1. Nombrar y evaluar a las juezas y a los jueces y a las conjuetas y a los conjueces de la Corte Nacional de Justicia y de las Cortes Provinciales, juezas y jueces de primer nivel, Fiscales Distritales, agentes fiscales y Defensores Distritales, a la Directora o al Director General, miembros de las direcciones regionales, y directores nacionales de las unidades administrativas; y demás servidoras y servidores de la Función Judicial”. (El énfasis me pertenece).

Y, el artículo 280 del referido Código en los números 1 y 5 del artículo respecto a las funciones del Director General del Consejo de la Judicatura establece que:

“Art. 280.- FUNCIONES.- A la Directora o al Director General le corresponde:

1. Dirigir y supervisar la administración de los recursos humanos, financieros, administrativos de la Función Judicial y los procesos de selección, evaluación, formación profesional y capacitación continua, en el ámbito de su competencia;

(...)

5. Definir y ejecutar los procedimientos para el mejoramiento y modernización de la Función Judicial, para la selección, concursos de oposición y méritos, permanencia, disciplina, evaluación y formación y capacitación de las servidoras y servidores de la Función Judicial, en el ámbito de su competencia”.

Del análisis jurídico que precede se desprende que, de acuerdo con el artículo 47 del COFJ, el Subrogante del Fiscal General debe ser un fiscal de carrera, designado al tiempo en que se nombre al titular de esa Entidad; y según el numeral 1 del artículo 264 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno del Consejo de la Judicatura es la autoridad nominadora de los servidores de la Función Judicial, y entre ellos de quienes integran la carrera fiscal.

Finalmente, al Director General del Consejo de la Judicatura según lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 280 *Ibidem* le corresponde ejecutar los procedimientos para el mejoramiento y

modernización de la Función Judicial, entre ellos la evaluación y formación de su personal, la misma que servirá de base para las designaciones que le corresponda efectuar al pleno de ese Organismo.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta y con fundamento en los artículos 47, 50 y el numeral 1 del artículo 264 del COFJ, se concluye que le corresponde al Consejo de la Judicatura designar al subrogante del Fiscal General del Estado a quien ostente el más alto puntaje y categoría de entre los servidores de la carrera fiscal en la más reciente evaluación que el Consejo de la Judicatura haya realizado a los fiscales, en base a los parámetros que para el efecto le corresponde establecer a dicho Consejo.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de la norma, sin que sea competencia de la Procuraduría General del Estado determinar las metodologías, procedimientos y periodicidad de las evaluaciones de los funcionarios que integren la máxima categoría de la carrera fiscal.

CONTRATO EN EJECUCIÓN: CESIÓN DE LOS INTERESES CONSORCIALES

OF. PGE. N°: 11938 de 30-08-2017

CONSULTANTE: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito

CONSULTA:

“¿De conformidad con los artículos 37 y 63 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 y el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cabe la cesión de los intereses consorciales (posición consorcial) y en tal virtud el cambio de uno de los partícipes de un consorcio que mantiene contrato vigente con una institución del sector público, encontrándose el contrato en ejecución?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 82, 226 y 227.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 4, 5, 6, 9 núm. 2, 10 núm. 8, 9; 26, 67, 78, 99; y, 113 de su Reglamento General.

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

Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, Art. 77 (derogada).

Código Civil, Art. 7.

Resolución del SERCOP No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, Arts. 34, 35, 37 y 63.

PRONUNCIAMIENTO:

Con oficio No. 11071 de 22 de junio de 2017, la Procuraduría General del Estado, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de su Ley Orgánica, requirió el informe jurídico

del Procurador Síndico Municipal, el mismo que fue atendido por la Entidad Edilicia que usted representa, a través del oficio No. 02872 de 23 de junio de 2017, suscrito por la Secretaria Particular del Despacho de la Alcaldía, remitió el oficio No. 0000134 de 20 de junio de 2017, suscrito por el Procurador Metropolitano encargado quien, como fundamentos jurídicos, cita el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículos 37 y 63 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 y su Anexo 17 del formato de pliegos de aplicación obligatoria, así como también la Sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la cual señala que: “(...) al suscribirse el contrato de constitución de consorcio, lo que se conforma es una ‘sociedad de hecho’ (...);” luego de lo cual, manifiesta y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Se debe diferenciar (i) lo que es el negocio jurídico ‘Contrato de Consorcio’, y; (u) lo que es el ‘contrato público’ en sí mismo.

El artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (‘LOSNC’P’) establece una prohibición a la cesión de un derecho que provenga del contrato público, mas no del contrato de consorcio.

En atención a lo expuesto a lo largo del presente informe, es criterio de esta Procuraduría Metropolitana que sería factible que se pueda efectuar la cesión de participaciones consorciales (posición consorcial) (intereses, derechos y obligaciones consorciales) del miembro de un consorcio contratista que mantiene un contrato vigente con el Estado o sus entidades públicas (para el caso, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito o Empresas Públicas Metropolitanas) a un tercero, sin afectar el objeto del contrato siempre que la misma no constituya cesión del contrato en virtud de lo prescrito en el Art. 78 de la LOSNC’P’.

Sin perjuicio de lo indicado, dada la especial aplicación de la normativa de contratación pública, particularmente del Art. 78 de la LOSNC’P’, se considera necesario se cuente con el dictamen positivo del Procurador General del Estado en torno a si cabe la cesión de participaciones consorciales (posición consorcial) (intereses, derechos y obligaciones consorciales) del miembro de un consorcio contratista que mantiene un contrato vigente con el Estado o sus entidades públicas (para el caso, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito o Empresas Públicas Metropolitanas) a un tercero”.

El citado informe jurídico, entre sus fundamentos, además hace referencia a los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, contenidos en oficios Nos. 05682 de 14 de enero de 2009 y 13534 de 11 de junio de 2013. Con relación al primero de ellos constante en oficio No. 05682, cabe decir que no es aplicable al tema que motiva su consulta, pues en él se analizó el alcance del artículo 77 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, ley que fue derogada y sustituida por la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNC’P’).

El segundo pronunciamiento, contenido en oficio No. 13534 de 11 de junio de 2013, atendió una consulta formulada por el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda; en él se analizaron las

disposiciones vigentes a esa época, entre ellas las contenidas en los Decretos Ejecutivos Nos. 1793 y 114, así como la Resolución No. 37-09 del INCOP, que regulaban sobre la autorización por parte de las entidades públicas contratantes, a las distintas modalidades de transferencia de acciones o participaciones societarias de los miembros de los consorcios contratistas del Estado.

Es pertinente observar que los Decretos Ejecutivos Nos. 1793 y 144 de 20 de junio y 19 de noviembre de 2009 que se citan en el pronunciamiento contenido en oficio No. 13534 de 11 de junio de 2013, estuvieron vigentes hasta el 28 de septiembre de 2015, fecha en la que fueron derogados por el Decreto Ejecutivo No. 774 publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 596; y, adicionalmente que, dicho pronunciamiento es aplicable a los contratos que se hubieren suscrito durante la vigencia de las normas que en el mismo fueron analizadas, conforme lo señala la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, que dispone que “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

Por su parte, el criterio jurídico del SERCOP cita como fundamentos jurídicos, entre otros, los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República que establecen el derecho a la seguridad jurídica y el principio de legalidad; así como, el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que prohíbe al contratista ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato; y por otra parte, el artículo 63 de la Resolución del SERCOP No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016 y el Modelo de Pliego de los Procedimientos de Contratación, versión SERCOP 2.0 de 6 de febrero de 2017. Sobre dicha base, concluye que:

“De esta manera, para efectos de observar la prohibición de cesión de un contrato público constante en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, según lo establecido en el artículo 63 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-000072 de 31 de agosto de 2016, la entidad contratante, autorizará la transferencia, cesión, capitalización, fusión, absorción, transformación o cualquier forma de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación, que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital social del contratista, así mismo, el numeral 4.8 del artículo 37 de la Resolución mencionada, señala que un consorcio o asociación tiene la obligación de no disolverse por la voluntad de los partícipes, y de no cambiar la conformación de sus participantes hasta que no finalice la etapa contractual, salvo que exista autorización expresa de la entidad contratante.

Es así que, para el cambio de uno de los partícipes de un consorcio o asociación se podrá realizar únicamente con la autorización expresa de la entidad contratante.

La autorización que realice la entidad contratante respecto a la sustitución de un miembro de un consorcio, deberá ser analizada directamente por dicha entidad, para lo cual deberá bajo su responsabilidad considerar si dicha autorización de acuerdo a la conformación del consorcio y las aportaciones de cada miembro cabrían técnica, económica y legalmente conforme lo establece el artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

Para atender su consulta, relacionada con el cambio de los miembros de un consorcio contratista con el Estado, en primer término es necesario tener presente que el artículo 4 de la LOSNCP, establece

que para la aplicación de esa Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.

Concordantes, los artículos 5 y 9 numeral 2 *Ibidem*, prevén que “(...) los contratos sometidos a esa Ley se interpretarán y ejecutarán conforme a los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato”; y que es objetivo prioritario del Estado, en materia de contratación pública: “2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales”. (El énfasis me pertenece).

Por su parte, el artículo 6 de la misma Ley incluye entre las definiciones que esa norma contiene, la de contratista, que consta en el numeral 6 que señala:

“Art. 6.- Definiciones.

(...)

6. Contratista: Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría”.

Adicionalmente, también es necesario revisar el texto del artículo 78 de la LOSNCP, el cual dispone:

“(...) El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato”.

Del texto citado del artículo 78 se desprende que en nuestra legislación está expresamente prohibido para el contratista ceder un contrato que ha sido suscrito al amparo de las normas contenidas en la LOSNCP.

Con respecto a la facultad de asociarse para ofertar, la misma LOSNCP establece en el artículo 26, la posibilidad de que dos o más personas naturales o jurídicas puedan ofertar en conjunto, disponiendo:

“Art. 26.- Asociación para ofertar. - En los procedimientos a los que se refiere esta Ley los oferentes inscritos en el RUP, sean personas naturales o jurídicas, podrán presentar sus ofertas individualmente, asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio.

La participación de la consultoría extranjera, sea ésta de personas naturales o jurídicas, se limitará a los campos, actividades o áreas en cuyos componentes parciales o totales no existe capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, determinadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública”. (El énfasis me pertenece).

Adicionalmente, el artículo 67 de la misma ley, sobre los consorcios, prevé lo siguiente:

“Art. 67.- Consorcios o Asociaciones. - En cualquier proceso precontractual previsto en esta Ley, pueden participar consorcios o asociaciones de personas naturales y/o jurídicas, constituidos o por constituirse, en este último caso presentando el compromiso de asociación o consorcio correspondiente. Sin embargo, para la celebración de los contratos con una asociación o consorcio será requisito previo la presentación de la escritura pública mediante la cual se haya celebrado el contrato de asociación o consorcio, escritura en la que debe constar la designación de un apoderado.

Las escrituras de constitución y disolución de la asociación o consorcio deberán contener los requisitos establecidos en el Reglamento de esta Ley”. (El énfasis me pertenece).

Por otra parte, los incisos primero y segundo del artículo 99 de la misma Ley Orgánica, determinan las responsabilidades de los oferentes con el siguiente tenor:

“Art. 99.- Responsabilidades. - En todos los procedimientos precontractuales previstos en esta Ley, los oferentes participarán a su riesgo.

Los miembros de la asociación o consorcio contratista serán responsables solidaria e indivisiblemente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato, indistintamente del plazo de duración de la asociación. La ejecución del contrato es indivisible y completa para los asociados, a efectos de determinar su experiencia y cumplimiento.” (El énfasis me pertenece).

De los artículos citados anteriormente, se establece que la LOSNCP prevé la posibilidad de asociación, tanto de personas naturales como jurídicas, para ser oferentes dentro de los procesos de contratación pública regulados por dicho cuerpo legal, los cuales pueden participar como consorcios o asociaciones de personas naturales y/o jurídicas; que según el artículo 99 *Ibidem*, los miembros de la asociación o consorcio contratista tienen responsabilidad solidaria e indivisible por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato, indistintamente del plazo de duración de la asociación; y, que la ejecución del contrato es indivisible y completa para los asociados, con el fin de precautelar los intereses de la entidad pública contratante.

Por otra parte, cabe señalar que el Reglamento General a la LONSCP no contiene disposiciones relacionadas a las asociaciones o consorcios, únicamente dispone en su artículo 113 que, en caso de resultar adjudicado un contrato a su favor, éstos tendrán quince días adicionales para suscribir el mismo.

En relación a la facultad normativa otorgada al Servicio Nacional de Contratación Pública como ente rector de esa materia, los numerales 8 y 9 del artículo 10 de la LOSNCP, refieren lo siguiente:

“8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;

9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;”. (El énfasis me pertenece).

En ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 10 citado en el párrafo precedente, el Servicio Nacional de Contratación Pública en su calidad de Rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, mediante Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, expidió la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por esa entidad, en la cual, con relación a la asociación para ofertar, en su artículo 31 señala:

“Art. 31.- Derecho de asociación. - Las personas naturales y las personas jurídicas legalmente constituidas y que constaren habilitadas en el Registro Único de Proveedores - RUP, como proveedores, tienen derecho a presentar ofertas en forma asociada, en cualquiera de los procedimientos de contratación previstos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La participación en una asociación o un consorcio, no reviste respecto de cada uno de los proveedores partícipes la pérdida de su personería jurídica, pues la asociación o consorcio no constituye una persona jurídica diferente. En consecuencia, al adjudicarse un contrato a asociaciones o consorcios, cada uno de los proveedores partícipes será responsable en forma solidaria e indivisible por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y el contrato”.

El artículo 35 de la Resolución en estudio, determina los requisitos mínimos que debe contener el compromiso de asociación que tienen presentar los oferentes y entre ellos, dispone que tal compromiso contendrá de forma obligatoria la “(...) 4. Determinación de los compromisos y obligaciones que asumirán las partes en la fase de ejecución contractual, de resultar adjudicado”. (El énfasis me pertenece)

Por otra parte, el artículo 37 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, establece los requisitos que debe contener el contrato de asociación o consorcio; y, en el subnumeral 4.8, dispone lo siguiente:

“4.8. La obligación de no disolver o dar por terminada la asociación o consorcio por voluntad de los partícipes, y de no cambiar la conformación de sus partícipes hasta que no finalice la etapa contractual, salvo que exista autorización expresa de la entidad contratante”. (El énfasis me pertenece).

En relación al tema que motiva la consulta, el subnumeral 4.8 del artículo 37 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, antes transcrito, prohíbe la disolución voluntaria del consorcio o asociación contratista y al efecto establece la obligación de sus partícipes, de mantener su conformación hasta la finalización del contrato; sin embargo, también confiere a la entidad pública contratante atribución para autorizar el cambio en la integración del consorcio o asociación contratista antes de la finalización del contrato.

En este punto es procedente referirnos al artículo 5 de la LOSNCP, que establece que los procedimientos y contratos sometidos a esa ley deben interpretarse y ejecutarse conforme a los principios que rigen a la contratación pública, tomado en cuenta la necesidad de precautelar los

intereses públicos y la debida ejecución de los contratos. Dentro de los principios de la contratación pública a los que hace referencia el citado artículo se encuentran el de legalidad y oportunidad, que están contenidos en el artículo 4 *Ibídem*.

El principio de oportunidad “Es un principio muy vinculado con los principios de eficacia y eficiencia que están dispuestos en el artículo 227 de la Constitución de la República, respecto de la administración, y cuyo objetivo fundamental es que se cumplan los fines y objetivos de las administraciones públicas, en general y de los procedimientos precontractuales y contractuales, en particular, en esta materia, esto es, que las entidades contraten para satisfacer las necesidades de las comunidades a las que deben servir y que el contrato y las obligaciones que crea, se cumplan.”; es decir que, dentro de cada caso “(...) la oportunidad está en directa relación con el objetivo que debe perseguir la administración pública, que es el fin específico que le asigna la norma, fin público (...)” para satisfacer de forma eficiente y eficaz las necesidades y el interés público en general.

Por su parte, el principio de legalidad contenido en el artículo 226 de la Constitución prescribe que “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”. Este principio establece la existencia de normas que facultan la ejecución de una acción o acto por parte de la administración pública; y por tanto, impone a las entidades del sector público el deber de ejercer solamente las competencias que la ley les asigna.

La competencia de la entidad contratante para autorizar el cambio de la conformación de los partícipes de un consorcio otorgada por el subnumeral 4.8 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-000072, se debe entender en el contexto de los principios de legalidad y oportunidad que rigen la actividad administrativa y la contratación pública, los cuales se encuentran relacionados entre sí ya que para precautelar el interés público, la entidad contratante al ejercer la competencia que la norma le confiere debe valorar la oportunidad, mérito y conveniencia de su ejercicio asegurándose que la decisión que adopte no solo sea legal sino que además sea conveniente para los intereses públicos y permita la gestión eficiente del contrato, tomando en cuenta los compromisos y obligaciones que asumieron las partes en la fase de ejecución contractual.

Por tanto, debe observarse que cuando la norma asigna a la entidad pública contratante atribución para autorizar el cambio en la integración del consorcio antes de la finalización del contrato, también le confiere competencia para analizar si quien pretende sustituir a uno de los partícipes de un consorcio cumple con los requisitos legales, técnicos y económicos previstos en los pliegos que sirvieron de base para la selección del contratista a efectos de determinar su experiencia y cumplimiento, bajo las mismas consideraciones que sirvieron para valorar la oferta que originalmente permitió la adjudicación del contrato.

En el mismo sentido, en observancia a la prohibición establecida en el artículo 78 de la LOSNCP, la Resolución No. RE-SERCOP-2016-000072 en su artículo 63 dispone:

“Art. 63.- Cláusulas contractuales. - Para efectos de observar la prohibición de cesión de contrato público, constante en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, toda entidad contratante, de manera obligatoria, incluirá en todo contrato, como causales de terminación unilateral y anticipada del mismo, las siguientes cláusulas:

1. ‘... Si el (contratista) no notificare a la (entidad contratante) acerca de la transferencia, cesión, enajenación de sus acciones, participaciones, o en general de cualquier cambio en su estructura de propiedad, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se produjo tal modificación’.

2. ‘... Si la (entidad contratante), en función de aplicar lo establecido en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no autoriza la transferencia, cesión, capitalización, fusión, absorción, transformación o cualquier forma de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación, que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital social del (contratista)’.

Estas disposiciones que constan en los modelos de pliegos de uso obligatorio publicados en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública serán aplicables a toda contratación sujeta al Sistema Nacional de Contratación Pública, inclusive a aquellas que se realicen en aplicación del Régimen Especial de contratación establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”. (El énfasis me pertenece).

Según se aprecia del texto transcrito, el SERCOP en el artículo 63 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, ha regulado la transferencia o cesión de acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de una asociación, al establecer que la falta de autorización de la entidad contratante constituye causa para la terminación unilateral de los contratos celebrados con las instituciones del Estado. Además, impone a todas las entidades contratantes del Estado, la obligación de incluir en todo contrato como causales de terminación unilateral y anticipada, los preceptos contenidos en los numerales 1 y 2 respectivamente.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que según el artículo 37 subnumeral 4.8 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, el cambio de uno de los partícipes de un consorcio o asociación contratista que mantiene un contrato vigente con una institución del Estado, puede ser autorizado por la entidad pública contratante que para tal efecto tiene la responsabilidad de analizar si quien pretende sustituir a uno de los integrantes o partícipes del consorcio, cumple con todos los requisitos legales, técnicos y económicos previstos en los pliegos que sirvieron de base para la selección del contratista a efectos de determinar su experiencia y cumplimiento, bajo las mismas consideraciones que sirvieron para valorar la oferta que originalmente permitió la adjudicación del contrato.

Lo dicho no exime a la otra empresa o persona integrante del consorcio o asociación, de la responsabilidad solidaria e indivisible por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato y su ejecución, que le asigna el inciso segundo del artículo 99 de la LOSNCP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, ya que la evaluación de la procedencia del cambio en la estructura de un consorcio contratista que mantiene en ejecución un contrato, corresponde a la respectiva institución del sector público. En consecuencia, es de exclusiva responsabilidad de las máximas autoridades de la respectiva entidad, establecer motivadamente, las razones jurídicas, técnicas y financieras que determinen la procedencia de admitir el cambio en la integración del consorcio o asociación contratista, y que aseguren la correcta y total ejecución del correspondiente contrato.

Con relación a las providencias judiciales que invoca el SERCOP en su criterio institucional, por su carácter interpartes, éstas obligan a los sujetos procesales que intervienen en las respectivas causas. En todo caso, el presente pronunciamiento, según los términos en que fue planteada la consulta, no se refiere a ningún contrato específico que el Municipio de Quito o sus empresas hubiere suscrito, por tanto no enerva ninguna actuación judicial actual o futura, y tampoco afecta a cualquier tipo de acción o proceso judicial en curso o que se llegare a implementar.

Adicionalmente, si el tema que motiva la consulta está relacionado directa o indirectamente con alguna de las causas judiciales por las que se investiga o se llegase a investigar a la empresa constructora NORBERTO ODEBRECHT S.A., individualmente o como integrante de un consorcio o asociación que se hubiese constituido para ofertar o contratar con cualquier institución del sector público, el presente pronunciamiento no tiene el carácter de vinculante, pues de acuerdo con el primer inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, este Organismo tiene atribución para absolver las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, “(...) 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”. Al efecto en forma concordante, el artículo 3 de la Resolución de la Procuraduría General del Estado No. 17, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, dispone:

“Art. 3.- Los temas objeto de las consultas no versarán sobre 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 o recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional.

Si por desconocimiento de la Procuraduría General del Estado o desinformación de la institución consultante, se absolvieren consultas que se encontraren en los casos previstos en el inciso anterior, el pronunciamiento del Procurador General del Estado no tendrá carácter vinculante ni obligatorio respecto al asunto consultado. En estos casos, los representantes legales o convencionales de las instituciones que hubieren formulado la consulta responderán por los daños y perjuicios que se puedan causar por la pretensión de obtener pronunciamientos del Procurador General del Estado, que legalmente son improcedentes y carecen de eficacia jurídica”.

Para conocimiento de lo expuesto por el SERCOP en su criterio institucional, con relación a las providencias judiciales dispuestas dentro del Juicio No. 17282-2017-00173G, adjunto remito copia del oficio No. SERCOP-SERCOP-2017-1296-OF de 10 de agosto de 2017.

CONTRATOS COMPLEMENTARIOS: APLICACIÓN DE PORCENTAJES

OF. PGE. N°: 10229 de 18-04-2017

CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Loja

CONSULTA:

“Es procedente aplicar los nuevos porcentajes correspondientes a contratos complementarios, diferencia en cantidades de obra y órdenes de trabajo contemplados en los artículos 87, 88 y 89, de la reforma a la Ley Orgánica el Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial Suplemento 966 de 20 de marzo del 2017, a los contratos adjudicados y celebrados antes de la vigencia de dicha reforma”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 82.

Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, Arts. 4, 9 núm. 2, 10 núm. 8, 87, 88, 89; y, 112 y 144 de su Reglamento.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 86 y 90.

Código Civil, Arts. 5, 6, 7 núm. 18, 1458 y 1561.

PRONUNCIAMIENTO:

El Procurador Síndico Municipal de la entidad edilicia a su cargo, mediante oficio No. ML-PSM-2017-93 del 28 de marzo de 2017, cita los artículos 86 y 90 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública referentes a la creación de rubros nuevos y certificación de recursos, así como los artículos 87, 88 y 89 con los textos reformados por la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública y concluye con el siguiente criterio jurídico institucional único:

CRITERIO JURÍDICO

De existir la necesidad de realizar contratos complementarios a los contratos adjudicados y celebrados antes de la vigencia de la Reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento 966 de 20 de marzo de 2017; y, al tratarse de contratos nuevos, la Municipalidad deberá aplicar las disposiciones legales contenidas en dicha Reforma”.

De su parte, el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, en su oficio No. SERCOP-SERCOP-2017-0663-OF de 13 de abril de 2017, cita como fundamentos jurídicos, entre otras normas, las siguientes:

El artículo 82, de la Constitución de la República, artículos 4 y 10 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que le confiere a dicho Servicio la competencia para

expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, y la Disposición Transitoria Primera de la Ley *Ibídem*.

Adicionalmente, el Director General del SERCOP, cita los artículos 112 y 144 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en su orden se refieren a los documentos que integran el contrato y las casusas imprevistas o técnicas como presupuestos para celebrar contratos complementarios.

Finalmente, el Director General del SERCOP cita los artículos 5, 6, 7 numeral 18, 1458 y 1561 de la Codificación del Código Civil.

El Director General del SERCOP, en su análisis hace referencia también a la Sentencia de la Corte Constitucional No. 023-15-SIN-CC de 1 de julio de 2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 575 de 28 de agosto de 2015, así como a los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado, a través de los oficios Nos. 02988, 16980 y 03348 de 4 de septiembre de 2008, 8 de octubre de 2010 y 28 de agosto de 2011 y efectúa el siguiente análisis:

“(…)

Así pues, las reformas antes planteadas presuponen un conflicto de aplicación de la Ley en razón del tiempo, ya que pueden existir varios casos de contratos administrativos principales, celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, cuyos contratos complementarios y/o diferencia en cantidades de obras y órdenes de trabajo (en caso de ejecución de obras) deban realizarse durante la vigencia de la Ley *ibídem*, es decir, a partir del 20 de marzo de 2017.

En este contexto, es importante destacar el principio general establecido en el primer inciso del artículo 7 de la Codificación del Código Civil, el cual presupone la irretroactividad de la ley, es decir, la norma jurídica no rige sino para el futuro desde su publicación en el Registro Oficial y hasta su derogación, tácita o expresa, por otra norma de igual o mayor jerarquía, o su expulsión del ordenamiento jurídico por parte de la Corte Constitucional en razón de una declaratoria de inconstitucionalidad.

(…)

El artículo 7 de la Codificación del Código Civil, prevé además, ciertas reglas en caso de conflicto entre una ley posterior con otra anterior, en tal sentido, el numeral 18 *ibídem* dispone claramente que ‘En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración’

(…)”.

Con tales antecedentes, el Director General del SERCOP, manifiesta el siguiente criterio institucional:

“En virtud de los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, señalados en el numeral 3.2 del presente oficio, en los contratos complementarios, diferencias en cantidades de obra y órdenes de trabajo por creación de nuevos rubros, previstos en los artículos 85, 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es decir, antes del 20 de marzo de 2017, les será aplicable la normativa vigente a la fecha de celebración de sus contratos principales, es decir, los artículos 85, 86, 87, 88 y 89 de la LOSMCP (Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto del 2008, con las correspondientes reformas dispuestas por la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Registro Oficial Segundo Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013)”.

Con motivo de la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al atender la consulta formulada por el Municipio de Portoviejo relacionada con la normativa aplicable en la celebración de un contrato complementario de consultoría celebrado antes de la vigencia de la LOSNCP, la Procuraduría General del Estado se pronunció mediante oficio No. 08112 de 02 de julio de 2009, en los siguientes términos:

“(…) 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 le 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 sus celebración’.

(…) reitero a usted que, conforme a la regla 18 del Art. 7 de la Codificación del Código Civil y el Art. 1 de la Resolución No. INCP 005-08 de 3 de octubre de 2008, los contratos celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se sujetarán a la normativa vigente a la fecha de su celebración”.

Con idénticos fundamentos jurídicos, en los oficios Nos. 06008 de 5 de febrero de 2009 y 08112 de 2 de julio de 2009, en referencia a un contrato de consultoría, señaló la calidad de accesorios de los contratos complementarios. También en el oficio No. 08988 de 31 de agosto de 2009, que cita en el alcance a su consulta concluí que:

“Por lo expuesto, compete a la Municipalidad de Portoviejo determinar si en el caso específico existen causas imprevistas o técnicas presentadas con su ejecución debidamente justificadas o si se amerita la creación de nuevos rubros, que motiven la celebración de un contrato complementario; y, de ser éste precedente, por su carácter de accesorio del contrato principal, se sujetará a la

Codificación a la Ley de Contratación Pública (...)

El artículo 82 de la Constitución de la República consagra el derecho a la seguridad jurídica en el siguiente tenor:

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

La norma constitucional transcrita establece como fundamentos de la seguridad jurídica el respeto a la Constitución y la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas, a la vez que el artículo 4 de la LOSNCP, señala la legalidad como uno de los principios que rigen la contratación pública.

El numeral 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008 (en adelante LOSNCP), entre los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, establece el de garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales.

Por su parte, el Capítulo VIII de la LOSNCP, denominado “DE LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS”, respecto a las obras y servicios complementarios en el artículo 85 prescribe que en caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, la entidad contratante pueda celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.

En lo concerniente a la creación de nuevos rubros, el artículo 86 de la LOSNCP prevé que si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo 87 *ibídem*. Cabe observar que los artículos 85 y 86 de la citada Ley no fueron objeto de reforma por parte de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública.

La referida Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública (en adelante LOECP), a la que se refiere su consulta, reformó la LOSNCP y sustituyó los textos de los artículos 87, 88 y 89, estableciendo nuevos porcentajes límites o techos aplicables a la celebración de contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia de cantidades de obra.

En lo que respecta a los contratos complementarios es procedente observar que éstos se originan y subsisten para permitir el cumplimiento del objeto del contrato principal; y por lo tanto, les es aplicable la definición de contratos accesorios prevista en el artículo 1458 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 1458.- El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

Al respecto el tratadista Guillermo Borda manifiesta que:

“Se llaman contratos principales los que existen o pueden existir por sí solos; contratos accesorios son aquellos cuya existencia no se puede concebir sin el principal, de tal modo que si éste fuera nulo o quedara rescindido o resuelto, también quedaría privado de sus efectos el accesorio”.

De lo dicho, se desprende que los contratos accesorios, como lo son los contratos complementarios materia de la consulta, no pueden existir por sí solos, sino que su existencia está ligada al contrato principal. En consecuencia, a los contratos complementarios se les aplica la misma ley que rige al contrato principal.

Adicionalmente, el artículo 1561 del Código Civil establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes.

En lo que atañe a la ejecución de órdenes de trabajo y diferencias de cantidades de obra, si bien estas no requieren para su formalización de la suscripción de un contrato complementario, también son consideradas como instrumentos accesorios del contrato principal; y, por lo tanto, es pertinente también tener en cuenta el principio general del derecho que determina que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Por su parte, el artículo 7 del Código Civil recoge el principio de irretroactividad de la ley y establece las normas a aplicarse en caso de conflicto entre una ley posterior y una anterior, en los siguientes términos:

“Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:

(...) 18. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración (...).”

De las normas del Código Civil que han quedado citadas, se desprende que la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública no tiene efecto retroactivo y rige desde su promulgación el día 20 de marzo de 2017 y en consecuencia no es aplicable a contratos celebrados con anterioridad, a los que se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

En lo que respecta al principio general de irretroactividad de la Ley, recogido por nuestra legislación, el Dr. Juan Larrea Holguín ha realizado el respectivo análisis en el siguiente sentido:

“Resumiendo lo expuesto: El legislador no debe dar efecto retroactivo: 1) violando el principio de justicia o moral; 2) contra lo dispuesto en la Constitución; 3) en materia penal. Puede en cambio dar ese efecto: 1) cuando lo exige el orden público; 2) en las leyes interpretativas; 3) en las leyes penales que favorecen al reo; 4) en las demás leyes, cuando no se ataca con tal efecto retroactivo a derechos legítimamente adquiridos.

Ahora bien, cuando el legislador considera justo y oportuno dar efecto retroactivo a una ley, debería en todo caso hacerlo de modo expreso, ya que se trata de un efecto extraordinario, y se correría mucho riesgo si se dejara a la interpretación ulterior del ciudadano y del juez el determinar qué leyes son retroactivas.

(...)

A veces el legislador recurre a ciertas normas de carácter transitorio para compaginar las disposiciones de una nueva ley con las del derecho anteriormente vigente, precisando en lo posible el efecto retroactivo de la nueva ley en todos sus aspectos. Otras veces, puede el legislador adoptar reglas más menos generales aplicables para regular la retroactividad en todo caso en que una nueva ley sucede a la anterior”.

Adicionalmente sobre la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, que he citado, los tratadistas chilenos Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, al referirse a idéntica regla, contenida en el artículo 22 del Código Civil chileno, expresan:

“En lo concerniente a las condiciones de fondo requeridas para su validez, los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración. Un contrato, en efecto, crea derechos, adquiridos desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que a aptitud que la ley concede para celebrarlo así, ha sido ejercida y estos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambia las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al tiempo de su celebración.

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no ha determinado completamente los efectos que el contrato debe producir se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podrá ser otra ley que aquella que existía a la época del contrato (...).”

Por lo expuesto en atención a los términos de su consulta se concluye que respecto a los contratos celebrados antes de la vigencia de la LOECP, en aplicación del numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, en caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, que son contratos accesorios según el artículo 1458 del Código Civil, así como órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra en el marco de la ejecución de contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales instrumentos legales las normas jurídicas que regulan a los contratos principales; es decir, las anteriores a la LOECP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante en cada caso particular verificar el cumplimiento de los porcentajes que para contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencias de

cantidades de obra le sean permitidos por la ley vigente al momento de la suscripción del contrato principal.

CONTRATOS COMPLEMENTARIOS: NORMATIVA APLICABLE

OF. PGE. N°: 10209 de 17-04-2017

CONSULTANTE: Gerente General de la Empresa Pública de Desarrollo Estratégico - Ecuador Estratégico Ep.

CONSULTA:

“Para la suscripción de nuevos contratos complementarios que devienen de contratos principales ya suscritos antes de la promulgación de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública y sus correspondientes reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debería aplicarse para su suscripción las nuevas disposiciones de la Ley Orgánica para Eficiencia en la Contratación Pública?, o se debería, respetando los contratos principales ya suscritos y la normativa vigente a la época de su celebración (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Resoluciones del SERCOP), suscribir contratos complementarios aplicando las anteriores disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, relativas a los contratos complementarios?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 82 y 288.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 4, 9 núm. 2, 10 núm. 8, 60, 85, 87, 88, 89, Disp. Trans. Primera; y, 112 y 144 del Reglamento General.

Código Civil, Arts. 5, 6, 7 núm. 18, 1458, 1561 y 1562.

PRONUNCIAMIENTO:

A su oficio de consulta, se ha acompañado el criterio jurídico emitido por el Subgerente Jurídico de la Empresa Pública de Desarrollo Estratégico - ECUADOR ESTRATÉGICO EP, contenido en memorando No. EEEP-SJ-2017-0098-M de 28 de marzo de 2017, en el cual cita el artículo 82 y 288 de la Constitución de la República, artículo 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículos 7 numeral 18, 1458, 1561 y 1562 del Código Civil y realiza el siguiente análisis:

(...)

En otras palabras, aquellos contratos principales suscritos antes de la promulgación de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, incorporaron y mantienen vigentes implícitamente disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que regulan entre otros aspectos los relacionados con los contratos complementarios.

Criterio institucional que guarda conformidad con la seguridad jurídica que deben propiciar todos los contratos para el cumplimiento recíproco de las obligaciones estipuladas en los mismos, pues todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (Art. 1561 del Código Civil); y, los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella (Art. 1562 del Código Civil)”.

Con fundamento en el análisis citado en el párrafo precedente, el Subgerente Jurídico de la Empresa Pública de Desarrollo Estratégico - ECUADOR ESTRATÉGICO EP, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En ese sentido y bajo este contexto normativo, esta Subgerencia Jurídica concluye que no podría cambiarse, so pena de inseguridad jurídica, las reglas contractuales estipuladas en los contratos principales ya suscritos, en sustento de una norma (Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública), que rige, bajo nuestro criterio, para lo venidero y para aquellos contratos principales a suscribirse y para sus correspondientes contratos complementarios que pudieran devenir con la suerte del contrato principal.”

De su parte, el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, en su oficio No. SERCOP-SERCOP-2017-0663-OF de 13 de abril de 2017, cita como fundamentos jurídicos, entre otras normas, las siguientes:

El artículo 82, de la Constitución de la República, artículos 4 y 10 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que le confiere a dicho Servicio la competencia para expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, y la Disposición Transitoria Primera de la Ley *Ibidem*.

Adicionalmente, el Director General del SERCOP, cita los artículos 112 y 144 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en su orden se refieren a los documentos que integran el contrato y las causas imprevistas o técnicas como presupuestos para celebrar contratos complementarios.

Finalmente, el Director General del SERCOP cita los artículos 5, 6, 7 numeral 18, 1458; y, 1561 de la Codificación del Código Civil.

El Director General del SERCOP, en su análisis hace referencia también a la Sentencia de la Corte Constitucional No. 023-15-SIN-CC de 1 de julio de 2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 575 de 28 de agosto de 2015, así como a los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado, a través de los oficios Nos. 02988, 16980 y 03348 de 4 de septiembre de 2008, 8 de octubre de 2010 y 28 de agosto de 2011 y, efectúa el siguiente análisis:

“(…)

Así pues, las reformas antes planteadas presuponen un conflicto de aplicación de la Ley en razón del tiempo, ya que pueden existir varios casos de contratos administrativos principales, celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, cuyos contratos complementarios y/o diferencias en cantidades de obra y órdenes de trabajo (en caso de ejecución de obras) deban realizarse durante la vigencia de la Ley *Ibidem*, es decir, a partir del 20 de marzo de 2017.

En este contexto, es importante destacar el principio general establecido en el primer inciso del artículo 7 de la Codificación del Código Civil, el cual presupone la irretroactividad de la ley, es decir, la norma jurídica no rige sino para el futuro desde su publicación en el Registro Oficial y hasta su derogación, tácita o expresa, por otra norma de igual o mayor jerarquía, o su expulsión del ordenamiento jurídico por parte de la Corte Constitucional en razón de una declaratoria de inconstitucionalidad.

(...)

El artículo 7 de la Codificación del Código Civil, prevé además, ciertas reglas en caso de conflicto entre una ley posterior con otra anterior, en tal sentido, el numeral 18 *ibidem* dispone claramente que ‘En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración’ (...).’

Con tales antecedentes, el Director General del SERCOP, concluye con el siguiente criterio institucional:

“En virtud de los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado señalados en el numeral 3.2 del presente oficio, en los contratos complementarios, diferencias en cantidades de obra y órdenes de trabajo por creación de rubros nuevos, previstos en los artículos 85, 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyos contratos principales hayan sido suscritos antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, es decir, antes del 20 de marzo de 2017, les será aplicable la normativa vigente a la fecha de celebración de sus contratos principales, es decir, los artículos 85, 86, 87, 88 y 89 de la LOSNCP (Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto del 2008) con las correspondientes reformas dispuestas por la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Registro Oficial Segundo Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013)”.

Con motivo de la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es menester mencionar que al atender la consulta formulada por el Municipio de Portoviejo, relacionada con la normativa aplicable en la celebración de un contrato complementario de consultoría celebrado antes de la vigencia de la LOSNCP, la Procuraduría General del Estado se pronunció mediante oficio No. 08112 de 02 de julio de 2009, en los siguientes términos:

“(…) 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 le confiere al Instituto Nacional de Contratación Pública, su Director Ejecutivo expidió la Resolución INCOP No. 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 sus celebración’.

(...) reitero a usted que, conforme a la regla 18 del Art. 7 de la Codificación del Código Civil y el Art. 1 de la Resolución No. INCP 005-08 de 3 de octubre de 2008, los contratos celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se sujetarán a la normativa vigente a la fecha de su celebración”.

Con idénticos fundamentos jurídicos, en los oficios Nos. 06008 de 5 de febrero de 2009 y 08112 de 2 de julio de 2009, en referencia a un contrato de consultoría, señalé la calidad de accesorios de los contratos complementarios. También en el oficio No. 08988 de 31 de agosto de 2009, que cita en el alcance a su consulta concluí que:

“Por lo expuesto, compete a la Municipalidad de Portoviejo determinar si en el caso específico existen causas imprevistas o técnicas presentadas con su ejecución debidamente justificadas o si se amerita la creación de nuevos rubros, que motiven la celebración de un contrato complementario; y, de ser éste procedente, por su carácter de accesorio del contrato principal, se sujetará a la Codificación a la Ley de Contratación Pública (...)”.

De la lectura del oficio que contesto y del análisis jurídico que se acompaña al mismo, se establece que su consulta se refiere a los porcentajes que se deben aplicar para la suscripción de contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia de cantidades de obra, cuyos contratos principales fueron suscritos antes de la expedición de la Ley Orgánica para el Eficiencia en la Contratación Pública (en adelante LOECP).

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 82 consagra el derecho a la seguridad jurídica en los siguientes términos:

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

Dicha norma constitucional establece como fundamentos de la seguridad jurídica el respeto a la Constitución y la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas.

En concordancia con la norma constitucional, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de

2008 (en adelante LOSNCP), señala como uno de sus principios que rigen a la contratación pública, el de legalidad.

Así también, el numeral 2 del artículo 9 de la LOSNCP, establece entre los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, el de garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales.

Por su parte, el Capítulo VIII de la LOSNCP, denominado “DE LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS”, respecto a las obras y servicios complementarios en el artículo 85 prescribe que en caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, la entidad contratante pueda celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.

En lo concerniente a la creación de nuevos rubros, el artículo 86 de la LOSNCP prevé que si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo 87 *Ibidem*. Cabe observar que los artículos 85 y 86 de la citada Ley no fueron objeto de reforma.

La Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública (en adelante LOECP), a la que se refieren sus consultas, reformó la LOSNCP y sustituyó los textos de los artículos 87, 88 y 89, estableciendo nuevos porcentajes, límites o techos aplicables a la celebración de contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia de cantidades de obra; y su disposición final, establece que la misma entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

En lo que respecta a los contratos complementarios, es procedente observar que éstos se originan y subsisten para permitir el cumplimiento del contrato principal; por lo tanto, les es aplicable la definición de contratos accesorios prevista en el artículo 1458 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 1458.- El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

Al respecto el tratadista Guillermo Borda manifiesta que:

“(…) Se llaman contratos principales los que existen o pueden existir por sí solos; contratos accesorios son aquellos cuya existencia no se puede concebir sin el principal, de tal modo que si éste fuera nulo o quedara rescindido o resuelto, también quedaría privado de sus efectos el accesorio (…)

De lo dicho, se desprende que los contratos accesorios, como lo son los contratos complementarios materia de la consulta, no pueden existir por sí solos, sino que su existencia está ligada al contrato

principal. En consecuencia, a los contratos complementarios se les aplica la misma ley que rige al contrato principal.

Adicionalmente, el artículo 1561 del Código Civil establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes.

En lo que atañe a la ejecución de órdenes de trabajo y diferencias de cantidades de obra, si bien estas no requieren para su formalización de la suscripción de un contrato complementario, también son consideradas como instrumentos accesorios del contrato principal; y por lo tanto, es pertinente también tener en cuenta el principio general del derecho que determina que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Por su parte, el artículo 7 del Código Civil recoge el principio de irretroactividad de la ley y establece las normas a aplicarse en caso de conflicto entre una ley posterior y una anterior, en los siguientes términos:

“Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:

(...)

18. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración (...).”

De las normas del Código Civil que han quedado citadas, se desprende que la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública no tiene efecto retroactivo y rige desde su promulgación el día 20 de marzo de 2017, en consecuencia no es aplicable a contratos celebrados con anterioridad, a los que se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

En lo que respecta al principio general de irretroactividad de la Ley, recogido por nuestra legislación, el Dr. Juan Larrea Holguín ha realizado el respectivo análisis en el siguiente sentido:

“Resumiendo lo expuesto: El legislador no debe dar efecto retroactivo: 1) violando los principios de justicia o moral; 2) contra lo dispuesto en la Constitución; 3) en materia penal. Puede, en cambio dar ese efecto: 1) Cuando lo exige el orden público; 2) en las leyes interpretativas; 3) en las leyes penales que favorecen al reo; 4) en las demás leyes, cuando no se ataca con tal efecto retroactivo a derechos legítimamente adquiridos.

Ahora bien, cuando el legislador considera justo y oportuno dar efecto retroactivo a una ley, debería en todo caso hacerlo de modo expreso, ya que se trata de un efecto extraordinario, y se correría mucho riesgo si se dejara a la interpretación ulterior del ciudadano y del juez el determinar qué leyes son retroactivas.

(...)

A veces el legislador recurre a ciertas normas de carácter transitorio para compaginar las disposiciones de una nueva ley con las del derecho anteriormente vigente, precisando en lo posible el efecto retroactivo de la nueva ley en todos sus aspectos. Otras veces, puede el legislador adoptar reglas más o menos generales aplicables para regular la retroactividad en todo caso en que una nueva ley sucede a otra anterior”.

Adicionalmente sobre la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, que he citado, los tratadistas chilenos Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, al referirse a idéntica regla, contenida en el artículo 22 del Código Civil chileno, expresan:

“En lo concerniente a las condiciones de fondo requeridas para su validez, los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración. Un contrato, en efecto, crea derechos, adquiridos desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que la aptitud que la ley concede para celebrarlo así, ha sido ejercida y estos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambiara las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al tiempo de su celebración.

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no ha determinado completamente los efectos que el contrato debe producir se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podrá ser otra ley que aquella que existía a la época del contrato (...).”

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, en aplicación del numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, en caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, que son contratos accesorios según el artículo 1458 del Código Civil, así como órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra, en el marco de la ejecución de contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales instrumentos legales las normas jurídicas que regulan a los contratos principales; es decir, las anteriores a la LOECP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante en cada caso particular verificar el cumplimiento de los porcentajes que para contratos complementarios, ordenes de trabajo y /o diferencias de cantidades de obra le sean permitidos por la ley vigente al momento de la suscripción del contrato principal.

CONTRATOS COMPLEMENTARIOS: NORMATIVA JURÍDICA

OF. PGE. N°: 10205 de 17-04-2017

CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Guayaquil

CONSULTA:

1. ¿Atento el contenido de la regla prevista en el numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, en caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra en el marco de la ejecución de contratos principales suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra las normas jurídicas que regulan sus contratos principales, es decir, las anteriores a la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública?

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 82.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 4, 9 núm. 2, 10 núm. 8, 85, 86, 87, 88, 89, Disp. Trans. Primera; y, 112 y 144 del Reglamento General.

Código Civil, Arts. 5, 6, 7 regla 18, 1458 y 1561.

PRONUNCIAMIENTO:

PRIMERA CONSULTA:

En el informe jurídico que se ha acompañado al oficio de consulta, que consta en el oficio No. DAJ-2017-5024, de 28 de marzo de 2017, el Subprocurador Síndico Municipal de Contratación Pública cita la regla 18 del artículo 7 y el artículo 1458 del Código Civil, así como la consulta absuelta por la Procuraduría General del Estado, contenidas en los oficios No. 01639 de 4 de mayo de 2011 y 03348 de 23 de agosto de 2011, relacionadas con contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en los que señalé que la normativa aplicable a los contratos complementarios era la que regula al contrato principal.

Con los argumentos jurídicos señalados en el párrafo precedente, sobre su primera consulta, el Subprocurador Síndico Municipal de Contratación Pública manifiesta el siguiente criterio jurídico:

“ f) En función de lo anterior, el criterio jurídico institucional respecto al régimen jurídico aplicable en caso de surgir la necesidad de celebrar contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra en el marco de la ejecución de contratos principales suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, es que a aquellos contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra son aplicables las normas jurídicas que regulan sus contratos principales, es decir, las anteriores a la Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación Pública”.

Adicionalmente, como alcance a su oficio de consulta, remitió a esta Procuraduría el oficio No. AG-2017-7321 de 3 de abril de 2017, en el que expresa lo siguiente:

“(…) me permito remitirle a usted copia del oficio No. 08988 de fecha 31 de agosto de 2009 en el que la Procuraduría General del Estado absolvió una consulta formulada respecto del régimen jurídico aplicable para la suscripción de contratos complementarios durante la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como resultado de la ejecución de contratos principales suscritos bajo el impero de la Codificación a la Ley de Contratación Pública, criterio en el que confirma el carácter de accesorio de los contratos complementarios en relación a su principal y la sujeción de tales contratos complementarios al mismo régimen jurídico aplicable a su contrato principal, esto es, a la Codificación de la Ley de Contratación Pública”.

De su parte, el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, en su oficio No. SERCOP-SERCOP-2017-0663-OF de 13 de abril de 2017, cita como fundamentos jurídicos, entre otras normas, las siguientes:

El artículo 82, de la Constitución de la República, artículos 4 y 10 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que le confiere a dicho Servicio la competencia para expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, y la Disposición Transitoria Primera de la Ley *Ibidem*.

Adicionalmente, el Director General del SERCOP, cita los artículos 112 y 144 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en su orden se refieren a los documentos que integran el contrato y las casusas imprevistas o técnicas como presupuestos para celebrar contratos complementarios.

Finalmente, el Director General del SERCOP cita los artículos 5, 6, 7 numeral 18, 1458 y 1561 de la Codificación del Código Civil.

El Director General del SERCOP, en su análisis hace referencia también a la Sentencia de la Corte Constitucional No. 023-15-SIN-CC de 1 de julio de 2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 575 de 28 de agosto de 2015, así como a los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado, a través de los oficios Nos. 02988, 16980 y 03348 de 4 de septiembre de 2008, 8 de octubre de 2010 y 28 de agosto de 2011 y efectúa el siguiente análisis:

“(…) Así pues, las reformas antes planteadas presuponen un conflicto de aplicación de la Ley en razón del tiempo, ya que pueden existir varios casos de contratos administrativos principales, celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, cuyos contratos complementarios y/o diferencia en cantidades de obras y órdenes de trabajo (en caso de ejecución de obras) deban realizarse durante la vigencia de la Ley *ibidem*, es decir, a partir del 20 de marzo de 2017.

En este contexto, es importante destacar el principio general establecido en el primer inciso del artículo 7 de la Codificación del Código Civil, el cual presupone la irretroactividad de la ley, es decir, la norma jurídica no rige sino para el futuro desde su publicación en el Registro Oficial y hasta su derogación, tácita o expresa, por otra norma de igual o mayor jerarquía, o su expulsión

del ordenamiento jurídico por parte de la Corte Constitucional en razón de una declaratoria de inconstitucionalidad.

(...)

El artículo 7 de la Codificación del Código Civil, prevé además, ciertas reglas en caso de conflicto entre una ley posterior con otra anterior, en tal sentido, el numeral 18 *ibidem* dispone claramente que ‘En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración’ (...).’

Con tales antecedentes, el Director General del SERCOP, manifiesta el siguiente criterio institucional, con respecto de la primera consulta:

“En virtud de los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, señalados en el numeral 3.2 del presente oficio, en los contratos complementarios, diferencias en cantidades de obra y órdenes de trabajo por creación de nuevos rubros, previstos en los artículos 85, 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es decir, antes del 20 de marzo de 2017, les será aplicable la normativa vigente a la fecha de celebración de sus contratos principales, es decir, los artículos 85, 86, 87, 88 y 89 de la LOSMCP (Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto del 2008, con las correspondientes reformas dispuestas por la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Registro Oficial Segundo Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013)).”

Con motivo de la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al atender la consulta formulada por el Municipio de Portoviejo relacionada con la normativa aplicable en la celebración de un contrato complementario de consultoría celebrado antes de la vigencia de la LOSNCP, la Procuraduría General del Estado se pronunció mediante oficio No. 08112 de 02 de julio de 2009, en los siguientes términos:

“(…) 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 le 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 sus celebración’.

(...) reitero a usted que, conforme a la regla 18 del Art. 7 de la Codificación del Código Civil y el Art. 1 de la Resolución No. INCP 005-08 de 3 de octubre de 2008, los contratos celebrados antes

de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se sujetarán a la normativa vigente a la fecha de su celebración”.

Con idénticos fundamentos jurídicos, en los oficios Nos. 06008 de 5 de febrero de 2009 y 08112 de 2 de julio de 2009, en referencia a un contrato de consultoría, señalé la calidad de accesorios de los contratos complementarios. También en el oficio No. 008988 de 31 de agosto de 2009, que cita en el alcance a su consulta concluí que:

“Por lo expuesto, compete a la Municipalidad de Portoviejo determinar si en el caso específico existen causas imprevistas o técnicas presentadas con su ejecución debidamente justificadas o si se amerita la creación de nuevos rubros, que motiven la celebración de un contrato complementario; y, de ser éste procedente, por su carácter de accesorio del contrato principal, se sujetará a la Codificación a la Ley de Contratación Pública (...)”.

El artículo 82 de la Constitución de la República consagra el derecho a la seguridad jurídica en el siguiente tenor:

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

La norma constitucional transcrita establece como fundamentos de la seguridad jurídica el respeto a la Constitución y la existencia de normas jurídicas previas, claras y públicas, a la vez que el artículo 4 de la LOSNCP, señala la legalidad como uno de los principios que rigen la contratación pública.

El numeral 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008 (en adelante LOSNCP), entre los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, establece el de garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales.

Por su parte, el Capítulo VIII de la LOSNCP, denominado “DE LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS”, respecto a las obras y servicios complementarios en el artículo 85 prescribe que en caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, la entidad contratante pueda celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.

En lo concerniente a la creación de nuevos rubros, el artículo 86 de la LOSNCP prevé que si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo 87 *ibídem*. Cabe observar que los artículos 85 y 86 de la citada Ley no fueron objeto de reforma.

La Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública (en adelante LOECP), a la que se refieren sus consultas, reformó la LOSNCP y sustituyó los textos de los artículos 87, 88 y 89.

En lo que respecta a los contratos complementarios es procedente observar que éstos se originan y subsisten para permitir el cumplimiento del objeto del contrato principal; y, por lo tanto, les es aplicable la definición de contratos accesorios prevista en el artículo 1458 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 1458.- El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

Al respecto el tratadista Guillermo Borda manifiesta que:

“Se llaman contratos principales los que existen o pueden existir por sí solos; contratos accesorios son aquellos cuya existencia no se puede concebir sin el principal, de tal modo que si éste fuera nulo o quedara rescindido o resuelto, también quedaría privado de sus efectos el accesorio”.

De lo dicho, se desprende que los contratos accesorios, como lo son los contratos complementarios, no pueden existir por sí solos, sino que su existencia está ligada al contrato principal. En consecuencia, a los contratos complementarios se les aplica la misma ley que rige al contrato principal.

Adicionalmente, el artículo 1561 del Código Civil establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes.

En lo que atañe a la ejecución de órdenes de trabajo y diferencias de cantidades de obra, si bien estas no requieren para su formalización de la suscripción de un contrato complementario, también son consideradas como instrumentos accesorios del contrato principal; y, por lo tanto, es pertinente también tener en cuenta el principio general del derecho que determina que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Por su parte, el artículo 7 del Código Civil recoge el principio de irretroactividad de la ley y establece las normas a aplicarse en caso de conflicto entre una ley posterior y una anterior, en los siguientes términos:

“Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:

(...) 18. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración (...).”

De las normas del Código Civil que han quedado citadas, se desprende que la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública no tiene efecto retroactivo y rige desde su promulgación el día 20 de marzo de 2017 y en consecuencia no es aplicable a contratos celebrados con anterioridad, a los que se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

En lo que respecta al principio general de irretroactividad de la Ley, recogido por nuestra legislación, el Dr. Juan Larrea Holguín ha realizado el respectivo análisis en el siguiente sentido:

“Resumiendo lo expuesto: El legislador no debe dar efecto retroactivo: 1) violando el principio de justicia o moral; 2) contra lo dispuesto en la Constitución; 3) en materia penal. Puede en cambio dar ese efecto: 1) cuando lo exige el orden público; 2) en las leyes interpretativas; 3) en las leyes penales que favorecen al reo; 4) en las demás leyes, cuando no se ataca con tal efecto retroactivo a derechos legítimamente adquiridos.

Ahora bien, cuando el legislador considera justo y oportuno dar efecto retroactivo a una ley, debería en todo caso hacerlo de modo expreso, ya que se trata de un efecto extraordinario, y se correría mucho riesgo si se dejara a la interpretación ulterior del ciudadano y del juez el determinar qué leyes son retroactivas.

(...)

A veces el legislador recurre a ciertas normas de carácter transitorio para compaginar las disposiciones de una nueva ley con las del derecho anteriormente vigente, precisando en lo posible el efecto retroactivo de la nueva ley en todos sus aspectos. Otras veces, puede el legislador adoptar reglas más menos generales aplicables para regular la retroactividad en todo caso en que una nueva ley sucede a la anterior”.

Adicionalmente sobre la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, que he citado, los tratadistas chilenos Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, al referirse a idéntica regla, contenida en el artículo 22 del Código Civil chileno, expresan:

“En lo concerniente a las condiciones de fondo requeridas para su validez, los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración. Un contrato, en efecto, crea derechos, adquiridos desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que a aptitud que la ley concede para celebrarlo así, ha sido ejercida y estos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambia las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al tiempo de su celebración.

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no ha determinado completamente los efectos que el contrato debe producir se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podrá ser otra ley que aquella que existía a la época del contrato (...).”

Por lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta, en aplicación del numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, en caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, que son contratos accesorios según el artículo 1458 del Código Civil, así como órdenes de trabajo y/o

diferencias de cantidades de obra en el marco de la ejecución de contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales instrumentos legales las normas jurídicas que regulan a los contratos principales; es decir, las anteriores a la LOECP.

SEGUNDA CONSULTA

En caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obras en el marco de la ejecución de contratos principales resultantes de procedimientos precontractuales iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencia de cantidades de obra las disposiciones previstas en la normativa vigente para la época de la convocatoria de los referidos procedimientos precontractuales, es decir, las anteriores a la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública?”.

En el informe jurídico contenido en el oficio No. DAJ-2017-5024, de 28 de marzo de 2017, el Subprocurador Síndico Municipal de Contratación Pública, en lo atañe a la segunda consulta. Manifiesta el siguiente criterio jurídico:

“g) En cuanto al criterio jurídico institucional respecto del régimen aplicable en caso de surgir la necesidad de celebrar contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades obra en el marco de la ejecución de contratos principales (que no se hubieren todavía suscrito) resultante de procedimientos precontractuales iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, es que a aquellos contratos complementarios, órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra sí les serían aplicables las disposiciones de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública”. (El resaltado corresponde al texto original).

El Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, en su oficio No. SERCOP-SERCOP-2017-0663-OF de 13 de abril de 2017, en lo que concierne a esta consulta, manifiesta el siguiente criterio institucional:

“El artículo 7 de la Codificación del Código Civil, prevé además, ciertas reglas en caso de conflicto entre una ley posterior con otra anterior, en tal sentido, el numeral 18 *ibídem* dispone claramente que ‘En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración’, en este sentido la Procuraduría General del Estado en un caso análogo en aplicación de la Disposición Transitoria Primera de las LOSNCP, se ha pronunciado en los siguientes términos:

‘(...) no obstante los procesos pre-contractuales se iniciaron antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (promulgada el 4 de agosto de 2008, al haberse suscrito el contrato principal el 15 de octubre de 2008, después del plazo máximo de sesenta días (3 de octubre de 2008), establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley *ibídem*, dicho contrato se rige por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (...)’

No obstante lo indicado, se debe tomar en consideración que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –RGLOSNC-P-, los pliegos, la oferta ganadora, y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato, forman parte integrante del mismo, en otras palabras, los componentes y documentos del procedimiento precontractual también se entienden incorporados al contrato administrativo resultante del mismo, y, en consecuencia, dichos documentos precontractuales no podrán ser desconocidos con ocasión de la entrada en vigencia de una ley posterior, ya que eso implicaría una vulneración de irretroactividad de la ley y seguridad jurídica, así como a los principios que rigen el Sistema Nacional de Contratación Pública contenidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En este sentido se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado, al señalar que en el marco de un conflicto de aplicación de leyes en razón del tiempo, en materia de contratación pública, serían aplicables las normas jurídicas vigentes a la fecha del inicio del procedimiento precontractual, es decir, a la fecha en que la convocatoria o invitación fueron efectuadas. (...)

En base al análisis previamente citado, el Director General del SERCOP manifiesta el siguiente criterio institucional:

“Adicionalmente, si bien la Codificación del Código Civil, en el numeral 18 de su artículo 7, establece como regla general que: En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”; de conformidad con los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado señalados en el numeral 3.1, del presente oficio, no se podría desconocer la aplicación de los principios del Sistema Nacional de Contratación Pública, que señala que los pliegos, la oferta ganadora, y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes, se entienden como parte integrante del contrato administrativo”.

Cabe señalar que los pronunciamientos citados por el Director General del SERCOP y que constan en los párrafos precedentes, trataron sobre la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en su Disposición Transitoria Primera estableció que los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de esta Ley, así como la celebración y ejecución de los contratos consiguientes hasta un plazo de 60 días debían sujetarse a lo establecido en la Ley de Contratación Pública así como en la Disposición Transitoria Sexta del Reglamento General a la LOSNCP, que prescribía que los procesos de contratación iniciados hasta antes del 30 de abril de 2009 debían concluirse aplicando los pliegos y la normas que estuvieron vigentes al momento de su convocatoria y en la Resolución No. INCP 005-08 de 3 de octubre de 2008 emitida en base a la indicada Disposición Transitoria.

Es decir, que estos pronunciamientos tuvieron como fundamento de análisis disposiciones legales que determinaban en forma expresa la forma de proceder respecto a los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de la LOSNCP y la celebración y ejecución de los respectivos contratos. Y al expedirse la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, ésta no previó ninguna disposición transitoria que norme lo relacionado a los contratos resultantes de los procedimientos

precontractuales iniciados con anterioridad a la promulgación de la indicada Ley Orgánica, o que disponga que éstos deban ejecutarse observando las disposiciones contenidas en la LOSNCP antes de la reforma.

Al atender su primera consulta, analicé el principio de irretroactividad de la ley contenido en el artículo 7 del Código Civil y la regla que con relación a los contratos ha previsto dicha disposición legal. Ahora es pertinente referirme a la norma general que sobre vigencia de la ley contiene el artículo 6 del Código Civil, que fue materia de análisis en el pronunciamiento No. 08848 de 14 de diciembre de 2016, en el que manifesté lo siguiente:

“En cuanto a la vigencia de la ley, el artículo 6 del Código Civil, dispone:

“Art. 6.- La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces.

Podrá sin embargo, en la misma ley, designarse un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación”.

Sobre la aplicación de la ley desde el día de su entrada en vigor, los tratadistas Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic comentan:

“Los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que han surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la ley antigua, no son, naturalmente, alcanzados por la nueva norma. Pero el problema se presenta con respecto a los hechos, relaciones o situaciones que han nacido al amparo de los preceptos de una ley y por una razón cualquiera vienen a desarrollarse o a producir todos o algunos de sus efectos cuando dicha norma ya no rige y tiene imperio otra (...).

Solo la ley nueva, desde su entrada en vigor, rige el porvenir. Aquí hablamos de efecto inmediato: la ley nueva no permite más la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que esta última regía; los efectos de ella producidos después de la entrada en vigor de la nueva norma, quedan sujetos a ésta, en virtud del efecto inmediato.

El efecto inmediato debe considerarse como la regla general. La ley nueva se aplica desde su promulgación a todas las situaciones que se produzcan en el porvenir y a todos los efectos, sea que emanen de situaciones jurídicas nacidas antes de la vigencia de la nueva ley o después. Por lo tanto, en principio, la ley nueva debe aplicarse inmediatamente desde el día fijado para su entrada en vigencia, de acuerdo con la teoría de la promulgación de las leyes (...).”

Por lo expuesto, en atención a su segunda consulta se concluye que respecto a aquellos contratos que se suscriban como consecuencia de la ejecución de procedimientos precontractuales iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, sin que se hayan suscrito los contratos respectivos, en virtud de que a la fecha de promulgación de la indicada Ley Orgánica no se formalizó el vínculo contractual, se deben observar las disposiciones vigentes a la fecha de suscripción del contrato, es decir, las normas contenidas en la LOECP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.

CONTRATOS DE OBRA, PRESTACIÓN DE SERVICIOS: VIGENCIA DE LA LEY

OF. PGE. N°: 10210 de 17-04-2017

CONSULTANTE: Empresa Pública Estratégica Corporación Eléctrica Del Ecuador, CELEC EP

CONSULTAS:

1. ¿En los contratos de obra, prestación de servicios y de consultoría, celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, se puede considerar como porcentaje máximo para la instrumentación de contratos complementarios el treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal?.
2. ¿En los contratos de obra, celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, se puede ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el veinticinco por ciento (25%) del valor reajustado del contrato, por diferencia en cantidades?.
3. ¿En los contratos de obra, celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública se puede utilizar hasta el diez por ciento (10%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje?."

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 82 y 226.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 4, 5, 10, 85, 86, 87, 88, 89; y, 112, 114 de su Reglamento General.

Codificación de Resoluciones del SERCOP que regulan los porcentajes máximos aplicables a las órdenes de trabajo para realizar rubros nuevos, órdenes de cambio para ejecutar diferencias en cantidades de obra; y, contratos complementarios, Arts. 357, 358 y 359.

Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, Art. Disp. Final
Código Civil, Arts. 5, 6, 7 núm. 18, 1458 y 1561.

PRONUNCIAMIENTO:

El Director Jurídico de la entidad consultante mediante memorando No. CELEC-EP-2017-0862-MEM de 31 de marzo de 2017 invoca los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que se refieren a los principios para la aplicación de esa ley y los contratos que de ella se deriven, entre ellos el de legalidad. Cita también los artículos 357, 358 y 359 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP que regulan los porcentajes máximos aplicables a las

órdenes de trabajo para realizar rubros nuevos, órdenes de cambio para ejecutar diferencias en cantidades de obra; y, contratos complementarios.

El referido informe invoca adicionalmente los artículos 7 y 1561 del Código Civil, que establecen que la ley no dispone sino para lo venidero y que todo contrato es una ley para los contratantes; y, sobre dicha base normativa, formula criterio jurídico único para todas las consultas, en los siguientes términos:

“La Disposición Final de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública establece que las disposiciones de la presente Ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial, por tanto, debe considerarse que ésta Ley, no tiene efecto retroactivo; además, no establece una disposición transitoria ni general que regule las normas para la aplicación de los contratos complementarios celebrados antes de su vigencia (...).

El contrato complementario se trata de un contrato de naturaleza accesorio, no es un nuevo contrato, independiente o separado del primero (...).

CONCLUSIÓN

Las disposiciones de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, en lo que tienen que ver con la aplicación de los porcentajes máximos para contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia de cantidades, deben considerarse en los contratos que se celebren a partir de la vigencia de la Ley, esto es, a partir del 20 de marzo de 2017, en tanto que, para aquellos contratos que se encuentran en ejecución y que han sido suscritos con anterioridad a la vigencia de dicha Ley y en los cuales como principio general se entienden incorporadas las normas vigentes al momento de su celebración, es decir, que contempló en su texto, por así corresponder al momento de su celebración, la posibilidad de que se puedan suscribir contratos complementarios hasta por el 35%, y ejecutar diferencia en cantidades de obra hasta por el 25% y órdenes de trabajo hasta por el 10%, contrato que es ley para las partes, en lo que se refiere a su ejecución, y en respeto al principio de legalidad, corresponde aplicar la Ley vigente con anterioridad al 20 de marzo de 2017”.

Por su parte, el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, en su oficio No. SERCOP-SERCOP-2017-0663-OF de 13 de abril de 2017, cita como fundamentos jurídicos, entre otras normas, las siguientes:

El artículo 82 de la Constitución de la República, artículos 4 y 10 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que le confiere ha dicho Servicio la competencia para expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, y la Disposición Transitoria Primera de la Ley *Ibídem*.

Adicionalmente, el SERCOP cita los artículos 112 y 144 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en su orden se refieren a los documentos que

integran el contrato y las casusas imprevistas o técnicas como presupuestos para celebrar contratos complementarios.

Finalmente, cita los artículos 5, 6, 7 numeral 18, 1458 y 1561 de la Codificación del Código Civil.

El Director General del SERCOP, en su análisis hace referencia también a la Sentencia de la Corte Constitucional No. 023-15-SIN-CC de 1 de julio de 2015, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 575 de 28 de agosto de 2015, así como a los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado, a través de los oficios Nos. 02988, 16980 y 03348 de 4 de septiembre de 2008, 8 de octubre de 2010; y, 28 de agosto de 2011 y efectúa el siguiente análisis:

“(…)

Así pues, las reformas antes planteadas presuponen un conflicto de aplicación de la Ley en razón del tiempo, ya que pueden existir varios casos de contratos administrativos principales, celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, cuyos contratos complementarios y/o diferencias en cantidades de obra y órdenes de trabajo (en caso de ejecución de obras) deban realizarse durante la vigencia de la Ley *Ibidem*, es decir, a partir del 20 de marzo de 2017.

En este contexto, es importante destacar el principio general establecido en el primer inciso del artículo 7 de la Codificación del Código Civil, el cual presupone la irretroactividad de ley, es decir, que la norma jurídica no rige sino para el futuro desde su publicación en el Registro Oficial y hasta su derogación, tácita o expresa, por otra norma de igual o mayor jerarquía, o su expulsión del ordenamiento jurídico por parte de la Corte Constitucional en razón de una declaratoria de inconstitucionalidad.

(…)

El artículo 7 de la Codificación del Código Civil, prevé además, ciertas reglas en caso de conflicto entre una ley posterior con otra anterior, en tal sentido, el numeral 18 *ibidem* dispone claramente que ‘En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración’ (…)

Con tales antecedentes, el Director General del SERCOP, concluye con el siguiente criterio institucional:

“En virtud de los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado señalados en el numeral 3.2 del presente oficio, en los contratos complementarios, diferencias en cantidades de obra y órdenes de trabajo por creación de rubros nuevos, previstos en los artículos 85, 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyos contratos principales hayan sido suscritos antes de la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, es decir, antes del 20 de marzo de 2017, les será aplicable la normativa vigente a la fecha de celebración de sus

contratos principales, es decir, los artículos 85, 86, 87, 88 y 89 de la LOSNCP (Registro Oficial Suplemento No. 395 de 4 de agosto del 2008) con las correspondientes reformas dispuestas por la Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Registro Oficial Segundo Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013)”.

De los criterios institucionales transcritos se aprecia que la entidad consultante y el SERCOP coinciden en que los contratos complementarios, diferencias en cantidades de obra y órdenes de trabajo por creación de rubros nuevos, son instrumentos accesorios a los contratos principales, y por tanto les son aplicables las normas vigentes al tiempo de la celebración del respectivo contrato principal.

Para atender su consulta es oportuno considerar como antecedente que, con motivo de la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al atender la consulta formulada por el Municipio de Portoviejo, relacionada con la normativa aplicable en la celebración de un contrato complementario de consultoría celebrado antes de la vigencia de la LOSNCP, la Procuraduría General del Estado se pronunció mediante oficio No. 08112 de 02 de julio de 2009, en los siguientes términos:

“(…) 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 le 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 registrará por sus estipulaciones y por las normas de derecho vigentes a la fecha de sus celebración’.

(…) reitero a usted que, conforme a la regla 18 del Art. 7 de la Codificación del Código Civil y el Art. 1 de la Resolución INCOP No. 005-08 de 3 de octubre del 2008, los contratos celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se sujetarán a la normativa vigente a la fecha de su celebración.”

Con idénticos fundamentos jurídicos, en los oficios Nos. 06008 de 5 de febrero de 2009 y 08112 de 2 de julio de 2009, en referencia a un contrato de consultoría, señalé la calidad de accesorios de los contratos complementarios. También en el oficio No. 08988 de 31 de agosto de 2009, que cita en el alcance a su consulta concluí que:

“Por lo expuesto, compete a la Municipalidad de Portoviejo determinar si en el caso específico existen causas imprevistas o técnicas presentadas con su ejecución debidamente justificadas o si se amerita la creación de nuevos rubros, que motiven la celebración de un contrato complementario;

y, de ser éste procedente, por su carácter de accesorio del contrato principal, se sujetará a la Codificación a la Ley de Contratación Pública (...).”

El artículo 82 de la Constitución de la República consagra el derecho a la seguridad jurídica, que según su tenor “(...) se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”, lo que es concordante con el principio de legalidad que rige en derecho público y que consta establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República, así como en el artículo 4 de la propia LOSNCP que lo incluye como uno de los principios que rigen a la contratación pública.

El numeral 2 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008 (en adelante LOSNCP), entre los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública, establece el de garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales.

El Capítulo VIII de la LOSNCP, denominado “DE LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS”, respecto a las obras y servicios complementarios en el artículo 85 prescribe que, en el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, la Entidad Contratante pueda celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.

En lo concerniente a la creación de nuevos rubros, el artículo 86 de la LOSNCP prevé que si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo 87 *Ibidem*. Cabe observar que los artículos 85 y 86 de la citada Ley no fueron objeto de reforma.

Por su parte, la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública a la que se refiere su consulta, reformó la LOSNCP y sustituyó los textos de los artículos 87, 88; y, 89, estableciendo nuevos porcentajes, límites o techos aplicables a la celebración de contratos complementarios, órdenes de cambio para ejecutar diferencias de cantidades y órdenes de trabajo para la ejecución de rubros nuevos.

En lo referente a los contratos complementarios, es procedente observar que éstos se originan y subsisten para permitir el cumplimiento del objeto del contrato principal y, por lo tanto, les es aplicable la definición de contratos accesorios prevista en el artículo 1458 del Código Civil, que dispone:

“Art. 1458.- El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

Al respecto el tratadista Guillermo Borda manifiesta que:

“(…) Se llaman contratos principales los que existen o pueden existir por sí solos; contratos accesorios son aquellos cuya existencia no se puede concebir sin el principal, de tal modo que si éste fuera nulo o quedara rescindido o resuelto, también quedaría privado de sus efectos el accesorio (…)”.

De lo dicho, se desprende que los contratos accesorios, como lo son los contratos complementarios materia de la consulta, no pueden existir por sí solos, sino que su existencia está ligada al contrato principal. En consecuencia, a los contratos complementarios se les aplica la misma ley que rige al contrato principal.

Adicionalmente, el artículo 1561 del Código Civil establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes.

En lo que atañe a la ejecución de diferencia en cantidades de obra y las órdenes de trabajo contenidas en los artículos 88 y 89 reformados por la LOECP, si bien no requieren para su formalización de la suscripción de un contrato complementario, también son consideradas como instrumentos accesorios del contrato principal; y por tanto, es pertinente aplicar el principio general del derecho que determina que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

De su parte, el artículo 7 del Código Civil establece el principio de irretroactividad de la ley y las normas aplicables en caso de conflicto entre una ley posterior y una anterior, previendo:

“Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:

(…)

18. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración (…)”.

En lo que respecta al principio general de irretroactividad de la Ley, Larrea Holguín expone:

“Resumiendo lo expuesto: El legislador no debe dar efecto retroactivo: 1) violando los principios de justicia o moral; 2) contra lo dispuesto en la Constitución; 3) en materia penal. Puede, en cambio dar ese efecto: 1) Cuando lo exige el orden público; 2) en las leyes interpretativas; 3) en las leyes penales que favorecen al reo; 4) en las demás leyes, cuando no se ataca con tal efecto retroactivo a derechos legítimamente adquiridos.

Ahora bien, cuando el legislador considera justo y oportuno dar efecto retroactivo a una ley, debería en todo caso hacerlo de modo expreso, ya que se trata de un efecto extraordinario, y se correría

mucho riesgo si se dejara a la interpretación ulterior del ciudadano y del juez el determinar qué leyes son retroactivas.

(...)

A veces el legislador recurre a ciertas normas de carácter transitorio para compaginar las disposiciones de una nueva ley con las del derecho anteriormente vigente, precisando en lo posible el efecto retroactivo de la nueva ley en todos sus aspectos. Otras veces, puede el legislador adoptar reglas más o menos generales aplicables para regular la retroactividad en todo caso en que una nueva ley sucede otra anterior”.

Adicionalmente, sobre la regla 18 del artículo 7 del Código Civil, los tratadistas chilenos Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, al referirse a idéntica regla, contenida en el artículo 22 del Código Civil chileno, expresan:

“En lo concerniente a las condiciones de fondo requeridas para su validez, los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración. Un contrato, en efecto, crea derecha, adquirida desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que la aptitud que la ley concede para celebrarlo así, ha sido ejercida y estos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambia las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al tiempo de su celebración.

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suple o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no ha determinado completamente los efectos que el contrato debe producir se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podrá ser otra ley que aquella que existía a la época del contrato (...).”

De las normas y doctrina citada se desprende que la ley no tiene efecto retroactivo, que a los contratos se entienden incorporadas las normas vigentes al tiempo de su celebración; y, que los contratos complementarios son accesorios, pues su existencia está ligada al contrato principal.

Por lo expuesto, en atención a los términos de sus consultas, en aplicación del numeral 18 del artículo 7 del Código Civil, en caso de ser necesario celebrar contratos complementarios, que son contratos accesorios según el artículo 1458 del Código Civil, así como órdenes de trabajo y/o diferencias de cantidades de obra, en el marco de la ejecución de contratos suscritos con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, son aplicables para la celebración de tales instrumentos legales las normas jurídicas que regulan a los contratos principales; es decir, las anteriores a la LOECP.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.

CONVOCATORIA A SESIONES EXTRAORDINARIAS: ÓRGANOS LEGISLATIVOS DE LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS

OF. PGE. N°: 09526 de 17-02-2017

CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial Rural de San José de Minas

CONSULTAS:

“3.1. ¿Conforme lo establecido en el Art. 319 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, es posible que una tercera parte de los integrantes de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados puedan convocar a sesiones extraordinarias?”

3.2. ¿Conforme lo previsto en los literales a) b) y c) del Art. 70 concordante con el Art. 9, y el Art. 319, es el ejecutivo, en su calidad de máxima autoridad, del Gobierno Autónomo Descentralizado, a quién corresponde disponer la convocatoria a sesiones extraordinarias del órgano legislativo, sea por iniciativa propia o a petición de una tercera parte de los integrantes del órgano legislativo?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 229.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 9, 67, 43, 50, 56, 60 lit. c), 66, 68, 70 lit. a), b) y c), 319, 328 lit. c) y 329 lit. i).

Código Civil Art. 18 núm. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe jurídico de la entidad consultante, contenido en oficio sin número de 4 de enero de 2017, se refiere al pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 10421 de 16 de noviembre de 2009, que trató sobre la aplicación de la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales, posteriormente derogada y sustituida por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD), que es el cuerpo normativo en actual vigencia, cuyo análisis se efectuará en el presente pronunciamiento.

En lo principal, el referido informe jurídico cita los artículos 9, 68, 70 letra c), 319 y 328 del COOTAD; y, sobre dicha base, manifiesta y concluye:

“(…) considero que es atribución del ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado, la convocatoria a sesión extraordinaria del órgano legislativo local, sea directamente o porque al menos un tercio de los miembros del mismo así requieran o soliciten.

(…) los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados pueden sesionar de manera extraordinaria únicamente por convocatoria del respectivo ejecutivo en su calidad de máxima

autoridad, sea por iniciativa propia o a pedido de al menos una tercera parte de sus miembros. Es decir, los vocales de los Gobiernos Parroquiales Rurales, no tienen entre sus atribuciones, mucho menos en sus facultades, convocar a sesiones del órgano legislativo (...).

(...)

Como conclusión, los Vocales, pueden intervenir en las sesiones del Gobierno Parroquial, intervenir en las sesiones extraordinarias, con voz y voto, previa convocatoria del ejecutivo, en su calidad de máxima autoridad”.

El criterio institucional del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador (CONAGOPARE), contenido en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, cita los artículos 226 y 229 de la Constitución de la República, que establece el principio de legalidad que rige en derecho público y el concepto de servidores públicos, así como el artículo 18 numeral 2 del Código Civil, que contiene las reglas de interpretación de la Ley; y los artículos 67, 68 y 70 letra c) del COOTAD, que asignan competencias a los vocales, a la Junta Parroquial como órgano legislativo, y al Ejecutivo del gobierno parroquial; y, con tal base, en relación al texto de su primera consulta manifiesta y concluye:

“(…) tanto los vocales como los ejecutivos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales, son servidores públicos y, en ese marco, cada uno debe ejercer las competencias y facultades que les son atribuidas de manera específica en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, cuerpo legal que regula el funcionamiento de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

(...)

Tomando en cuenta la disposición del Código Civil y que, el texto del artículo 319 del COOTAD goza de claridad, pues sus palabras son de uso cotidiano; lo que este artículo posibilita es que, una tercera parte de los integrantes de un gobierno parroquial rural, puedan solicitar al Ejecutivo, que convoque a sesión extraordinaria; sin que, se constituya en una facultad extensiva que le permita a ese tercio, formular la convocatoria”.

De igual forma, utilizando la misma base legal antes referida, en relación a su segunda consulta, el Presidente del CONAGOPARE emite el siguiente criterio institucional:

“Como lo expreso en el análisis de la pregunta precedente, el COOTAD como cuerpo legal que regula el funcionamiento de los GADPR’s, establece y define de manera taxativa las facultades tanto de: la Junta Parroquial como cuerpo colegiado u Órgano Legislativo, de los Vocales y, del Ejecutivo; las cuales no son compartidas ni se asumen en forma extensiva, siendo imperativo tomar en cuenta que, los vocales y el ejecutivo al ser servidores públicos, se encuentran obligados a ejercer únicamente las facultades y competencias que les están asignadas por la ley; caso contrario, su inobservancia, puede acarrear que se encuadren en vicios de nulidad de las decisiones que pudieren adoptarse partiendo de la propia convocatoria, además de configurarse la usurpación de atribuciones.

De lo expuesto, se concluye que, es el Ejecutivo de un GADPR, a quien le compete de manera privativa efectuar las convocatorias a sesiones sean estas ordinarias o extraordinarias; y, estas últimas por iniciativa propia o a pedido de un tercio de los integrantes de la junta parroquial”.

Por su parte, el Presidente del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador (CONGOPE), remite como criterio institucional el informe DAJ-006-2017 de 7 de febrero de 2017, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica subrogante de esa entidad asociativa, mismo que en relación al artículo 319 del COOTAD expone:

“Como lo afirma este artículo, las sesiones extraordinarias de los consejos provinciales, concejos metropolitanos o municipales y juntas parroquiales, pueden ser convocadas por el Prefecto, Alcalde, o Presidente de gobierno parroquial, o a pedido de la tercera parte o más de sus miembros, según corresponda.

En tal razón, se concluye que los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados pueden pedir al ejecutivo que se convoque a sesiones extraordinarias a través de una tercera parte de sus integrantes, conforme lo expresa el artículo 319 del COOTAD, en observancia a los artículos 67 y 70 de la misma norma” (el énfasis corresponde al texto original).

Con relación a la segunda consulta, el criterio institucional del CONGOPE, cita los artículos 9, 70 letras a), b) y c) del COOTAD; y, sobre su base concluye:

“Estos literales expresan concordancia con el artículo 319 del COOTAD, en los cuales se faculta al presidente de los gobiernos parroquiales rurales a convocar a las sesiones extraordinarias. Empero, en el mismo artículo 319 se faculta la toma de esa decisión a una tercera parte de quienes conforman el órgano legislativo, a pesar de no estar facultado expresamente en la ley de realizar la convocatoria. Es decir, no son ambas instancias quienes pueden emitir, de forma independiente y por su propia cuenta, el documento que será legalmente válido para realizar una convocatoria. Sin embargo en caso de que el ejecutivo se hubiese negado al pedido del legislativo, faltando a su atribución dispuesta en el artículo 70, literal c de convocar a las sesiones, se podrán establecer las acciones, responsabilidades y sanciones correspondientes, mismas que podrán determinarse a través del órgano legislativo”. (El énfasis corresponde al texto original).

Finalmente, el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, remitido por su Director Ejecutivo, cita los artículos 60 letra c), 316 y 319 del COOTAD, y sobre la primera consulta concluye lo siguiente:

“(…) Luego de una revisión minuciosa a la normativa vigente en el Ecuador, le hago conocer que la tercera parte de los integrantes de los órganos legislativos no están legitimados para convocar a una reunión extraordinaria, pero si para solicitar al Alcalde o Alcaldesa que convoque a sesión extraordinaria, dicha reunión debe haberse convocado por el ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado como lo señala el (sic) de la norma *ibídem*”.

Con relación a la segunda pregunta, el criterio institucional de la AME, cita los artículos 9, 70 y 319 del COOTAD, para concluir que:

“(…) en virtud a lo mencionado y de acuerdo a la normativa vigente, la o el Presidente de la Junta Parroquial en su calidad de máxima autoridad, de la Junta Parroquial es a quien le corresponde disponer la convocatoria a las distintas sesiones inclusive las extraordinarias, siempre y cuando se cumpla con lo mencionado en el artículo 319 del Código Orgánico de Organización Territorial que indica ‘Se podrán reunir de manera extraordinaria por convocatoria del ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado o a petición de al menos una tercera parte de sus miembros. La sesión extraordinaria será convocada con al menos veinte y cuatro horas de anticipación’.”.

Para analizar el tema materia de sus consultas, es pertinente considerar como antecedente que, de acuerdo con el artículo 9 del COOTAD, en cada nivel de gobierno autónomo descentralizado, la facultad ejecutiva comprende el ejercicio de potestades públicas privativas de naturaleza administrativa que corresponde ejercer a los prefectos, alcaldes y presidentes de juntas parroquiales rurales.

Por su parte, los artículos 43, 56 y 66 del citado Código, establecen la forma en que se integran los consejos provinciales, los concejos cantonales y las juntas parroquiales rurales, respectivamente, cuerpos colegiados a los que esas normas confieren el carácter de órganos de legislación del respectivo nivel de gobierno; y, según dichas disposiciones, el Ejecutivo de cada gobierno autónomo descentralizado, integra el órgano legislativo y lo preside con voto dirimente.

De acuerdo con la letra c) del artículo 70 del COOTAD, es atribución del presidente de la junta parroquial rural, entre otras, “c) Convocar y presidir con voz y voto las sesiones de la junta parroquial rural, para lo cual deberá proponer el orden del día de manera previa (...)”. Idéntica atribución, para convocar y presidir sesiones del órgano legislativo del respectivo nivel de gobierno, confiere al Prefecto la letra c) del artículo 50 del COOTAD, y al Alcalde la letra c) del artículo 60 del mismo Código.

En relación a las clases de sesiones que pueden celebrar los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 316 del COOTAD establece que serán cuatro, siendo estas: inaugural, ordinaria, extraordinaria y conmemorativa; y, agrega que dichas sesiones serán públicas y garantizarán el ejercicio de la participación a través de los mecanismos previstos en la Constitución y la Ley, facultando únicamente a los consejos y concejos la posibilidad de sesionar fuera de la sede de su gobierno territorial.

En este contexto, el artículo 319 del COOTAD, sobre cuya aplicación trata sus consultas, regula la convocatoria a sesiones extraordinarias de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, mismo que se encuentra ubicado en el capítulo II “Del Procedimiento Parlamentario”, del Título VIII que contiene “Disposiciones comunes y especiales de los gobiernos autónomos descentralizados”, y cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 319.- Sesión extraordinaria.- Los consejos regionales y provinciales, los concejos metropolitanos, municipales y las juntas parroquiales rurales se podrán reunir de manera extraordinaria por convocatoria del ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado o a petición de al menos una tercera parte de sus miembros. La sesión extraordinaria será convocada con al menos veinte y cuatro horas de anticipación y en ella se tratarán únicamente los puntos que consten de manera expresa en la convocatoria”.

Finalmente, el COOTAD establece en su artículo 328 letra c) como prohibición a los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados “c) Arrogarse atribuciones que la ley reconoce a otros niveles de gobierno o a otros órganos del respectivo gobierno autónomo descentralizado”; y, en forma concordante la letra i) del artículo 329 *Ibidem* prohíbe a los miembros del órgano legislativo del respectivo nivel de gobierno “i) Atribuirse la representación del gobierno autónomo descentralizado, tratar de ejercer aislada o individualmente las atribuciones que a éste competen, o anticipar o comprometer las decisiones del órgano legislativo respectivo”.

Del análisis jurídico hasta aquí efectuado, se evidencia que de acuerdo con los artículos 50 letra c), 60 letra c), 70 letra c) y 319 del COOTAD, es atribución del Ejecutivo del respectivo gobierno autónomo descentralizado, es decir la máxima autoridad del consejo, concejo o junta parroquial, efectuar la convocatoria a las distintas sesiones del órgano legislativo, dentro de las que se encuentran las sesiones extraordinarias.

Por lo expuesto, en atención a los términos de sus consultas se concluye que, de acuerdo con el artículo 319 del COOTAD, compete al Ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado provincial, municipal o parroquial, efectuar la convocatoria a sesión extraordinaria, sea por iniciativa propia o a petición de al menos la tercera parte de los integrantes de ese órgano legislativo; es decir que los dignatarios que integran el órgano legislativo de cada gobierno autónomo descentralizado y que representen al menos la tercera parte de sus miembros, están facultados a solicitar al Ejecutivo de su respectivo nivel de gobierno, realice la convocatoria a sesión extraordinaria de dicho cuerpo colegiado pero no a convocarla directamente.

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

DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA: POR PROYECTOS DE OBRA PÚBLICA

OF. PGE. N°: 13160 de 30-11-2017

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito – EP

CONSULTA:

“¿En los casos en que las entidades públicas deban efectuar expropiaciones por proyectos de obra pública que se empezaron a ejecutar con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública que reformó el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema

Nacional de Contratación Pública, es aplicable la norma que dispone que se deberá incorporar a la Declaratoria de Utilidad Pública, el anuncio del proyecto, cuando la ejecución del mismo inició con anterioridad a la expedición de la Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación Pública?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 11 núm. 2, 82, 226, 227, 288, 323 y 424.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 4, 5, 9 núm. 1 y 2, 10, 58 y 58.1.

Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, Arts. 60 y 66

Código Civil, Arts. 7 y 58.

Codificación y Actualización de Resoluciones, emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, Arts. 15 y Disp. Trans. Cuarta

Código Civil, Arts. 5, 6, 7, 15 y Disp. Trans. Cuarta

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender su consulta, mediante oficio No. 12558 de 20 de octubre de 2017 e insistencia contenida en el oficio No. 12903 de 9 de noviembre de 2017, se requirió el criterio institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, lo cual fue atendido por su Directora General a través del oficio No. SERCOP-SERCOP-2017-1594-OF de 13 de noviembre de 2017, ingresado a esta Procuraduría el 15 del mismo mes y año.

A su oficio de consulta se acompaña el informe jurídico contenido en el memorando No. EPMMQ-GJ-1429-2017 sin fecha, suscrito por la Gerente Jurídica de la Empresa Pública Metropolitana a su cargo, quien cita el artículo 82 de la Constitución de la República, artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, reformado por la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, 66 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, el artículo 7 del Código Civil y el análisis que sobre la irretroactividad de la ley efectúan los tratadistas Drs. Juan Larrea Holguín, Arturo Alessandri y Arturo Valencia Zea, en base de los cuales, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Por lo expuesto, a criterio de esta Gerencia Jurídica, a la declaratoria de utilidad pública de las expropiaciones que se requieran para Proyectos de Obra Pública iniciados con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, no se deberá adjuntar el ‘anuncio de proyecto’ que se establece en los artículos 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública reformado por la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública y artículo 66 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo”.

Por su parte, la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, en el oficio que se detalló en los antecedentes, señala como argumentos jurídicos los artículos 11 numeral 2, 82, 226, 227, 288, 323 y 424 de la Constitución de la República; los artículos 4, 5, 9 numerales 1 y 2, 10, 58 y 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; artículo 15 y Disposición Transitoria Cuarta de la Codificación y Actualización de Resoluciones, emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública y los artículos 5 y 6 del Código Civil y manifiesta lo siguiente:

“Concomitante con lo determinado en los párrafos que anteceden, sí el procedimiento para realizar la expropiación de un bien inmueble se inició antes de las reformas del 20 de marzo de 2017, el trámite se efectuará en función a lo que se encontraba vigente a la fecha en el respectivo artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, mientras que para los procedimientos de expropiación que se hayan iniciado a partir del 20 de marzo de 2017, la entidad pública deberá adjuntar a la declaratoria de utilidad pública y de interés social, la existencia y certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para el efecto; y en el anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, el mismo que deberá observar lo determinado en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial Uso y Gestión de Suelo, en atención a las reformas realizadas por medio de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública”.

Con los antecedentes señalados, la Directora General del Servicio Nacional de Contratación Pública, concluye con el siguiente criterio institucional:

“En el caso particular que nos corresponde, este Servicio considera que la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, deberá observar el tiempo en el cual se inició el trámite de expropiación, tomando en consideración que si éste sucedió previo a la emisión y expedición de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, dicha entidad deberá atenerse a la normativa vigente y aplicable a la fecha, en atención al principio general de Derecho de irretroactividad de la ley y seguridad jurídica previamente analizados. Por su parte, si el procedimiento expropiatorio dio inicio una vez publicada en el Registro Oficial la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública –esto es el 20 de marzo de 2017- dicha entidad deberá atenerse a lo establecido en la precitada normativa, independientemente de la fecha de inicio del proyecto de obra pública”.

Su consulta pretende determinar “(...) la normativa aplicable a las expropiaciones que deban realizar las entidades públicas en los proyectos de obra pública que se empezaron a ejecutar antes de la expedición de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública (...)” y en consecuencia la incorporación del “anuncio del proyecto”, de lo cual se evidencia claramente que se trata de nuevas expropiaciones que se deben realizar dentro del proceso de ejecución de un proyecto de obra pública.

El artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que es materia de su consulta, fue reformado por el artículo 5 de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública (en adelante LOECP), publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 966 de 20 de marzo de 2017, cuyo texto vigente es el siguiente:

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

A la declaratoria se adjuntará el certificado del registrador de la propiedad; el avalúo establecido por la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Municipal o Metropolitano; la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para el efecto; y, el anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras de conformidad con la ley que regula el uso del suelo.

La declaratoria se notificará, dentro de tres días de haberse expedido, a los propietarios de los bienes a ser expropiados, los posesionarios y a los acreedores hipotecarios.

La expropiación de tierras rurales con fines agrarios se regulará por su propia ley.

La declaratoria de utilidad pública y de interés social se inscribirá en el Registro de la Propiedad. El Registrador de la Propiedad cancelará las inscripciones respectivas, en la parte correspondiente, de modo que el terreno y pertenencias expropiados queden libres, y se abstendrá de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo que sea a favor de la institución pública que requiere la declaración de utilidad pública y de interés social. El Registrador comunicará al juez la cancelación en caso de embargo, secuestro o prohibición de enajenar, para los fines consiguientes”. (El énfasis me pertenece).

El artículo 58 anteriormente citado, establece el procedimiento de expropiación y con relación a la materia de su consulta, la norma en mención prevé que cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública y de interés social de acuerdo con la Ley. A dicha declaratoria se debe adjuntar el certificado del Registrador de la Propiedad; el avalúo establecido por la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Municipal o Metropolitano; la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para el efecto; y, el anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras de conformidad con la Ley que regula el uso del suelo.

Es pertinente señalar que, con anterioridad a la promulgación de la LOECP, no existía la obligación expresa de anexas a la declaratoria de utilidad pública para construcción de obras, el denominado “anuncio del proyecto” y que esta Ley Orgánica, no contiene disposiciones transitorias relacionadas con nuevas expropiaciones que deban efectuarse dentro de un proyecto de obra pública, cuya ejecución se inició antes de la expedición de dicha ley.

En este punto, es necesario observar que es la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, la que desarrolla la definición y alcance del “anuncio del proyecto” en el área de influencia de las obras públicas, que de acuerdo a su artículo 60 es uno de los instrumentos para regular el mercado del suelo, para evitar las prácticas especulativas sobre los bienes inmuebles y facilitar la adquisición de suelo público. Así el artículo 66 *Ibidem*, sobre el anuncio del proyecto señala:

“Art. 66.- Anuncio del proyecto.- El anuncio del proyecto es el instrumento que permite fijar el avalúo de los inmuebles dentro de la zona de influencia de obras públicas, al valor de la fecha del anuncio público de las respectivas obras, a fin de evitar el pago de un sobreprecio en caso de expropiaciones inmediatas o futuras.

El anuncio será obligatorio y se realizará mediante acto administrativo que será publicado en un diario de amplia circulación en la localidad donde se realizará la obra, en la página electrónica institucional, y será notificado al propietario del predio, la dependencia de avalúos y catastros del

respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano y al registrador de la propiedad, en el que se establecerá el área de influencia del proyecto y su plazo de inicio, que no será superior a tres años desde su notificación

En el caso de no concretarse el proyecto anunciado, en el plazo establecido en el inciso anterior, el acto administrativo quedará de oficio sin efecto, debiendo notificarlo a la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano, a los propietarios de los predios afectados y al registrador de la propiedad”.

En pronunciamiento contenido en el oficio No. 12249 de 26 de septiembre de 2017, esta Procuraduría analizó el artículo antes referido en los siguientes términos:

“De conformidad con el inciso primero del artículo antes citado, el anuncio del proyecto es el instrumento obligatorio que se emite mediante acto administrativo, en el caso de obras públicas, con la finalidad de fijar el avalúo de los inmuebles dentro de su zona de influencia, al valor de la fecha del anuncio público de las respectivas obras, a fin de evitar el pago de un sobreprecio en caso de expropiaciones inmediatas o futuras. Además, establece el área de influencia del proyecto y su plazo de inicio, que no será superior a tres años desde su notificación.

Adicionalmente, el inciso segundo determina que el acto administrativo a través del cual se realiza el anuncio, será publicado en un diario de amplia circulación en la localidad donde se realizará la obra, en la página electrónica institucional, notificado al propietario del predio y a la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal o Metropolitano, así como al registrador de la propiedad; y, en el caso de no concretarse el proyecto anunciado, en el plazo establecido, el acto administrativo quedará de oficio sin efecto, debiendo notificarse del particular a las mismas partes antes señaladas.

De lo hasta aquí analizado, se evidencia que la declaratoria de utilidad pública e interés social y el anuncio del proyecto son dos actos diferentes e independientes, ya que el anuncio del proyecto se aplica exclusivamente para los casos de construcción de obras y precede a la declaratoria de utilidad pública e interés social, que se emite si efectivamente se ejecuta la obra y que permite la ulterior expropiación”.

El concepto de “anuncio del proyecto”, fue introducido en nuestra legislación a partir de la promulgación Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, por lo que a partir del 5 de julio de 2016, se estableció la obligación de contar con el “anuncio del proyecto”, como el instrumento “(...) que permite fijar el avalúo de los inmuebles dentro de la zona de influencia de obras públicas, al valor de la fecha del anuncio público de las respectivas obras, a fin de evitar el pago de un sobreprecio en caso de expropiaciones inmediatas o futuras”, según la norma del artículo 66 *Ibídem*.

La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, no contiene disposiciones transitorias relativas a la entrada en vigencia de la exigibilidad de contar con el anuncio del proyecto en ningún caso, ni específicamente en caso de obras públicas que se encontraren en ejecución a la

fecha de su expedición, es decir que el anuncio del proyecto es una obligación exigible a partir de la vigencia de dicha ley, para efectos de la fijación del valor del inmueble a expropiarse.

Por otra parte, en relación a la vigencia de la LOECP, es necesario remitirnos a su Disposición Final, la misma que prevé que: “Las disposiciones de la presente Ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial”, es decir dicha ley que reformó a la LOSNCP, es aplicable desde el 20 de marzo de 2017, fecha en la cual fue publicada en el Registro Oficial.

Sobre la aplicación de la ley desde el día de su entrada en vigor, los tratadistas Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic comentan:

“Los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que han surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la ley antigua, no son, naturalmente, alcanzados por la nueva norma. Pero el problema se presenta con respecto a los hechos, relaciones o situaciones que han nacido al amparo de los preceptos de una ley y por una razón cualquiera vienen a desarrollarse o a producir todos o algunos de sus efectos cuando dicha norma ya no rige y tiene imperio otra. (...).

Solo la ley nueva, desde su entrada en vigor, rige el porvenir. Aquí hablamos de efecto inmediato: la ley nueva no permite más la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que esta última regía; los efectos de ella producidos después de la entrada en vigor de la nueva norma, quedan sujetos a ésta, en virtud del efecto inmediato.

El efecto inmediato debe considerarse como la regla general. La ley nueva se aplica desde su promulgación a todas las situaciones que se produzcan en el porvenir y a todos los efectos, sea que emanen de situaciones jurídicas nacidas antes de la vigencia de la nueva ley o después. Por lo tanto, en principio, la ley nueva debe aplicarse inmediatamente desde el día fijado para su entrada en vigencia, de acuerdo con la teoría de la promulgación de las leyes (...).”

La cita doctrinaria anterior, concuerda con las previsiones de los incisos primeros de los artículos 5 y 6 del Código Civil, que prescriben que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación y que entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces.

Finalmente, es necesario señalar que el inciso primero del artículo 7 del Código Civil, establece el principio general de irretroactividad de la Ley, al prever que: “La ley no dispone sino para lo venidero; no tiene efecto retroactivo; (...)”. En tal virtud, salvo disposición legal en contrario, las normas no pueden aplicarse de manera retroactiva; es decir, la ley rige como norma general a partir de su promulgación y surte efectos desde entonces, sin que tenga carácter retroactivo.

Del análisis jurídico precedente y en atención a los términos de su consulta, se concluye que, a partir del 5 de julio de 2016, fecha de promulgación de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, por mandato de su artículo 66, se estableció la obligación de contar con el “anuncio del proyecto”, como el instrumento para fijar el avalúo de los inmuebles dentro de la zona de influencia de obras públicas, al valor de la fecha del anuncio público de las respectivas obras.

Además, de acuerdo al vigente artículo 58 de la LOSNCP, para los procedimientos de expropiación que se inicien a partir del 20 de marzo de 2017, fecha en la que se publicó en el Registro Oficial la LOECP, la entidad expropiante deberá adjuntar a la declaratoria de utilidad pública el anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, el mismo que observará lo determinado en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, así como los otros documentos que prescribe la normativa vigente, independientemente de la fecha de inicio de la obra pública ya que, aun cuando el proyecto de dicha obra haya iniciado antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo o de la LOECP, los procedimientos expropiatorios que se inicien a partir de la promulgación de tales normas, deben atenerse a las mismas.

En el caso que el procedimiento de expropiación se haya iniciado antes de las reformas realizadas por la LOECP al artículo 58 de la LOSNCP, por el principio de irretroactividad de la ley establecido en el artículo 7 del Código Civil, estos deberán seguir tramitándose de acuerdo a las normas vigentes a la fecha de expedición de la declaratoria de utilidad pública.

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

DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO: DESCUENTOS DEL 1% Y 2% EN BENEFICIO DE LAS ENTIDADES ASOCIATIVAS NACIONAL Y PROVINCIAL

OF. PGE, N°: 09451 de 13-02-2017

CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial Rural de Calderón

CONSULTAS:

- 1.- En estricta aplicación del artículo innumerado agregado a continuación del artículo 73 de la Ley de Régimen Tributario Interno ¿Es procedente la aplicación de los descuentos del 1% y 2% en beneficio de las entidades asociativas nacional y provincial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales establecidos en el artículo 313 del COOTAD, con respecto a los valores que perciben los GADS Parroquiales por concepto de devolución del Impuesto al Valor Agregado?”.
2. ¿La periodicidad de la rendición de cuentas de las entidades asociativas de los GADS Parroquiales (nacional y provinciales) debe realizarse de manera semestral conforme al penúltimo inciso del artículo 313 del COOTAD, o se la debe realizar al menos una sola vez al año conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 208 núm. 2, 297 y 425.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 37 lit. s), 50 lit. u), 60 lit. y), 70 lit. v), 90 lit. v), 173, 189 lit. a), 266, 313 y 312.

Ley de Régimen Tributario Interno, Art. 73.

Res. No. NAC-DGERCGC12-00106, R.O No. 666 de 21-03-2012, Procedimiento para la verificación de los valores equivalentes al valor pagado por los gobiernos autónomos descentralizados por concepto del IVA, Arts. 1, 2, 3, 5 y 7

Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Arts. 9, 88 y 94.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 3 núm. 1.

Estatuto del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador – CONAGOPARE, Arts. 6 y 10 núm. 3.

PRONUNCIAMIENTO:

Me refiero a su oficio No. 0032-30-01-2017-GPRC-IB de 30 de enero de 2017, ingresado a esta Procuraduría el 31 del mismo mes y año, mediante el cual solicita se de contestación a las consultas por usted formuladas mediante oficio No. 529-18-10-2016-GADPRC-IB de 18 de octubre de 2016.

Con oficio No. 529-18-10-2016-GADPRC-IB de 18 de octubre de 2016, ingresado a este Organismo en la misma fecha, en su calidad de Presidenta del Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial Rural de Calderón, formuló dos consultas, la primera sobre la aplicación de los descuentos del 1% y 2% en beneficio de las entidades asociativas nacional y provincial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales Rurales establecidos en el artículo 313 del COOTAD; y, la segunda sobre la periodicidad de la rendición de cuentas de las entidades asociativas nacionales y provinciales de esos gobiernos autónomos descentralizados.

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender sus consultas, con oficio No. 08382 de 31 de octubre de 2016, este Organismo solicitó el criterio institucional del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador, el cual ha sido atendido con oficio No. 251-16-BA-GO-CONAGOPARE de 15 de noviembre de 2016, recibido en esta Procuraduría en la misma fecha, en el que en forma general concluye:

“(…) debo señalar que, el CONAGOPARE, en sus instancias nacional y provinciales, tienen claridad sobre los derechos y obligaciones que devienen de las leyes citadas y, se encuentra dando los pasos necesarios a fin de restituir lo indebidamente debitado a las juntas parroquiales por el Banco Central del Ecuador, por concepto de devolución del IVA, así como en la rendición de cuentas”.

Adicionalmente, para atender su primera consulta con oficios Nos. 08383 y 08384 de 31 de octubre de 2016 e insistencias contenidas en los oficios Nos. 08601 y 08600 de 18 de noviembre de 2016, este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio de Finanzas y del Servicio de Rentas Internas respectivamente, sin que hasta la presente fecha se hayan atendido los mismos.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas en el mismo orden en que han sido planteadas.

“PRIMERA CONSULTA:

La entidad consultante en el oficio que contesto, en relación a su primera pregunta cita los artículos innumerado agregado a continuación del artículo 73 de la Ley de Régimen Tributario Interno, 313

del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, luego de lo cual, realiza el siguiente análisis:

“De lo anotado se puede concluir que, conforme a la Ley de Régimen Tributario Interno, la transferencia de los valores concepto de devolución del IVA en beneficio de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, no forma parte de los ingresos permanentes del Estado Central, y por ende, no se cumple con el requisito de transferencia establecido en el segundo inciso del artículo 313 del COOTAD, pues, como determina dicha disposición, las entidades asociativas se financiarán con los descuentos a sus socios (los GADS) provenientes de las transferencias que estos reciban de los INGRESOS PERMANENTES y NO PERMANENTES del presupuesto general del Estado.

A su vez, es preciso mencionar que la naturaleza jurídica de las entidades asociativas de los GADS y su categorización dentro del catálogo de entidades públicas, nos permite dilucidar que, es totalmente incompatible que las mencionadas entidades asociativas puedan ser beneficiarias de la devolución del IVA amparándose en lo dispuesto por el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 73 de la Ley de Régimen Tributario Interno, puesto que, las entidades asociativas de los GADS no se constituyen como un Gobierno Autónomo Descentralizado como tal, pues, si bien es cierto, gozan de autonomía, no gozan de competencias constitucionales y se crean por mandato del artículo 313 del COOTAD con fines de fortalecimiento y asesoría técnica; lo que ratifica, que únicamente los Gobiernos Autónomos Descentralizados (ya sean Municipios, Provinciales o Parroquiales Rurales) pueden ser beneficiarios de la devolución del IVA, mas no, las entidades asociativas que bajo ningún concepto pueden ser consideradas como GADS”.

En base al análisis previo, la institución consultante concluye con el siguiente criterio:

“En tal virtud, como entidad que puede ser afectada por este tipo de descuentos (y teniendo conocimiento de que ya se han efectuado dichos descuentos a varios GADS Parroquiales de la Provincia de Pichincha), consideramos como criterio institucional que, es totalmente incompatible un descuento de los valores de devolución del IVA por parte del Banco Central del 1% y 2% en beneficio de las entidades asociativas de los gobiernos parroquiales (nacional y provincial), conforme a los siguientes criterios institucionales:

- 1.- Las entidades asociativas de los GADS Parroquiales, por su naturaleza jurídica, no pueden ser beneficiarias de la devolución del IVA de conformidad con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 73 de la Ley de Régimen Tributario Interno.
- 2.- De acuerdo al artículo innumerado agregado a continuación del artículo 73 de la Ley de Régimen Tributario Interno, la devolución del IVA no forma parte de los ingresos permanentes del Estado, por ende, en lo que se refiere a valores de devolución del IVA, no es aplicable el descuento del 1% y 2% de las transferencias establecido en el segundo inciso del artículo 313 del COOTAD.
- 3.- El IVA devuelto corresponde a ejercicios económicos anteriores, ejercicios en los cuales ya se descontó el monto correspondiente al 3% de los presupuestos de los GADS Parroquiales a

favor de las entidades asociativas, por lo que, descontar el 3% de lo que debe ser devuelto a los GADS Parroquiales por concepto de IVA, desde nuestro criterio es un doble cobro por parte de las entidades asociativas, por lo tanto, el descuento de estos porcentajes se constituye un cobro indebido.

- 4.- Consideramos que las entidades asociativas de los gobiernos parroquiales, no han establecido dentro de sus presupuestos los valores de devolución del IVA de los GADS en sus cuentas por cobrar, conforme a lo establecido en el “INSTRUCTIVO PARA EL SECTOR PÚBLICO PARA CUENTAS POR COBRAR IVA” expedido por el Ministerio de Finanzas mediante Acuerdo Ministerial 312 y publicado en Registro Oficial 849 de 12 de diciembre de 2012”.

Sobre este tema, el Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador, en el oficio No. 251-16-BA-GO-CONAGOPARE de 15 de noviembre de 2016, cita el artículo 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, y sobre cuya base legal analiza y concluye lo siguiente:

“De la lectura del texto legal que antecede, se puede colegir con claridad que, el Ente Asociativo Nacional de los Gobiernos Parroquiales Rurales y sus instancias Desconcentradas Provinciales, deben recibir únicamente los aportes de las transferencias permanentes y no permanentes del presupuesto general del Estado, que efectúa el Ministerio de Finanzas a favor de las Juntas Parroquiales; es decir, en ningún caso, de rubros como la devolución del IVA que ya fue objeto de aporte en períodos anteriores. Al efecto, debo destacar que, el procedimiento para realizar las transferencias inicia con la orden emitida desde el Ministerio de Finanzas y, el Banco Central, las canaliza a través de un sistema automático, teniendo que en el presente caso, la devolución del IVA ha sido afectada como si se tratara de asignaciones presupuestarias con el descuento a favor del ente asociativo de los GAD’s Parroquiales Rurales; siendo lo procedente que, de la misma manera en que se lo hizo, se deshagan tales descuentos.

Lo expresado, se sustenta en la consulta realizada al Ministerio de Finanzas por el Presidente Provincial del CONAGOPARE Pichincha, constante en el oficio No. CONAGOPARE-P-SP-228-2016 de 13 de octubre del 2016 y la respuesta contenida en el Oficio No. MINFIN-SRF-2016-0844-O de 21 de octubre del 2016, firmado por el Ing. Juan Gabriel Iza Borja, Subsecretario de Relaciones Fiscales, con el que recomienda: ‘... los requerimientos de solicitud de devolución de los recursos debitados se canalicen de manera directa con las respectivas asociaciones.’; y, en el oficio No. 233-16-BA-TN-CONAGOPARE de 21 de octubre de 2016, con el cual se solicita al Banco Central del Ecuador, instruya sobre el mecanismo para restituir a los GADPR’s a nivel nacional los valores correspondientes a la devolución del IVA descontados indebidamente.”.

De la lectura de su primera pregunta, se evidencia que la misma está orientada a esclarecer si los valores que reciben los gobiernos autónomos descentralizados por concepto de devolución del impuesto al valor agregado, deben ser considerados para el financiamiento de sus entidades asociativas.

En este sentido, es preciso analizar previamente lo relacionado al beneficio que tienen los gobiernos autónomos descentralizados para la devolución del impuesto al valor agregado pagado en las compras de bienes y demanda de servicios que realizan.

Así, el artículo innumerado a continuación del artículo 73 de la Ley de Régimen Tributario Interno, sobre la devolución del impuesto al valor agregado IVA, del cual son beneficiarios los gobiernos autónomos descentralizados, señala:

“Art. (...)- Asignación presupuestaria de valores equivalentes al Impuesto al Valor Agregado (IVA) pagado por los Gobiernos Autónomos Descentralizados y universidades y escuelas politécnicas públicas.- El valor equivalente al IVA pagado en la adquisición local e importación de bienes y demanda de servicios que efectúen los Gobiernos Autónomos Descentralizados y las universidades y escuelas politécnicas públicas, le será asignado en el plazo, condiciones y forma determinados por el Ministerio de Finanzas. El Servicio de Rentas Internas verificará los valores pagados de IVA contra la presentación formal de la declaración y anexos correspondientes e informará al Ministerio de Finanzas, a efectos del inicio del proceso de asignación presupuestaria.

Los valores equivalentes al IVA pagado por los Gobiernos Autónomos Descentralizados y las universidades y escuelas politécnicas públicas serán asignados vía transferencia presupuestaria de capital, con cargo al Presupuesto General del Estado y el Ministerio de Finanzas los acreditará en la cuenta correspondiente.

Los valores a devolverse no serán parte de los ingresos permanentes del Estado Central”.

Del artículo antes citado se establece que los gobiernos autónomos descentralizados se benefician de la devolución del valor pagado por el impuesto al valor agregado - IVA cuando han adquirido bienes y demandado servicios; para lo cual, el Servicio de Rentas Internas realizará una verificación previa del pago de este impuesto sobre la base de las declaraciones y anexos que presenten dichos gobiernos locales. Cabe señalar que los valores a ser devueltos por este beneficio no forman parte de los ingresos permanentes del Estado Central.

Sobre el tema antes referido, el Servicio de Rentas Internas mediante Resolución No. NAC-DGERCGC12-00106 publicada en el Registro Oficial No. 666 de 21 de marzo de 2012, estableció el procedimiento para la verificación de los valores equivalentes al valor pagado por los gobiernos autónomos descentralizados por concepto del IVA, a efectos que el mismo sea asignado presupuestariamente por el Ministerio de Finanzas. Dicha Resolución en su artículo 1 señala:

“Art. 1.- Del alcance.- El proceso de verificación de los valores equivalentes al Impuesto al Valor Agregado (IVA), previsto en el artículo no numerado agregado a continuación del artículo 73 de la Ley de Régimen Tributario Interno, corresponde al IVA pagado en la adquisición local e importación de bienes y demanda de servicios que efectúen los gobiernos autónomos descentralizados y las universidades y escuelas politécnicas públicas. Para la identificación de dichas entidades, la Administración Tributaria se remitirá a la información contenida en el catastro de entidades y

organismos del sector público y empresas públicas reguladas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que emita, actualice y publique el organismo competente, y a la información sobre calificación de universidades y escuelas politécnicas, emitida por la autoridad competente”.

Adicionalmente, en el artículo 5 de la citada Resolución, se establece que para efectos del reconocimiento de la devolución del impuesto al valor agregado solicitado por los gobiernos autónomos descentralizados “(...) se considerará la totalidad del impuesto pagado y declarado en el respectivo mes (...)”; mientras que, en relación a la asignación presupuestaria el artículo 7 establece:

“Art. 7.- De la asignación presupuestaria.- El Ministerio de Finanzas, de conformidad con el artículo no numerado agregado a continuación del artículo 73 de la Ley de Régimen Tributario Interno, realizará el proceso de asignación presupuestaria de los valores del IVA reconocidos por el Servicio de Rentas Internas, conforme las disposiciones que dicha Cartera de Estado expida para el efecto”. De acuerdo a las disposiciones legales citadas, se determina que para efectos de la devolución del impuesto al valor agregado solicitado por los gobiernos autónomos descentralizados, se considerará todo el valor del impuesto que hubiere sido declarado y pagado en el mes del cual se solicite su devolución, mismos que serán reconocidos por el Servicio de Rentas Internas y asignados a cada gobierno local por el Ministerio de Finanzas de acuerdo a la normativa que dicte para el efecto.

En este contexto, el Ministerio de Finanzas mediante Acuerdo No. 312, publicado en el Registro Oficial No. 849 de 12 de diciembre de 2012, expidió el instructivo para que las entidades del sector público regulen y compensen las cuentas por cobrar IVA en las compras que realicen entre otras, las instituciones establecidas en el artículo innumerado a continuación del artículo 73 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

En el instructivo señalado en el párrafo precedente, se determinan 3 casos para que las instituciones del Estado establezcan la aplicación de las regulaciones de las cuentas por cobrar IVA, siendo el tercero de ellos el que corresponde a “El IVA en compras registrado a partir de Enero de 2012”; y sobre el cual se establece que a los gobiernos autónomos descentralizados se les asignará dichos recursos por parte del Ministerio de Finanzas, en base a la información que remita el Servicio de Rentas Internas relacionada con los valores pagados por el IVA constante en la declaración y anexos que haya presentado cada uno de los solicitantes.

De lo hasta aquí expuesto, se determina que para que un gobierno autónomo descentralizado se beneficie de la devolución del impuesto al valor agregado pagado por las compras de bienes y demanda de servicios, debe presentar su solicitud ante el Servicio de Rentas Internas, el cual una vez verificada la información entregada por el solicitante, comunicará al Ministerio de Finanzas para que proceda con la asignación presupuestaria correspondiente a la devolución del pago del IVA; por lo que, se evidencia que el valor correspondiente a la devolución de dicho impuesto proviene de los pagos que en meses previos realizó cada gobierno autónomo descentralizado con cargo a los ingresos que componen su presupuesto.

Por otro lado, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el inciso segundo y tercero de su artículo 313 señala lo siguiente:

“Las entidades asociativas nacionales de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales serán financiadas por el aporte de sus miembros en el cinco por mil de las transferencias que reciban de los ingresos permanentes y no permanentes del presupuesto general del Estado. Para el caso de la entidad asociativa de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales el aporte será del tres por ciento (3%) de las transferencias señaladas, cuyos recursos se distribuirán en el uno por ciento (1%) para la asociación nacional y el dos por ciento (2%) para las asociaciones provinciales.

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

Del artículo señalado, se establece que las entidades asociativas pertenecientes a los gobiernos parroquiales, se financian con el aporte del 3% de las transferencias de los ingresos permanentes y no permanentes del presupuesto general del Estado que reciben de sus socios, las cuales se distribuyen en el 1% para la asociación nacional y el 2% para las asociaciones provinciales.

Sobre las transferencias del presupuesto general del Estado hacia los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 173 del Código Orgánico *Ibidem* establece:

“Art. 173.- Transferencias del presupuesto general del Estado.- Comprende las asignaciones que les corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados del presupuesto general del Estado correspondientes a ingresos permanentes y no permanentes; los que provengan por el costeo de las competencias a ser transferidas; y, los transferidos de los presupuestos de otras entidades de derecho público, de acuerdo a la Constitución y a la ley”.

Para tal efecto, es necesario determinar que forma parte de los ingresos permanentes y no permanentes del presupuesto general del Estado, ante lo cual la letra a) del artículo 189 del COOTAD señala:

“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);”.

Según las normas previamente citadas, se establece que los gobiernos autónomos descentralizados se financian entre otros con las transferencias provenientes de los ingresos permanentes y no permanentes del presupuesto general del Estado, transferencias que corresponden a los valores establecidos como ingresos corrientes del presupuesto general del Estado y los ingresos de capital que administra el tesoro nacional respectivamente; cabe advertir que las asignaciones que se realizan

a los gobiernos autónomos descentralizados por concepto de devolución por el pago del impuesto al valor agregado en la adquisición de bienes y demanda de servicios, no forma parte de los rubros antes referidos.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que las asignaciones por concepto de devolución del pago del impuesto al valor agregado, del cual son beneficiarios los gobiernos autónomos descentralizados de acuerdo al artículo innumerado a continuación del artículo 73 de la Ley de Régimen Tributario Interno, son distintas de las transferencias que reciben por los ingresos permanentes y no permanentes del presupuesto general del Estado; por lo cual, dichos rubros no deben ser considerados dentro del aporte para el financiamiento de las entidades asociativas a nivel nacional y provincial que establece el segundo inciso del artículo 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. No es competencia de la Procuraduría General del Estado determinar la legalidad de los descuentos realizados a los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales.

SEGUNDA CONSULTA:

El informe jurídico de la entidad consultante, contenido en el oficio de consulta, cita los artículos 297 y 425 de la Constitución de la República, 37 letra s), 50 letra u), 60 letra y), 70 letra v), 90 letra v), 266 y 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, y 3 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, luego de lo cual, emite el siguiente criterio institucional:

“Las entidades asociativas, por principio de competencia establecido en los artículos 425 de la Constitución y 3.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deben ajustarse a las normas y disposiciones de su ley rectora, es decir el COOTAD, por lo tanto, la rendición de cuentas deberá ser realizada en los plazos y periodicidad establecidos en el penúltimo inciso del artículo 313 del COOTAD, pues dichas entidades se crean y regulan (incluso crean sus estatutos) por mandato del cuerpo legal citado, en consecuencia, la rendición de cuentas de las entidades asociativas, debe ser realizada de manera semestral y deberá ser presentada a todos sus socios, dependiendo del nivel de Gobierno al que representen”.

Por su parte, el abogado Bolívar Armijos Velasco, Presidente del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador, en la comunicación a la que se hizo referencia en los antecedentes, al referirse a la segunda consulta formulada por la Presidenta del Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial Rural de Calderón, cita los artículos 88 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y sobre dicha base legal analiza y concluye lo siguiente:

“En este contexto, debo señalar que, el CONAGOPARE, como el ente asociativo de los GADPR's, tanto en el ámbito nacional como provincial, vienen cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica de

Participación Ciudadana, esto es, con el deber de presentar anualmente a la ciudadanía, su rendición de cuentas para que sea escrutada, en el plazo y la forma establecida por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Por otro lado, está la disposición del COOTAD, por la cual, el CONAGOPARE, nacional y provinciales, tenemos la obligación semestral de rendir cuentas de los recursos que recibimos a nuestros socios las juntas parroquiales; obligación que se la viene cumpliendo de manera permanente en el ámbito nacional, puesto que, de acuerdo con nuestra estructura organizativa, el Consejo Directivo Nacional, es la instancia de gobierno que se reúne ordinariamente en forma bimestral y extraordinariamente cuando se la convoca, a la cual se le informa sobre aspectos institucionales que requieren de decisiones, la situación económica y el destino de los recursos, bajo la premisa que dicho Órgano, constituye la representación provincial de las juntas parroquiales; además, de convocar a la Asamblea General integrada por todos los Gobiernos Parroquiales, como máxima instancia del CONAGOPARE, mínimo dos veces por año para rendirle cuentas.

En consecuencia, el CONAGOPARE, como el ente asociativo nacional de las juntas parroquiales rurales y su instancias provinciales, vienen observando y acatando las disposiciones tanto de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana como del COOTAD, al presentar sus informes para análisis de la ciudadanía en general, los mismos que son difundidos a través de la página web y es sujeto de control por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social como de la Contraloría General del Estado en caso de incumplimiento; y, por otro lado, se rinde cuentas en lo interno a nuestros socios las juntas parroquiales rurales”.

La Constitución de la República en el segundo inciso del artículo 297, establece la obligación que tienen las instituciones y entidades que reciban fondos públicos, de acatar entre otras, las normas y principios que regulan la rendición de cuentas, siendo su tenor literal el siguiente:

“(…) Las instituciones y entidades que reciban o transfieran bienes o recursos públicos se someterán a las normas que las regulan y a los principios y procedimientos de transparencia, rendición de cuentas y control público”.

Del texto de su consulta, se establece que la misma está orientada a determinar la periodicidad con la cual los entes asociativos tanto a nivel nacional como provincial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales deben realizar su rendición de cuentas, ya que habría una inconsistencia entre lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y el artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

En este sentido, la Constitución de la República en el numeral 2 de su artículo 208 establece como una de las atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la siguiente:

“Art. 208.- Serán deberes y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, además de los previstos en la ley:

2. Establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social”.

Por su parte, el artículo 88 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana señala:

“Art. 88.- Derecho ciudadano a la rendición de cuentas.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual o colectiva, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubio, y demás formas lícitas de organización, podrán solicitar una vez al año la rendición de cuentas a las instituciones públicas o privadas que presten servicios públicos, manejen recursos públicos o desarrollen actividades de interés público, así como a los medios de comunicación social, siempre que tal rendición de cuentas no esté contemplada mediante otro procedimiento en la Constitución y las leyes”.

En relación a los mecanismos de rendición de cuentas, el artículo 94 de la Ley *Ibidem* establece:

“Art. 94.- Mecanismos.- Corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de conformidad con la Ley: establecer y coordinar los mecanismos, instrumentos y procedimientos para la rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y de las personas jurídicas del sector privado que presten servicios públicos, desarrollen actividades de interés público o manejen recursos públicos y de los medios de comunicación social”.

De las normas hasta aquí señaladas, se establece que las instituciones públicas o privadas que presten servicios públicos, manejen recursos públicos o desarrollen actividades de interés público, tienen la obligación de rendir cuentas a los ciudadanos sobre su gestión y utilización de los recursos públicos en los términos establecidos en la Ley y de acuerdo a los mecanismos que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social dicte para el efecto.

En este sentido, en el marco de su segunda consulta es necesario analizar el artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, mismo que dispone:

“Art. 9.- Rendición de cuentas.- Es atribución del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social establecer mecanismos para someter a evaluación de la sociedad, las acciones del Estado y de las personas jurídicas del sector privado que presten servicios públicos, manejen recursos públicos o desarrollen actividades de interés público; con atención al enfoque de derechos, a los resultados esperados y obtenidos, a los recursos financieros empleados y a los métodos utilizados sobre su gestión.

La rendición de cuentas será un proceso participativo, periódico, oportuno, claro y veraz, con información precisa, suficiente y con lenguaje asequible. La rendición de cuentas se realizará al menos una vez al año y su convocatoria será amplia, a todos los sectores de la sociedad relacionados y debidamente publicitada”.

Como se puede observar del artículo citado, la rendición de cuentas establecida tanto en la Ley Orgánica de Participación Ciudadana como en la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, se debe realizar al menos una vez al año, y en ésta se informará a la ciudadanía sobre

los resultados de la gestión y los recursos financieros empleados en cada una de las instituciones obligadas a presentar este informe.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en uso de sus atribuciones legales, mediante Resolución No. 007-259-CPCCS-2013, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 131 de 26 de noviembre de 2013, estableció los mecanismos y procedimientos para la rendición de cuentas a la ciudadanía, señalando en su artículo 2 las entidades obligadas a presentar este informe en los siguientes términos:

“Art. 2.- De acuerdo con lo determinado en el numeral 2 del Art. 208, en concordancia con el Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador, Art. 90 de la Ley de Participación Ciudadana y el Art. 11 de la Ley Orgánica de la Ley del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, están obligados a rendir cuentas:

- a) Autoridades del Estado electas.
- b) Representantes de instituciones y entidades públicas.
- c) Representantes legales de Empresas Públicas.
- d) Representantes de personas jurídicas del sector privado que manejen fondos públicos o desarrollen actividades de interés público.
- e) Medios de comunicación social a través de sus representantes legales”.

Adicionalmente, en la Resolución *Ibidem* se establece en su artículo 3 que el informe anual de rendición de cuentas se lo realizará por el “(...) periodo de gestión del año fiscal, es decir, del 1 de enero al 31 de diciembre, de acuerdo a la Ley”, o por el tiempo que hayan estado en funciones dentro del período antes señalado; y además, deberá ser realizada de manera pública y en los territorios respectivos, en un plazo máximo de treinta días, luego de concluido el ejercicio fiscal, conforme lo prescrito en su artículo 4.

Sobre los períodos para la rendición de cuentas de las entidades del Estado, mediante Resolución No. 005-320-CPCCS-2014, publicada en el Registro Oficial No. 400 de 19 de diciembre de 2014, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social determinó:

“Art. UNO.- Establecer los siguientes periodos de cumplimiento de la obligación de Rendir Cuentas, con la finalidad de facilitar la participación de la ciudadanía:

Las instituciones y entidades del nivel territorial que manejan fondos públicos, entidades operativas desconcentradas de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral, de Transparencia y Control Social, así como los Gobiernos Autónomos Descentralizados rendirán cuentas a la ciudadanía en el mes de febrero y entregarán el Informe al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social hasta el 31 de marzo.

Las instituciones del nivel nacional o planta central que manejan fondos públicos, es decir unidades de administración financiera, de las Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral, de Transparencia y Control Social; así como las instituciones de Educación Superior y los Medios de Comunicación Social rendirán cuentas a la ciudadanía en el mes de marzo y entregarán el Informe al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social hasta el 30 de abril”.

Conforme el artículo antes citado, se establece que las instituciones y entidades del nivel territorial que manejan fondos públicos de las distintas funciones del Estado, así como los Gobiernos Autónomos Descentralizados, deben rendir cuentas a la ciudadanía en el mes de febrero del año siguiente al período que abarca el informe, el cual deberá ser entregado al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social hasta el 31 de marzo del mismo año.

Por otra parte, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en su artículo 313, sobre las entidades asociativas de los gobiernos autónomos descentralizados, señala lo siguiente:

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

Las entidades asociativas nacionales de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales serán financiadas por el aporte de sus miembros en el cinco por mil de las transferencias que reciban de los ingresos permanentes y no permanentes del presupuesto general del Estado. Para el caso de la entidad asociativa de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales el aporte será del tres por ciento (3%) de las transferencias señaladas, cuyos recursos se distribuirán en el uno por ciento (1%) para la asociación nacional y el dos por ciento (2%) para las asociaciones provinciales.

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

Las instancias organizativas territoriales creadas de conformidad con los estatutos de las entidades asociativas nacionales de los gobiernos autónomos descentralizados formarán parte del sector público y serán desconcentradas, de acuerdo con el modelo de gestión previsto en la norma estatutaria”.

Del artículo previamente citado, se observa que las entidades asociativas de los gobiernos autónomos descentralizados son consideradas de derecho público, mismas que se financian con los aportes de

sus miembros, y sobre el uso de los cuales están en la obligación de presentar la respectiva rendición de cuentas a sus asociados en forma semestral.

Finalmente, el Estatuto del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador – CONAGOPARE, establece en su artículo 6 como uno de sus principios la transparencia, por el cual rinde cuentas de sus actividades a sus socios, haciendo pública la información de su manejo; mientras que, en el numeral 3 de su artículo 10, se refiere como uno de los derechos de sus miembros:

“Art. 10.- Derechos de los Miembros.- Son los siguientes:

(...)

3. Exigir a las instancias correspondientes, la rendición de cuentas de la gestión de sus representantes; (...).”.

De lo hasta aquí señalado, se establece que tanto la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no se contradicen entre sí, sino por el contrario, se complementan al regular para las entidades asociativas de los gobiernos autónomos descentralizados, la obligatoriedad de establecer la rendición de cuentas dentro de su gestión, la primera norma orientada a la ciudadanía en general, informe que abarca entre otros aspectos, la gestión, cumplimiento de metas y manejo de los recursos, mientras que, de acuerdo al COOTAD, su rendición de cuentas es de carácter interno a sus agremiados y ésta se orienta exclusivamente sobre los recursos que reciben para su financiamiento, misma que debe ser realizada en forma semestral.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que las entidades asociativas de los gobiernos autónomos descentralizados, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social, deben rendir cuentas y presentar su informe de gestión a la ciudadanía en general al menos una vez al año de acuerdo a las regulaciones que emita el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; mientras que, de acuerdo al penúltimo inciso del artículo 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, las referidas entidades asociativas también deben rendir cuentas a sus asociados en forma semestral, del uso y manejo de los recursos económicos transferidos por estos para su financiamiento.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad de cada una de las entidades asociativas de los gobiernos autónomos descentralizados la aplicación de los mecanismos de rendición de cuentas sobre su manejo y gestión de recursos.

EXPROPIACIÓN: EXONERACIÓN DEL PAGO DE IMPUESTO PREDIAL

OF. PGE. N° 09106 de 12-01-2017

CONSULTANTE: Dirección General del Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público Inmovilizar

CONSULTA:

“Es aplicable el Artículo 456 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización - COOTAD, en los procedimientos de expropiación que realizan las entidades del sector público, referentes a la exoneración del pago de impuestos prediales, a partir de la notificación de la declaratoria de utilidad pública?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 66, 141, 147, 225, 226, 227, 323 y 425.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 1, 446, 456 y 534 lit. e).

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 58

Código Tributario, Art. 35

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender su consulta, mediante oficio No. 08269 de 21 de octubre de 2016 e insistencia constante en el oficio No. 08500 de 11 de noviembre de 2016, este organismo solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, sin que se haya atendido dicho requerimiento hasta la presente fecha.

A su oficio de consulta, acompañó el criterio jurídico emitido por el Director de Patrocinio y Asesoría Legal Encargado, constante en el memorando No. INMOBILIAR-DPAL-2016-0267-M de 7 de octubre de 2016, en el cual concluye que es aplicable el artículo 456 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización a los procesos de expropiación realizados por INMOBILIAR; sin embargo en el análisis jurídico no se fundamentó la pertinencia de la aplicación del artículo 456 del referido Código con el caso planteado.

Mediante oficio No. 08268 de 21 de octubre de 2016, este Organismo solicitó al Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público INMOBILIAR, ampliar el criterio jurídico emitido por el Director de Patrocinio y Asesoría Legal Encargado de la Entidad que usted representa, respecto al análisis jurídico de la aplicación del artículo 456 del COOTAD y la posición jurídica institucional adoptada con base en dicho análisis, lo cual fue atendido mediante oficio No. INMOBILIAR-DPAL-2016-0083-O de 10 de noviembre de 2016, ingresado a esta Procuraduría en la misma fecha.

El informe del Director de Patrocinio y Asesoría Legal Encargado de la entidad consultante, contenido en el Memorando No. INMOBILIAR-DPAL-2016-0267-M de 7 de octubre de 2016, cita los artículos 141, 147, 225, 323 y 425 de la Constitución de la República, el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el artículo 456 del COOTAD y el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y realiza el siguiente análisis jurídico:

“El Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público INMOBILIAR, forma parte de la administración pública central e institucional, razón por la cual, está debidamente facultado por la Constitución y la Ley para declarar la expropiación de bienes con fines de utilidad pública.

Posteriormente, una vez culminados los procesos de expropiación se deben legalizar los bienes expropiados a su favor, esto es a través de los trámites de catastro en los Municipios en donde estén situados los inmuebles expropiados, para finalmente inscribirlos en los Registros de la propiedad correspondientes, con lo que se perfecciona la transferencia o tradición de dominio.

En relación al pago de impuestos se debe indicar que, al momento que la entidad expropiante pasa a ocupar el inmueble por mandato legal dentro del juicio de expropiación, el expropiado pierde el uso y goce del mismo, no obstante, solo una vez emitida la sentencia de última instancia y luego de las formalidades legales pasa a ser de propiedad de la entidad expropiante, razón por la que, mientras esto ocurre se produce una situación de inequidad jurídica por cuanto las cartas de pago de impuestos en general siguen constando a nombre de los expropiados, en claro perjuicio de su propiedad.

(...)

Bajo este principio las entidades de la Administración Pública Central e Institucional tienen como misión servir a la ciudadanía en diferentes ámbitos: salud, educación, vivienda, seguridad, etc. procurando que estos servicios sean ágiles, oportunos y transparentes, para lo cual, se requieren bienes inmuebles que deben ser declarados de utilidad pública y así cumplir los objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir”.

Con fundamento en el análisis realizado, el Director de Patrocinio y Asesoría Legal Encargado del Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público INMOBILIAR, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Al tratar el tema de falta de pago de los impuestos por parte de los expropiados, y en referencia a que es la entidad expropiante la que debe asumir las obligaciones generadas por los tributos que se generan desde la fecha en que se notificó a los expropiados con la declaratoria de utilidad pública, y al ser El Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, INMOBILIAR, una entidad pública conforme lo determina el Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador, es criterio de la Dirección de Patrocinio y Asesoría Legal considerar procedente la aplicación del Artículo 456 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización COOTAD, en los procedimientos de expropiación realizados por esta Cartera de Estado, referentes a la exoneración del pago de impuestos prediales, a partir de la notificación de la declaratoria de utilidad pública”.

En la ampliación del criterio jurídico realizado mediante oficio No. INMOBILIAR-DPAL-2016-0083-O de 10 de noviembre de 2016, el Director de Patrocinio y Asesoría Legal Encargado de la Entidad consultante, cita los artículos 66, 226, 227 y 323 de la Constitución de la República, el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 35 del Código Tributario, efectuando el siguiente análisis:

“Una vez que ha sido emitido el respectivo acto administrativo de declaratoria de utilidad pública, este debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad del cantón respectivo, de esta manera se justifica que el dominio de la propiedad expropiada por razones de interés social y nacional es del Estado, y lo único que se discutirá en lo posterior es la fijación del justo precio que debe pagarse por el bien inmueble.

Queda entonces justificado, que a partir de la fecha de la emisión de la Resolución de Utilidad Pública por parte del organismo expropiante, los impuestos municipales que se hayan generado respecto de la propiedad expropiada son de obligación del expropiado, y que a partir de la inscripción del acto administrativo no es procedente que se generen impuestos municipales”.

Y concluye manifestando lo siguiente:

“La Dirección de Patrocinio y Asesoría Legal del Servicio de Gestión Inmobiliaria del Sector Público, mantiene los preceptos que establece la pertinencia de la aplicación del Art. 456 del COOTAD en los procedimientos de expropiación que realizan las entidades del sector público, referente a la exoneración del pago de impuestos prediales a partir de la notificación de la declaratoria de utilidad pública”.

La Constitución de la República en su artículo 323 determina que las instituciones del Estado podrán declarar la expropiación de bienes, en los siguientes términos:

“Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”.

El artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP) que regula el procedimiento para la adquisición de bienes inmuebles que realizan las entidades del sector público, determina:

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

Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el lapso máximo de noventa (90) días; sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble.

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

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

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

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

En el supuesto de que no sea posible un acuerdo directo se procederá al juicio de expropiación conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil. El juez en su resolución está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, sin perjuicio de que el propietario inicie las acciones que le franquea la Ley respecto de un eventual daño emergente.

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

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

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

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

La citada disposición establece que, previo a la adquisición de bienes inmuebles que realizan las entidades del sector público se procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social y una vez que esta se haya perfeccionado, se buscará un acuerdo directo entre las partes, de no ser posible dicho acuerdo se procederá al juicio de expropiación conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Así también, el inciso octavo del citado artículo establece que para la transferencia de inmuebles adquiridos por las instituciones del sector público mediante declaratoria de utilidad pública, se requiere que el dueño del inmueble haya cancelado todos los impuestos referentes a su propiedad y si estuvieren impagos se deducirá tal valor del precio de venta, exceptuando únicamente el pago de la plusvalía y los que correspondan a la transferencia de dominio, mismos que por disposición de la norma legal en análisis, no se generan en este tipo de adquisiciones.

Finalmente, el penúltimo inciso del artículo *Ibídem*, establece como única excepción de su aplicación a las municipalidades, disponiendo que éstas se regirán para sus trámites de expropiación por las disposiciones de su propia Ley, es decir de acuerdo a lo prescrito en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; por lo que, a continuación se analizarán dichas disposiciones legales.

El artículo 1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD), prescribe:

“Art. 1.- **Ámbito.**- Este Código establece la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio: el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera. Además, desarrolla un modelo de descentralización obligatoria y progresiva a través del sistema nacional de competencias, la institucionalidad responsable de su administración, las fuentes de financiamiento y la definición de políticas y mecanismos para compensar los desequilibrios en el desarrollo territorial”.

La norma citada establece la organización política administrativa del Estado ecuatoriano así como, el régimen jurídico aplicable a los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera, lo que da lugar a que el COOTAD tenga el carácter de norma especial y aplicable para todos los gobiernos autónomos descentralizados.

En este contexto, el Código *Ibídem*, en el Título VIII: Disposiciones Comunes y Especiales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, Capítulo VIII: Régimen Patrimonial, Sección Séptima: Expropiaciones, en su artículo 446 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 énfasis me pertenece).

Como se puede apreciar, el artículo 446 del COOTAD establece que los gobiernos regionales, provinciales, metropolitanos y municipales, por razones de utilidad pública o interés social, podrán declarar la expropiación de bienes, para lo cual deberán establecer previamente su justa valoración, indemnización y el pago de conformidad con la ley.

Adicionalmente, se puede determinar que por regla general, los procedimientos expropiatorios que realicen las entidades del sector público se rigen por lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; sin embargo, para el caso de los municipios, por la excepción constante en el penúltimo inciso de la referida norma, sus procesos expropiatorios se ciñen exclusivamente a las disposiciones contenidas en el COOTAD.

De la lectura de su oficio de consulta se observa que su pregunta está encaminada a establecer si la disposición contenida en el artículo 456 del COOTAD, que se refiere a la exención del pago del impuesto predial a partir de la notificación de la declaratoria de utilidad pública, es aplicable a los procedimientos de expropiación de inmuebles que realizan las instituciones del sector público.

Así el artículo 456 del COOTAD, contenido en la referida Sección Séptima denominada “Expropiaciones”, respecto al pago de tributos y derechos en los procedimientos de expropiación, prescribe:

“Art. 456.- Tributos y derechos.- En los procedimientos de expropiación, a partir de la notificación de la declaratoria, no se generarán sobre el bien, impuestos, tasas, derechos o cualquier otra prestación patrimonial de registro, inscripción o protocolización de los documentos que produzcan o de los actos jurídicos que se produzcan”. (El énfasis me pertenece).

En pronunciamiento contenido en oficio No. 06019 de 19 de enero de 2012, al atender la consulta formulada por el Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, respecto a la generación de derechos notariales de las escrituras celebradas como consecuencia del procedimiento de expropiación por parte de esa Entidad Edilicia concluí lo siguiente:

“Del análisis jurídico que precede se concluye que la adquisición de inmuebles por parte de instituciones del sector público mediante expropiación, está exenta del pago de los impuestos municipales de plusvalía y alcabala de conformidad con el octavo inciso del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la letra e) del artículo 534 del COOTAD; mientras que, aquellas expropiaciones efectuadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, gozan además de la exención que establece a su favor el artículo 456 del COOTAD, por lo que están exoneradas del pago de impuestos, tasas, derechos o cualquier prestación patrimonial de registro, inscripción, o protocolización de los documentos o de los actos jurídicos a los que dé lugar la expropiación”.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del COOTAD, el procedimiento previsto en el Título VIII: Disposiciones Comunes y Especiales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, Capítulo VIII “Régimen Patrimonial”, Sección Séptima “Expropiaciones”, en el que se encuentra el artículo 456 del Código Ibídem, es aplicable únicamente a los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

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

EXPROPIACIÓN: PAGO AVALÚO CATASTRAL

OF. PGE. N°: 12249 de 26-09-2017

CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Portoviejo

CONSULTA:

“¿Según la Ley de Eficiencia en la Contratación Pública, reformatoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en las declaratorias de utilidad pública cuál es el avalúo con el cual se deben pagar los inmuebles a expropiar: ¿a) el avalúo actualizado que conste en el catastro municipal o, b) el avalúo del año anterior al anuncio del proyecto o declaratoria de utilidad pública?, eso considerando el Art. 58.1, párrafo segundo?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República de Ecuador, Arts. 11 núm. 2, 66 numeral 4, 82, 226, 227, 288 323 y 424.

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 4, 5, 9 núm. 1 y 2, 10, 58 núm. 1 y 2; y, 62, 63 del Reglamento General.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 1, 139, 446, 447 y 494.

Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, Arts. 60, 66.

Código Civil, Arts. 5, 6, 7 y 18 núm. 1 y 4.

Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, Art. 15.

PRONUNCIAMIENTO:

El Procurador Síndico Municipal en el memorando No. GADMP2017PSMMEM1031 de 31 de julio del 2017, señala como antecedente lo siguiente:

“Mediante Registro Oficial No. 966 del 20 de marzo de 2017, se expidió la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, la misma que contiene reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en relación a la declaratoria de utilidad pública y su procedimiento.

El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Portoviejo, se encuentra en la necesidad de realizar procesos de declaratoria de utilidad pública para la ejecución de la Construcción del Mercado Central del cantón”.

Del informe jurídico que antecede, el Procurador Síndico Municipal cita los artículos 323, de la Constitución de la República, 446, 447, 494 del Código Orgánico de Organización Territorial,

Autonomía y Descentralización, 58, 58.1 y 58.2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en base de los cuales efectúa el análisis que transcribo y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Como podemos observar de las normas revisadas y como es lógico, se trata de dos momentos en el procedimiento de expropiación, el uno en el cual se declara de utilidad pública el bien y en el cual se fija el precio que debe ser mínimo el que consta en el avalúo (avalúo establecido por la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Municipal) y es en el segundo momento en el que para negociar el precio final, se debe considerar el 10% del avalúo sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior. Continúa posteriormente la ley dando los pasos a seguir según los momentos del proceso, culminando prácticamente el mismo con la reversión del bien en caso de no haberse utilizado para los fines de la expropiación.

Por otra parte, el artículo 58.1 al referirse sobre la declaratoria de utilidad pública de otras instituciones del estado, dice: “El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal o Metropolitano tendrá el plazo de un mes para entregar el avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de las declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones”, de lo que se desprende que la normativa se refiere a dos documentos diferentes cuya utilización se corresponde con sus respectivos momentos, esto es el ‘avalúo registrado en el catastro municipal’ que se refiere al momento de la declaratoria de utilidad pública (momento actual); y el avalúo sobre el que se pagó el impuesto predial del año anterior’, que se utilizará en el momento de la negociación.

Adicional a lo ya indicado, podemos observar que el artículo 58.24 (sic), referente a la falta de acuerdo indica que en este caso ‘...El propietario podrá impugnar dicho acto ante las y los jueces de lo contencioso administrativo, exclusivamente en cuanto al justo precio, de conformidad con el trámite que para el juicio de expropiación establecido en el Código Orgánico General de Procesos...’ y el juicio de expropiación no tiene sino el único fin de fijar el justo precio, no teniendo sentido tal norma si el precio a pagar fuera el avalúo del año anterior, ya que no habría en este caso, ningún precio que discutir ante los jueces dentro del juicio de expropiación, además del hecho de que el ámbito de las normas incluye tanto al sector privado como al sector público, no pudiendo pretenderse que una parte beneficie al sector público, ordenándose actualizar los catastros permanentemente, de acuerdo al Art. 494 del COOTAD, lo que obviamente beneficia a los GADS en la tributación, y por otro lado al momento de pagar el valor de la expropiación se perjudique al privado con el valor menor al estipulado en sus propios registros (catastro) y por el cual se benefició el sector público.

Sin embargo de lo expuesto y revisando la respectiva normativa, puntualmente el artículo 58.1 de la norma en cuestión, podemos observar que está tanto en su párrafo segundo y tercero, en lo que podría ser un error de redacción, pero que sin embargo genera dudas, dice: ‘El precio que se convenga y no podrá exceder del diez por ciento (10%) sobre el valor del avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones, el cual se deducirá la plusvalía proveniente de obras públicas y las obras ajenas a la

acción del propietario. El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal o Metropolitano tendrá el plazo de un mes para entregar el avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones’.

Pudiendo interpretarse como que el valor del justo precio se determina en función del avalúo del año anterior al anuncio del proyecto o de declaratoria de utilidad pública, lo que evidentemente podría implicar una considerable brecha económica respecto de la valoración actualizada, afectándose así la determinación del justo precio, significando por lo tanto una violación al derecho constitucional de la propiedad: generándose ante esta situación una duda razonable, que para dilucidarla se sigue elevando una consulta a la Procuraduría General del Estado, sobre la inteligencia de la ley”. (El énfasis corresponde al texto original).

Con relación a esta consulta, la Directora de Asesoría Jurídica del Servicio Nacional de Contratación Pública, en su oficio No. SERCOP-DAJ-2017-0491-OF, cita el artículo 11 numeral 2, 66 numeral 4, 82, 226, 227, 288, 323 y 424 de la Constitución de la República, artículos 4, 5 9 numerales 1 y 2, 10, 58 y 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículos 62 y 63 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el artículo 15 y la Disposición Transitoria Cuarta de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el SERCOP, así como también los artículos 5, 6 y 7 del Código Civil y los artículos 1, 446 y 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Con tales fundamentos normativos, como análisis y criterio institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, en el oficio de la referencia, se manifiesta lo siguiente:

III. ANÁLISIS

(...) se debe considerar que el pago que se realiza al dueño del inmueble que será objeto de expropiación se efectuará en relación a la fecha de inicio del trámite correspondiente; es decir, si la expropiación se lleva a cabo antes de las reformas de 20 de marzo de 2017, el pago correspondiente por el bien afectado se lo realizará en función al avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad en la que se encuentre dicho bien, y se considerará los precios comerciales actualizados de la zona; mientras que para los procesos de expropiación que se hayan iniciado a partir del 20 de marzo de 2017, además de contar con la declaratoria de utilidad pública y de interés social, el valor del avalúo predial será el registrado en el catastro municipal sobre el cual se pagó el último impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones.

(...)

Por su parte es importante considerar que, como efecto de la declaratoria de utilidad pública y de interés social, como primera instancia se deberá realizar la negociación sobre el precio a cancelar en atención al bien inmueble objeto de la expropiación, la misma que se efectuará entre las partes interesadas, y cuyo valor final a pagar por parte de la entidad no podrá exceder del (diez) 10% del

avalúo registrado en el catastro municipal del año anterior al anuncio del proyecto -para el caso de construcciones- o declaratoria de utilidad pública e interés social –para otro tipo de adquisiciones-, en concordancia con lo previsto en el segundo inciso del artículo 58.1 de la LOSNCP.

(...)

IV CRITERIO

En el caso particular que nos corresponde, el Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Portoviejo, señala en su parte pertinente que dentro de las actividades inherentes a las que desarrolla y como proyecto tienen la construcción del ‘Mercado Central’, para lo cual deberá observar lo que determina el Capítulo V, relativo a los Procedimientos Especiales, Sección II, dentro de la cual se contempla el procedimiento para la adquisición de bienes inmuebles, es decir, que la entidad deberá justificar y motivar la declaratoria de utilidad pública y el interés social que significa la expropiación de un determinado inmueble así como las condiciones políticas – económicas que motivaron la implementación o la construcción de dicha obra, la misma que prestará un servicio público, para lo cual en el segundo inciso del artículo 58.1 se señala claramente que el precio que se negociará para el pago del inmueble será sobre la base del valor del avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de la construcción de una obra.

En atención a la normativa analizada previamente y en atención a lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para proceder con el trámite expropiatorio la entidad deberá contar con la declaratoria de utilidad pública e interés social del inmueble, considerando que el valor que se deberá cancelar y negociar por dicho bien será en función del avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto, siempre que dicha expropiación haya iniciado a partir de la expedición de la Ley Orgánica para la Eficiencia en Contratación Pública”. (El énfasis corresponde al texto original).

De su parte, el Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, en el Memorando No. 425. DNAJ-AME-2017, cita los artículos 82 y 323 de la Constitución de la República, 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y los artículos 58 y 58.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en base de los cuales manifiesta el siguiente criterio institucional:

“III. ANÁLISIS

(...)

Previamente hay que distinguir los momentos que se dan en una expropiación. El consultante ha hecho referencia a la declaratoria de utilidad pública y luego al momento del pago. La declaratoria de utilidad pública es el acto administrativo por medio del cual se determina –como su nombre lo

indica- la utilidad del predio que se puede dar para beneficio general y que por tanto acarrea un interés social. Por otro lado, el pago es la indemnización que el municipio da al administrado para ocupar el bien y así quitar el derecho del administrado a la propiedad. Por lo tanto, el pago es la consecuencia de una serie de etapas de la institución de expropiación a saber: anuncio del proyecto; y, declaratoria de utilidad pública.

(...)

Ahora bien, con el artículo 58 de la Ley *ibídem* se distinguen dos posibilidades para iniciar el trámite expropiatorio: la declaratoria de utilidad pública y de interés social; y, el anuncio del proyecto.

El anuncio del proyecto, conforme el artículo 66 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, define al anuncio del proyecto como el instrumento que tiene por finalidad permitir fijar el avalúo de los inmuebles dentro de la zona de influencia de obras públicas, al valor de la fecha del anuncio público de las respectivas obras. Por lo tanto, la declaratoria de utilidad pública como el anuncio del proyecto tienen el mismo efecto de fijar los valores de los predios antes de la declaratoria de expropiación y su consecuente pago.

IV. CONCLUSIÓN

(...)

Se puede concluir que, el avalúo que se debe pagar por los bienes inmuebles a expropiar será el: (...) avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones', como lo determina el inciso segundo del artículo 58.1 de la Ley para la Eficiencia de la Contratación Pública.

No obstante de aquello, la redacción legal actual ha fijado parámetros legales (no convencionales ni judiciales) para la indemnización por expropiación, situación que advertimos -como también cree el Procurador Judicial del GADM Portoviejo- podría afectar al principio constitucional del 'justo precio', consagrado en el artículo 323 de la Constitución y en atención a los principios de unidad, coherencia y seguridad jurídica, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución de la República. Por lo tanto, se podría sugerir que se faculte al administrado, realizar la solicitud de actualización del avalúo del catastro del bien inmueble correspondiente al año anterior al del anuncio del proyecto o, la declaratoria de utilidad pública o de interés social, evitando así un conflicto jurídico, en razón de la 'justa valoración' consagrada". (El énfasis corresponde al texto original).

El artículo 323 de la Constitución de la República prescribe lo siguiente:

"Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación".

La disposición constitucional invocada permite la expropiación de bienes por parte de las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley, a la vez que prohíbe la confiscación.

Concordante con la norma constitucional, el artículo 446 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD), prevé que 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, prohibiendo cualquier tipo de confiscación.

Las normas constitucional y legal antes invocadas, se refiere a la “justa valoración”, por lo que es pertinente citar al tratadista Roberto Dromi, quien define:

“2) Valor justo. Supone que el expropiado debe recibir un valor equivalente de aquel del cual se lo priva, de modo actual e integral.

Dicho valor debe representar una suma al contado o en término razonablemente equivalente, por lo cual el dueño el bien, deseoso de vender pero no obligado a hacerlo, hubiera vendido su propiedad a un comprador deseoso de ello pero no obligado a hacerlo”.

Por su parte, el artículo 447 del COOTAD, con relación a la expropiación, dispone lo siguiente:

“Art. 447.- Declaratoria de utilidad pública.- Para realizar expropiaciones, las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal, resolverán la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará. A la declaratoria se adjuntará el informe de la autoridad correspondiente de que no existe oposición con la planificación del ordenamiento territorial establecido, el certificado del registrador de la propiedad, el informe de valoración del bien; y, la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para proceder con la expropiación.

Para el caso de empresas públicas el presidente del directorio en su calidad de máxima autoridad del Gobierno Autónomo Descentralizado podrá declarar de utilidad pública o de interés social, con fines de expropiación mediante acto motivado y siguiendo el procedimiento legal respectivo, con la finalidad de que la empresa pública pueda desarrollar actividades propias de su objeto de creación.

Si el gobierno parroquial requiriera la expropiación de bienes inmuebles, solicitará documentadamente la declaratoria de utilidad pública al alcalde o alcaldesa del respectivo cantón. Dichos inmuebles, una vez expropiados, pasarán a ser de propiedad del gobierno parroquial.

Para la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”. (El énfasis me corresponde).

El primer inciso de la disposición legal previamente transcrita determina que, corresponde a las máximas autoridades administrativas de los gobiernos regional, provincial, metropolitano o municipal, resolver la declaratoria de utilidad pública, mediante acto debidamente motivado en el que se individualizará el bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará.

Adicionalmente, el artículo en mención, establece disposiciones especiales para las empresas públicas y gobiernos autónomos descentralizados parroquiales, a la vez que en su último inciso nos remite a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), para la determinación del justo precio, el procedimiento y demás aspectos relativos a la expropiación, por lo cual corresponde citar el artículo 58 de la LOSNCP:

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

A la declaratoria se adjuntará el certificado del registrador de la propiedad; el avalúo establecido por la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Municipal o Metropolitano; la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para el efecto; y, el anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras de conformidad con la ley que regula el uso del suelo.

La declaratoria se notificará, dentro de tres días de haberse expedido, a los propietarios de los bienes a ser expropiados, los posesionarios y a los acreedores hipotecarios.

La expropiación de tierras rurales con fines agrarios se regulará por su propia ley.

La declaratoria de utilidad pública y de interés social se inscribirá en el Registro de la Propiedad. El Registrador de la Propiedad cancelará las inscripciones respectivas, en la parte correspondiente, de modo que el terreno y pertenencias expropiados queden libres, y se abstendrá de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo que sea a favor de la institución pública que requiere la declaración de utilidad pública y de interés social. El Registrador comunicará al juez la cancelación en caso de embargo, secuestro o prohibición de enajenar, para los fines consiguientes”. (El énfasis me corresponde)

Del inciso primero de la norma previamente invocada, se desprende que cuando una institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, requerido para la satisfacción de las necesidades públicas, le corresponde a la máxima autoridad emitir la declaratoria de utilidad pública y de interés social, a la que se debe adjuntar, entre otros documentos que allí se señalan, el avalúo establecido por la dependencia de avalúos; y, en el caso de construcción de obras, el anuncio del proyecto, de conformidad con la ley que regula el uso del suelo.

El artículo 60 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, dispone que los instrumentos para regular el mercado del suelo establecen mecanismos para evitar las prácticas

especulativas sobre los bienes inmuebles y facilitar la adquisición de suelo público para el desarrollo de actuaciones urbanísticas e incluye entre tales instrumentos al “anuncio de proyecto”, el cual es definido en el artículo 66 de la Ley Orgánica *Ibidem*, en los siguientes términos:

“Art. 66.- Anuncio del proyecto. El anuncio del proyecto es el instrumento que permite fijar el avalúo de los inmuebles dentro de la zona de influencia de obras públicas, al valor de la fecha del anuncio público de las respectivas obras, a fin de evitar el pago de un sobreprecio en caso de expropiaciones inmediatas o futuras.

El anuncio será obligatorio y se realizará mediante acto administrativo que será publicado en un diario de amplia circulación en la localidad donde se realizará la obra, en la página electrónica institucional, y será notificado al propietario del predio, la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano y al registrador de la propiedad, en el que se establecerá el área de influencia del proyecto y su plazo de inicio, que no será superior a tres años desde su notificación.

En el caso de no concretarse el proyecto anunciado, en el plazo establecido en el inciso anterior, el acto administrativo quedará de oficio sin efecto, debiendo notificarlo a la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano, a los propietarios de los predios afectados y al registrador de la propiedad”. (El énfasis me corresponde).

De conformidad con el inciso primero del artículo antes citado, el anuncio del proyecto es el instrumento obligatorio que se emite mediante acto administrativo, en el caso de obras públicas, con la finalidad de fijar el avalúo de los inmuebles dentro de su zona de influencia, al valor de la fecha del anuncio público de las respectivas obras, a fin de evitar el pago de un sobreprecio en caso de expropiaciones inmediatas o futuras. Además, establece el área de influencia del proyecto y su plazo de inicio, que no será superior a tres años desde su notificación.

Adicionalmente, el inciso segundo determina que el acto administrativo a través del cual se realiza el anuncio, será publicado en un diario de amplia circulación en la localidad donde se realizará la obra, en la página electrónica institucional, notificado al propietario del predio y a la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal o Metropolitano, así como al registrador de la propiedad; y, en el caso de no concretarse el proyecto anunciado, en el plazo establecido, el acto administrativo quedará de oficio sin efecto, debiendo notificarse del particular a las mismas partes antes señaladas.

De lo hasta aquí analizado, se evidencia que la declaratoria de utilidad pública e interés social y el anuncio del proyecto son dos actos diferentes e independientes, ya que el anuncio del proyecto se aplica exclusivamente para los casos de construcción de obras y precede a la declaratoria de utilidad pública e interés social, que se emite si efectivamente se ejecuta la obra y que permite la ulterior expropiación.

Dicho lo anterior, cabe retomar las regulaciones que sobre expropiación de bienes contiene la LOSNCP, para lo cual es necesario citar el artículo 58.1 relativo a la negociación y precio, mismo que motiva su consulta y cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 58.1.- Negociación y precio. Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública y de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el plazo máximo de treinta (30) días, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble. Para que proceda la ocupación inmediata se debe realizar el pago previo o la consignación en caso de no existir acuerdo. El retiro del valor consignado por el expropiado, que podrá requerirse en cualquier momento dentro del juicio de expropiación, no perjudicará la impugnación propuesta.

El precio que se convenga no podrá exceder del diez por ciento (10%) sobre el valor del avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones, del cual se deducirá la plusvalía proveniente de obras públicas y de otras ajenas a la acción del propietario.

El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal o Metropolitano tendrá el plazo de un mes para entregar el avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones.

El órgano rector del catastro nacional georreferenciado determinará el avalúo del bien a expropiar cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal o Metropolitano no posea la capacidad técnica para elaborar su catastro, incumpla el plazo anterior o el realizado por la dependencia de avalúos y catastros, a criterio del organismo rector del catastro nacional, no se adecue a la normativa.

En ningún caso se reconocerán las obras efectuadas por el propietario posteriores a la fecha del anuncio del proyecto o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social, según corresponda.

Tampoco se reconocerán las obras efectuadas con anterioridad al anuncio del proyecto o de la declaratoria de utilidad pública cuando se realizaron sin autorización, ni aún aquellas que a pesar de tener los permisos respectivos se haya evidenciado mala fe.

Para expropiaciones parciales, del precio fijado conforme la regla anterior, también se deducirá la plusvalía que genere la obra pública que motiva la expropiación en la parte del inmueble no afectado. En estos casos no se cobrará la contribución especial de mejoras que resulte de la obra pública.

Los ajustes por plusvalía serán realizados conforme a la metodología que dicte el órgano rector del catastro nacional georreferenciados.

El acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio, se formalizarán en la respectiva escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Los propietarios deberán tener cancelados todos los impuestos correspondientes a dicha propiedad, excepto los que correspondan a la transferencia de dominio, que no se generarán en este tipo de adquisiciones. Si los tributos se mantuvieran impagos, se deducirán del precio de venta”. (El énfasis me corresponde)

Con relación a la materia de su consulta, el artículo 58.1, antes citado, determina que una vez perfeccionada la declaratoria de utilidad pública y de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, hasta por el plazo máximo de treinta días, sin perjuicio de la ocupación inmediata del inmueble.

Del análisis del inciso segundo del artículo 58.1, que establece los límites para la fijación del precio para la expropiación, se desprende que se regulan dos casos, el primero relacionado con la construcción de obras y el segundo que abarca a las demás adquisiciones, estableciendo en ambas situaciones un techo para la negociación del precio, para lo cual se tomará como referencia la fecha del “anuncio del proyecto” y la de “declaratoria de utilidad pública y de interés social” respectivamente.

Añade el tercer inciso, que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal o Metropolitano tendrá el plazo de un mes para entregar a la entidad pública que va a implementar un proceso expropiatorio, el avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones.

En este punto, es pertinente señalar que el artículo 55 del COOTAD, establece entre las competencias exclusivas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales la de: “i) Elaborar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales”.

En tal contexto, el artículo 139 del COOTAD regula el ejercicio de la competencia de formar y administrar los catastros inmobiliarios, en los siguientes términos:

“Art. 139.- Ejercicio de la competencia de formar y administrar catastros inmobiliarios.- La formación y administración de los catastros inmobiliarios urbanos y rurales corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, los que con la finalidad de unificar la metodología de manejo y acceso a la información deberán seguir los lineamientos y parámetros metodológicos que establezca la ley. Es obligación de dichos gobiernos actualizar cada dos años los catastros y la valoración de la propiedad urbana y rural. Sin perjuicio de realizar la actualización cuando solicite el propietario, a su costa. El gobierno central, a través de la entidad respectiva financiará y en colaboración con los gobiernos autónomos descentralizados municipales, elaborará la cartografía geodésica del territorio nacional para el diseño de los catastros urbanos y rurales de la propiedad inmueble y de los proyectos de planificación territorial”. (El énfasis me corresponde).

Los catastros municipales constituyen una herramienta fundamental para una gestión técnica y adecuada del suelo en el cantón, así como para la ejecución del Plan de Ordenamiento Territorial y demás competencias municipales y según la norma antes invocada, los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales están obligados a actualizar cada dos años los catastros y la valoración de la propiedad urbana y rural, sin perjuicio de realizar la actualización cuando solicite el propietario, a su costa, lo que garantiza al administrado la posibilidad de que el inmueble de su propiedad esté adecuadamente catalogado y avaluado.

Además es necesario tener presente que, según se analizó previamente, los artículos 60 y 66 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión de Suelo, citados en líneas anteriores, determinan que el “anuncio del proyecto” es un instrumento, cuya finalidad es regular el mercado del suelo y evitar las prácticas especulativas sobre los bienes inmuebles, así como también evitar el pago de un sobreprecio en caso de expropiaciones inmediatas o futuras, que produzcan perjuicio al Estado.

De lo hasta aquí expuesto, también se determina que las reformas introducidas por la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública a la LOSNCP, establecieron entre otras, el procedimiento que deben seguir todas las instituciones públicas, incluidos los Gobiernos Autónomos Descentralizados y sus empresas públicas por remisión expresa del inciso final del artículo 447 del COOTAD, para la expropiación de bienes inmuebles, entre ellas la forma de calcular el precio que se debe pagar al propietario del respectivo bien, en base de los catastros municipales.

Finalmente, las normas contenidas en los numerales 1 y 4 del artículo 18 del Código Civil, en su orden determinan que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu; y, que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Por lo expuesto, de conformidad con el análisis jurídico precedente y en atención a los términos de su consulta, se concluye que a partir de las reformas realizadas por la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, de conformidad con el inciso segundo del artículo 58.1 de la LOSNCP, en las expropiaciones requeridas por el sector público, el precio que se convenga no podrá exceder del diez por ciento sobre el valor del avalúo registrado en el catastro municipal y sobre el cual se pagó el impuesto predial del año anterior al anuncio del proyecto para el caso de construcción de obras, o de la declaratoria de utilidad pública y de interés social para otras adquisiciones, debiendo en ambos casos deducir del precio la plusvalía proveniente de las obras públicas y de otras ajenas a la acción del propietario.

El presente pronunciamiento, se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.

FIDEICOMISO: PAGO DE OBLIGACIONES DE UNIVERSIDADES Y ESCUELAS POLITÉCNICAS EXTINTAS

OF. PGE. N°: 09502 de 16-02-2017

CONSULTANTE: Corporación Financiera Nacional B.P.

CONSULTAS:

1.- ¿Es obligación del Fideicomiso a constituirse en aplicación con la norma aquí citada, asumir como deudor las obligaciones de las universidades y escuelas politécnicas suspendidas, esto es registrando como pasivos propios del Fideicomiso las obligaciones aquí referidas?.

2.- ¿Es responsabilidad del fideicomiso, y por tanto obligación de CFN B.P. como fiduciaria, sustituir a dichas universidades y escuelas politécnicas en todos los procesos en trámite o por tramitarse, en que se les haya demandado el pago de obligaciones, asumiendo el patrocinio legal en aquellas causas iniciadas o las que se llegaren a iniciar en contra de las universidades y escuelas politécnicas extintas?

BASES LEGALES:

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

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 41; y, 35 de su Reglamento General.

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

Ley Orgánica de Extinción de las Universidades y Escuelas Politécnicas suspendidas por el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la calidad de la Educación Superior (CEAACES) y Mecanismos para asegurar la Eficiencia en la Distribución y Uso de Recursos Públicos en el Sistema de la Educación Superior, Arts. 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10 y 14.

Código Orgánico Monetario y Financiero, Art. 109.

Ley de Mercado de Valores, Art. 109.

Código Civil, Art. 7.

Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, Art. 59

PRONUNCIAMIENTO:

PRIMERA CONSULTA

El Gerente de División Jurídica (E), de la Corporación Financiera Nacional, en el memorando No. GDJU-002878, cita el artículo 109 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley de Mercado de Valores, los artículos 4 y 5 de la Ley Orgánica de Extinción de Universidades, artículo 1561 del Código Civil y concluye con el siguiente criterio institucional:

“La Ley Orgánica de Extinción de las Universidades y Escuelas Politécnicas suspendidas por el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la calidad de la Educación Superior (CEAACES) y Mecanismos para asegurar la Eficiencia en la Distribución y Uso de Recursos Públicos en el Sistema de la Educación Superior, establece expresamente el objeto y patrimonio del fideicomiso en sus artículos 4 y 5, así como las actividades a las que estará obligada la fiduciaria para el cumplimiento de tal objeto, y queda claro que la intención de la referida Ley ha sido la de transferir únicamente los activos (bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporeales) de las universidades y escuelas politécnicas suspendidas, con el fin de que el Fideicomiso administre estos bienes, incluyendo el cobro de acreencias, y como consecuencia de su administración realice los pagos respectivos, en los montos y orden de prelación determinados en dicha Ley.

La asunción de las deudas de las universidades y escuelas politécnicas extintas, y la participación en procesos judiciales iniciados en contra de aquellas, no son actividades contempladas en la norma, por lo tanto, no pueden ser impuestas a la fiduciaria designada”.

Con relación a esta consulta, el Presidente del Consejo de Educación Superior, en su oficio No. CES-CES-2017-0124-CO, cita el artículo 2 de la Ley Orgánica de Extinción de las Universidades y Escuelas Politécnicas suspendidas por el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CEAACES) y, Mecanismos para Asegurar la Eficiencia en la Distribución y Uso de Recursos Públicos en el Sistema de Educación Superior, referido al objeto de dicho cuerpo legal y manifiesta lo siguiente:

“Con la finalidad de dar estricto cumplimiento al objeto de la Ley, en su artículo 4 se establece la obligación de constituir un fideicomiso mercantil cuyo objeto es el de conformar el patrimonio autónomo con los activos y derechos de las Instituciones de Educación Superior (IES) suspendidas definitivamente, para pagar con los resultados de su administración los pasivos a favor de trabajadores, del sector público, y las acreencias establecidas en el artículo 7 norma *Ibidem*, así como transferir los excedentes, a favor de las instituciones de educación superior beneficiarias, de acuerdo a los estatutos de cada una de las IES suspendidas o a lo establecido por el Consejo de Educación Superior (CES) según el caso, conforme lo determina el artículo 41 de la Ley Orgánica de Educación Superior y 35 de su Reglamento General.

Resulta entonces claro que el pago de las acreencias que existan respecto de cada IES suspendida definitivamente, se pagará exclusivamente con los recursos provenientes de las enajenaciones de los bienes que pertenecían a las mismas y que hayan sido transferidos al patrimonio autónomo del fideicomiso, sin perjuicio de lo cual, es necesario observar que la Disposición General Primera de la referida Ley determina que ‘ninguna entidad del sector público, bajo ningún concepto, asumirá el pago de las obligaciones adquiridas por las universidades y escuelas politécnicas extintas’.

De lo manifestado se puede colegir que la Ley Orgánica de Extinción, establece la transferencia a título de fideicomiso mercantil, exclusivamente de los activos y los derechos de su propiedad. Así mismo, indica que una vez registrados e integrados al patrimonio del fideicomiso se destinarán exclusivamente a cubrir los pasivos y otras obligaciones de las instituciones de educación superior extintas, y para financiar los gastos que se derivan de la aplicación de la Ley de conformidad a los artículos 13 y 14 de la misma. Por lo tanto, no establece que el fideicomiso debe asumir como deudor las obligaciones de las universidades y escuelas politécnicas suspendidas, ni registrarlas como pasivos propios del Fideicomiso”.

De la lectura del tenor de su primera consulta, esta se halla relacionada con la inteligencia del artículo 4 de la Ley Orgánica de Extinción de las Universidades y Escuelas Politécnicas suspendidas por el Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CEAACES) y Mecanismos para Asegurar la Eficiencia en la Distribución y Uso de Recursos Públicos en el Sistema de Educación Superior (en adelante Ley Orgánica de Extinción de Universidades y Escuelas Politécnicas), que prevé la constitución de un fideicomiso mercantil de administración, por lo que de manera previa a analizar la norma que motiva su consulta, resulta pertinente referirme al contrato de fideicomiso mercantil el cual se halla regulado por el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores en los siguientes términos:

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

El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad.

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

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

De la norma antes invocada, se desprende que el fideicomiso mercantil es un contrato a través del cual una o más personas, a las cuales se les denomina constituyentes o fideicomitentes, transfieren de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, mismo que está dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

Concomitante con lo mencionado en el párrafo precedente, conforme lo señalado en el mismo artículo 109 del Libro II del COMF, se desprende que el patrimonio autónomo de un contrato de fideicomiso mercantil es un conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad, que se constituye como efecto jurídico de dicho contrato, siendo este a su vez, una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el referido instrumento jurídico.

En el presente caso, la constitución del fideicomiso que motiva esta consulta, está regulado por el artículo 4 de la Ley Orgánica de Extinción de Universidades y Escuelas Politécnicas, el cual dispone lo siguiente:

Art. 4.- Constitución del Fideicomiso Mercantil.- Excepcionalmente y antes de la extinción, en un plazo perentorio de cuarenta y cinco días, a partir de la publicación de la presente Ley en el

Registro Oficial, las instituciones de educación superior, referidas en el artículo anterior, tienen la obligación de constituir un fideicomiso mercantil de administración, a través de los administradores temporales, fideicomiso que tendrá como beneficiarias a las instituciones de educación superior determinadas en el artículo 14 de la presente Ley.

El fideicomiso tendrá por objeto constituir el patrimonio autónomo con los activos de las entidades señaladas en el artículo 3 precedente, para pagar con los resultados de su administración los pasivos a favor de los trabajadores, del sector público, y las acreencias establecidas en el artículo 7 de la presente Ley y transferir los excedentes, en caso de haberlos, a favor de las instituciones de educación superior beneficiarias, de acuerdo a los estatutos de las instituciones suspendidas o a lo establecido por el Consejo de Educación Superior, según el caso.

El fideicomiso será administrado por la Corporación Financiera Nacional, que actuará como Fiduciaria. El fideicomiso tendrá una Junta integrada por tres representantes del Consejo de Educación Superior (CES).

Para el cumplimiento del objeto del fideicomiso, la fiduciaria, en un plazo no mayor a doce meses, se encargará de la enajenación de los activos, del pago de las acreencias, de la transferencia de los excedentes, en caso de haberlos, y de la liquidación del fideicomiso, conforme a las resoluciones de procedimiento y control que dicte la Junta del fideicomiso. El plazo para el cumplimiento del objeto del fideicomiso podrá prorrogarse por resolución de la Junta por una sola vez y por un máximo de ciento ochenta días, por causas debidamente justificadas e informadas". (El énfasis me corresponde).

En lo principal, la disposición legal transcrita prevé que en un plazo perentorio de cuarenta y cinco días, a partir de la publicación en el Registro Oficial de la Ley Orgánica de Extinción de Universidades y Escuelas Politécnicas, las instituciones de educación superior determinadas en el artículo 3 *Ibidem*, están obligadas a través de sus administradores temporales a constituir un fideicomiso mercantil de administración, el cual tendrá como beneficiarias a las instituciones de educación superior señaladas en el artículo 14 de la misma Ley.

El objeto de dicho fideicomiso se halla establecido en el mismo artículo 4 y es constituir un patrimonio autónomo con los activos de las entidades expresamente referidas en su artículo 3, para pagar con los resultados de su administración los pasivos a favor de los trabajadores, del sector público, y las acreencias establecidas en el artículo 7 de dicha Ley y transferir los excedentes, en caso de haberlos, a favor de las instituciones de educación superior beneficiarias, de acuerdo a los estatutos de las instituciones suspendidas o a lo establecido por el Consejo de Educación Superior, según el caso.

Así mismo, de acuerdo al inciso tercero del referido artículo 4, se designa como fiduciaria del fideicomiso a la Corporación Financiera Nacional, entidad que en un plazo no mayor a doce meses, se encargará de la enajenación de los activos, del pago de las acreencias, de la transferencia de los excedentes, en caso de haberlos, y de la liquidación del fideicomiso, conforme a las resoluciones de procedimiento y control que dicte la Junta del fideicomiso.

De conformidad con la regla primera del artículo 7 del Código Civil, que establece los principios de interpretación de la Ley, dispone que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu; ante lo cual, y en relación al tenor del artículo 4 de la Ley Orgánica de Extinción de Universidades y Escuelas Politécnicas, se establece que no se ha dispuesto que el fideicomiso a constituirse asuma deudas de las universidades, ya que la finalidad de dicho fideicomiso es pagar con los resultados de su administración los pasivos a favor de los trabajadores, del sector público y de las acreencias establecidas en el artículo 7 de la Ley *Ibídem*.

Así, el primer inciso del artículo 7 de la Ley Orgánica de Extinción de Universidades y Escuelas Politécnicas, prescribe que las cuentas por cobrar que conformaban parte de los activos de las universidades y escuelas politécnicas que son objeto de dicha Ley y que se transfieran al fideicomiso antes de la extinción de tales centros de educación superior, deberán ser pagadas en efectivo por los deudores, directamente al fideicomiso que se subroga en los derechos crediticios de los primigenios acreedores, recursos que se utilizarán exclusivamente para el pago de acreencias y de los gastos generados en aplicación de la indicada Ley Orgánica.

Por su parte, en relación a los pasivos pendientes de las universidades y escuelas politécnicas, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Extinción de Universidades y Escuelas Politécnicas establece que el Fideicomiso estará en la obligación de pagar solamente aquellos pasivos que al momento de la publicación de la ley *Ibídem*, consten reflejados en sus estados financieros auditados, así como de las acreencias reconocidas en sentencias judiciales ejecutoriadas, con excepción de lo establecido en sus artículos 9 y 10. Añade el referido artículo 8, que tales pagos se efectuarán exclusivamente con los recursos provenientes de las enajenaciones de los bienes que conformaban los patrimonios de las instituciones de educación superior extintas y que fueron transferidos al fideicomiso, sin distinción de donde provengan los recursos, los que deberán registrarse contablemente y por separado en la contabilidad del fideicomiso; a la vez que, dispone que los valores excedentarios que no puedan cubrirse en cumplimiento del referido artículo quedarán extintos.

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

Por lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta, se concluye que de acuerdo al artículo 4 de la Ley Orgánica de Extinción de las Universidades y Escuelas Politécnicas, el patrimonio autónomo del fideicomiso debe constituirse con los activos de las entidades referidas en el artículo 3 de la Ley *Ibídem*, sin que exista la obligación del fideicomiso mercantil a constituirse y cuya administración le corresponde a la entidad fiduciaria, de asumir la calidad de deudor y registrar como pasivos propios del fideicomiso, las obligaciones de las universidades y escuelas politécnicas extintas, sin perjuicio de que el objeto del fideicomiso sea pagar los pasivos a favor de los trabajadores, del sector público y las acreencias establecidas en los artículos 7 y 8 de la referida ley.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas jurídicas, siendo responsabilidad de los constituyentes o fideicomitentes, establecer las condiciones por las cuales se conforme el respectivo contrato de fideicomiso mercantil.

SEGUNDA CONSULTA

2.- ¿Es responsabilidad del fideicomiso, y por tanto obligación de CFN B.P. como fiduciaria, sustituir a dichas universidades y escuelas politécnicas en todos los procesos en trámite o por tramitarse, en que se les haya demandado el pago de obligaciones, asumiendo el patrocinio legal en aquellas causas iniciadas o las que se llegaren a iniciar en contra de las universidades y escuelas politécnicas extintas?”.

De acuerdo al criterio jurídico emitido por el Gerente de División Jurídica (E), de la Corporación Financiera Nacional contenido en el memorando No. GDJU-002878, mismo que ha sido citado al atender su primera consulta, señala que la participación en procesos judiciales iniciados en contra de las universidades y escuelas politécnicas extintas, no está contemplado en la Ley Orgánica de Extinción de Universidades y Escuelas Politécnicas, por lo que estas no pueden ser impuestas a la fiduciaria.

Por su parte, el Presidente del Consejo de Educación Superior, en su oficio No. CES-CES-2017-0124-CO, hace referencia al Mandato Constituyente No. 14, la Disposición General Tercera de la LOES, que determinaron el proceso de evaluación al que debían someterse las universidades y escuelas politécnicas del país. Adicionalmente, se refiere al artículo 59 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica de Extinción de Universidades y Escuelas Politécnicas y al artículo 109 del Libro Segundo del COMF y con relación a su segunda consulta manifiesta el siguiente criterio institucional:

“Resulta claro entonces, que si bien la Ley Orgánica de Extinción no prevé la obligación de patrocinar legalmente a las Instituciones de Educación Superior, las disposiciones contenidas en el Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero, prevén que el Fideicomiso mercantil es un CONTRATO, en el cual el constituyente puede establecer las instrucciones del caso para el fiduciario.

Por los motivos expuestos y al amparo de la normativa invocada, es criterio de este Consejo de Estado que al momento de suscribir el contrato de fideicomiso mercantil, los constituyentes, es decir la Administradora Temporal de las IES suspendidas, en su calidad de representante legal de las mismas, se encuentra facultada establecer las instrucciones que fueran del caso para que sean ejecutadas por la fiduciaria, entre las cuales y a efecto de que no se perjudique el patrimonio autónomo del fideicomiso que se encuentra conformado por los activos de las IES suspendidas, deberá constar que la Corporación Financiera Nacional (CFN B.P.) comparezca dentro de los procesos judiciales que estén tramitándose e incluso en aquellos que se instauren posteriormente en contra de los constituyentes, ya que como se manifestó en líneas precedentes es obligación del fideicomiso el pago de las obligaciones contenidas en sentencias ejecutoriadas que se hayan emitido o se emitan en contra de los constituyentes.

Lo dicho en razón de que si el fideicomiso y la CFN B.P., en su calidad de administradora fiduciaria y representante legal del fideicomiso, no comparecen en defensa del patrimonio autónomo o como tercero interesado en aquellos procesos judiciales cuyo objeto de demanda pudiera afectar el patrimonio autónomo del fideicomiso, se podría poner en riesgo el mismo, generando perjuicios no solo materiales, sino que se verán reflejados en el cumplimiento de los fines para los que se expidió la Ley Orgánica de Extinción, así como de aquellos previstos en la LOES y su Reglamento General respecto del fortalecimiento del Sistema de Educación Superior.

Por ello, resulta claro que en el contrato de fideicomiso mercantil se podrá establecer la instrucción de que la fiduciaria comparezca en todos los procesos judiciales que enfrenten los constituyentes, sin que ello signifique sustituir a los mismos en calidad de parte procesal, ni que por tal razón pueda ser considerada personal o solidariamente responsable de estas obligaciones, conforme a lo establecido en la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Extinción”.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 237 numeral 3, dispone que corresponde al Procurador General del Estado el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

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

En 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.

Conforme lo señalado al atender su primera consulta, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Extinción de Universidades y Escuelas Politécnicas dispone que las instituciones de educación superior, determinadas en el artículo 3 *Ibíd.*, están obligadas a través de sus administradores temporales a constituir un fideicomiso mercantil de administración, el cual tendrá como beneficiarias a las instituciones de educación superior señaladas en el artículo 14 de la indicada Ley.

Por su parte, el artículo 8 de la Ley Orgánica referida en el párrafo precedente, establece la obligación del Fideicomiso de pagar, salvo lo dispuesto en los artículos 9 y 10, todos los pasivos pendientes de las universidades y escuelas politécnicas extintas que al momento de la publicación de la presente Ley, consten reflejados en sus estados financieros debidamente auditados y las acreencias reconocidas en sentencias judiciales ejecutoriadas, según las directrices de los artículos 8, 9 y 10 de la Ley Orgánica *Ibíd.*

De la revisión de la Ley Orgánica de Extinción de Universidades y Escuelas Politécnicas, se evidencia que dicho cuerpo legal no contiene una previsión respecto de la sustitución de las universidades y escuelas politécnicas, cuya extinción se dispone, en los procesos en trámite o por tramitarse, en que se les haya demandado el pago de obligaciones, ni sobre la asunción del patrocinio legal en aquellas causas iniciadas o las que se llegaren a iniciar en contra de las universidades y escuelas politécnicas extintas.

Por lo expuesto, la Procuraduría General del Estado se abstiene de atender su segunda consulta, en virtud de que de conformidad con el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República, la facultad de expedir, reformar e interpretar leyes con carácter generalmente obligatorio, es privativa de la Asamblea Nacional; así como, este Organismo no se pronuncia sobre los términos y alcance de los contratos de fideicomiso, por no ser parte de sus competencias establecidas 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.

IMPUESTO DEL 1.5 POR MIL SOBRE LOS ACTIVOS TOTALES

OF. PGE. N°: 09161 de 18-01-2017

CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Antonio Ante

CONSULTA:

“¿Si a los GAD’s dónde declaran contribuyentes que tienen sus fábricas o plantas de producción les pertenece la totalidad del Impuesto del 1.5 por mil a los Activos Totales o no les pertenece.?. Y si deben transferir la parte del impuesto a otros GAD’s o no, según el ingreso generado en esas localidades por tener una sucursal, entendiendo como sucursal un almacén o distribuidora de los bienes que produce? ”.

BASES LEGALES:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 6 lit. i), 491 lit. i), 552, 553

Ley de Régimen Tributario Interno, Art. 19

Ley de Compañías, Art. 5

Ley de Control Tributario y Financiero, Arts. 31 y 32.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 1, 17, lit. b), y 539 (derogada)

Código Tributario, Art. 24, 29 núm. 2), 59 y 61

Código Civil, Art. 5

PRONUNCIAMIENTO:

Con oficio No. 08527 de 14 de noviembre de 2016, esta Procuraduría le solicitó reformular los términos de su consulta, de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma, y

remitir en texto independiente el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Procurador Síndico de la Entidad Edilicia a su cargo, conteniendo un análisis de las normas legales y la posición institucional en la que se concluya en base a dicho análisis.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 08528 de 14 de noviembre de 2016 e insistencia contenida en el oficio No. 08730 de 1 de diciembre del presente año, este Organismo solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, requerimiento que fue atendido mediante oficio No. 986-DE-AME-2016 de 5 de diciembre de 2016, ingresado a este Despacho el 21 del mismo mes y año.

Mediante oficio No. 924-GADM-AA-A-2016 de 17 de noviembre de 2016, ingresado a esta Procuraduría el 18 del mismo mes y año, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Antonio Ante, reformula su consulta sobre la aplicación del artículo 553 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que establece el impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, en los siguientes términos:

“Con el objeto de clarificar el espíritu de la disposición legal antes referida y por tratarse de una consulta que trata de la inteligencia y aplicación de la Ley, mucho agradeceré a usted se digne realizar la interpretación del alcance y procedencia de esta disposición legal para la determinación tributaria, pago y redistribución aplicable en el caso materia de la consulta, es decir, respecto a si procede o no la transferencia de los valores correspondientes al impuesto del 1.5 por mil a los activos totales generados; considerando que si una Empresa tiene sus actividades fuera de su domicilio social, cancela el valor del impuesto en el Municipio del cantón en donde está ubicada la fábrica o planta de producción y además tiene una sucursal en otro cantón; este Municipio en el cual está ubicada la fábrica, ¿debe transferir el porcentaje del impuesto que corresponda al Municipio en donde la Empresa tiene una sucursal?

Concretamente:

Si los GAD's en donde declaran los contribuyentes que tienen sus fábricas o plantas de producción deben realizar la transferencia conforme el porcentaje de los ingresos obtenidos en cada uno de los cantones donde tenga sucursales, y en base a dichos porcentajes determinar el valor del impuesto que corresponde a cada Municipio, o no?; entendiendo como sucursales, un almacén, o distribuidora de los bienes que produce”.

El informe del Procurador Síndico, contenido en memorando No. 58-GADM-AA-PS-2016 de 17 de noviembre de 2016, cita entre otros, los artículos 280 de la Constitución de la República, 552 y 553 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que establecen el impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales; y, sobre dicha base concluye:

“El sumak kawsay engloba una sola visión de desarrollo, de trabajo, de planificación, todos aspiramos arribar en algún momento a cumplir metas, aspiraciones comunes en beneficio de todas y de todos, por lo tanto, los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, han venido ejerciendo la gestión coordinada sobre el caso que nos ocupa, es decir, la transferencia del porcentaje correspondiente de la determinación tributaria referente al 1.5 por mil de los activos

totales, en base a lo estipulado en el Art. 553 del COOTAD, pero en este caso surge el inconveniente de interpretación sobre el último inciso del citado Artículo 533; y de conformidad a los argumentos antes citados considero que si procede que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Otavalo transfiera los recursos porcentuales al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Antonio Ante”.

Por su parte, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, además de las normas del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que invoca la entidad consultante, cita los artículos 24 del Código Tributario que contiene la definición de sujeto pasivo; 19 de la Ley de Régimen Tributario Interno que establece las personas que están obligadas a llevar contabilidad; 5 de la Ley de Compañías que se refiere al domicilio de las sociedades; y, 5 del Código Civil que define al domicilio, sobre dicha base manifiesta:

“El Impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, inicialmente se estableció en la Ley No. 006 de Control Tributario y Financiero publicada en Registro Oficial No. 97 de 29 de diciembre de 1988, actualmente ya consta en el COOTAD.

De las disposiciones legales referidas, podemos concluir que grava a los activos totales de 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. Su periodo financiero corre del 1 de enero al 31 de diciembre, y su base imponible corresponde al activo total del año anterior, debiendo pagarse hasta 30 días después de la fecha límite establecida para la declaración del impuesto a la renta.

Para fines prácticos, la persona natural o jurídica domiciliada en una jurisdicción cantonal que posea agencias o sucursales en otras jurisdicciones cantonales, debe estar inscrita en el Registro Único de Contribuyentes y presentar la declaración respectiva al momento de realizar el pago total del impuesto del 1.5 por mil sobre los Activos Totales en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón donde efectúe el pago, especificando el porcentaje de ingresos obtenidos en cada uno de los cantones donde realiza la actividad económica o tenga sucursales, a efecto de que sobre esa base se determine los porcentajes que corresponda sobre el impuesto a cada GAD Municipal.

Una vez receptada la declaración y efectuado el pago, la Dirección Financiera Municipal del Cantón que ha cobrado el tributo debe remitir los valores que correspondan a cada Municipalidad. Para la distribución del impuesto se tomará en cuenta el total de ingresos, que consta en el Estado de Resultados de la Declaración del Impuesto a la Renta presentada al Servicio de Rentas Internas y Superintendencias de Compañías o de Bancos, según fuere el caso.

CRITERIO:

En base a lo anotado podemos concluir que los sujetos pasivos que realicen actividades en más de un cantón, presentarán la declaración del impuesto en el cantón en donde tenga su domicilio

principal, especificando el porcentaje de los ingresos obtenidos en cada uno de los cantones, y en base a dichos porcentajes determinarán el valor del impuesto que corresponde a cada municipio”.

Como antecedente es pertinente observar que de acuerdo con los artículos 59 y 61 del Código Tributario, las personas naturales y jurídicas tienen su domicilio tributario en el lugar en el que residen habitualmente o conste en el respectivo acto constitutivo, así como aquel lugar en el que se produzca el hecho generador.

En lo referido al tributo que motiva su consulta, antes de la promulgación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD), mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 10301 de 10 de noviembre de 2009, este Organismo atendió una consulta formulada por la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, sobre el impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, que entonces se regía por los artículos 31 y 32 de la Ley de Control Tributario y Financiero, cuyos textos son similares a los que constan en la actualidad en los artículos 552 y 553 del COOTAD y que son objeto de su actual consulta, en el cual esta Procuraduría manifestó en su parte correspondiente:

“De las disposiciones legales citadas se colige que cuando un contribuyente obligado al pago del 1.5 mil sobre los activos totales desarrolla actividades en varios municipios, debe presentar su declaración en el municipio en el que tiene su domicilio principal, en la que determinará el valor del impuesto que corresponde a cada municipalidad, especificando el porcentaje de los ingresos obtenidos en cada una. En consecuencia, en el caso de este tributo, si bien todas las municipalidades son sujetos activos, debe percibir el pago la municipalidad en la que el contribuyente tiene su domicilio principal.

(...)

Así mismo, de los artículos 1, 17, letra b, y 539 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, así como del numeral 2 del artículo 29 de Código Tributario, se desprende que la municipalidad que percibe el pago del impuesto al 1.5 por mil sobre los activos totales, está en la obligación de distribuir a las demás municipalidades el valor del tributo que perciba o recaude, en las mismas proporciones que las consignadas en la declaración que presente el contribuyente.

Por lo expuesto, la municipalidad que recauda o percibe el pago del impuesto del 1.5 mil sobre los activos totales, esto es, donde el contribuyente tiene su domicilio principal, debe distribuir la proporción que le corresponde a cada municipalidad, tanto del tributo, como los intereses que el retardo en el cumplimiento origine”.

En la actualidad, la letra i) del artículo 491 del COOTAD incluye al impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales entre los impuestos municipales y metropolitanos; y, los artículos 552 y 553 del mismo Código Orgánico definen y establecen a los sujetos activo y pasivo de dicho impuesto, en los siguientes términos:

“Art. 552.- Sujeto Activo.- Son sujetos activos de este impuesto 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.

Art. 553.- Sujeto Pasivo.- 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.

Para efectos del cálculo de la base imponible de este impuesto los sujetos pasivos podrán deducirse las obligaciones de hasta un año plazo y los pasivos contingentes.

Los sujetos pasivos que realicen actividades en más de un cantón presentarán la declaración del impuesto en el cantón en donde tenga su domicilio principal, especificando el porcentaje de los ingresos obtenidos en cada uno de los cantones donde tenga sucursales, y en base a dichos porcentajes determinarán el valor del impuesto que corresponde a cada Municipio.

Para el pago de este impuesto por parte de las empresas de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos, se tendrá en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

Cuando los sujetos pasivos de este impuesto tengan su actividad en una jurisdicción distinta al Municipio o Distrito Metropolitano en el que tienen su domicilio social, el impuesto se pagará al Municipio del lugar en donde se encuentre ubicada la fábrica o planta de producción”. (El énfasis me pertenece).

De acuerdo con el tenor del artículo 552 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, las municipalidades son los sujetos activos del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales; y, según el artículo 553 *Ibidem*, los sujetos pasivos de dicho impuesto son las personas naturales, jurídicas y sociedades nacionales o extranjeras, domiciliadas en el respectivo cantón, que ejerzan permanentemente actividades económicas y estén obligadas a llevar contabilidad.

Es procedente observar que de acuerdo a la letra i) del artículo 6 del COOTAD, está prohibido “i) Obligar a los gobiernos autónomos a recaudar o retener tributos e ingresos a favor de terceros, con excepción de aquellos respecto de los cuales la ley les imponga dicha obligación (...)”.

Por su parte, el caso al que se refiere su consulta se encuentra regulado en el tercer inciso del artículo 553 del citado Código, esto es aquel en que el sujeto pasivo del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, desarrolle actividades en más de un cantón; y al efecto dispone que, dicho sujeto pasivo efectúe la declaración del impuesto en el cantón donde tenga su domicilio principal, especificando el porcentaje de los ingresos obtenidos en cada uno de los cantones en los

que realice las actividades económicas sujetas a este impuesto “(...) y en base a dichos porcentajes determinarán el valor del impuesto que corresponde a cada Municipio”.

De igual forma, el tenor del inciso final del citado artículo 553 del COOTAD, prevé que cuando el sujeto pasivo del impuesto realice su actividad económica en un domicilio distinto a aquel en el que tiene su domicilio social, el impuesto se debe pagar al Municipio del lugar en donde se encuentre ubicada la fábrica o planta de producción.

De las disposiciones legales citadas previamente, se desprende que con relación al impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales pueden existir varios municipios que tengan simultáneamente la calidad de sujetos activos de dicho tributo, cuando el sujeto pasivo obligado al pago del tributo tiene su domicilio principal o social en un cantón y realiza actividades económicas gravadas con este impuesto en más de un cantón o cuando el contribuyente tenga su domicilio principal o social en un cantón distinto a donde se encuentra ubicada la fábrica o planta de producción.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 553 del COOTAD, los sujetos pasivos del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, deben realizar la declaración y pago total de ese impuesto, a la Municipalidad ubicada en el cantón donde tengan su domicilio principal o social, debiendo determinar en su declaración, el valor del impuesto que corresponde a los otros municipios distintos al de su domicilio en los que ejerzan permanentemente las actividades económicas gravadas. Mientras que, según el quinto inciso del citado artículo 553 del COOTAD, la declaración y pago total del tributo se debe efectuar por el contribuyente a la municipalidad del lugar en el que esté ubicada la fábrica o planta de producción, determinando en dicha declaración el valor del impuesto que corresponde a los otros municipios, esto es aquel en el que el contribuyente tenga su domicilio principal o social, así como aquellos municipios en los que se ejerzan las actividades económicas gravadas.

Por lo tanto, la Municipalidad que recauda o percibe el pago total de este impuesto, está legalmente obligada, de acuerdo con el artículo 553 del COOTAD a distribuir a las demás municipalidades que según el artículo 552 *Ibidem* tengan el carácter de sujetos activos del impuesto, el valor proporcional del tributo que les corresponda, en las mismas proporciones que las consignadas en la declaración del contribuyente.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad de cada gobierno autónomo descentralizado municipal su aplicación a cada caso particular.

JURISDICCIÓN COACTIVA: COBRO DE OBLIGACIONES Y ELABORACIÓN DE INSTRUCTIVO

OF. PGE. N°: 09063 de 10-01-2017

ENTIDAD CONSULTANTE: Superintendente de Control del Poder de Mercado

CONSULTAS:

- 1.- “¿La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, puede hacer uso de la Jurisdicción Coactiva de la que se encuentra investida exclusivamente para el cobro de obligaciones cuyo origen son las multas impuestas a los operadores económicos por infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, conforme lo establecido en el artículo 88 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado o puede utilizar la vía coactiva para el cobro de otras obligaciones?”.
2. “¿Es viable legalmente que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, elabore el Instructivo conforme lo manda el artículo 84 del Reglamento de la LORCPM, incluyendo en sus disposiciones las establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, tanto más cuanto que, en lo referente a las diligencias de citación, embargo, remate y adjudicación, su cumplimiento se tornó obligatorio, en el primer caso, desde la promulgación de dicho cuerpo legal, esto es desde el 22 de mayo del 2015 y en el segundo, tercero y cuarto, a partir de los 180 días de su promulgación, es decir desde el 23 de noviembre de 2015”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 226.

Código Orgánico General de Procesos, Disp. Final Segunda.

Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, Arts. 1, 9, 26, 27, 36, 38, 44 núm. 18, 88; y, 80 y 84 del Reglamento para la Aplicación.

Código de Procedimiento Civil, Art. 941, 942, 952 y 955 (derogado).

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Arts. 88; y, 84 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

PRIMERA CONSULTA:

En el memorando No. SCPM-CGAJ-830-2016-M de 21 de noviembre de 2016, el Coordinador General de Asesoría Jurídica, con relación a la primera consulta, cita como fundamentos legales los artículos 44 y 88 de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, los artículos 80 y 84 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y efectúa el siguiente análisis:

“(…) La facultad para el cobro a través de la vía coactiva para obligaciones que no son producto de multas impuestas a operadores económicos por infracciones a la Ley, a criterio de éste organismo, estaba prevista en el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, que textualmente disponía: ‘Art. 941.- El procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento; al Banco Central del Ecuador y a los Bancos del Sistema de Crédito de Fomento, por sus créditos; al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y las demás que contemple la ley’.

Al haberse derogado el código antes referido, la facultad prevista en el Art. 941 ya no existe y no se ha considerado en el Código Orgánico General de Procesos una disposición similar.

Al iniciar juicios coactivos por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para el cobro de obligaciones que no tengan su origen en multas impuestas a operadores económicos sin tener una base legal, ocasiona inseguridad jurídica lo cual vulneraría el principio constitucional previsto en el artículo 82 de la Carta Magna que textualmente dice: ‘El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respecto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes (...)’ ”.

Sobre la primera consulta, el Coordinador General de Asesoría Jurídica en el memorando No. SCPM-CGAJ-830-2016-M, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Por lo expuesto, es criterio de la Coordinación General de Asesoría Jurídica, que el ejercicio de la Jurisdicción Coactiva por parte de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado, una (Sic) que ha sido derogado el Código de Procedimiento Civil debe circunscribirse única y exclusivamente para el cobro de las multas impuestas a los operadores económicos y hacer efectivas las sanciones establecidas y que se encuentren en firma conforme lo dispone la LORCPM”.

La Constitución de la República, en su artículo 226 establece el principio de legalidad en los siguientes términos:

“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”.

Como se puede observar, la disposición constitucional antes invocada, determina que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores 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.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCM) establece como objeto de dicho cuerpo legal: evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general.

Los artículos 9, 26 y 27 *Ibidem*, prohíben el abuso del poder de mercado y las prácticas desleales, y tipifican las infracciones en esa materia; y, los artículos 36 y 38 numeral 2 de la misma Ley, confieren a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado competencia para sancionar en sede administrativa las infracciones tipificadas en esa Ley.

En este contexto, el numeral 18 del artículo 44 de la misma Ley Orgánica, prevé entre las atribuciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado, la siguiente:

“Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley:

(...) 18. Ejercer y delegar la acción coactiva de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil y la normativa vigente”.

El artículo 88 de la misma Ley Orgánica, con relación a la acción coactiva dispone:

“Art. 88.- Acción coactiva. - La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través del Superintendente, ejercerá acción coactiva según la ley y podrá delegarla para cobrar las multas y hacer efectivas las sanciones establecidas en esta Ley”. (Lo resaltado me pertenece)

Adicionalmente, el artículo 80 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, sobre la facultad coactiva del Superintendente de Control del Poder de Mercado, ha previsto lo siguiente:

“Art. 80.- Ejercicio de la jurisdicción coactiva. - La jurisdicción coactiva la ejercerá el Superintendente de Control del Poder de Mercado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley y en la sección Trigésima del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil”.

En el informe jurídico de la entidad de control consultante, se hace referencia al artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, que actualmente se encuentra derogado por la Disposición Derogatoria Primera del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), cuyo tenor es el siguiente:

“Sección 30a.

De la jurisdicción coactiva

Art. 941.- El procedimiento coactivo tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones que por ley tienen este procedimiento; al Banco Central del Ecuador y a los bancos del Sistema de Crédito de Fomento, por sus créditos; al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y las demás que contemple la ley”.

Cabe advertir que la potestad coactiva otorgada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado proviene de la disposición contenida en el artículo 88 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y no tiene su origen en la disposición contenida en el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta y en aplicación del principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República, se concluye que la

Superintendencia de Control del Poder de Mercado, está facultada por mandato expreso de la Ley a ejercer la acción coactiva de la que se halla investida, únicamente para cobrar las multas y hacer efectiva las sanciones impuestas por infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, según lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley Ibídem, y por tanto no es jurídicamente procedente que extienda el ejercicio de la acción coactiva a materias distintas de las previstas expresamente por esa norma.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales, siendo responsabilidad exclusiva de las máximas autoridades de la Entidad consultante su correcta aplicación a casos particulares; así como establecer los mecanismos idóneos para efectuar la recuperación de los valores que le sean adeudados.

SEGUNDA CONSULTA

En lo que respecta a la segunda consulta, en el memorando No. SCPM-CGAJ-830-2016-M de 21 de noviembre de 2016, el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, cita como fundamentos jurídicos el artículo 84 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado y la Disposición Transitoria Segunda y la Segunda Disposición Final del Código Orgánico General de Procesos y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En razón de que el artículo 84 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dispone en forma imperativa que el Superintendente, emita el instructivo correspondiente para el ejercicio de la jurisdicción coactiva de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de conformidad con la Ley, este funcionario está obligado a cumplir esta disposición, porque no le está dado interpretarla o innovarla, porque su actividad está reglada.

La Coordinación General de Asesoría Jurídica, estima que debe perfeccionar el proyecto de reforma al Instructivo para el Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva elaborado por la Dirección de Recaudación y Coactiva, tomando en cuenta que las disposiciones constantes en el Código Orgánico General de Procesos, que por otro lado, es de obligatorio cumplimiento en lo que respecta a las diligencias procesales de citación, embargo, remate y adjudicación y que servirá exclusivamente para tramitar juicios coactivos para recaudar valores adeudados por concepto de multas”.

El artículo 84 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, señala:

“Art. 84.- Instructivo. - El Superintendente de Control del Poder de Mercado emitirá el instructivo correspondiente para el ejercicio de la jurisdicción coactiva de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado de conformidad con la Ley”.

Como se puede apreciar del artículo citado, el Superintendente de Control del Poder de Mercado está facultado para emitir el respectivo instructivo para la aplicación de su jurisdicción coactiva.

Adicionalmente, se debe tener presente que el artículo 80 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dispone que la jurisdicción coactiva la ejercerá el Superintendente de Control del Poder de Mercado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la indicada Ley y en la Sección Trigésima del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil.

Del texto de su segunda consulta, se establece que ésta se refiere a la regulación a través del instructivo establecido en el artículo 84 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de las diligencias de “citación, embargo, remate y adjudicación” dentro del proceso coactivo, determinando si se deben aplicar para estos casos las disposiciones del COGEP.

Cabe señalar, que el Código de Procedimiento Civil actualmente se encuentra derogado por la Disposición Derogatoria Primera del COGEP. En este punto es pertinente considerar que, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil, la ley entra en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial pero la misma ley puede establecer un plazo especial para su vigencia y en tal sentido, la Disposición Transitoria Segunda y la Disposición Final Segunda del Código Orgánico General de Procesos, en su orden han previsto lo siguiente:

“DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA.- Los procedimientos coactivos y de expropiación seguirán sustanciándose de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico Tributario, según el caso, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso previstas en la Constitución de la República.

Las normas antes aludidas se seguirán aplicando en lo que no contravenga las previstas en este Código, una vez que éste entre en vigencia y hasta que se expida la ley que regule la materia administrativa”. (Lo resaltado me pertenece)

“DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA.- El Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan períodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley.

Las disposiciones que regulan el remate entrarán en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de la publicación de la presente Ley”.

Como se observa del tenor de la Disposición Transitoria Segunda del COGEP, el legislador ha dispuesto que los procedimientos coactivos y de expropiación se seguirán sustanciando de acuerdo con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico Tributario, según el caso, en lo que no contravenga las disposiciones del COGEP, hasta que se expida la ley que regule la materia administrativa y acatando las normas del debido proceso previstas en la Constitución de la República.

La Disposición Final Segunda del mismo COGEP determina la vigencia de dicho cuerpo normativo luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan períodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación del mismo; y, las normas referentes al remate que entrarán en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.

De lo hasta aquí señalado, se puede determinar que en lo referente al procedimiento que debe observar la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para el ejercicio de su potestad coactiva, siguen siendo aplicables las normas contenidas en la sección Trigésima denominada “De la Jurisdicción Coactiva”, del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil, en tanto no contravengan las disposiciones del COGEP.

Por su parte, el artículo 942 del Código de Procedimiento Civil, que continúa siendo aplicable, según la Disposición Transitoria Segunda del COGEP, establece un orden de aplicación de la normativa en materia de procedimiento coactivo, en los siguientes términos:

“Art. 942.- El procedimiento coactivo se ejerce privativamente por los respectivos empleados recaudadores de las instituciones indicadas en el artículo anterior. Tal ejercicio está sujeto a las prescripciones de esta Sección, y, en su falta, a las reglas generales de este Código, a las de la ley orgánica de cada institución y a los estatutos y reglamentos de la misma, en el orden indicado y siempre que no haya contradicción con las leyes, en cuyo caso prevalecerán éstas (...)”.

Adicionalmente, la Sección Trigésima denominada “De la Jurisdicción Coactiva”, del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil, establece en sus artículos 952 y 955, lo siguiente:

“Art. 952.- La citación del auto de pago y del que ordene el nombramiento de peritos para la liquidación, se harán en la forma que se indica en el trámite del juicio ejecutivo.

Art. 955.- El procedimiento para el embargo, avalúo y remate de bienes, será el establecido para el juicio ejecutivo”.

Del tenor de las normas antes transcritas, el Código de Procedimiento Civil, dentro del procedimiento coactivo allí establecido, dispone que la citación, nombramiento de perito, embargo, avalúo y remate de bienes se efectúe de acuerdo a lo determinado en el juicio ejecutivo; y, en lo no previsto en la Sección Trigésima denominada “De la Jurisdicción Coactiva”, del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil, se deberá observar en su orden, las normas generales establecidas en ese Código, las de las leyes orgánicas de cada institución y los estatutos y reglamentos que estas hayan dictado para el efecto.

En virtud de lo señalado en el párrafo precedente y toda vez que el Título II del Libro IV del COGEP regula en la actualidad el procedimiento ejecutivo, son esas disposiciones legales las que deberán

observarse cuando en la sección Trigésima del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil hace referencia a que las diligencias de citación, nombramiento de perito, embargo, avalúo y remate de bienes se efectuará de acuerdo a lo establecido en el juicio ejecutivo.

Además, se puede observar que a pesar de haber sido derogado el Código de Procedimiento Civil, el procedimiento coactivo establecido en dicho cuerpo legal, en razón que la Disposición Transitoria Segunda del COGEP, se encuentra vigente en todo lo que no se contraponga a las nuevas disposiciones procesales y principios del COGEP.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su segunda consulta, se concluye que, el Superintendente de Control del Poder de Mercado en uso de su facultad establecida en el artículo 84 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al expedir el instructivo para el ejercicio de su acción coactiva, deberá observar las prescripciones de la Sección Trigésima del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil en todo lo que no se contraponga con las normas y principios del COGEP, hasta que se expida la ley que regula la materia administrativa.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales, siendo responsabilidad exclusiva de las máximas autoridades del Organismo de Control consultante su correcta aplicación a casos particulares; así como el contenido y legalidad de las disposiciones del Instructivo que sobre el ejercicio de la acción coactiva expida la Superintendencia del Control de Poder de Mercado.

JURISDICCIÓN COACTIVA: RECUPERACIÓN, RECAUDACIÓN Y COBRO ÁGIL DE ACREENCIAS QUE ADEUDEN AL MAGAP

OF. PGE. N°: 09719 de 03-03-2017

CONSULTANTE: Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura Y Pesca

CONSULTA:

“¿Es procedente que el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, de conformidad con la Disposición General Quinta de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, ejerza la jurisdicción coactiva para la recuperación, recaudación y cobro ágil y oportuno de todas las acreencias que por cualquier concepto se adeuden al MAGAP, dentro del ámbito de sus competencias; y, principalmente, sobre los títulos de créditos, emitidos por las empresas públicas e instituciones que, en virtud de su supresión y liquidación pasaron a formar parte de los activos y pasivos del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca; o de todas aquellas acciones de daños y perjuicios inmersas dentro del ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 424.

Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, Arts. 2, 32, 60 lit. g), 66, 67, 102 a 107

Disp. Gen. Quinta; y, 11, 125 de su Reglamento.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 105; y, 163 de su Reglamento General.

Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, Arts. 1

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 31 núm. 12 y 34; 54 inc. último.

Código Orgánico General de Procesos, Art. 326 núm. 4 lit. e).

Estatuto Orgánico por procesos del MAGAP, Arts. 11.

PRONUNCIAMIENTO:

En su oficio de consulta, en el acápite II denominado “Fundamentos de hecho y de derecho que motivan la consulta”, usted manifiesta que:

“(…)

Esta jurisdicción coactiva se puede ejercer sobre los títulos de crédito, obligaciones contractuales y recaudación de los créditos que por cualquier concepto y especie deban a esta Cartera de Estado, principalmente los títulos de crédito, multas, daños y perjuicios suscritos a favor de empresas públicas e instituciones que, en virtud de su supresión y liquidación pasaron a formar parte de los activos y pasivos del MAGAP; o, de todas aquellas acciones inmersas dentro del ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ejercer la jurisdicción coactiva en todo lo que fuere de competencia del MAGAP como ente rectora del multisector (...).”

Mediante oficio No. 09367 de 6 de febrero de 2017, este Organismo solicitó a la Cartera de Estado a su cargo, remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado de la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del MAGAP, lo que ha sido atendido con oficio No. MAGAP-CGAJ-2017-0028-OF de 16 de febrero de 2017 y recibido en este Despacho el 20 del mismo mes y año.

El informe jurídico de la entidad consultante, contenido en memorando No. MAGAP-CGAJ-2017-0051-M de 10 de enero de 2017, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de esa Entidad, cita los artículos 2 y 32 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, así como su Disposición General Quinta; el artículo 11 del Reglamento a esa Ley; y, el artículo 11 del Estatuto Orgánico por procesos del MAGAP. Adicionalmente invoca la Disposición Reformativa Décimo Novena del Código Orgánico General de Procesos que reformó el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales; y, sobre dicha base manifiesta en forma general el siguiente criterio:

III. CRITERIO JURÍDICO INSTITUCIONAL.-

La Coordinación General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, al desarrollar el consenso jurídico necesario (con varias áreas del MAGAP) y al analizar la base legal pertinente, señala como conclusión que es procedente que el MAGAP ejerza en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales y de su Reglamento,

la jurisdicción coactiva en todo lo que fuere de competencia del MAGAP como ente rectora del multisector, para regular, normar, facilitar, controlar y evaluar la gestión de la producción agrícola, ganadera, acuícola y pesquera del país (...).

IV.- CRITERIO:

En base a la normativa expuesta, es claro que la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales le faculta a la Autoridad Agraria Nacional, a ejercer la jurisdicción coactiva; así también, en base al artículo 11 del Reglamento, se indica que la Autoridad Agraria Nacional es el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca.

Por consiguiente, es el MAGAP quien está facultado para ejercer la jurisdicción coactiva, ya que es la institución rectora del multisector, para regular, normar, facilitar, controlar y evaluar la gestión de la producción agrícola, ganadera, acuícola y pesquera del país; promoviendo acciones que permitan el desarrollo rural y propicien el crecimiento sostenible de la producción y productividad del sector impulsando al desarrollo de productores, en particular representados por la agricultura familiar campesina, manteniendo el incentivo a las actividades productivas en general; y es factible que aplique el proceso coactivo a las demás áreas de su competencia”.

Del tenor de su consulta transcrita en los antecedentes, se aprecia que ésta tiene por finalidad establecer si, la acción coactiva que la Disposición General Quinta de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales confiere al MAGAP como Autoridad Agraria Nacional, es aplicable para la recaudación de las acreencias que “por cualquier concepto se adeuden al MAGAP, dentro del ámbito de sus competencias”, incluidos los títulos de crédito, emitidos por las empresas públicas e instituciones suprimidas, cuyos activos y pasivos pasaron a formar parte de ese Ministerio; y, adicionalmente, si el MAGAP puede ejercer coactiva para el cobro de daños y perjuicios dentro del ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Sin embargo, el informe jurídico de la entidad consultante, contiene una sola conclusión general sobre el tema.

Para atender su consulta es pertinente considerar como antecedente que, el artículo 226 de la Constitución de la República, establece el principio de legalidad que rige en derecho público y dispone:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Por otra parte, es pertinente considerar que el artículo 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales es una norma de orden general, que faculta a los organismos y entidades del sector público que por Ley tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivo el cobro de sus acreencias a ejercer subsidiariamente su acción, no solo en contra del obligado principal, sino en

contra de todos los obligados por Ley y, en el caso de personas jurídicas usadas para defraudar, faculta a llegar hasta el último nivel de propiedad; es decir, que la potestad coactiva no nace del artículo 1 de la Ley Ibídem, sino que tiene origen en las disposiciones legales que les otorgaron esa potestad y que rigen su accionar. En consecuencia, le corresponde a cada entidad ejercer la coactiva de la que se halla investida, de conformidad con las leyes específicas que les han conferido potestad coactiva aplicable a cada caso.

De ahí que, para atender su consulta, corresponde examinar la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales (en adelante LOTRTA), cuya Disposición General Quinta confiere acción coactiva a la Autoridad Agraria Nacional, en los siguientes términos:

“QUINTA.- **Para los efectos de esta Ley** se confiere la facultad coactiva a la Autoridad Agraria Nacional, la misma que puede ser delegada al órgano administrativo correspondiente”.

Según el tenor de la Disposición General Quinta de la LOTRTA, se confiere coactiva a la Autoridad Agraria Nacional, “Para los efectos de esta Ley”, es decir para las materias regladas por ese cuerpo normativo, lo que impone examinar el ámbito y objeto de dicha norma establecido en su artículo 2 en los siguientes términos:

“Art. 2.- Objeto. Esta Ley tiene por objeto normar el uso y acceso a la propiedad de la tierra rural, el derecho a la propiedad de la misma que deberá cumplir la función social y la función ambiental. Regula la posesión, la propiedad, la administración y redistribución de la tierra rural como factor de producción para garantizar la soberanía alimentaria, mejorar la productividad, propiciar un ambiente sustentable y equilibrado; y otorgar seguridad jurídica a los titulares de derechos.

Además esta Ley garantiza la propiedad de las tierras comunitarias, el reconocimiento, adjudicación y titulación de tierras y territorios de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y pueblo montubio, de conformidad con la Constitución, convenios y demás instrumentos internacionales de derechos colectivos”.

La definición de la función social que debe cumplir la tierra rural, está contenida en el artículo 11 de la referida Ley de la siguiente forma: “(...) Esta presupone que el sistema productivo agrario establecido en el predio mantenga una producción sostenible y sustentable para garantizar la soberanía alimentaria, la generación de trabajo familiar o de empleo, el desarrollo y fortalecimiento de las capacidades de producción, agro industria y exportación agropecuaria, de conformidad con la Ley. Además, la función social de la propiedad de la tierra rural implica que el derecho del propietario o poseionario no afecta otros derechos individuales y colectivos que concurren con este” y en sus siguientes incisos establece las condiciones que deben reunir los predios rurales con aptitud productiva para cumplir con la función social así como los criterios para establecer los promedios de producción y productividad de cada zona agroecológica.

De las normas citadas se desprende que, el objeto de la LOTRTA es normar el uso y acceso a la propiedad de la tierra rural, según su artículo 2, de manera que ésta cumpla su función social definida por el artículo 11 Ibídem.

El artículo 32 de la misma ley, establece en su primer inciso que “La Autoridad Agraria Nacional será el ministerio de ramo, instancia rectora, coordinadora y reguladora de las políticas públicas en materia de tierras rurales en relación con la producción agropecuaria y la garantía de la soberanía alimentaria”, estableciendo las competencias y atribuciones de dicha autoridad en el ámbito de esa Ley.

De igual forma, el artículo 11 del Reglamento a la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, reitera que “La Autoridad Agraria Nacional en sus respectivas jurisdicciones racional, zonal y provincial, es el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca (...)”.

Conforme se desprende de las normas citadas de la LOTRTA y su Reglamento, la calidad de Autoridad Agraria Nacional corresponde al Ministerio del Ramo, esto es al MAGAP, entidad que tiene las atribuciones descritas en el artículo 32 de la citada Ley, todas ellas relacionadas con el uso y acceso a la propiedad de la tierra rural, según el artículo 2 de esa Ley y el fomento de la capacidad productiva de la tierra rural, que permita lograr que la tierra rural cumpla la función social, definida por su artículo 11.

Por su parte, el Estatuto Orgánico por Procesos del MAGAP, que se invoca en el informe jurídico referido en los antecedentes, está subordinado a las normas de mayor rango en aplicación del principio de jerarquía normativa que consta en el artículo 424 de la Constitución de la República y por tanto no puede crear competencias distintas a las que la Ley asigna al MAGAP.

Dentro de la órbita de atribuciones que le corresponden a la Autoridad Agraria Nacional (MAGAP), de conformidad con la LOTRTA, es pertinente señalar algunas disposiciones relacionadas a la recaudación de valores, tal como el artículo 16, titulado “De la pobreza extrema”, el cual prevé que la Autoridad Agraria Nacional transferirá a las familias campesinas en situación de pobreza extrema que habitan en zonas rurales más deprimidas, extensiones de tierra productiva y que el pago del valor del predio adjudicado y sus intereses correrán y serán exigibles luego de transcurridos cinco años desde su transferencia y de acuerdo con la capacidad de pago del adjudicatario.

Por otra parte, existen algunas normas en el “CAPÍTULO II DE LA ADJUDICACIÓN” de la LOTRTA, referidas al pago de valores por tierras adjudicadas por el Estado, teniendo en consideración que conforme la definición del artículo 59 de la Ley Orgánica en mención, adjudicación, es el acto administrativo público de disposición o enajenación de tierras rurales, a través del cual el Estado transfiere y titula el dominio de un predio de su patrimonio, en favor de la persona natural que ha estado en posesión agraria de tierra rural estatal y que ha cumplido los requisitos determinados en esta Ley y su reglamento, entre las cuales se destacan la letra g) del artículo 60, que entre las obligaciones del adjudicatario, determina la de “Pagar el valor de la adjudicación en los términos que establezca la providencia de adjudicación”.

De igual forma, el artículo 66 de la LOTRTA dispone que en todos los casos de adjudicación de tierras rurales por parte del Estado a posesionarios individuales, el valor será fijado por la Autoridad Agraria Nacional, de conformidad con la Ley y el reglamento, mismo que será cancelado por el

beneficiario en efectivo o en títulos pagaderos anualmente, en un plazo de hasta quince años, con un interés preferencial; y, que en caso de mora, se pagará el interés que fije la autoridad de política y regulación monetaria y financiera.

En lo que respecta a la recuperación de los valores pagados por la Autoridad Agraria Nacional por la expropiación de tierras, posteriormente adjudicadas, el inciso primero del artículo 67 prevé que el valor pagado por el predio expropiado, debe ser recuperado por el Estado, a prorrata de la adjudicación; sin embargo, en caso de falta de pago insuperable, no resultante de caso fortuito o fuerza mayor, el Estado revertirá la adjudicación de conformidad con la Ley.

Además, la LOTRTA en lo que atañe al procedimiento de expropiación agraria regulado por sus artículos 102 a 107, al tratar sobre el avalúo y forma de pago dentro de dicha expropiación, refiere en el inciso final del artículo 106 lo siguiente: “(...) El valor pagado por el predio expropiado, deberá ser recuperado por el Estado, a través de la adjudicación en programas de redistribución de conformidad con lo previsto en esta Ley”.

De las disposiciones previamente invocadas, se desprende que es obligación de la Autoridad Agraria Nacional recuperar los valores pagados por predios expropiados y posteriormente adjudicados; y que, también es obligación de los adjudicatarios pagar el valor de las tierras adjudicadas a su favor, de conformidad con lo previsto en la Ley. Consecuentemente, en el evento de que tales valores no sean satisfechos adecuadamente, por tratarse de asuntos propios del ámbito de la LOTRTA, la Autoridad Agraria Nacional (MAGAP) puede ejercer su facultad coactiva conferida por la Disposición General Quinta de la LOTRTA, anteriormente citada.

De las normas jurídicas hasta aquí analizadas, se aprecia que la potestad coactiva que la Disposición General Quinta de la LOTRTA confiere a la Autoridad Agraria Nacional, está referida exclusivamente a las materias sujetas a esa Ley.

Es pertinente señalar que la Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado en el sentido de que el ejercicio de la potestad coactiva se circunscribe al ámbito determinado en la Ley que la confiere, según consta de la primera consulta contenida en el pronunciamiento dirigido a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, constante en el oficio No. 09063 de 10 de enero de 2017, en el cual concluyó lo siguiente:

“(...) en aplicación del principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República, se concluye que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, está facultada por mandato expreso de la Ley a ejercer la acción coactiva de la que se halla investida, únicamente para cobrar las multas y hacer efectivas las sanciones impuestas por infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, según lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley *Ibidem*, y por tanto no es jurídicamente procedente que extienda el ejercicio de la acción coactiva a materias distintas de las previstas expresamente por esa norma”.

Por otra parte, en el oficio No. 07188 de 27 de julio de 2016, al atender una consulta formulada por el Servicio de Contratación de Obras, este Organismo citó el pronunciamiento contenido en

el oficio No. 04541 de 28 de octubre de 2011, en el cual expuse que en materia de contratación pública, cualquier crédito a favor de una entidad contratante, debe ser determinado observando las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), la cual regula el otorgamiento de garantías que avalan el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas; debiendo además considerar que al momento de efectuar la liquidación del contrato, esta debe contener, entre otros rubros, todos los valores que el contratista adeude a la entidad contratante, con la finalidad de que estos sean pagados dentro del término de diez días de conformidad con lo determinado en el inciso final del artículo 125 del Reglamento General a la LOSNCP, vencido el cual genera intereses y daños y perjuicios que la entidad contratante debe reclamar judicialmente, según la misma norma reglamentaria.

Asimismo, en el referido oficio No. 07188 de 27 de julio de 2016, se analizó que la LOSNCP, no confiere a ningún organismo o entidad del sector público, atribución para hacer efectivos los valores adeudados por incumplimientos contractuales mediante el ejercicio de la acción coactiva, en el ámbito de la contratación pública, lo que guarda relación con la materia objeto de este análisis. Adicionalmente, en el mismo oficio manifesté en su parte pertinente:

“De lo hasta aquí analizado, se desprende que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con la finalidad de precautelar los recursos económicos que el Estado invierte en la ejecución de obras, bienes y servicios, establece que el contratista debe entregar las respectivas garantías (de fiel cumplimiento de contrato y /o buen uso de anticipo) previo a su ejecución, las cuales deben estar sujetas a los montos y condiciones señaladas en dicha Ley.

(...)

De conformidad con el artículo 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 163 de su Reglamento General y el artículo 326 numeral 4 letra e) del Código Orgánico General de Procesos, la entidad consultante debe requerir los valores adeudados ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en el evento en que las partes no hayan acordado someter las controversias originadas en la ejecución de los contratos suscritos a los procedimientos de mediación y arbitraje respectivos.

Lo expuesto sin perjuicio de las responsabilidades en la correcta celebración y administración del contrato, que de haberlas, deberán ser determinadas a través de la auditoría interna de la Institución o de la Contraloría General del Estado, al amparo del último inciso del artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y los numerales 12 y 34 del artículo 31 de la misma Ley”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la coactiva que confiere la Disposición General Quinta de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales al MAGAP como Autoridad Agraria Nacional, está referida exclusivamente a las materias sujetas a esa Ley, y por tanto, en virtud del principio constitucional de legalidad que consta en el artículo 226 de la Constitución de la República, el ejercicio de la coactiva por parte de ese Ministerio como Autoridad Agraria Nacional no se puede extender a otras materias distintas a las regladas por esa ley.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares ya que no es facultad de la Procuraduría General del Estado identificar los casos específicos en que una institución del sector público pueda ejercer su competencia coactiva.

LIQUIDACIÓN DE EMPRESA: AUTORIZACIÓN DE DIRECTOR

OF. PGE. N°: 11731 de 14-08-2017

CONSULTANTE: Empresa Pública De Fármacos En Liquidación - ENFARMA EP

CONSULTA:

“1.- ¿De conformidad a lo mencionado en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es aplicable que los liquidadores de una empresa pública no necesiten de la autorización del Directorio para realizar las operaciones empresariales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la empresa, de conformidad con la normativa vigente?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 315.

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

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 1, 9, 55, 56, 58, 59 núm. 3, 10, 60, 61 y 62.

PRONUNCIAMIENTO:

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 17 de 29 de mayo de 2007, este Organismo le solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado del Gerente de Asesoría Jurídica de la Entidad que usted representa, respecto del 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. Tal solicitud fue atendida por usted mediante oficio No. ENFARMA EP-DLIQ-2017-0427-O de 2 de agosto de 2017, ingresado en la misma fecha, a través del cual remite el memorando No. ENFARMA EP-GAJ-2017-031-PM de 31 de julio de 2017, en el que se citan como fundamentos jurídicos los artículos 9, 59 y 60 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en base de los cuales efectúa el siguiente análisis:

- El artículo 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en la cual señala las atribuciones del directorio, en ninguna de ellas menciona alguna atribución referente a las operaciones empresariales realizadas por el Liquidador y lo único que expresa como atribución en el numeral 13 del artículo antes mencionado es lo siguiente: ‘resolver y aprobar la fusión, escisión o liquidación de la empresa pública’ (...)
- Mientras que el numeral 3 del artículo 59 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas si expresa claramente como atribución del liquidador de una empresa pública: ‘Realizar las operaciones

empresariales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la empresa'. Cabe indicar que en la misma no señala la obligación de pedir autorización del directorio para efectuar las operaciones empresariales necesarias para cumplir el objetivo de liquidación".

Por tal razón, esta Gerencia de Asesoría Jurídica considera que en virtud de las atribuciones conferidas al liquidador en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el mismo tiene la plena potestad jurídica y administrativa para realizar cuanto actos sea necesario y conveniente para finiquitar el proceso liquidatorio, sin que la misma deba contar con la autorización previa del Directorio, ya que la empresa pública actualmente no se encuentra en operación, siendo en éste último momento donde el directorio si ejecuta las atribuciones conferidas en el Art. 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. La atribución que le corresponde al directorio es específicamente en lo concerniente al proceso final de la liquidación de la empresa pública, más no en la parte del pleno desarrollo del proceso liquidatorio".

Por otra parte, de manera previa a atender su consulta y a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 11419 de 24 de julio de 2017, esta Procuraduría requirió el criterio institucional del Gerente General de la Empresa Coordinadora de Empresas Públicas EMCO EP, requerimiento que fue atendido por dicha Empresa a través del oficio No. EMCOEP-GRGN-2017-0527-O de 31 de julio de 2017, recibido en este Organismo el 2 de agosto de 2017, al que adjunta el memorando No. EMCOEP-GRJR-40 000254 de 27 de julio de 2017, suscrito por la Gerente Jurídica de la Empresa, quien cita como argumentos jurídicos el artículo 226 de la Constitución de la República, los artículos 9, 58, 59, 60, 61 y 62 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, así como el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 842 y concluye con el siguiente criterio institucional:

"De conformidad con la normativa señalada, podemos concluir que el Directorio de la Empresa Pública de Fármacos ENFARMA EP, creada para investigar y desarrollar principios activos para la elaboración de medicamentos genéricos o fármacos de uso humano, veterinario y agroforestal, mientras esta no estaba en un proceso de liquidación, mantenía todas las atribuciones previstas en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sin embargo, mediante Decreto Ejecutivo se dispuso la extinción de la misma, por lo que le corresponde expresamente al liquidador realizar las operaciones empresariales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de dicha empresa pública, sin que para este proceso sea necesaria la autorización previa de su Directorio, cuya actuación se limita al nombramiento o cambio del liquidador, así como, a conocer el informe final del referido trámite".

Según los artículos 315 de la Constitución de la República y 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (en adelante LOEP), éstas son personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión.

El artículo 1 de la LOEP prevé que dicho cuerpo legal regula la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local, a la vez que establece los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión de dichas entidades.

Sobre la figura de liquidación de las empresas públicas, relacionada con la materia de su consulta, se encuentra desarrollada en el Título XI de la LOEP y sobre su procedencia, el artículo 55 dispone que:

“Art. 55.- PROCEDENCIA.- Cuando una empresa pública haya dejado de cumplir los fines u objetivos para los que fue creada o su funcionamiento ya no resulte conveniente desde el punto de vista de la economía nacional o del interés público y siempre que no fuese posible su fusión, el ministerio o institución rectora del área de acción de la empresa pública o la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado propondrá al Directorio de la empresa su liquidación o extinción, aplicando para el efecto lo previsto en el artículo anterior”.

Además, el artículo 56 de la LOEP dispone que para la extinción de una empresa pública se deberán observar las mismas formalidades establecidas para su creación, debiendo el decreto ejecutivo, norma regional u ordenanza respectiva fijar la forma y términos de su extinción y liquidación; y, el artículo 58 de la misma Ley Orgánica prevé que en los casos de extinción de una empresa pública, su Directorio designará el liquidador, el cual no podrá ser incapaz civil, su acreedor o deudor, ni sus administradores cuando la liquidación de la empresa haya sido consecuencia de su negligencia o dolo.

En dicho contexto, a través del Decreto Ejecutivo No. 1103, el Presidente de la República dispuso la extinción de la Empresa Pública de Fármacos ENFARMA EP, previo su liquidación y la designación del correspondiente liquidador, según consta del artículo 1 y el inciso primero de la Disposición Transitoria Primera de dicho Decreto, que en su orden disponen:

“Artículo 1.- Disponer la extinción de la Empresa Pública de Fármacos ENFARMAEP, previo el correspondiente proceso de liquidación, que deberá efectuarse en conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA. - En el plazo de diez días contados a partir de la fecha de suscripción del presente Decreto Ejecutivo, el Presidente del Directorio de la Empresa Pública de Fármacos ENFARMA EP, propondrá al Directorio la liquidación de la empresa pública a su cargo y en el mismo plazo, el Directorio resolverá la liquidación de la empresa y designará el correspondiente liquidador”.

De otra parte, el artículo 59 de la LOEP determina como funciones del liquidador las siguientes:

“Art. 59.- ATRIBUCIONES DEL LIQUIDADOR.- Incumbe al liquidador de una empresa pública:

1. Representar a la empresa pública, legal, judicial y extrajudicialmente, para los fines de la liquidación;
2. Suscribir conjuntamente con el o los administradores el inventario y el balance inicial de liquidación de la empresa, al tiempo de comenzar sus labores;

3. Realizar las operaciones empresariales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la empresa;
4. Recibir, llevar y custodiar los libros y correspondencia de la empresa pública y velar por la integridad de su patrimonio;
5. Solicitar al Superintendente de Bancos la disposición de que los bancos y entidades financieras sujetos a su control no hagan operaciones o contrato alguno, ni los primeros paguen cheques girados contra las cuentas de la empresa en liquidación si no llevan la firma del liquidador, que para el efecto será registrada en dichas instituciones;
6. Exigir las cuentas de la administración al o a los representantes legales y a cualquier otra persona que haya manejado intereses de la empresa;
7. Cobrar y percibir el importe de los créditos de la empresa, otorgando los correspondientes recibos o finiquitos;
8. Concertar transacciones o celebrar convenios con los acreedores y someter a la empresa a procedimientos alternativos para la solución de conflictos, cuando así convenga a los intereses empresariales;
9. Pagar a los acreedores; y,
10. Rendir, al final de la liquidación, cuenta detallada de su administración al Directorio de la Empresa”. (El énfasis me pertenece).

Del artículo 59 *Ibidem*, se desprende que el ámbito de acción del liquidador se circunscribe a la realización de las operaciones empresariales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la empresa, siendo responsable además de recibir, llevar y custodiar los libros y correspondencia de la empresa pública y velar por la integridad de su patrimonio, exigir las cuentas a los administradores, cobrar créditos, pagar a los acreedores, entre otras funciones, debiendo rendir al final de la liquidación, la cuenta detallada de su administración al Directorio de la Empresa, de lo cual también se desprende que el Directorio de la empresa pública, continúa en funciones hasta el final del proceso de liquidación.

Es pertinente entonces, analizar la expresión “operaciones empresariales”, a las que hace referencia el artículo 59 de la LOEP. Para tales fines, cabe mencionar en primer término que la indicada Ley Orgánica no contiene una definición al respecto, pero la propia expresión permite colegir que se trata de las actividades propias de la empresa; por lo tanto, las operaciones empresariales son aquellas relacionadas con el objeto o finalidad de cada una de estas personas jurídicas.

Adicionalmente, en virtud de que las empresas públicas, son entidades de derecho público, les es aplicable el principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República

que determina que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

De las atribuciones que el artículo 59 de la LOEP confiere al liquidador, se evidencia que el proceso de liquidación pretende que se efectúen las actividades tendientes a la liquidación de la persona jurídica y la realización de sus activos y extinción de sus pasivos, como paso previo a la conclusión de la vida jurídica empresarial, para lo cual le otorga al liquidador atribuciones sobre el patrimonio de la empresa, a la vez que el artículo 60 *Ibídem* determina la responsabilidad del liquidador por perjuicio, fraude o negligencia.

Finalmente, es procedente señalar que el artículo 6 de la LOEP determina al Directorio como órgano de dirección de las empresas públicas; y, el artículo 9 *Ibídem*, le asigna a dicho cuerpo colegiado, las siguientes atribuciones:

“Art. 9.- ATRIBUCIONES DEL DIRECTORIO.- Son atribuciones del Directorio las siguientes:

1. Establecer las políticas y metas de la Empresa, en concordancia con las políticas nacionales, regionales, provinciales o locales formuladas por los órganos competentes y evaluar su cumplimiento;
2. Aprobar los programas anuales y plurianuales de inversión y reinversión de la empresa pública de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo;
3. Aprobar la desinversión de la empresa pública en sus filiales o subsidiarias;
4. Aprobar las políticas aplicables a los planes estratégicos, objetivos de gestión, presupuesto anual, estructura organizacional y responsabilidad social corporativa;
5. Aprobar el Presupuesto General de la Empresa y evaluar su ejecución;
6. Aprobar el Plan Estratégico de la empresa, elaborado y presentado por la Gerencia General, y evaluar su ejecución;
7. Aprobar y modificar el Orgánico Funcional de la Empresa sobre la base del proyecto presentado por el Gerente General;
8. Aprobar y modificar el Reglamento de Funcionamiento del Directorio;
9. Autorizar la contratación de los créditos o líneas de crédito, así como las inversiones que se consideren necesarias para el cumplimiento de los fines y objetivos empresariales, cuyo monto será definido en el Reglamento General de esta Ley con sujeción a las disposiciones de la Ley y la normativa interna de cada empresa. Las contrataciones de crédito, líneas de crédito o

- inversiones inferiores a dicho monto serán autorizadas directamente por el Gerente General de la Empresa;
10. Autorizar la enajenación de bienes de la empresa de conformidad con la normativa aplicable desde el monto que establezca el directorio;
 11. Conocer y resolver sobre el Informe Anual de la o el Gerente General, así como los Estados Financieros de la empresa pública cortados al 31 de diciembre de cada año;
 12. Resolver y aprobar la fusión, escisión o liquidación de la empresa pública;
 13. Nombrar a la o al Gerente General, de una terna propuesta por la Presidenta o Presidente del Directorio, y sustituirlo;
 14. Aprobar la creación de filiales o subsidiarias, nombrar a sus administradoras o administradores con base a una terna presentada por la o el Gerente General, y sustituirlos;
 15. Disponer el ejercicio de las acciones legales, según el caso, en contra de ex administradores de la Empresa Pública; y,
 16. Las demás que le asigne esta Ley, su Reglamento General y la reglamentación interna de la empresa”.

Como se puede apreciar, al Directorio le competen principalmente funciones de dirección y planeación de la política empresarial, inversiones, líneas de crédito, así como conocer y aprobar los planes estratégicos, los informes y estados financieros, entre otras atribuciones. De la revisión detallada de las funciones del Directorio, contenidas en la norma antes transcrita, se evidencia que algunas de dichas funciones no pueden ser aplicadas en virtud del estado de liquidación de la empresa, pero las demás son atribuciones que conserva el Directorio, mientras la empresa tenga vida jurídica, ya que como se analizó previamente dicho órgano colegiado se mantiene en funciones hasta el final de la liquidación empresarial, ya que de conformidad con el numeral 10 del artículo 59 de la LOEP, antes citado, el Directorio es el organismo competente para conocer y aprobar las cuentas que debe rendir el liquidador.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta y del análisis jurídico precedente, se concluye que de conformidad a lo establecido en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, los liquidadores de una empresa pública, dentro del ejercicio de sus funciones, no necesitan de la autorización del Directorio para realizar las operaciones empresariales pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la empresa, para lo cual deberán observar la normativa legal vigente, sin perjuicio de las responsabilidades que tiene el liquidador previstas en el artículo 60 *Ibídem*.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo de responsabilidad exclusiva del consultante su aplicación a casos particulares.

MÉDICOS: JORNADA LABORAL

OF. PGE. N°: 13449 de 27-12-2017

ENTIDAD COSULTANTE: Universidad Nacional de Chimborazo

CONSULTAS:

- “1. Las horas que deben laborar los médicos y/u odontólogos que trabajan en los departamentos médicos-odontológicos de la Universidad Nacional de Chimborazo, y que ingresaron por ganar concurso antes de la expedición de la LOSEP con un horario de 4HD, ¿deben cumplir con su jornada laboral de 4HD; o, cumplir con la jornada laboral de 8 HD por efectos de la Disposición Derogatoria de la LOSEP?”.
2. Los médicos y/u odontólogos que trabajan en los departamentos médicos-odontológicos de la Universidad Nacional de Chimborazo, están sujetos a la aplicabilidad de la Resolución No. MRL-2011-000033, codificada posteriormente con la Resolución No. MRL-2014-0674 del Ministerio de Relaciones Laborales, hoy Ministerio del Trabajo, es decir su jornada laboral que mantenían de 4HD, ¿deben cumplir a la presente fecha 8 horas diarias de trabajo?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 23 lit. b), 33, 104, 226, 227, 229, 326 núm. 4 y 355. Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 3, 22 lit. c), 25, 55 lit. a), 250, Disp. Derogatorias inc. Octava; y, 25 lit. b) de su Reglamento General.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 18 lit. d) y e).

Estatuto de la Universidad Nacional de Chimborazo, Art. 2.

Res. MRL-2011-000033, Arts. 1 y 2 .

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa y a fin de contar con mayores elementos de juicio para atender sus requerimientos, mediante oficio No. 12859 de 7 de noviembre de 2017, esta Procuraduría requirió el criterio institucional del Ministro del Trabajo, lo cual fue atendido por dicha Cartera de Estado, mediante oficio No. MDT-CGAJ-2017-0820-O de 14 de noviembre de 2017, recibido el 24 del mismo mes y año, suscrito por su Coordinadora General de Asesoría Jurídica.

El Procurador General de la Universidad Nacional de Chimborazo, en su informe jurídico cita como fundamentos legales los artículos 33 y 355 de la Constitución de la República; artículos 3, 22 letra c), 25 y las Disposiciones Derogatorias de la Ley Orgánica del Servicio Público y artículo 25 letra b) de su Reglamento General. Cita adicionalmente el artículo 18 letras d) y e) de la Ley Orgánica de Educación Superior; el artículo 2 del Estatuto de la Universidad Nacional de Chimborazo; los artículos 1 y 2 de la Resolución MRL-2011-000033; y, la Resolución No. MRL-2014-0674; luego de lo cual, emite el siguiente criterio:

“Como se desprende de las normas citadas, la Resolución No. MRL-2011-000033, codificada posteriormente por la Resolución No. MRL-2014-0674, establecen la regulación de la jornada de trabajo de 8 horas diarias para los profesionales que prestan sus servicios en la Red Pública de Salud – RPIS; siendo que, la referida Red es conformada por el Ministerio de Salud Pública, el Ministerio de Defensa Nacional, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, el Ministerio del Interior, el Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional, y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; es decir, su aplicación no es extensiva para los profesionales de la salud que laboran en las instituciones del sector público que no integran la referida RED, como es el caso de nuestra Universidad Nacional de Chimborazo.

Por otro lado, con la expedición de la Ley Orgánica de Servicio Público se derogó todas las disposiciones legales referentes a la jornada laboral de 4 horas a favor de médicos y odontólogos, exceptuándose los casos de trabajo peligrosos o insalubres.

En tal virtud, en observancia de lo que dispone la LOSEP, nuestra institución debe establecer jornadas de 8 horas diarias al que se deben acoger todos los servidores médicos, odontólogos y demás servidores universitarios. En cuanto a la excepcionalidad de trabajos peligrosos e insalubres, no se aplica para el caso de los servidores de la Universidad, puesto que los mismos prestan sus servicios en los consultorios médicos, ubicados en los tres campus de la UNACH, tipificados por el Ministerio de Salud Pública como ‘Establecimiento de Servicios de Salud Público/Consultorio General’ destinado a la atención médica de los servidores, trabajadores, docentes y estudiantes de la Universidad Nacional de Chimborazo en horario institucional, sin que pueda ser considerado un trabajo peligroso o insalubre.

Por lo expuesto, se concluye que en aplicación de la autonomía universitaria reconocida en la Constitución de la República NINGÚN SERVIDOR MÉDICO U ODONTÓLOGO DE LA UNACH PODRÁ LABORAR MENOS DE 8 HORAS DIARIAS a no ser que justifique encontrarse inmerso en una de las exclusiones contempladas en la Ley”.

La Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, señala que dicha Cartera de Estado, atendió una consulta similar formulada por la Universidad Nacional de Chimborazo, para lo cual cita su pronunciamiento y emite su criterio institucional:

“Este Ministerio en atención a la consulta realizada por el Rector de la Universidad Nacional de Chimborazo, con Oficio Nro. MDT-CGAJ-2017-0472-O, de 31 de agosto de 2017, (...), fundamentado en disposiciones legales, se pronunció en los siguientes términos:

‘(...)

5.- ABSOLUCIÓN DE CONSULTA:

Atendiendo los términos de su consulta, si en la Universidad Nacional de Chimborazo labora un médico y una odontóloga, con una jornada inferior a las ocho horas, la aplicación de las resoluciones citadas no es extensiva para estos profesionales que laboran en las instituciones del sector público

que no trabajan en Unidades Operativas que integran la Red Pública Integral de Salud-RPIS, como es el caso del Departamento Médico Odontológico de la institución educativa, por lo que hasta que este Ministerio emita las regulaciones que permitan determinar las jornadas de trabajo y su procedimiento, en calidad de médico y odontóloga de la Universidad, seguirán laborando las horas que vienen cumpliendo y con la remuneración mensual unificada que vienen percibiendo y que se entiende fue fijada de acuerdo a las resoluciones emitidas por la ex SENRES, y posteriormente por el Ministerio de Relaciones Laborales hasta cuando se expide la Ley Orgánica del Servicio Público.

(...)'.

4.- ATENCIÓN DE CRITERIO:

Por tanto, este Ministerio ha expedido criterios jurídicos sobre el tema de los profesionales de Salud que no trabajan en las Unidades Operativas que integran la Red Pública Integral de Salud-RPIS, los cuales seguirán laborando con las horas de trabajo y remuneraciones que vienen percibiendo hasta que este Ministerio expida el Acuerdo correspondiente previo dictamen del Ministerio de Finanzas”.

Con los antecedentes señalados, al tratar sus consultas sobre un mismo tema, me permito atenderlas en forma conjunta.

La Constitución de la República, en su artículo 226 establece el principio de legalidad en los siguientes términos:

“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”.

En relación a los servidores públicos, el artículo 229 de la Constitución *Ibíd*em señala:

“Art. 229.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

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

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

Una vez revisadas las normas constitucionales que rigen el accionar de las instituciones públicas y de los servidores públicos, es necesario remitirnos en primer término a la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante LOSEP).

La LOSEP en su artículo 3 determina su ámbito de aplicación, señalando en sus incisos primero y antepenúltimo lo siguiente:

“Art. 3.- Ámbito.- Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, (...).

En razón de las especificidades propias de la naturaleza de sus actividades, y la implementación de regímenes particulares que su actividad implica, el Ministerio del Trabajo establecerá y regulará lo atinente a remuneraciones y supervisará y controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal establecidos en las leyes que regulan a la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas; en lo relacionado con el personal ocasional la Función Legislativa observará lo previsto en su ley específica; los docentes del Magisterio y docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley al igual que se regulará por las disposiciones de este cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y de la Comisión de Tránsito del Guayas.

(...)”.

Del artículo citado en el párrafo precedente se aprecia que dentro del ámbito de aplicación de la LOSEP, se encuentran el personal técnico docente y administrativo de las instituciones de educación superior, entre ellos los médicos y odontólogos que trabajan en sus departamentos de salud, es decir que los mismos se rigen por las normas contenidas en la LOSEP.

El artículo 22 letra c) de la LOSEP, establece entre los deberes de los servidores públicos el “Cumplir de manera obligatoria con su jornada de trabajo legalmente establecida, de conformidad con las disposiciones de esta Ley”.

El artículo 25 de la LOSEP, prescribe que las jornadas legales de trabajo son de dos tipos, jornada ordinaria y jornada especial, siendo el tenor de la norma el siguiente:

“Art. 25.- De las jornadas legales de trabajo.- Las jornadas de trabajo para las entidades, instituciones, organismos y personas jurídicas señaladas en el artículo 3 de esta Ley podrán tener las siguientes modalidades:

- a) Jornada Ordinaria: Es aquella que se cumple por ocho horas diarias efectivas y continuas, de lunes a viernes y durante los cinco días de cada semana, con cuarenta horas semanales, con períodos de descanso desde treinta minutos hasta dos horas diarias para el almuerzo, que no estarán incluidos en la jornada de trabajo; y,
- b) Jornada Especial: Es aquella que por la misión que cumple la institución o sus servidores, no puede sujetarse a la jornada única y requiere de jornadas, horarios o turnos especiales; debiendo

ser fijada para cada caso, observando el principio de continuidad, equidad y optimización del servicio, acorde a la norma que para el efecto emita el Ministerio del Trabajo.

Las servidoras y servidores que ejecuten trabajos peligrosos, realicen sus actividades en ambientes insalubres o en horarios nocturnos, tendrán derecho a jornadas especiales de menor duración, sin que su remuneración sea menor a la generalidad de servidoras o servidores.

Las instituciones que en forma justificada, requieran que sus servidoras o sus servidores laboren en diferentes horarios a los establecidos en la jornada ordinaria, deben obtener la aprobación del Ministerio del Trabajo. En el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, esta facultad será competencia de la máxima autoridad”.

En forma concordante, con la citada disposición de la LOSEP, el artículo 24 del Reglamento General de aplicación de la LOSEP regula la duración de la jornada ordinaria de trabajo y el artículo 25 *Ibidem*, establece además el procedimiento a seguir ante el Ministerio del Trabajo en caso de que las instituciones del sector público justificadamente requieran que sus servidores laboren en horarios diferentes al establecido para la jornada ordinaria de trabajo, es decir, en jornada especial y en su inciso final, dispone que el Ministerio del Trabajo es el organismo competente para la expedición de la norma técnica que determine los trabajos considerados peligrosos, en ambientes insalubres o nocturnos, en los que se podrán establecer jornadas especiales de menor duración sin que su remuneración sea menor a la generalidad de servidoras o servidores.

Es pertinente observar que de acuerdo a lo dispuesto en la letra a) del artículo 51 de la LOSEP, le corresponde al Ministerio del Trabajo: “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”.

En este contexto, la Disposición Transitoria Novena de la LOSEP, estableció que el Ministerio del Trabajo debía expedir la escala de remuneraciones de los técnicos docentes, educadores para la salud, del Ministerio de Salud Pública, homologada a la escala de remuneraciones del sector público; señalando además que los sueldos base vigentes en el sector salud, categorías escalafonarias, dedicación horaria y factores regirán hasta que concluya el proceso de homologación y se expida la respectiva norma técnica por parte del Ministerio del Trabajo, cuyo texto manifiesta:

“NOVENA.- El Ministerio del Trabajo, en un plazo no mayor de noventa días desde la publicación de la presente ley, mediante resolución, expedirá la escala de remuneraciones de los técnicos docentes, educadores para la salud, del Ministerio de Salud Pública, homologada a la escala de remuneraciones del sector público; de conformidad con su clasificación de puestos y, preservando la estabilidad de las y los técnicos docentes conforme a los preceptos constitucionales vigentes. Se incorporará lo establecido al efecto en la carrera sanitaria y los sueldos base vigente en el sector salud, categorías escalafonarias, dedicación horaria y factores regirán hasta que concluya el proceso de homologación y se expida la respectiva norma técnica por parte del Ministerio del Trabajo, debiendo sujetarse a lo dispuesto en esta ley.

Los contratos que se hubieren suscrito con profesionales médicos, odontólogos, enfermeras, tecnólogos médicos, obstetras y psicólogos clínicos, en los cuales se haya establecido una jornada de trabajo inferior a 8 horas, serán reformados para establecer una jornada de trabajo de 8 horas”.

El octavo inciso de las Disposición Derogatoria de la LOSEP, dispone:

“Se derogan todas las disposiciones referentes a la jornada laboral de 4 horas a favor de médicos y odontólogos, exceptuándose los casos de trabajos peligrosos o insalubres”.

Del análisis jurídico hasta aquí efectuado se establece que con la expedición de la LOSEP, quedaron derogadas todas las disposiciones relacionadas con la jornada laboral de cuatro horas a favor de médicos y odontólogos, lo cual se debe entender que a partir de la publicación en el Registro Oficial de dicha norma, las instituciones del Estado no están facultadas a contratar a esos profesionales de la salud en una jornada distinta a las establecidas en su artículo 25, es decir jornadas de ocho horas, con las excepciones por ella prevista.

Adicionalmente, cabe indicar que la Corte Constitucional ante una demanda de inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Novena y Disposición Derogatoria de la LOSEP, presentada por el Colegio de Enfermeras del Guayas, dentro del análisis de su sentencia No. 037-16-SIN-CC de 15 de junio de 2016, ha señalado:

“(…) la Asamblea Nacional en uso de sus potestades legislativas, con fundamento en que la administración pública al tenor del artículo 227 constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación, con base en que los enfermeros y enfermeras en atención al artículo 229 *Ibidem*, son servidores públicos, y conforme al Mandato Constitucional contenido en el artículo 226, expidió la Ley Orgánica de Servicio Público, regulando la jornada de trabajo de los servidores públicos en ordinaria y especial; esto es, la ordinaria de ocho horas diarias efectivas y continuas, de lunes a viernes y durante los cinco días de cada semana, con cuarenta horas semanales, con períodos de descanso desde treinta minutos hasta dos horas diarias para el almuerzo, que no estarán incluidos en la jornada de trabajo; mientras que la especial debe ser fijada para cada caso, observando el principio de continuidad, equidad y optimización del servicio, acorde a la norma que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales.

(…)

En definitiva, la Asamblea Nacional con la expedición de la Ley Orgánica de Servicio Público, lo que hace es regular la situación legal de los servidores públicos -incluidos los enfermeros y enfermeras- estableciendo en virtud de aquello las respectivas jornadas laborales, esto en función del derecho constitucional al trabajo. Normativa que comporta la emisión de disposiciones transitorias y derogatorias, tendientes precisamente por un lado, a la derogación de una regulación legal anterior que no se corresponde con la actual, y por otra parte, al ajustamiento de todos los contratos que no se corresponden con el régimen laboral en vigencia; sin embargo, las disposiciones acusadas de ser inconstitucionales en ningún momento llegan a menoscabar el

núcleo duro del derecho al trabajo, puesto que las enfermeras y enfermeros, en lo principal, siguen siendo considerados servidores públicos, mantienen la estabilidad laboral, su remuneración, el beneficio a la seguridad social, además de continuar prestando un trabajo libremente escogido. Así, las disposiciones transitorias y derogatorias, únicamente irradian sus efectos respecto al cumplimiento de la jornada de trabajo de 8 horas, al igual que lo realizan el resto de los servidores públicos”.

Finalmente, en cuanto a la remuneración dentro del sector público el inciso final del artículo 229 de la Constitución de la República, mismo que ha sido citado en párrafos precedentes, establece que ésta será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

En ese mismo sentido, el numeral 4 del artículo 326 de la Constitución *Ibidem*, manifiesta que:

“El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

(...)

4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración.

(...)”.

La LOSEP en la letra b) de su artículo 23, establece como uno de los derechos de los servidores públicos el: “Percibir una remuneración justa, que será proporcional a su función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad. Los derechos y las acciones que por este concepto correspondan a la servidora o servidor, son irrenunciables”.

En el mismo sentido, la LOSEP en su artículo 104 describe los principios de las remuneraciones del sector público, en los siguientes términos:

“Art. 104.- Principios de las remuneraciones del sector público.- Los puestos serán remunerados sobre la base de un sistema que garantice el principio de que la remuneración de las servidoras o servidores sea proporcional a sus funciones, eficiencia, responsabilidades y valorará la profesionalización, capacitación y experiencia, observando el principio de que a trabajo de igual valor corresponde igual remuneración”.

El artículo 250 del Reglamento General a la LOSEP, sobre el sistema de remuneraciones en el sector público señala:

“Art. 250.- Principios.- El sistema de remuneraciones se basará en el principio de que los puestos de las y los servidores públicos serán remunerados en relación a la responsabilidad de las funciones a desarrollarse, eficiencia, profesionalización, capacitación y experiencia.

En tal virtud se garantiza un trato homogéneo y uniforme en el servicio público, respetando el principio de que a un trabajo de igual responsabilidad corresponde igual remuneración, y la

determinación de la remuneración mensual unificada es establecida a través de un proceso técnico. En caso de que después de realizados los estudios remunerativos una o un servidor quede sobrevalorado en su puesto, si su remuneración mensual unificada fue legalmente establecida, esta no se disminuirá mientras ocupe el puesto; y se mantendrá vigente hasta que se homologuen los puestos que se encuentran debajo de ésta, proceso que estará a cargo del Ministerio de Relaciones Laborales”.

Como se puede observar de las normas antes citadas, constituye un principio general que a cada servidor público le corresponde recibir una remuneración por la prestación de sus servicios, la cual deberá ser proporcional con la función y el trabajo realizado.

La Corte Constitucional sobre la jornada de los médicos en sentencia No. 003-12-SIN-CC de 27 de marzo de 2012, ante el perdido de declaratoria de inconstitucional de la Resolución No. SENRES-2009-000090 de 22 de abril de 2009, la cual regulaba la estructuración y valoración de puestos de los médicos y odontólogos que trabajaban 8 horas diarias, dentro de sus consideraciones y fundamentos ha señalado:

“(…) Se argumenta entre otros aspectos que la Resolución impugnada rompe con el principio de igualdad, pues habría médicos que laboran jornadas de 4 horas y otros que laborarían jornadas de 8 horas, con lo cual se estaría haciendo distinciones entre los profesionales, lo que rompe este principio. Cabe puntualizar al respecto que la misma Constitución señala que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos deberes y oportunidades. Cuando una persona asume una función pública, que es un servicio a la colectividad, en el que todos tenemos como responsabilidad promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir, (artículo 83 numeral 5 CR) el servicio público está en relación a sus funciones, debiendo valorar la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia (artículo 229 CR).

(…)

Es decir, que si la norma es general para todos los servidores públicos, sean estos médicos, abogados, ingenieros, agrónomos, biólogos, etc., deben cumplir una jornada de 8 horas diarias; sin embargo, la misma norma establece una distinción para ciertos profesionales o técnicos que por la naturaleza de su trabajo deben sujetarse a jornadas parciales, siendo el caso de los médicos radiólogos y radioisótopos (…)

El tratadista Roberto Dromi ha definido de la siguiente forma a la retribución del empleo público: “6.1. **Retribución.** La retribución, sueldo o contraprestación por los servicios o trabajos que el agente realiza y que el Estado le paga periódicamente es un derecho al cual se hace acreedor aquél a partir de que preste efectivamente el servicio. El sueldo a pagar es una obligación del Estado, que nace del carácter contractual de la relación de empleo público”.

Guillermo Cabanellas define el vocablo “devengar” como: “Adquirir derecho a una percepción o retribución por el trabajo prestado, los servicios desempeñados u otros títulos. Se dice por ello que se devengan costas, honorarios, sueldos”.

En relación a la remuneración en el sector público y a las citas doctrinarias antes referidas, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 05927 de 11 de mayo de 2016, señalé que: “el derecho a la remuneración de los servidores públicos, nace de la prestación efectiva del servicio y en consecuencia si no se cumplen con las actividades propias del desempeño del cargo y no se presta el servicio, no se genera el derecho al pago ya que no existe la causa para recibir la contraprestación por parte del Estado”.

De igual forma, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 04799 de 21 de noviembre de 2011, en lo concerniente a la remuneración manifesté:

“(…) el derecho a la retribución o remuneración surge de la efectiva prestación del servicio por parte del servidor público, es decir, que debe guardar proporcionalidad con la actividad que realiza el servidor y por lo tanto con el horario que efectivamente dedica a sus funciones”.

Por lo expuesto, en atención a su primera consulta se concluye que de acuerdo al inciso octavo de la Disposición Derogatoria de la LOSEP, los médicos y odontólogos que se hayan contratado y se contraten para trabajar en los departamentos de salud de las instituciones públicas que no pertenecen a la Red Pública Integral de Salud a partir de la entrada en vigencia de la LOSEP, esto es desde el 6 de octubre de 2010, deberán cumplir una jornada laboral de ocho horas diarias; mientras que, los profesionales de la salud que hubieren ganado un concurso y se hubieren posesionado antes de la expedición de la LOSEP, continuarán prestando sus servicios en la misma jornada laboral que se haya establecido para el efecto en observancia de las resoluciones de la ex SENRES y por el Ministerio de Relaciones Laborales previas a la expedición de la LOSEP, y percibiendo la remuneración correspondiente al horario y tiempo efectivamente dedicado a sus funciones, hasta que el Ministerio del Trabajo expida la respectiva norma técnica de acuerdo a su atribución establecida en el artículo 51 letra a) *Ibídem*.

Es responsabilidad de las máximas autoridades de las instituciones del sector público el verificar que la remuneración de cada servidor público esté acorde a su jornada de trabajo y a las funciones que realiza, de acuerdo a la normativa legal vigente y a las disposiciones que en materia de remuneraciones haya expedido o expida el órgano rector de la materia.

En lo referente a su segunda consulta es procedente observar que el Ministerio del Trabajo en uso de la atribución contenida en el artículo 51 letra a) de la LOSEP, expidió la Resolución No. MRL-2011-000033 de 2 de febrero de 2011, que posteriormente fue codificada por la Resolución No. MRL-2014-0674, que contiene la “Codificación de las Resoluciones que Fijan la Escala de Valoración de los puestos de los Profesionales de la Salud de las Unidades Operativas y demás dependencias que integran la Red Pública Integral de Salud”.

La referida Resolución en su artículo 1 señala como trabajos peligrosos los realizados por los médicos radiólogos y radioisótopos, los cuales deberán laborar una jornada de cuatro horas en actividades radiológicas y las cuatro horas adicionales en actividades que no estén sujetas a exposición radiológica; mientras que, en su artículo 2 determina las escalas de valoración de los puestos para los distintos profesionales de la salud, y cuya parte pertinente manifiesta:

“Art. 2.- Emitir la escala de valoración de los puestos de profesionales médicos, odontólogos, obstetrices, psicólogos clínicos, enfermeras, tecnólogos médicos, médicos salubristas, profesionales en química y farmacia, bioquímica y farmacia, química, médicos residentes asistenciales, físicos médicos, médicos especialistas, sub especialistas y jefes de servicios que desempeñen sus actividades en las unidades operativas y demás dependencias que integran la Red Pública Integral de Salud - RPIS; (...)”.

Como se puede apreciar la mencionada Resolución regula lo concerniente a la escala de valoración de puestos de los profesionales de la salud que forman parte de la Red Pública Integral de Salud.

A fin de determinar las instituciones que integran la Red Pública Integral de Salud, es necesario remitirnos al segundo inciso del artículo 360 de la Constitución de la República, el cual señala:

“(...)”

La red pública integral de salud será parte del sistema nacional de salud y estará conformada por el conjunto articulado de establecimientos estatales, de la seguridad social y con otros proveedores que pertenecen al Estado, con vínculos jurídicos, operativos y de complementariedad”.

La Red Pública Integral de Salud se constituyó con la suscripción del Convenio Marco No. 000011 de 10 de abril de 2012 y está integrado por el Ministerio de Salud Pública, el Ministerio del Interior, el Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional, el Ministerio de Defensa Nacional, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

De lo hasta aquí expuesto, se concluye que de acuerdo al artículo 2 de la Resolución No. MRL-2014-0674 del Ministerio del Trabajo, los médicos y odontólogos que trabajan en los departamentos médicos de la Universidad Nacional de Chimborazo, no se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esa norma, toda vez que las disposiciones contenidas en dicha Resolución regulan la situación laboral de los profesionales de la salud que prestan servicios en las instituciones que conforman la Red Pública Integral de Salud.

Finalmente, al atender su primera consulta, este Organismo ya se pronunció en relación a la jornada de trabajo de ocho horas diarias que deben cumplir los médicos y odontólogos que se contratan para trabajar en los departamentos de salud de las instituciones públicas que no pertenecen a la Red Pública Integral de Salud a partir de la entrada en vigencia de la LOSEP.

El presente pronunciamiento, se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a cada caso en particular.

MULTAS: TERMINACIÓN DE CONTRATO - IMPOSIBILIDAD DE CONTINUAR CON SU EJECUCIÓN O POR INCONVENIENCIA PARA INTERESES INSTITUCIONALES

OF. PGE. N°: 12208 de 22-09-2017

CONSULTANTE: Ministerio de Salud Pública

CONSULTA:

1. ¿Puede considerarse como límite para la imposición de multas, la fecha en la cual documentalmente se evidencie la conformación de la voluntad administrativa de terminar un contrato ante la imposibilidad de continuar con su ejecución o ante la inconveniencia para los intereses institucionales de su ejecución parcial o total?
2. Ante el caso de contratos en los cuales las partes hayan estipulado expresamente un límite para la imposición de multas, ¿Debe considerarse el exceso de tal límite como una causal de terminación unilateral del contrato?; y ¿Pueden imponerse multas adicionales al límite establecido en el contrato?
3. En el caso de retraso en el cumplimiento de obligaciones parciales, cuya valoración se encuentra en relación directa con el valor total del contrato, ¿Pueden calcularse e imponerse las multas sobre las obligaciones incumplidas?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 76 núm. 5 y 6, 226.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 4, 5, 71, 74, 81, 92, 94 núm. 3, 95, 99; y, 112, 116, 121, 124 del Reglamento General.

Código Civil, Arts. 1561 y 1568.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Arts. 65, 71, 76 y 96.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 12 núm. 12 y 34; y 54.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. MSP-2017-1737-O de 18 de agosto de 2017, ingresado a esta Procuraduría en la misma fecha, usted reformuló los términos de las consultas previamente citadas, en los siguientes términos:

1. Considerando que ni la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ni su Reglamento General establecen el límite de las multas que pueden imponerse por retrasos en la ejecución contractual; ¿Puede considerarse como límite para la imposición de multas, la fecha en la cual documentalmente se evidencie la conformación de la voluntad administrativa de terminar un contrato ante la imposibilidad de continuar con su ejecución o ante la inconveniencia para los intereses institucionales de su ejecución parcial o total, considerando que en lo posterior, el retraso en la terminación contractual resulta imputable a la entidad contratante, en concordancia con lo previsto en el artículo 96 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que establece que los administrados no pueden ser perjudicados por los errores u omisiones de la administración pública?
2. Ante el caso de contratos en los cuales las partes hayan estipulado expresamente un límite para la imposición de multas; ¿Debe considerarse el exceso de tal límite como una causal de

terminación unilateral del contrato, considerando que todo contrato debidamente celebrado, constituye ley para los contratantes, conforme lo previsto en el artículo 1561 del Código Civil?; y ¿Pueden imponerse multas adicionales al límite establecido en el contrato, de continuar el retraso en el cumplimiento contractual?

3. En el caso de retraso en el cumplimiento de obligaciones parciales, cuya valoración se encuentra en relación directa con el valor total del contrato, ¿Pueden calcularse e imponerse las multas sobre las obligaciones incumplidas, considerando lo previsto en el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que prevé que las multas deben ser calculadas en relación directa con el valor total del contrato?”.

A su oficio de reformulación de consultas, se acompaña el criterio jurídico institucional contenido en el memorando No. MSP-CGAJ-2017-0546-M de 16 de agosto de 2017, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la Cartera de Estado a su cargo, quien cita los artículos 76 numerales 5 y 6 de la Constitución de la República; 71, 92 y 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 1561 del Código Civil; 116 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, 65, 71, 76 y 96 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, luego de lo cual, en su acápite II realiza el siguiente análisis general:

II. ANÁLISIS

(...)

En el caso de los contratos sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP-, la sanción administrativa ante el retraso del contratista en el cumplimiento de las obligaciones contractuales es la imposición de multas. Al respecto, la LOSNCP dispone 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’.

No obstante, ha de notarse que la norma transcrita omite establecer lo siguiente: i) si existe un límite para la imposición de multas y hasta cuándo puede imponerse multas a un contratista; y, ii) si es posible que las multas se impongan y calculen sobre obligaciones parciales.

En el mismo sentido, el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé 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...’. Texto del cual tampoco es posible inferir con claridad meridiana si existe un límite para la imposición de multas y si las mismas pueden imponerse y calcularse sobre obligaciones parciales”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender sus consultas, mediante oficio No. 11013 de 16 de junio de 2017 e insistencia contenida en oficio No. 11237 del 7 de julio de 2017,

esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, requerimiento que fue atendido mediante oficio No. SERCOP-SERCOP-2017-1138-OF de 10 de julio de 2017, en el que se cita como fundamento legal los artículos 76 numeral 6 de la Constitución de la República; 4, 71, 74, 81 y 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, 116, 121 y 124 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Con los antecedentes expuestos, me permito atender sus consultas reformuladas, en el orden que han sido planteadas:

PRIMERA CONSULTA:

El informe jurídico de la Cartera de Estado consultante, contenido en el memorando No. MSP-CGAJ-2017-0546-M, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica, con relación a la primera consulta manifiesta en su parte pertinente que:

“(…) el ERJAFE establece que la conformación de la voluntad administrativa responde a un proceso deliberativo que considera normas, actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos y contratos administrativos. Consecuentemente, el marco normativo ecuatoriano contempla que la voluntad administrativa podrá conformarse aún antes de que la misma se instrumente y perfeccione como en el caso de una terminación unilateral, a través de la Resolución de Terminación.

(…)

III. CONCLUSIONES:

(…)

1. Ante el retraso del contratista en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, cuando existen elementos de juicio debidamente documentados que evidencian la imposibilidad de continuar con la ejecución contractual, la entidad contratante está en la obligación de terminar el contrato, según corresponda, a la brevedad del caso; imponiendo multas al contratista hasta la fecha en la cual documentalmente pueda evidenciarse que se conformó la voluntad administrativa de terminar el contrato, pese a que la terminación contractual no se haya perfeccionado. Para el efecto, podría considerarse entre los documentos que evidencien que se conformó la voluntad administrativa de terminar el contrato, un requerimiento formal del administrador del contrato o de la máxima autoridad, de terminar la relación contractual, sea al contratista o al interno de la entidad contratante”.

El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), en el oficio que se mencionó en los antecedentes, sobre la materia de su primera consulta, señaló:

“(…) la entidad contratante, en caso de que evidencie incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del proveedor, deberá ejecutar las correspondientes multas, las mismas que deben ser calculadas desde el siguiente día de suscitado el incumplimiento y ser aplicadas de conformidad a lo estipulado en el contrato respectivo.

Ahora bien, la imposición de multas determinadas para el proveedor surge a raíz de su incumplimiento, es decir que las mismas se deberían ser canceladas hasta la fecha en que el proveedor remedie este hecho, o a su vez hasta que la entidad contratante o las partes terminen el contrato de conformidad a las causales establecidas por la LOSNCP.

En tal virtud, y por cualquiera que sea el motivo de la terminación de la relación contractual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la LOSNCP, el cálculo de las multas correrá a partir de la consecución del incumplimiento de la o las obligaciones por parte del contratista y deberá ser impuesta por cada día de retraso de las mismas de conformidad a las condiciones y estipulaciones señaladas en el contrato específicamente”.

Toda vez que su consulta hace referencia a la conformación de la voluntad en la terminación de un contrato, es necesario referirme en forma previa al procedimiento para la terminación unilateral de los contratos, que se halla determinado en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP).

Así, en lo principal el artículo 95 de la LOSNCP, establece que la entidad contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente, adjuntando los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que, de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

Añade la misma norma que si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, resolución que no se suspende por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista.

Además, el mismo artículo 95 prevé que la declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el término de diez (10) días para realizar el pago respectivo, conforme dispone el artículo 95 de la LOSNCP.

Es evidente que el procedimiento para la terminación unilateral de un contrato regulado por la LOSNCP, determinado en el artículo 95 de la indicada Ley Orgánica, es un acto administrativo complejo, conforme la definición de Rafael Bielsa, quien expone: “El acto complejo es el que para su formación requiere la intervención de diversos órganos, que expresan su voluntad con un motivo distinto, pero concurrente al mismo fin, es decir, a la misma causa del acto”.

De la revisión de lo expuesto se observa que si bien la terminación unilateral de un contrato constituiría un acto administrativo complejo, los pasos o acciones previos que conlleva el mismo, no producen individualmente el efecto jurídico de concluir el contrato, ya que tal efecto se produce únicamente con la resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato, emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante, la cual es debidamente notificada al administrado; por lo cual, es jurídicamente improcedente considerar que la voluntad administrativa de terminar un contrato se perfecciona con la práctica de los actos previos a la resolución de terminación unilateral de un contrato respectiva.

Es decir, una vez que las multas han superado el cinco por ciento (5%) del valor del contrato, es potestad de la máxima autoridad de cada entidad contratante, en base a los informes técnicos, jurídicos y financieros, establecer la conveniencia y oportunidad de expedir el acto administrativo que declara la terminación anticipada y unilateral del contrato, o continuar con la ejecución del mismo, aplicando las multas correspondientes, siempre que sea más beneficioso a los intereses de la institución.

En consecuencia y conforme el procedimiento regulado por el artículo 95 de la LOSNCP, para la terminación unilateral de un contrato, el cual comprende una serie de actuaciones previas, no es jurídicamente viable que para la imposición de multas se tome como límite, “la fecha en la cual documentalmente se evidencie la conformación de la voluntad administrativa de terminar un contrato ante la imposibilidad de continuar con su ejecución o ante la inconveniencia para los intereses institucionales de su ejecución parcial o total”, conforme sugiere en su consulta, tanto más que el principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República, impone a las Instituciones del Estado, sus funcionarios y servidores, la obligación de ejercer solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

Por otra parte, su consulta se relaciona también con la aplicación del artículo 96 del ERJAFE, lo que merece una explicación independiente. El tenor de la referida norma es el siguiente:

“Art. 96.- ACTOS PROPIOS.- Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado”.

Esta norma general y de aplicación tanto para la Administración Pública Central y la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva, conforme señala el artículo 2 del ERJAFE, se refiere

a que un administrado no puede ser responsable por los errores u omisiones que hubieren cometido dichas instituciones en la ejecución de sus procedimientos administrativos, a excepción que los mismos hubieran sido provocados por el mismo administrado.

En este punto es pertinente hacer referencia a la Teoría de los Actos Propios, la cual es analizada por el tratadista Roberto Dromi en los siguientes términos:

“Actos propios. La teoría de los actos propios deriva del Derecho privado como aplicación del principio lógico de no contradicción. Tal doctrina resulta también aplicable en el Derecho público, esto en tanto le es exigido al Estado un comportamiento coherente frente a los administrados, pues el obrar en contradicción con su conducta anterior válida, dentro de la misma relación o situación jurídica, sin que exista una norma que posibilite tal conducta, conlleva la responsabilidad estatal.

(...)

Como ya hemos dicho, la doctrina de los propios actos no impera sólo en el Derecho privado, sino que su aplicación es extensiva al ámbito del Derecho público. La buena fe es un principio base del tráfico jurídico, por ello no se encuentra ceñida a las relaciones obligatorias, sino que tiene aplicación en las vinculaciones jurídicas que surgen del Derecho público. ‘Si nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejercer una conducta incompatible con una anterior conducta jurídicamente relevante, a fortiori esa prohibición rige para el Estado, primer obligado ético y jurídico’ (PTN, Dict. No. 279/03, 13/5/03, Expte. N° 01-0038080/03, ‘Ministerio de Economía’, Dictámenes, 245:280).

Es conteste la doctrina en sostener que el principio de buena fe rige las relaciones jurídicas administrativas. Es el Estado quien debe cumplir con este principio de hondo significado ético. Es a los entes oficiales a quienes corresponde cumplir de buena fe las obligaciones asumidas. Por otra parte, la Administración debe ser coherente en su conducta, cumplimentando la teoría de los actos propios, por aplicación del principio de buena fe al momento del dictado de los actos administrativos”.

Por otra parte, cabe tener en consideración que el artículo 96 de la LOSNCP, ha establecido causales por las cuales un contratista puede solicitar la terminación del contrato, en los siguientes términos:

“Art. 96.- Terminación por Causas Imputables a la Entidad Contratante.- El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la Entidad Contratante:

1. Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta (60) días;
2. Por la suspensión de los trabajos por más de sesenta (60) días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
3. Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos, en este caso, la Entidad Contratante iniciará las acciones legales que

correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación; y,

4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

En ningún caso se considerará que las Entidades Contratantes se hallan en mora del pago, si el anticipo entregado no ha sido devengado en su totalidad”.

La LOSNCP, en caso de que se produzca un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista, ha previsto la obligación de la entidad contratante de aplicar las multas estipuladas en el contrato y adoptar las resoluciones que fueren pertinentes según la ley, incluyendo la posibilidad de dar por terminado el contrato en forma unilateral y anticipada. La misma Ley también ha determinado las causas por las cuales el contratista puede solicitar la terminación del contrato, en caso que la entidad contratante incumpla con sus obligaciones contractuales. Así, la ley de la materia ha establecido mecanismos idóneos para que las dos partes puedan hacer valer sus derechos en el evento de incumplimiento de la contraparte.

De lo señalado previamente, se colige que, ante el incumplimiento de cualquiera de las partes dentro del proceso de ejecución de un contrato, la ley faculta tanto a la entidad contratante como a la contratista declarar y demandar, respectivamente, la terminación del mismo; por lo cual, el contratista no puede beneficiarse de su inactividad respecto de las acciones que la Ley le permite adoptar para la terminación del contrato por causas imputables a la entidad contratante establecidas en el artículo 96 de la LOSNCP. En ese evento no nos encontramos en las circunstancias de un error u omisión que haga aplicable el artículo 96 del ERJAFE.

Por otra parte, con relación a la imposición de multas que son materia de su consulta, el criterio jurídico emitido por la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Salud Pública, en su análisis sobre este tema señala:

“1. Límite para la imposición de multas

Ni la LOSNCP ni su Reglamento General prevén límite alguno para la imposición de multas. Cabe señalar que aun cuando el artículo 94 de la Ley *Ibidem* prevé como una de las causales de terminación unilateral de un contrato, el que las multas superen el valor de la garantía de fiel cumplimiento –la cual equivale al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato–, el artículo en ciernes no ordena sino que faculta a la entidad contratante a proceder con la terminación unilateral del contrato. Empero de lo expuesto, considerando que la LOSNCP faculta a la entidad contratante a terminar unilateralmente un contrato cuando las multas superen el valor de la garantía de fiel cumplimiento; y que el Código Civil ordena que todo contrato debidamente celebrado constituye ley para los contratantes, los contratos en los cuales las partes expresamente hayan acordado un límite para la imposición de multas deben ejecutarse al tenor de tal estipulación.

En este contexto, el retraso en el cumplimiento total o parcial de un contrato podría acarrear multas que incluso exceden el valor total del contrato, aún cuando el retraso en el cumplimiento del mismo sea parcial. Esto implica que en un contrato cuya ejecución haya alcanzado aún el 99% de su ejecución total, por retraso en el accionar del administrador del contrato y del aparato burocrático, podrían imponerse multas al contratista indefinidamente, las cuales incluso podrían superar el monto total del contrato.

Existen innumerables circunstancias, ajenas a la voluntad de las partes, por las cuales la terminación de un contrato puede prolongarse y de existir incumplimiento, pueden imponerse al contratista multas superiores al cinco por ciento del valor del contrato, las cuales podrían inclusive exceder del valor total del mismo. En estos casos es necesario cuestionarse si la entidad contratante, ante un incumplimiento contractual evidente e insubsanable por parte del contratista, tiene la obligación de terminar el contrato a la brevedad del caso”.

La LOSNCP determina en su artículo 71, las cláusulas que obligatoriamente deben incorporarse en los contratos regulados en dicha norma, y cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 71.- Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso. Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral”.

Del inciso primero de la norma antes citada, se establece la obligación de que en los contratos regidos por la LOSNCP, se incluya una cláusula de multas, las que, según lo prescrito en su inciso segundo, se imponen por dos razones: la primera por el retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales de conformidad al cronograma valorado, y la segunda por los incumplimientos de las demás obligaciones contractuales. Además, las multas deben ser determinadas en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso, esto sin perjuicio del derecho previsto en el inciso final del mismo artículo 71, que faculta al contratista para impugnar dichas sanciones.

En forma concordante, el artículo 116 del Reglamento General a la LOSNCP establece:

“Art. 116.- Cómputo del plazo de duración del contrato, prórrogas y multas.- 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.

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”.

La Procuraduría General del Estado, al atender una consulta formulada por la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas de Quito, analizó la naturaleza y el objetivo de las multas, señalando en su parte pertinente que:

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

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 94 de la LOSNCP, se establece que, en los contratos de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas y regulados por dicha Ley Orgánica, la entidad contratante puede declarar la terminación unilateral y anticipada del contrato, en el evento de que las multas impuestas al contratista superen el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, que según el artículo 74 *Ibidem*, corresponde al cinco por ciento (5%) del monto total del contrato.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que el artículo 71 de la LOSNCP, no ha previsto un límite al valor de las multas que se pueden imponer al contratista, durante la etapa de ejecución del contrato, por retardo o incumplimiento de las obligaciones contractuales, puesto que compete a la entidad contratante, en salvaguarda del interés institucional, determinar la oportunidad y conveniencia de aplicar en un contrato específico, la disposición contenida en el numeral 3 del artículo 94 de la LOSNCP, que prevé como causal de terminación unilateral y anticipada del contrato, si las multas “superan” la garantía de fiel cumplimiento (5% del valor del contrato).

La aplicación de multas es responsabilidad de la entidad contratante, y en el caso que se configure la causal prevista en el numeral 3 del artículo 94 de la LOSNCP, es de su responsabilidad determinar el momento en el cual se procede a declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato. En consecuencia, es también responsabilidad de la entidad contratante asegurar los mecanismos para aplicar las disposiciones normativas pertinentes y garantizar el interés del Estado, y el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden al contratista.

En el evento de que exista morosidad en el cumplimiento de las obligaciones económicas por parte de la entidad contratante, de ser reconocida por ésta, es pertinente tener en cuenta el axioma jurídico de que: “la mora purga la mora”, contenido en el artículo 1568 del Código Civil, que dispone que: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes esta en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

Adicionalmente, cabe considerar que a fin de precautelar la correcta ejecución de los contratos suscritos por las entidades públicas, los artículos 70 y 121 de la LOSNCP, han previsto la designación

de un administrador del contrato quien tiene la obligación de velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato, llevar el expediente correspondiente debidamente documentado, y además, adoptar las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados por parte del contratista e imponer las multas y sanciones a que hubiere lugar.

Por su parte, en cuanto a las responsabilidades que tienen las máximas autoridades como los distintos funcionarios y servidores públicos, el tercer inciso del artículo 99 de la LONSCP, señala:

“La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar”.

Es decir, es responsabilidad tanto de la máxima autoridad de la entidad contratante, como de los funcionarios y servidores públicos, en el ámbito de sus competencias y grado de participación, observar y cumplir durante la ejecución de las distintas fases de la contratación pública, las disposiciones establecidas en la LOSNCP.

Lo dicho sin perjuicio de las responsabilidades que la Contraloría General del Estado podría establecer por las acciones u omisiones de los distintos funcionarios o servidores públicos en la ejecución de un contrato, de acuerdo a sus competencias contenidas en los numerales 12 y 34 del artículo 31 y el artículo 54 de su Ley Orgánica, que regula lo relacionado con la responsabilidad de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores públicos en los procesos de estudio, contratación y ejecución de contratos públicos.

No es competencia de la Procuraduría General del Estado determinar cuándo una entidad contratante debe declarar la terminación anticipada y unilateral de un contrato específico, ya que, de conformidad con el análisis previamente efectuado, aquello es responsabilidad de la máxima autoridad institucional.

SEGUNDA CONSULTA:

La Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Salud Pública, en relación a esta pregunta ha realizado el siguiente análisis y conclusión sobre el tema:

“(…) considerando que la LOSNCP faculta a la entidad contratante a terminar unilateralmente un contrato cuando las multas superen el valor de la garantía de fiel cumplimiento; y que el Código Civil ordena que todo contrato debidamente celebrado constituye ley para los contratantes, los contratos en los cuales las partes expresamente hayan acordado un límite para la imposición de multas, deben ejecutarse al tenor de tal estipulación.

(…)

III. CONCLUSIONES:

(...) 2. Cuando el contrato, que es ley para las partes, estipule que las multas no podrán exceder del cinco por ciento (5%) del monto total del contrato, la entidad contratante deberá terminar el contrato tan pronto como se verifique tal hecho, siendo dicho porcentaje el límite de las multas que pueden imponerse al contratista por el retraso en sus obligaciones”.

Por su parte, mediante oficio No. SERCOP-SERCOP-2017-1138-OF de 10 de julio de 2017, el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, emitió su criterio en los siguientes términos:

“El artículo 1561 Código Civil determina que el contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Sobre este precepto es importante señalar que el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que es obligación de las entidades contratantes el incorporar dentro de sus contratos una cláusula de multas, en la cual se detalle la procedencia y ejecución de las mismas.

Así mismo, la entidad contratante, en observancia al modelo de contrato que consta en los pliegos publicados por el SERCOP y que son de uso obligatorio para las entidades contratantes determinadas en el artículo 1 de la LOSNCP, podrá incorporar en el texto del contrato aquellas cláusulas que determinen las causales de terminación del contrato correspondiente.

Por lo tanto, para la aplicación de multas y las causales de terminación de los contratos, se deberá considerar lo establecido en cada contrato específicamente.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso mencionar que el artículo 94 de la LOSNCP determina ciertas causales de terminación unilateral de las cuales las entidades contratantes se encuentran facultadas para aplicarlas, es así, que el numeral 3 del referido artículo señala que la entidad podrá terminar el contrato cuando el valor de las multas supere el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Por lo expuesto, la entidad contratante deberá realizar el análisis correspondiente con el fin de determinar la viabilidad de la terminación del contrato o la continuación de la ejecución del mismo, considerando que dicha continuidad mantendrá en vigencia las obligaciones del contratista y la aplicación de sus cláusulas contractuales, por lo que, en caso de incumplimiento de dichas obligaciones se aplicarán las multas o sanciones de conformidad a lo establecido en el artículo 71 de la LOSNCP y el contrato”.

Según se indicó al atender su primera consulta, la LOSNCP no determina un límite máximo para la aplicación de multas por parte de la entidad contratante, sin embargo, sí establece en su artículo 94 numeral 3, como una de las causales de terminación anticipada y unilateralmente de un contrato, el evento en que los valores de las multas superen el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; es decir, el cinco por ciento del monto total del mismo.

Lo antes señalado guarda relación con el fin mismo de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, que no es otro que el afianzar que el contratista precisamente cumpla a cabalidad con las obligaciones asumidas en el respectivo instrumento jurídico, y al exceder las multas esta garantía, es potestad y responsabilidad de la entidad contratante, determinar si se continúa o no ejecutando el contrato.

Por otro lado, la LOSNCP en su artículo 4 ha establecido los principios que deben observarse para su aplicación, siendo estos:

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

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

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

Las normas antes referidas, han establecido que los contratos regidos por la LOSNCP, se deben interpretar y ejecutar en base a los principios que rigen la contratación pública, precautelando el interés público y que los contratos sean ejecutados en debida forma.

Así, uno de los principios aplicables a la materia de su segunda consulta, es el de legalidad, por el cual, las entidades contratantes únicamente pueden ejercer las competencias y atribuciones que le otorga la ley, en el presente caso la LOSNCP.

Dentro de las potestades otorgadas a las entidades contratantes por la LOSNCP, se encuentra la facultad sancionadora en caso de incumplimientos en las obligaciones por parte de los contratistas. En este contexto, sobre la aplicación de sanciones en los contratos administrativos, el tratadista Miguel Marienhoff en su Tratado de Derecho Administrativo, señala:

“Al derecho de ‘control’ que tiene la Administración Pública corresponde, como lógica consecuencia, un derecho de ‘sanción’: no basta darle a la Administración el medio de comprobar las faltas de su cocontratante; es indispensable darle los medios de reprimir esas faltas, y esto se logra mediante las distintas ‘sanciones’ admitidas por la ciencia jurídica. De modo que los incumplimientos del cocontratante a sus diversas obligaciones da lugar a la aplicación de sanciones. A la Administración Pública le compete, pues, el derecho de sancionar a su cocontratante, pero, bien entendido en ciertos supuestos la aplicación de la sanción debe supeditarse a ciertos principios jurídicos fundamentales.

Dichas ‘sanciones’ tienden, principalmente, a obtener la ‘ejecución efectiva’ del contrato. Solo en los casos de obvia ‘gravedad’ la sanción debe o puede consistir en la ‘extinción’ del contrato, sea esto por rescisión unilateral o por caducidad.

El poder de aplicar sanciones existe como ‘principio’, y no obstante el silencio del contrato a su respecto. La posibilidad de su aplicación constituye una facultad ‘implícita’ correspondiente a la Administración Pública (...).

No obstante, las estipulaciones contractuales suelen prever y especificar las sanciones que la Administración Pública podrá aplicarle a su cocontratante cuando éste incurra en faltas; pero aun entonces las sanciones mencionadas en el contrato carecen de carácter limitativo o exclusivo: aparte de ellas, la Administración Pública puede aplicar otras sanciones requeridas por la índole de la falta cometida”.

Así mismo, Juan Carlos Cassagne, al hablar de los efectos del contrato administrativo, refiere sobre las sanciones en el ámbito contractual lo siguiente:

“(…) el poder sancionatorio de la Administración incide en los contratos de la Administración de un modo distinto que en el ámbito de los contratos del derecho privado, donde fuera de lo pactado entre las partes y las prescripciones del Código Civil o leyes especiales, el alcance del poder de configurar sanciones y, eventualmente, de aplicarlas al contratante no puede exceder dicho marco.

En cambio, en el derecho administrativo, a raíz de la desigual posición de las partes, el poder de configurar sanciones puede derivar tanto de la ley como de la legislación delegada (...) y esa potestad sancionatoria (no así el ejercicio de la potestad) no puede ser objeto de pacto en el contrato administrativo habida cuenta la indisponibilidad e irrenunciabilidad que caracteriza a la figura de la potestad.

Pero, si bien no cabe reconocer la posibilidad de que se puedan configurar sanciones implícitas no tipificadas legalmente, lo cierto es que el contratista se encuentra sometido (dentro de los límites constitucionales) a un estado de sujeción que implica el eventual sometimiento a la configuración de un poder sancionatorio que la Administración ejerce tanto ad intra como desde afuera del contrato

(...).

En otras palabras, el contratista se halla sometido a la facultad, de la Administración, de imponer penalidades a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones”.

Como se observa de las citas doctrinarias antes referidas, la potestad sancionadora con la cual goza la Administración Pública está principalmente direccionada a obtener una efectiva ejecución de un contrato. Adicionalmente, ambos tratadistas han señalado que esta facultad no puede estar limitada a un pacto en el contrato, ya que la misma nace de la ley y por ende no puede ser restringida de ninguna forma por tal instrumento jurídico.

Asimismo, se colige que la imposición de sanciones a un contratista, es una potestad que el ordenamiento jurídico confiere a la administración, y sobre la cual, la LOSNCP establece que podrán ser impuestas hasta que el contratista enmiende sus errores o inobservancias o hasta la terminación del mismo. Es decir que, se aplica por el control propio que tiene la entidad contratante de velar por la correcta ejecución de los contratos, precautelando de esta forma el interés público.

Así, es lógico suponer que un contratista debe actuar responsablemente en la ejecución oportuna de un contrato, por lo cual es inadmisibles que pretenda que una demora en el incumplimiento de sus obligaciones, no le traiga consecuencias legales o económicas, o en efecto que estas últimas sean limitadas contractualmente a un determinado valor, a pesar de no corregir su actuación.

De lo hasta aquí señalado, se infiere que en lo que respecta a las estipulaciones contractuales sobre la imposición de multas, éstas lo único que hacen es traducir la atribución legal que tiene cada entidad contratante para sancionar los incumplimientos del contratista en la ejecución de un contrato, por lo cual, las mismas no pueden discrepar ni limitar dicha facultad que ha sido regulada para ese caso en el artículo 71 de la LOSNCP.

En este mismo sentido, la LOSNCP no ha determinado la posibilidad de fijar un límite máximo a la imposición de multas a un contratista que hubiera incurrido en el retardo o el incumplimiento de la ejecución de sus obligaciones contractuales.

Al contrario, la misma Ley ha previsto que las multas puedan tener un mayor valor al porcentaje fijado para que opere la terminación anticipada y unilateral del contrato, es decir el cinco por ciento del monto total del contrato, según lo previsto en el numeral 3 del artículo 94 de la LOSNCP; por lo cual, no es jurídicamente aceptable que contractualmente se fije tal porcentaje como un máximo para el cálculo de las multas, que la entidad contratante está facultada a imponer a un contratista.

Lo dicho es una consecuencia lógica de que el procedimiento para la declaratoria de terminación anticipada y unilateral del contrato previsto en el artículo 95 de la LOSNCP, esté sujeto a un trámite que debe ejecutarse en un periodo de tiempo, dentro del cual el contratista puede remediar el incumplimiento o justificar la mora que dio inicio a dicho procedimiento. Es lógico que, mientras se desarrolla este trámite que garantiza el debido proceso al contratista, la imposición de las multas no se suspende, y deben seguir calculándose hasta la expedición de la resolución en la que se declare o no terminado anticipada y unilateralmente un contrato por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante. De ahí que, por general, en los casos de terminación unilateral del contrato, el monto de las multas superaría el cinco por ciento del valor del contrato.

Como ya se ha dicho previamente, la facultad de declarar unilateral y anticipadamente la terminación de un contrato, constituye una potestad de la administración, relacionada con el principio de oportunidad de los actos administrativos, ya que la entidad contratante debe analizar la conveniencia y oportunidad de terminar unilateral y anticipadamente el contrato, si las multas exceden el monto de la garantía de fiel cumplimiento del mismo.

Por otra parte, es necesario señalar que el artículo 1561 del Código Civil, 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”.

La norma antes referida, cuya aplicación es absoluta en el Derecho Civil, no tiene igual dimensión en el Derecho Público, donde la voluntad de los contratantes está limitada a las normas que rigen la

contratación pública ya que se trata de un contrato administrativo y no civil, cuyo contenido se halla normado por la LOSNCP, según lo dispuesto en el artículo 60 de la LOSNCP, que prescribe que:

“Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”.

Con relación al tema, el tratadista Roberto Dromi, nos ilustra en el siguiente sentido:

“Los contratos del Estado, contratos de la administración o contratos administrativos, están regidos predominantemente por el Derecho Público y con un régimen jurídico único.

Estrictamente hablando, no hay contratos civiles de la Administración; en principio, todos son de Derecho público, sometidos a reglas especiales”.

Así también, la aplicación supletoria del Código Civil dispuesta en el segundo inciso del artículo 112 del Reglamento General de la LOSNCP, debe enmarcarse dentro de los términos prescritos por esa Ley Orgánica.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su segunda consulta, se concluye que el artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 116 de su Reglamento General no han previsto la posibilidad de fijar un límite para la imposición de multas que una entidad contratante puede determinar ante los distintos incumplimientos en las obligaciones de un contratista. Por lo tanto las estipulaciones contractuales no pueden restringir la facultad legal que tiene una entidad contratante para el ejercicio pleno de su potestad administrativa sancionadora.

TERCERA CONSULTA:

Sobre el contenido de su tercera consulta reformulada, la Coordinadora General Jurídica del Ministerio de Salud Pública, realiza el siguiente análisis y conclusión:

“2. Multas sobre obligaciones parciales

Tanto la LOSNCP cuanto su Reglamento General prevén que las multas se deben determinar en relación directa con el valor total del contrato. La LOSNCP expresamente prevé, en el artículo 71, 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’.

Por su parte, el Reglamento a la norma *Ibidem* prevé en el artículo 116 que: ‘...Para la determinación de multas que se podrían imponer al contratista se considerará el valor total del contrato...’.

De acuerdo con las normas transcritas, ha de notarse que ninguna ordena expresamente que las multas se calculen sobre el valor total del contrato, sino que prevén que dicho cálculo se realice en

relación directa y considerando tal valor total. Particularmente, el artículo 71 de la LOSNCP prevé que las multas se impondrán conforme al cronograma valorado.

Debe considerarse que un cronograma valorado puede prever entregas parciales, las cuales se valoran en relación directa al monto total del contrato, pues el resultado de su sumatoria será el valor total del contrato; en consecuencia, de imponerse multa por el incumplimiento de dichas entregas parciales, calculadas sobre la valoración del incumplimiento, las multas estarán a su vez en relación directa con el monto total del contrato, menoscabaría el derecho constitucional de los administrados a que las sanciones sean proporcionales a la infracción así como a la aplicación de la sanción más favorable al existir duda sobre las previsiones del caso en las normas de la materia.

(...)

III. CONCLUSIONES:

(...) Las multas por el incumplimiento parcial de un contrato deben ser calculadas conforme a la valoración del incumplimiento. Para el efecto, la valoración del incumplimiento debe encontrarse en relación directa al valor total del contrato”.

Respecto a su tercera consulta el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, emitió su criterio en los siguientes términos:

“El artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que en aquellas contrataciones en las que se pueda receptor las obras, bienes o servicios por etapas o de manera sucesiva, se podrán efectuar recepciones parciales.

Para el efecto la entidad contratante deberá determinar de manera expresa dentro del correspondiente contrato, el cronograma de entrega o la forma que deberá ser ejecutado por el contratista, para realizar las entregas parciales.

Por otro lado, a fin de garantizar el cumplimiento de los contratos que suscriban las entidades contratantes como resultado de un procedimiento de contratación pública, el artículo 71 de la LOSNCP, determina que las entidades contratantes tienen la obligación de incluir el texto de los contratos que suscriban, aquella cláusula que determine las multas al proveedor, lo cual incluye las multas a que hubieren lugar por el retraso en las entregas parciales que se hayan establecido dentro de la ejecución contractual.

Para la correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 de la LOSNCP, el artículo 116 de su Reglamento General dispone 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. Para la determinación de multas se podrían imponer al contratista se considerará el valor total del contrato incluyendo el reajuste de precios que corresponda y sin considerar los impuestos’. (Énfasis fuera de texto).

En tal virtud, las entidades contratantes se encuentran obligadas a implementar una cláusula que contemple las correspondientes multas que se generen por incumplimiento del proveedor, las mismas que deben ser determinadas de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

(...)

(...) cuando se hayan determinado entregas parciales para el cumplimiento de una obligación contractual, las multas deberían ser calculadas en función de lo dispuesto en el contrato; es decir que, en base al principio de proporcionalidad, para el cálculo de estas multas no se podrá tomar en cuenta los bienes o servicios que ya han sido entregados por parte del contratista, toda vez que esas obligaciones ya fueron cumplidas por parte del mismo.

Sobre lo mencionado (...) la entidad contratante, en los casos que se hayan determinado entregas parciales dentro de la ejecución contractual, deberá determinar el monto para la imposición de multas precautelando el cumplimiento del principio de proporcionalidad y razonabilidad de las mismas en atención al objeto contractual, forma de pago y forma de entrega de los bienes o servicios”.

Su tercera consulta está referida al cálculo de multas en contratos en los cuales se han establecido entregas parciales, por lo que para atenderla, es necesario observar lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 71 de la LOSNCP, respecto a la imposición de multas por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales en las que existe un cronograma valorado; y también la previsión del artículo 81 *Ibídem*, respecto a los casos en los cuales las entidades contratantes pueden establecer recepciones parciales, de acuerdo a la naturaleza de las obras, bienes o servicios.

“Art. 71.- Cláusulas obligatorias.- (...)

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimiento de las obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso”. (El resaltado me corresponde).

“Art. 81.- Clases de Recepción.- En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva. Producida la recepción se devolverán las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica.

En los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existirán una recepción provisional y una definitiva.

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

Como se puede apreciar el artículo 81 de la LOSNCP, prevé la posibilidad de que en los contratos de obras, bienes o servicios, se puedan pactar recepciones parciales o por etapas; por lo cual, las entidades contratantes están facultadas, de acuerdo a sus necesidades y requerimientos, a establecer contractualmente entregas parciales en la ejecución de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría; y, por tanto según lo prescrito en el artículo 71 de la referida Ley, en caso de retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, las entidades contratantes están facultadas a imponer al contratista las multas correspondientes por la demora producida en la ejecución del contrato en relación a dicho cronograma.

Así mismo, la entidad contratante en los casos en que haya considerado establecer recepciones parciales deberá hacer constar las mismas en forma expresa, en la respectiva cláusula del contrato, incluyendo el cronograma valorado y los plazos en los cuales se recibirán los productos o servicio.

Debe quedar claro que la sola existencia de un cronograma valorado no implica la posibilidad de hacer recepciones parciales, pues para ello es necesaria la estipulación contractual que prevea que se efectúen recepciones parciales de las obras, bienes o servicios objeto del contrato, ya que la cláusula de entregas parciales, constituye la premisa para que el contratista adquiera la obligación de entregar parcialmente los bienes, obras o servicios contratados y la entidad contratante pueda recibirlos.

Cabe advertir además que, para que se entienda cumplida parcialmente la obligación y extinguida la misma en la parte que corresponde a los bienes entregados y recibidos a satisfacción del contratante, se deben suscribir las correspondientes actas de entrega recepción parcial dentro del cronograma valorado establecido y de conformidad con las cláusulas contractuales.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su tercera consulta, se concluye que de conformidad con los artículos 71 y 81 de la LOSNCP, en los contratos de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, en los cuales se prevea entregas parciales con un cronograma valorado, ante el incumplimiento o retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales, corresponde a las entidades contratantes, aplicar las multas conforme a lo previsto en el contrato por cada día de retraso en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, en función de las entregas parciales que se hubieren estipulado atenta la naturaleza del contrato, considerando el monto de los bienes, obras o servicios que aún no han sido entregados y recibidos a satisfacción por la contratante, puesto que la obligación se entiende cumplida parcialmente en cuanto a los bienes que han sido entregados y recibidos a entera satisfacción por parte de la entidad contratante.

Es responsabilidad de la entidad contratante, verificar que cada entrega sea realizada en forma sistemática y conforme el cronograma valorado de entregas parciales establecido, así como el cálculo y la imposición de las multas a que hubiere lugar en caso de incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, en los términos que se hubiere previsto en la respectiva cláusula contractual.

El presente pronunciamiento, se circunscribe únicamente a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, y en el mismo no se ha analizado ningún contrato en particular, por lo que es de responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a cada caso específico.

ÓRDENES DE COMPRA A PROVEEDOR DECLARADOS COMO CONTRATISTA INCUMPLIDO

OF. PGE. N°: 12038 de 11-09-2017

CONSULTANTE: Ministerio de Salud Pública

CONSULTA:

“¿Considerando lo dispuesto por los artículos 43 y 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación 78 de su Reglamento General y el artículo 1454 del Código Civil; que las compras de medicamentos a través del Repertorio son un procedimiento dinámico en el que las instituciones emiten órdenes de compra que hacen las veces de contrato, formalizando la obligación de cumplimiento por parte del proveedor adjudicatario de un convenio marco: ¿es viable suscribir una orden de compra con un proveedor que ha sido declarado como incumplido y por tanto se encontraría impedido de asumir obligaciones con el Estado a través de los contratos previstos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 363

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación, Arts. 2, 4, 19, 43, 46, 62 núm. 4, 5, 69; y, 78, 43, de su Reglamento General.

Código Civil, Art. 1454.

Codificación de la Ley de Contratación Pública, Art. 55 lit. c). (derogada)

Res. No. RE-SERCOP-2015-00023 de 28-01-2015, que regulan el procedimiento de compra por catálogo, Art. 22

PRONUNCIAMIENTO:

La consulta reformulada por el Ministerio de Salud Pública, en oficio No. MSP-2017-1805-O de 22 de agosto de 2017, tiene el siguiente tenor:

“Considerando lo dispuesto por los artículos 43 y 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 78 de su Reglamento General, el artículo 1454 del Código Civil; y, tomando en cuenta que las compras de medicamentos a través del Repertorio son un procedimiento dinámico en el que las instituciones emiten órdenes de compra que hacen las veces de contrato, formalizando la obligación de cumplimiento por parte del proveedor adjudicatario de un convenio marco:

En el caso de contratistas que han sido suspendidos del Registro Único de Proveedores administrado por el SERCOP, manteniendo vigentes convenios marco celebrados con anterioridad a dicha suspensión, ¿es viable la suscripción de nuevas órdenes de compra en las cuales dichos proveedores asuman obligaciones con entidades contratantes del Repertorio de Medicamentos?”.

Entre los anexos que la consultante ha remitido con su pedido inicial, consta copia del oficio No. MSP-2017-0311-O de 17 de febrero de 2017, que la Ministra de Salud Pública dirige al Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública de la época, en el que refiere la suscripción de los Convenios Marco por el SERCOP, resultantes del proceso de Subasta Inversa Corporativa de Medicamentos por el que se catalogaron 326 medicamentos y refiere que uno de los proveedores signatario de varios Convenios Marco, fue declarado contratista incumplido en cuatro procesos y suspendido en el Registro Único de Proveedores, pese a lo cual “(...) continúan disponibles en el Catálogo Electrónico varios medicamentos que le fueron adjudicados y cuyos convenios marco aún no han sido suspendidos”.

Agrega la Ministra que: “(...) las unidades de salud del Ministerio de Salud Pública han reportado a esta Cartera de Estado que el proveedor en ciernes, continúa incumpliendo con las entregas de medicamentos adquiridos a través del Repertorio de Medicamentos”. Con tales antecedentes, solicita al SERCOP “(...) informe y asesore a este Despacho, de la pertinencia y legalidad de seguir comprando medicamentos a una empresa inhábil para contratar con el Estado”.

Como anexo de la consulta consta también el oficio No. SERCOP-SERCOP-2017-0544-OF de 10 de marzo de 2017, por el que el Director General del SERCOP de la época se dirige a las instituciones de la red pública de salud, para informar sobre la suspensión de ciertos medicamentos en el Repertorio de Medicamentos y, les traslada instrucciones sobre los mecanismos de contratación aplicables, según aparece del tenor del citado oficio que es el siguiente:

“(...) los medicamentos antes detallados se encuentran suspendidos en el Repertorio de Medicamentos, con el fin de precautelar los intereses a la salud pública y contar con medicamentos de calidad, eficientes y eficaces conforme lo establece el artículo 363 de la Constitución de la República, por lo que, en base al artículo 46 de la LOSCNCP, al no encontrarse dichos medicamentos en el Catálogo Electrónico éstos pueden ser adquiridos a través de otros procedimientos de contratación establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como la Subasta Inversa o Ínfima Cuantía.

Por otra parte, y respecto a las órdenes de compra que las entidades contratantes hayan generado con los proveedores de los medicamentos referidos previo a dicha suspensión, las mismas deben ser cumplidas de conformidad a las condiciones establecidas en los Convenios Marco. Sin perjuicio de esto, la entidad contratante podrá realizar el análisis respectivo de cada orden de compra y de ser procedente podrá dejarla sin efecto”.

El informe jurídico de la entidad consultante, contenido en memorando No. MSP-CGAJ-2017-0001-MA de 19 de junio de 2017, cita como fundamentos jurídicos los artículos 2, 19, 62 y 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 43 de su Reglamento y 22 de la Resolución No. RE-SERCOP-2015-00023 de 28 de enero de 2015, que regulan el procedimiento de compra por catálogo; así como el artículo 1454 del Código Civil, que contiene la definición de contrato. Sobre dicha base, argumenta el informe jurídico del Ministerio de Salud Pública que:

“Conforme lo previsto en el artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento de Aplicación, en las compras efectuadas a través del procedimiento de catálogo electrónico es la orden de compra, y no el convenio marco, la que formaliza la contratación y genera derechos y obligaciones para las partes.

Tomando en cuenta la definición de contrato prevista en el Código Civil ecuatoriano, la orden de compra constituye, a criterio de esta Coordinación, un contrato, toda vez que se trata de un acto a través del cual un proveedor, que ha suscrito previamente un convenio marco con el Servicio Nacional de Contratación Pública para poner medicamentos a disposición de las entidades contratantes en el Repertorio administrado por dicho Órgano Rector, contrae obligaciones específicas con las entidades contratantes, no es sino mediante la orden de compra que se formaliza una obligación concreta entre la entidad requirente y el proveedor que oferta bienes en el Repertorio.

El convenio marco constituye un instrumento de carácter general que avala la posibilidad de suscribir convenios específicos (órdenes de compra) en los que se pactan las obligaciones puntuales entre la entidad contratante y el proveedor, es en la orden de compra donde se consignan las cláusulas esenciales de un contrato (objeto, precio de acuerdo a la cantidad a adquirir, lugar de entrega, etc.), pese a que los convenios marco contemplan ya definidos tiempos de entrega y otras condiciones específicas, existe incluso la posibilidad de modificar esas condiciones por la vía de un acuerdo complementario a celebrar entre la institución requirente y el proveedor (...).

(...)

Los convenios marco que suscribe el Servicio Nacional de Contratación Pública incluyen la terminación unilateral y la suspensión del Registro Único de Proveedores en caso de incumplimiento por parte del proveedor, en el caso que nos ocupa, si bien el oferente no se encontraba incurso en ninguna prohibición de contratar con el Estado al tiempo de suscribir los convenios marco para la provisión de medicamentos a la Red Pública Integral de Salud, a partir de la fecha en la que el Servicio Nacional de Contratación Pública le declaró contratista incumplido y lo suspendió en el RUP, este proveedor es inhábil para suscribir contratos o contraer nuevas obligaciones con cualquier Entidad Contratante.

(...)

CRITERIO JURÍDICO

Con base a la normativa legal citada y el análisis expuesto, es criterio de esta Coordinación General de Asesoría Jurídica que la declaratoria de contratista incumplido inhabilita al proveedor para la suscripción de nuevos contratos, ínfimas cuantías u órdenes de compra de catálogo electrónico con cualquier entidad contratante, mientras dicho proveedor se encuentre inhabilitado”.

Por su parte, el criterio jurídico del Servicio Nacional de Contratación Pública, contenido en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, invoca los principios que rigen la contratación

pública, establecidos por el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como las causales de suspensión del proveedor en el RUP, que constan en el artículo 19 de la misma Ley y que dan lugar a la prohibición de celebrar contratos, según el artículo 62 numeral 4 *Ibídem*; y, manifiesta:

“Dentro de la ejecución de los referidos Convenios Marco, por pedido de las entidades contratantes de la Red Pública Integral de Salud, el Servicio Nacional de Contratación Pública, como administrador y suscriptor de estos Convenios Marco, previa autorización del Comité Interinstitucional de la Subasta Inversa Corporativa de Medicamentos (MSP, IESS, ISSFA e ISSPOL), realizó el procedimiento correspondiente de terminación unilateral y anticipada de los Convenios Marco, respectivamente, con aquellos proveedores que han incumplido con las obligaciones establecidas en dichos Convenios, por lo que, luego del debido proceso se realizó de manera individual al ser procedimientos de contratación pública independientes con la terminación unilateral de los Convenios Marco y el registro como contratista incumplidos; lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 de artículo 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, acarrea la suspensión temporal del proveedor en el Registro Único de Proveedores durante cinco (5) años”.

(...)

Dentro del oficio al que doy respuesta, se ha consultado sobre la factibilidad de generar una orden de compra a un proveedor que ha sido declarado como contratista incumplido y por tanto inhabilitado del Registro Único de Proveedores; ante lo cual me permito señalar que las entidades establecidas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no podrán contratar con dicho proveedor en futuros procedimientos de contratación pública que se realicen de manera posterior a la fecha de registro como contratista incumplido; sin embargo, todos los instrumentos legales, entre estos los Convenios Marco que fueron suscritos previamente a la fecha de registro como contratista incumplido, deberán continuar con su respectiva ejecución, toda vez que al momento de la suscripción de dichos Convenios Marco el proveedor se encontraba con las capacidades y habilidades para contratar con el Estado, y al derivarse como una obligación de los Convenios Marco la generación y el cumplimiento de las órdenes de compra estas pueden seguir generándose mientras el Convenio Marco se encuentre vigente.

(...)

Es así que la terminación unilateral de los Convenios Marco tiene como consecuencia que las entidades contratantes no puedan generar nuevas órdenes de compra a favor del proveedor únicamente en aquellos Convenios Marco que fueron terminados de forma unilateral y anticipada; sin que esto limite a las entidades contratantes para que puedan generar órdenes de compra con estos proveedores en razón de otros Convenios Marco que se encuentren vigentes y que no hayan sido terminados su relación contractual.

De esta manera, los Convenios Marco que fueron suscritos por el proveedor previamente a su inclusión como contratista incumplido, se encuentran vigentes respecto a su ejecución y a las

condiciones económicas, técnicas y legales del cumplimiento del objeto contractual, al haber contado con las capacidades y habilidades legales para contratar al momento de la suscripción, por lo que, las entidades contratantes y el proveedor deberán continuar con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los Convenios Marco vigentes”.

De los criterios institucionales citados se aprecia que, el Ministerio de Salud Pública considera que los Convenios Marco son instrumentos generales, mientras que las órdenes de compra que se suscriben al amparo de dichos Convenios, contienen las cláusulas esenciales de un contrato, por lo que el proveedor que sea declarado contratista incumplido, incurre en una inhabilidad general y por tanto está inhabilitado para suscribir nuevas órdenes de compra provenientes de cualquier otro Convenio Marco suscrito con el SERCOP.

Mientras que, según el criterio institucional del SERCOP, la declaratoria de contratista incumplido, afecta exclusivamente al Convenio Marco cuyas obligaciones ha incumplido el proveedor y no afecta a otros Convenios Marco suscritos por el mismo proveedor con el SERCOP, por lo que éstos conservan su vigencia y las entidades públicas del sistema de salud pueden generar nuevas órdenes de compra con relación a ellos.

Para atender la consulta se considera como antecedente que, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), ser declarado contratista incumplido constituye causal de suspensión del proveedor en el Registro Único de Proveedores (en adelante RUP).

Por su parte, el artículo 62 de la LOSNCP establece las inhabilidades generales que impiden la celebración de los contratos sujetos a esa ley, e incluye entre ellas las siguientes:

“Art. 62.- Inhabilidades Generales.- No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes:

(...)

4. Quienes consten suspendidos en el RUP;
5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; (...).”

En la Codificación de Resoluciones del SERCOP, expedida el 31 de agosto de 2016, el numeral 1 del artículo 49, ubicado en la Sección VI “Suspensión en el Registro único de proveedores” del Capítulo VI de esa Codificación, dispone:

“Art. 49.- Quienes pueden ser suspendidos en el Registro Único de Proveedores – RUP.- De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, serán suspendidos del Registro Único de Proveedores – RUP:

1. El proveedor que haya sido declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido por una entidad contratante, o aquel respecto del cual se ha declarado un incumplimiento previsto en este Capítulo”.

De las normas citadas se desprende que, la declaratoria de contratista incumplido da lugar a la suspensión del proveedor en el RUP, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 19 de la LOSNCP y numeral 1 del artículo 49 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP; y, ello a su vez da lugar a que dicho proveedor incurra en inhabilidad general para contratar con el Estado, según los numerales 4 y 5 del artículo 62 de la misma Ley.

Por otra parte, con relación a las órdenes de compra, el artículo 69 de la LOSNCP que regula la formalización de los contratos sujetos a esa Ley, prevé en su segundo inciso que: “Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega”. (El énfasis me corresponde)

El procedimiento de compra por catálogo consta regulado por el artículo 43 del Reglamento a la LOSNCP, que dispone lo siguiente:

“Art. 43.- Procedimiento para contratar por catálogo electrónico.- Para la inclusión en el catálogo electrónico de los bienes y servicios normalizados, el SERCOP realizará procesos de selección que permitan celebrar convenios marcos, observando el procedimiento que se establezca en los pliegos.

Las contrataciones por catálogo electrónico de bienes y servicios normalizados, que realicen las Entidades Contratantes, observarán el procedimiento señalado por el SERCOP:

La orden de adquisición electrónica emitida por la Entidad Contratante se sujetará a las condiciones contractuales previstas en el Convenio Marco; y, de ser el caso a las mejoras obtenidas por la entidad contratante.

De conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 69 de la Ley, la Orden de Compra emitida a través del Catálogo Electrónico formaliza la contratación de los bienes o servicios requeridos y genera los derechos y obligaciones correspondientes para las partes.

Una vez recibidos los bienes o servicios contratados, se suscribirá el acta de entrega recepción correspondiente con la verificación de correspondencia con las especificaciones previstas en el catálogo”. (El énfasis me corresponde)

De la norma reglamentaria transcrita se observa que, el procedimiento de compra por catálogo requiere la celebración previa de un Convenio Marco por parte del SERCOP, de manera que con posterioridad a su suscripción las entidades contratantes puedan adquirir los bienes o servicios incluidos en el catálogo mediante orden de compra.

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 69 de la LOSNCP y el cuarto inciso del artículo 43 de su Reglamento, la orden de compra formaliza la contratación y genera los derechos y obligaciones para las partes.

Para la adquisición de fármacos a través del repertorio de medicamentos, el artículo 78 del Reglamento a la LOSNCP, establece la realización de una subasta inversa corporativa, que es el procedimiento precontractual que sirve de base para la suscripción de Convenios Marco por parte del SERCOP, que permitan con posterioridad la adquisición directa de fármacos por las entidades contratantes a través del catálogo o Repertorio de Medicamentos.

La Sección III de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, regula la “Ejecución del Convenio Marco y Órdenes de Compra a través del Repertorio de Medicamentos” y, al efecto, el artículo 398 establece el procedimiento aplicable.

De acuerdo con las normas referidas, el Convenio Marco establece los lineamientos generales a los que se somete la adquisición de medicamentos a través del repertorio de medicamentos del catálogo electrónico, y la orden de compra genera las obligaciones específicas para las partes.

Sobre la inhabilidad en que incurre el proveedor suspendido en el RUP, en pronunciamiento contenido en oficio No. 03713 de 15 de septiembre de 2011, concluí lo siguiente:

“Del análisis que precede se desprende que, quien ha sido declarado contratista incumplido, incurre en una inhabilidad general para celebrar contratos con el Estado y las instituciones del sector público, prevista tanto por la letra c) del artículo 55 de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, como por el numeral 4 del artículo 62 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el caso materia de consulta, si bien el contrato complementario es accesorio al principal, y su celebración es posible en los casos previstos en la ley, no es menos cierto que el contratista debe estar habilitado al tiempo de celebrar el contrato complementario.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, (...) no es procedente la suscripción de un contrato complementario, con un contratista que al tiempo en que se requiera celebrar el contrato complementario, haya sido declarado incumplido por otra entidad pública y, por tal razón, conste suspendido en el Registro Único de Proveedores, aún cuando a la fecha de celebración del contrato principal, el contratista no hubiere estado incurrido en ninguna inhabilidad”. (El énfasis corresponde al texto original)

Sobre la misma materia, en pronunciamiento contenido en oficio No. 19883 de 9 de diciembre de 2014, concluí:

“Es principio general del derecho que, donde el legislador no distingue no es lícito al intérprete distinguir, lo que aplicado al tema materia de consulta implica que, la suspensión del proveedor en el RUP, al constituir una inhabilidad general según el numeral 4 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, le impide celebrar cualquier contrato sujeto a esa Ley, principal o accesorio.

En atención a los términos de sus consultas se concluye que, de conformidad con los numerales 4 y 5 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a partir de la inclusión del contratista en el registro de incumplimientos del RUP y su consecuente suspensión en dicho registro, se configura la inhabilidad general para celebrar contratos con las entidades contratantes sujetas al ámbito de aplicación de esa Ley. Dicha inhabilidad por ser general, impide a quien se hallare incurso en ella, celebrar contratos principales, complementarios o modificatorios, con la misma entidad contratante que solicitó su inclusión en el registro de incumplimientos, así como con las demás entidades contratantes sujetas al ámbito de aplicación de esa Ley”.

De las normas citadas, así como de los pronunciamientos previamente transcritos se observa que, quien ha sido declarado contratista incumplido incurre en una inhabilidad general, lo que le impide celebrar nuevos contratos con el Estado y las entidades del sector público, así como contratos accesorios, aun cuando a la fecha de celebración del contrato principal, el contratista no hubiere estado incurso en ninguna inhabilidad.

Es decir que la inhabilidad general para contratar afecta al proveedor y no está referida al contrato específico que ha motivado la declaratoria de contratista incumplido y posterior suspensión del RUP. Adicionalmente, la orden de compra formaliza las obligaciones adquiridas en función del Convenio Marco, según el artículo 69 de la LOSNCP, por tanto el proveedor debe estar habilitado en el RUP al tiempo de suscribir nuevas órdenes de compra provenientes de los Convenios Marco en que es parte.

Por tanto, si las órdenes de compra son instrumentos que pueden considerarse contratos por sí solos; o, por el contrario, tienen el carácter de accesorios al Convenio Marco, ello no modifica el hecho de que el proveedor que ha sido suspendido del RUP como consecuencia de la terminación unilateral de un Convenio Marco específico, incurre en inhabilidad general y ello le impide celebrar nuevos contratos de acuerdo con el numeral 4 del artículo 62 de la LOSNCP, así como contratos accesorios según el numeral 5 de la misma norma.

En atención a los términos de la consulta se concluye que, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 62 de la LOSNCP, incurren en inhabilidad general para celebrar contratos con las entidades del sector público, los contratistas que han sido suspendidos en el Registro Único de Proveedores administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, en consecuencia, es jurídicamente improcedente la suscripción de nuevas órdenes de compra que según el artículo 69 *Ibídem* formalizan las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo, inclusive respecto a Convenios Marco celebrados por el mismo contratista con anterioridad a dicha suspensión y distintos de aquel que la motivó.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; es de exclusiva responsabilidad de las entidades públicas contratantes, la aplicación de la disposición contenida en el artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a casos particulares.

PRESIDENTE DEL CONSEJO: REEMPLAZO - SESIONES

OF. PGE. N°: 12902 de 09-11-2017

CONSULTANTE: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

CONSULTAS:

- “1) Dado que el Consejo Nacional Electoral requiere conservar su integración a efectos de garantizar el cumplimiento ininterrumpido de la finalidad de la Función Electoral y toda vez que no han sido llenadas las vacantes existentes para consejeros suplentes y, que el concurso para seleccionar a los reemplazos de los consejeros que están próximos a terminar su periodo no ha concluido, ¿Son aplicables las excepciones previstas en el numeral 4.1 del artículo 105 reformado del Reglamento General a la LOSEP, a los miembros del Consejo Nacional Electoral cuyo periodo está próximo a concluir?”.
- “2) En el caso de que sea afirmativa la respuesta a la primera consulta y, por tanto, se conserve la integración de ese cuerpo colegiado, considerando que el artículo 24 del Código de la Democracia, dispone que el Presidente y Vicepresidente del Consejo Nacional Electoral, serán elegidos en la primera sesión de ese Organismo, ¿También se mantendría la representación institucional a través de su Presidente y Vicepresidente en los términos establecidos en el inciso final del numeral 4.1 del artículo 105 reformado del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 61, 217, 208 núm. 12, 218, 219 y 224.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Arts. 6, 9, 18, 20, 24, 25, 32, 33 y 34.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 17 d), 47, 83 y Disp. Gen. Décimo Octava; y, 105 a y b del núm. 4.1 de su Reglamento General.

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Arts. 5 y 73.

PRONUNCIAMIENTO:

El informe de la Secretaria General Jurídica de la Presidencia de la República, doctora Johanna Pesántez Benítez, contenido en oficio No. T-156-SGJ-17-0431 de 30 de octubre de 2017, refiere los antecedentes relacionados con la designación, posesión y la primera renovación parcial de los miembros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral, así como los relativos a la nominación del Presidente y Vicepresidente de ese órgano colegiado en actual desempeño de funciones; y, agrega que:

“El Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en Sesión Ordinaria No. 105 desarrollada el 26 de julio de 2017, convoca al ‘CONCURSO PARA LA CONFORMACIÓN DE LA COMISIÓN CIUDADANA DE SELECCIÓN QUE EFECTUARÁ EL CONCURSO DE

OPOSICIÓN Y MÉRITOS PARA LA SELECCIÓN Y DESIGNACIÓN PARA LA RENOVACIÓN PARCIAL DE LAS Y LOS CONSEJEROS DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL’ ”.

Por otra parte, el citado informe jurídico manifiesta que mediante oficios No. T-141-SGJ-17-0330 y T-141-SGJ-17-0331 de 2 de octubre de 2017, el señor Presidente Constitucional de la República ha remitido al Presidente de la Corte Constitucional: “el proyecto de enmiendas de la Constitución de la República del Ecuador para que se sirva emitir sentencia respecto de la constitucionalidad de la convocatoria a Referéndum, así como el proyecto de reformas a la Constitución de la República del Ecuador para que se sirva emitir sentencia respecto de la constitucionalidad de la convocatoria a Consulta Popular”.

Como fundamentos jurídicos de las consultas, la Secretaría Jurídica de la Presidencia invoca, entre otros los artículos 217, 218 y 219 de la Constitución de la República, 9, 18, 20, 24, 25, 32, 33 y 34 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, que regulan la conformación de la Función Electoral y del Consejo Nacional Electoral y las funciones de ese órgano colegiado, la forma en que se integra y el periodo al que están sujetos sus miembros; 17 d), 47 y 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público relativos a las clases de nombramientos y a los servidores excluidos de la carrera del servicio público y 105 de su Reglamento General, reformado; y, 5 y 73 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social relativos al proceso de selección de autoridades.

Finalmente, el informe jurídico identifica dos problemas jurídicos, que son los siguientes:

“5.1. Primer problema: Cumplimiento del periodo de funciones de las Consejera/os principales y suplentes, y falta de Consejera/os suplentes para principalizarse del Consejo Nacional Electoral”.

“5.2. Segundo problema: Continuidad del periodo de funciones del Presidente y Vicepresidenta del Consejo Nacional Electoral”.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas en el mismo orden en que han sido formuladas.

PRIMERA CONSULTA

“1) Dado que el Consejo Nacional Electoral requiere conservar su integración a efectos de garantizar el cumplimiento ininterrumpido de la finalidad de la Función Electoral y toda vez que no han sido llenadas las vacantes existentes para consejeros suplentes y, que el concurso para seleccionar a los reemplazos de los consejeros que están próximos a terminar su periodo no ha concluido, ¿Son aplicables las excepciones previstas en el numeral 4.1 del artículo 105 reformado del Reglamento General a la LOSEP, a los miembros del Consejo Nacional Electoral cuyo periodo está próximo a concluir?”.

El informe de la Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República, cita doctrina y jurisprudencia extranjera relacionadas con la Función Electoral, su autonomía e independencia

respecto de las demás Funciones del Estado; así como sobre la integración y funcionamiento de los órganos colegiados; y, sobre dicha base manifiesta:

“Y ante la ausencia de este órgano colegiado, el Consejo Nacional Electoral se encontraría en acefalía, palabra que significa literalmente ‘carente de cabeza’, al provenir de dos vocablos griegos: el prefijo negativo ‘a’, y ‘kephalé’ que significa cabeza. Políticamente, un Estado acéfalo es el que carece de gobierno, porque quien ejerce el gobierno no posee capacidad de mando, o porque ha perdido legitimidad”.

Adicionalmente cita la sentencia interpretativa No. 0003-09-SIC-CC de la Corte Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 25 de 14 de septiembre de 2009, sobre el artículo 18 del Régimen de Transición, que reguló la conformación transitoria del Consejo Nacional Electoral, para realizar el proceso electoral dispuesto en el Régimen de Transición, en la que en la parte pertinente esa Corte expresa:

“En la disposición arriba anotada es clara la voluntad del constituyente, en el sentido de no permitir que el órgano electoral quede en acefalía, y por lo tanto, no se interrumpa el proceso democrático, esto es, la realización de los comicios electorales para la designación de las nuevas autoridades establecidas en la Constitución, permitiendo así, que el derecho fundamental a la participación política, condensado en el postulado de elegir y ser elegido, contenido en el numeral 1 del artículo 61 de la Constitución de la República, sea efectivo”. (El resaltado corresponde al texto original). Finalmente, el informe jurídico manifiesta y concluye lo siguiente:

“Cabe recalcar, que el nuevo ‘Concurso de Oposición y Mérito para la Selección y Designación para la Renovación Parcial de las y los Consejeros del Consejo Nacional Electoral’, aún no ha sido convocado de conformidad con el artículo 208 numeral 12 de la Constitución de la República, por lo que se desconoce el tiempo en el cual serán designados los nuevos Consejera/os Principales y Suplentes del Consejo Nacional Electoral.

Ante esta situación, son aplicables al caso concreto los literales a y b del numeral 4.1 del artículo 105 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público reformado, que indican que para garantizar la continuidad de las funciones institucionales, las autoridades de nivel jerárquico superior no podrán separarse de sus cargos hasta que sean legalmente reemplazadas, cuando el cargo de suplente se encuentre vacante, o cuando los procedimientos de designación de los funcionarios titulares no hubieren concluido oportunamente.

CONCLUSIÓN:

Por los antecedentes referidos, se torna evidente que el Consejo Nacional Electoral no puede quedar sin su órgano colegiado, ya que esto implicaría acefalía e imposibilitaría el correcto desempeño de las funciones y atribuciones conferidas en la Constitución y la ley, por lo que en aplicación del numeral 4.1 del artículo 105 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público reformado, los actuales Consejera/os Principales y Suplentes, podrían permanecer en sus cargos hasta ser legalmente reemplazados; en vista de que el nuevo ‘Concurso de Oposición y Mérito para

la Selección y Designación para la Renovación Parcial de las y los Consejeros del Consejo Nacional Electoral' aún no ha sido convocado”.

Para analizar la consulta se considera en primer término que la Constitución de la República del Ecuador, establece en el numeral 12 del artículo 208 que corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral.

El artículo 218 de la Constitución de la República, establece la conformación del Consejo Nacional Electoral, el período de duración de sus integrantes, y la regla de renovación de dicho cuerpo colegiado, para lo cual se aplicará el procedimiento de concurso de méritos y oposición prescrito en el artículo 224 *Ibídem*.

Así mismo, la Constitución de la República en su artículo 219 prevé las funciones que debe cumplir el Consejo Nacional Electoral, entre ellas su numeral 1 dispone: “Organizar, dirigir, vigilar y garantizar, de manera transparente, los procesos electorales, convocar a elecciones, realizar los cómputos electorales, proclamar los resultados, y posesionar a los ganadores de las elecciones”.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, determina la finalidad de la función electoral, siendo esta la de “(...) asegurar que las votaciones y los escrutinios traduzcan la expresión auténtica, libre, democrática y espontánea de la ciudadanía y sean el reflejo oportuno de la voluntad del electorado expresada en las urnas por votación directa y secreta”.

Según prevé el artículo 18 del Código de la Democracia, la Función Electoral está conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral.

El artículo 24 del Código de la Democracia, se refiere a la integración del Consejo Nacional Electoral que corresponde a cinco consejeros principales e igual número de suplentes, que ejercerán sus funciones por seis años, y su renovación parcial según las previsiones de dicha norma.

Respecto a la duración en el cargo de los consejeros del Consejo Nacional Electoral, la Procuraduría General del Estado se pronunció mediante oficio No. 12051 de 11 de septiembre de 2017, indicando en su parte pertinente que:

“Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que de conformidad con el primer inciso del artículo 24 del Código de la Democracia, los Consejeros suplentes del Consejo Nacional Electoral, que hubieren reemplazado al Consejero principal en caso de ausencia temporal o definitiva del Consejero principal, están igualmente sujetos a un período fijo de seis años, contabilizado desde la fecha de su designación como Consejero principal o suplente, ya que la misma proviene o se origina en un mismo concurso convocado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social”.

Es decir que, concluido el procedimiento de designación y una vez efectuada la posesión en el cargo, el funcionario está habilitado para ejercer funciones; desde ese momento empieza a decurrir su periodo.

De lo hasta aquí señalado, se establece que los consejeros principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral son funcionarios a período fijo, elegidos y designados a través de un concurso organizado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; y, que duran en funciones seis años; tiempo luego del cual, serán reemplazados por los nuevos integrantes del organismo conforme la regla de renovación establecida en el artículo 24 del Código de la Democracia.

Por otra parte, para atender su requerimiento, es pertinente citar el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante LOSEP), que incluye dentro del ámbito de aplicación de dicho cuerpo legal a la Función Electoral:

“Art. 3.- **Ámbito.**- Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional”.

De la norma citada en el párrafo precedente se desprende que el Consejo Nacional Electoral, en materia de recursos humanos y remuneraciones está sujeto al ámbito de aplicación de la LOSEP; y en tal contexto, la letra d) del artículo 17 de la LOSEP prevé que los nombramientos a período fijo para el ejercicio de un cargo, como es el caso de los consejeros que integran dicho Organismo, están excluidos de la carrera del servicio público, según lo determina el artículo 83, letra b) de la LOSEP, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 83.- **Servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público.**- Exclúyase del sistema de la carrera del servicio público, a:

(...)

- b) Las y los que ejerzan funciones con nombramiento a período fijo por mandato legal (...).”

También es pertinente señalar que la calidad de funcionarios de los Consejeros del Consejo Nacional Electoral deviene de la Disposición General Décimo Octava de la LOSEP, que define a los funcionarios como:

“DECIMA OCTAVA.- Para la aplicación de la presente Ley y su Reglamento téngase como tal los siguientes conceptos:

(...) **Funcionaria/o.**- 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 período fijo, y su puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior”.

Una vez que se ha analizado la naturaleza jurídica del cargo de los Consejeros del Consejo Nacional Electoral, quienes son funcionarios sujetos a un período fijo de seis años, que integran los grupos ocupacionales del nivel jerárquico superior y que están excluidos de la carrera del servicio público, así como la aplicabilidad de las normas de la LOSEP a dichos funcionarios, es pertinente considerar el texto reformado del artículo 105 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, cuyo numeral 4 señala:

“Artículo 105.- En los casos de cesación de funciones por remoción previstos en el artículo 47 letra e) de la Ley Orgánica del Servicio Público, la misma no implica sanción disciplinaria de ninguna naturaleza y se observará lo siguiente:

(...)

4.- Cesación de funciones por remoción de funcionarios de período fijo. - La o el servidor que hubiere sido designado para ejercer un puesto por período fijo, cesará en sus funciones en los siguientes casos:

4.1.- De manera inmediata el día en que concluya el período para el cual fue designado, sin que se requiera para tal efecto, la formalización de acto administrativo alguno.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, a fin de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios y actividades institucionales, los funcionarios de período fijo que formen parte del nivel jerárquico superior no podrán separarse del desempeño de su puesto, en la misma calidad que ostenten, hasta que sean legalmente reemplazados, conforme a lo siguiente:

- a.- Cuando la ley no haya previsto la existencia de un servidor que pueda asumir el puesto como suplente o encargado o a pesar de estar previsto el puesto de dicho servidor se encontrare vacante o ya no existiere otro suplente, se procederá de manera inmediata a iniciar el proceso respectivo para la designación del funcionario de período fijo y el que debiere haber sido removido continuará en ejercicio de sus funciones hasta que se posea el servidor que resultare electo; y,
- b.- En caso de que el procedimiento de selección para la designación de los funcionarios públicos reemplazantes no hubiere concluido oportunamente, debiendo el servidor que debió ser removido continuar en ejercicio de sus funciones hasta que concluya el proceso de selección y se posea el servidor que resultare electo.

En estos casos se mantendrá la representación institucional que se hubiere establecido hasta que se produzca el reemplazo.

4.2.- Por decisión debidamente fundamentada del consejo de la entidad o del órgano que haga sus veces.” (El énfasis me corresponde).

La disposición reglamentaria citada, se refiere a la cesación de funciones de los servidores públicos y con relación a la materia de su consulta, del tenor del numeral 4 del artículo 105 reformado del Reglamento General a la LOSEP se desprende que, como regla general el servidor que hubiere sido designado para ejercer un puesto sujeto a período fijo, cesará en sus funciones de manera inmediata el día en que concluya el período para el cual fue designado, sin que se requiera para tal efecto, la formalización de acto administrativo alguno.

Como excepciones a lo expuesto en el párrafo precedente y con el objetivo de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios y actividades institucionales, la misma norma reglamentaria establece que los funcionarios de período fijo que formen parte del nivel jerárquico superior no podrán separarse del desempeño de su puesto, en la misma calidad que ostenten, hasta que sean legalmente reemplazados.

Adicionalmente, las letras a) y b) del numeral 4.1. del artículo 105 reformado, que se analizan, determinan que cuando la ley no haya previsto la existencia de un servidor que pueda asumir el puesto como suplente o encargado o aun cuando lo haya previsto, el puesto del suplente se halle vacante o no existiere otro suplente, debe efectuarse inmediatamente el proceso correspondiente para la designación del nuevo titular, debiendo permanecer en funciones el servidor cuyo período haya concluido, hasta que se posea el “servidor que resultare electo”.

De igual manera, en el evento de que el procedimiento de selección para la designación de los funcionarios públicos reemplazantes no hubiere concluido oportunamente, el servidor cuyo período feneció debe continuar en ejercicio de sus funciones hasta que concluya el proceso de selección y se posea el nuevo titular.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta, se concluye que de acuerdo con las excepciones previstas en el numeral 4.1 del artículo 105 reformado del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, los miembros del Consejo Nacional Electoral cuyos periodos están próximos a vencer, no podrán separarse del desempeño de sus puestos hasta que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social designe a sus reemplazos y los mismos se posesionen ante el Pleno de la Asamblea Nacional, ya que el procedimiento de selección de los reemplazantes de los actuales miembros del Consejo Nacional Electoral no ha concluido; y por tanto, la cesación en funciones de dichos funcionarios interrumpiría las actividades institucionales, contraviniendo la finalidad de la función electoral prevista en el artículo 6 del Código de la Democracia.

Es de exclusiva responsabilidad del Consejo Nacional Electoral, verificar el cumplimiento de los presupuestos establecidos para la aplicación de las causales de excepción que la norma prevé, hasta que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en el ámbito de sus competencias constitucionales y legales, efectúe los procedimientos necesarios y oportunos para designar los reemplazos correspondientes de los miembros del Consejo Nacional Electoral que estén próximos a concluir su período.

SEGUNDA CONSULTA

“2) En el caso de que sea afirmativa la respuesta a la primera consulta y, por tanto, se conserve la integración de ese cuerpo colegiado, considerando que el artículo 24 del Código de la Democracia, dispone que el Presidente y Vicepresidente del Consejo Nacional Electoral, serán elegidos en la primera sesión de ese Organismo, ¿También se mantendría la representación institucional a través de su Presidente y Vicepresidente en los términos establecidos en el inciso final del numeral 4.1 del artículo 105 reformado del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público?”.

Respecto a la segunda consulta, la Secretaria General Jurídica de la Presidencia de la República se refiere como antecedente al proceso de consulta popular solicitado por el señor Presidente de la República y luego manifiesta en su informe que:

“Además, en cuanto al problema planteado, la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, en su artículo 24 determina que estas se elegirán de entre sus miembros principales, por mayoría absoluta de votos en la primera sesión; por lo que se podría entender, que tanto el Presidente/a o Vicepresidente/a del Consejo Nacional Electoral, son electos únicamente cuando existe una renovación del Órgano Colegiado Electoral, situación que en el presente caso aún no se ha configurado.

CONCLUSIÓN:

De lo expuesto, siendo el Consejo Nacional Electoral el organismo competente para organizar, dirigir, vigilar y garantizar de manera transparente y eficaz los procesos electorales; y en aplicación del artículo 24 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, donde se ancla la designación de autoridades a la ‘primera sesión’, ésta no se desarrollaría sino hasta que se posesionen los nuevos Consejeros/as y sesionen; por lo que no sería procedente la designación de un nuevo Presidente/a y Vicepresidente/a”. (El resultado corresponde al texto original).

Para atender su segunda consulta, se considera que el artículo 24 del Código de la Democracia, regula la forma en que se integra el Consejo Nacional Electoral, el periodo de sus miembros principales y suplentes; dispone la renovación parcial de sus integrantes cada tres años, y determina el momento en el que se deben designar al Presidente y Vicepresidente de ese Organismo, en la siguiente forma:

“Art. 24.- El Consejo Nacional Electoral se integrará por cinco consejeras o consejeros principales, que ejercerán sus funciones por seis años, y se renovará parcialmente cada tres años, dos miembros en la primera ocasión, tres en la segunda, y así sucesivamente. Existirán cinco consejeras o consejeros suplentes que se renovarán de igual forma que las y los principales.

Para ser miembro del Consejo Nacional Electoral se requiere ser ecuatoriana o ecuatoriano y estar en goce de los derechos políticos.

La Presidenta o Presidente y la Vicepresidenta o Vicepresidente se elegirán de entre sus miembros principales, por mayoría absoluta de votos en la primera sesión.

Ejercerán sus cargos por tres años y podrán ser reelectos por una sola vez”. (El énfasis me corresponde).

Del tenor del artículo 24 del Código de la Democracia se aprecia que, el Presidente y Vicepresidente del Consejo Nacional Electoral se designan de entre los consejeros principales de ese Organismo, según prevé el inciso tercero; y, ejercen dichos cargos por el periodo de tres años, de acuerdo con el inciso final de la misma norma, que coincide con la renovación parcial de ese Organismo, según su primer inciso.

Es decir que, la primera sesión a la que se refiere el tercer inciso del artículo 24 del Código de la Democracia, en la que el Consejo Nacional Electoral debe designar a su Presidente y Vicepresidente, es aquella que se realiza una vez que sus miembros se han renovado en la forma prescrita por esa norma.

Por otra parte, el numeral 4.1 del artículo 105 del Reglamento General a la LOSEP, reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 190 de 18 de octubre de 2017, publicado en el Segundo suplemento del Registro Oficial No. 109 de 27 de octubre de 2017, que fue analizado al atender su primera consulta establece que por regla general la cesación de funciones de los servidores designados para ejercer un puesto sujeto a periodo, se produce de manera inmediata el día en que concluye el periodo para el cual fue designado; y, prevé dos excepciones a esa regla.

Las excepciones previstas en el numeral 4.1 del artículo 105 reformado del Reglamento General a la LOSEP, cuyo texto se transcribió en los antecedentes, se configura cuando la ley no ha previsto un servidor que lo reemplace o a pesar de estar previsto, este puesto se encontrare vacante o ya no existiere otro suplente; y, cuando el procedimiento de selección para la designación de los funcionarios públicos reemplazantes no hubiere concluido oportunamente, eventos para los cuales por disposición de la misma norma, no podrán separarse del desempeño de su puesto hasta que concluya el proceso de selección y se poseione el servidor que resultare electo.

Al atender su primera consulta se concluyó que estas excepciones podían ser aplicadas a los miembros del Consejo Nacional Electoral cuyo período está próximo a concluir, toda vez que dicho Organismo requiere conservar su integración a efectos de garantizar el cumplimiento ininterrumpido de la finalidad de la Función Electoral.

La continuidad en el cargo que por excepción admite el numeral 4.1 del artículo 105 reformado del Reglamento General a la LOSEP para los funcionarios cuyo período ha concluido, se motiva en la necesidad de garantizar la no interrupción de las actividades institucionales y da lugar a que los funcionarios del nivel jerárquico superior no puedan separarse del desempeño del puesto, conserven la calidad que ostentan, y mantengan la representación institucional correspondiente, hasta que se perfeccione su reemplazo conforme al procedimiento legal respectivo.

Del análisis jurídico efectuado se observa que, la renovación parcial de los miembros principales y suplentes que integran el Consejo Nacional Electoral, es el presupuesto que establece el tercer inciso del artículo 24 del Código de la Democracia para que ese órgano colegiado efectúe una primera sesión de carácter inaugural que permita la elección del Presidente y Vicepresidente de este Organismo.

En consecuencia, al no existir renovación parcial de los miembros del Consejo Nacional Electoral que permita la realización de la sesión inaugural en la que se designen nuevos Presidente y Vicepresidente de ese Organismo conforme prevé el artículo 24 del Código de la Democracia, en atención a los términos de su segunda consulta, se concluye que los actuales Presidente y Vicepresidente de ese Organismo mantienen sus calidades y la representación de ese órgano de acuerdo con los incisos segundo y final del numeral 4.1 del artículo 105 del Reglamento a la LOSEP, hasta que se produzca la renovación parcial de los miembros del Consejo Nacional Electoral.

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

PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN: PEDIDO DE CONVALIDACIÓN

OF. PGE. N°: 09962 de 29-03-2017

CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Guayaquil

CONSULTA:

- “1. ¿Es jurídicamente procedente de acuerdo al artículo 23 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública analizar y calificar una oferta susceptible de convalidación respecto de la cual el oferente presenta documentación durante el periodo de convalidación, pese a que no fue notificado con un pedido de convalidación?”
- “2. ¿Atento el contenido del artículo 2 numeral 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 2 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, tiene competencia el SERCOP para emitir válidamente recomendaciones de obligatorio cumplimiento con posterioridad a la adjudicación de contratos resultantes de procedimientos de contratación?; ¿ O sólo puede hacerlo hasta antes de la adjudicación, es decir, en proceso de formación de la voluntad administrativa?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 228.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 4, 5, 9 núm. 2, 10, 14, 15, 23, 31; y, 2 núm. 6; 6 núm. 1, 2, 4; 23 de su Reglamento General.

Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación

Pública, Arts. 9, 29, 30, 157, 158, 159 y 160.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Arts. 4 y 101.

Código Civil, Art. 18 núm. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

Al respecto, el Subprocurador Síndico Municipal Contratación Pública, mediante oficio No. DAJ-2017-597 de 1 de febrero de 2017 manifiesta el siguiente criterio jurídico:

- “a) Durante el período de convalidación de errores de forma que se lleva a cabo dentro de la etapa precontractual en el marco de los procedimientos de contratación regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la regla es que los oferentes presentan la documentación requerida por la Entidad Contratante a partir de la notificación de la etapa de convalidación, pero también es posible que el oferente cuya oferta es susceptible de convalidación presente durante el periodo de convalidación documentación adicional, acogiéndose a lo previsto en el artículo 23 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece que ‘(...)Así mismo, dentro del período de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, por lo tanto podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica.’, aunque no se haya notificado, por error, por parte de la Entidad Contratante el pertinente pedido de convalidación.
- b) El ejercicio del derecho a convalidar los errores de forma de una oferta parte de la legítima expectativa que tienen los participantes de un procedimiento de contratación en que se reconozca su oportunidad de enmendar o subsanar tales errores en la medida que aquello no represente una modificación de aspectos sustanciales de su oferta, tal como lo establece el artículo 23 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- c) La falta de notificación del pedido de convalidación, por error, no debe conducir a que el oferente pierda la oportunidad de ejercer su derecho a convalidar los errores de forma de su oferta, siempre que la presentación de la documentación se efectúen dentro del período de convalidación y que el resultado de la misma se notifique en el portal institucional del SERCOP, con el propósito de resguardar los principio de transparencia y trato justo previstos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Por lo tanto, el criterio jurídico institucional sobre la situación descrita es que la Entidad Contratante puede analizar y calificar la referida oferta; de otra manera, el oferente enterado en la etapa de convalidación sufriría las consecuencias del error indicado, pudiendo evitarlo”. (El énfasis corresponde al texto original).

El Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, en su oficio No. SERCOP-SERCOP-2017-0460-OF de 24 de febrero de 2017, cita los artículos 226 de la Constitución de la República, 4, 5, 9 numeral 2, 14 y 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el artículo 6 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional

de Contratación Pública, artículos 157, 158, 159 y 160 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, mediante Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016 y los artículos 4 y 101 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y expresa el siguiente criterio institucional:

“El artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que, una vez que los proveedores presenten su oferta y se detectare que la misma contiene errores de forma, la entidad contratante podrá solicitar al proveedor que convalide estos errores, entendiendo errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta.

Sin perjuicio de lo expuesto, el último inciso *ibídem*, señala que, dentro del período de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, por lo tanto podrán subsanar las omisiones sobre capacidad legal, técnica o económica.

En este sentido y para una correcta aplicación de la normativa relativa a la convalidación de errores, la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, en sus artículos 157 y 158, ha determinado de manera detallada cuáles son los errores que por su naturaleza son convalidables y aquellos errores que no son subsanables; en virtud de lo cual, las entidades contratantes deberán verificar que la información entregada por el oferente por cuenta propia en la etapa de convalidación de errores, haga alusión específicamente a errores subsanables establecidos en la normativa emitida por el SERCOP”.

El artículo 288 de la Constitución de la República con relación a la contratación pública dispone lo siguiente:

“Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas”.

La norma constitucional previamente transcrita establece como principios de la contratación pública la eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, lo cual guarda armonía con los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional, determinados en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP).

Por su parte, el artículo 5 de la LOSNCP, determina que los procedimientos y los contratos sometidos a dicha Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo 4 *Ibídem*.

Sobre la convalidación dentro los procesos de contratación pública, el inciso final del artículo 31 de la LOSNCP, que integra el Título III “DE LOS PROCEDIMIENTOS”, Capítulo I “NORMAS COMUNES A TODOS LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACION PUBLICA”, dispone

que en los pliegos deberá incluirse obligatoriamente un plazo de convalidación de errores de forma de la oferta, de conformidad con lo establecido en el Reglamento.

Al respecto, el artículo 23 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que menciona en su consulta, prevé lo siguiente:

“Art. 23.- Convalidación de errores de forma.- Las ofertas, una vez presentadas no podrán modificarse. No obstante, si se presentaren errores de forma, podrán ser convalidados por el oferente a pedido de la entidad contratante, dentro del término mínimo de 2 días o máximo de 5 días, contado a partir de la fecha de notificación. Dicho término se fijará a criterio de la Entidad Contratante, en relación al procedimiento de contratación y al nivel de complejidad y magnitud de la información requerida. El pedido de convalidación será notificado a todos los oferentes, a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec.

Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos.

Así mismo, dentro del período de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, por lo tanto podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica”. (El énfasis me pertenece).

La disposición previamente invocada determina que, una vez presentadas las ofertas, éstas no podrán modificarse. Sin embargo, si existieren errores de forma, que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos, los mismos podrán ser convalidados por el oferente a pedido de la entidad contratante, dentro del término mínimo de 2 días o máximo de 5 días, contado a partir de la fecha de notificación. Añade la norma que el término lo fija la Entidad Contratante, en base al procedimiento de contratación y al nivel de complejidad y magnitud de la información requerida y que el pedido de convalidación será notificado a todos los oferentes.

Finalmente, el último inciso del artículo 23 del Reglamento General a la LOSNCP prevé que, dentro del período de convalidación, los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación a la misma y por lo tanto podrán subsanar omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica.

La Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, emitida por el SERCOP, a través de la cual se codificaron y actualizaron las resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, en sus artículos 157 y 158, en su orden, determinan qué se consideran como errores convalidables y errores insubsanables respectivamente.

Así, el artículo 157 de la citada Resolución, prevé que son susceptibles de convalidación: la información documental para la verificación de un hecho, circunstancia o condición haya existido

con anterioridad a la fecha límite de presentación de las ofertas, siempre que de cualquiera de los documentos presentados con la oferta, conste la información que se solicita convalidar, las inconsistencias establecidas entre la información registrada en el formulario de la oferta con relación a los documentos de soporte y errores, la aclaración, ampliación o precisión requeridas respecto de una determinada condición cuando ésta se considere incompleta, poco clara o incluso contradictoria con respecto a otra información dentro de la misma oferta.

De su parte, el artículo 158 establece que son errores insubsanables: la omisión de la firma en el formulario de la oferta, la alteración o modificación del contenido de la carta de presentación y compromiso o de cualquier otro numeral del formulario de la oferta, que dé a entender que se trata de una oferta condicional, la falta de presentación de cualquiera de los numerales del formulario de la oferta, conforme la condición y naturaleza jurídica del oferente, la omisión o incumplimiento de cualquiera de los requisitos exigidos en el pliego; y, finalmente señala que la existencia de errores no convalidables constituirá causal para el rechazo de la oferta.

Las normas antes citadas, precautelan los principios de legalidad, trato justo, igualdad y transparencia, dentro del proceso precontractual, ya que, si bien permiten la presentación de documentos, cualquier convalidación debe mantener la integridad e inalterabilidad de la oferta presentada y respetar los requisitos establecidos en los pliegos correspondientes.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que es jurídicamente procedente que, en aplicación de los artículos 4 de la LONSCP y 23 de su Reglamento General, un oferente ejerza su derecho a convalidar su oferta, dentro del período que al efecto haya dispuesto la entidad contratante, pese a no haber sido notificado con el pedido de convalidación, de conformidad con las disposiciones de la LOSNCP, su Reglamento y las Resoluciones expedidas por el SERCOP.

SEGUNDA CONSULTA

En lo que respecta a la segunda consulta, el Subprocurador Síndico Municipal de Contratación Pública, en su oficio No. DAJ-2017-597 de 1 de febrero de 2017, expone su criterio jurídico en los siguientes términos:

- “d) En cuanto a la competencia del SERCOP para emitir recomendaciones de carácter obligatorio con posterioridad a la adjudicación, cúmplame expresar que el artículo 2 numeral 6 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública delimita el ejercicio para emitir recomendaciones obligatorias por parte del SERCOP destacándose que aquellas que formulan ‘en la etapa contractual’ y el artículo 2 numeral 29 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 define la ‘etapa precontractual’ y la subraya que la misma es hasta la adjudicación.
- e) Principio básico e irremplazable en la institucionalidad pública es el de la legalidad o juridicidad definido en el artículo 226 de la Constitución de la República, que habilita a los órganos del poder público a actuar en los términos determinados por la correspondiente norma jurídica.

- f) Los órganos del poder público deben ser fieles aplicadores de las normas y del sentido de las mismas como parte de la seguridad jurídica, máxime si se trata de normas que limitan el ejercicio de determinada competencia para formular recomendaciones obligatorias hasta antes de la conclusión del proceso de formación de la voluntad administrativa precontractual (que concluye con la adjudicación, actuación que es generadora de derechos, de conformidad con el artículo 6 numeral 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública). La razón es clara y básica en términos jurídicos: los procedimientos son de derecho estricto y no cabe en un Estado de Derecho que los órganos del poder público no se apeguen a los cánones que determinan los procedimientos y las competencias para actuar.
- g) Por lo tanto, el criterio jurídico institucional es que el SERCOP sólo es competente para emitir recomendaciones de cumplimiento obligatorio hasta la adjudicación, tal como lo define el artículo 2 numeral 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 2 numeral 29 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072”. (El énfasis corresponde al texto original).

Por su parte, el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, en su oficio No. SERCOP-SERCOP-2017-0460-OF de 24 de febrero de 2016, en relación a su segunda consulta manifiesta el criterio institucional que a continuación transcribo:

“Si bien el artículo 6, numeral 2 del Reglamento General a la LOSNCP, establece que de oficio o a petición de parte, el SERCOP emitirá observaciones en la fase precontractual, las que serán de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes, mal se haría, analizar únicamente este numeral, cuando el Servicio Nacional de Contratación Pública cuenta con otras atribuciones legales como ente rector de la contratación pública que se determinan en la LOSNCP, su Reglamento General y normativa emitida por el SERCOP, conforme se lo ha demostrado con la normativa antes expuesta. De esta manera, es claro, que el SERCOP al ser el ente rector de la contratación pública y realizar el control, monitoreo y evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene la atribución legal de emitir recomendaciones de cumplimiento obligatorio a las entidades contratantes respecto a los procedimientos de contratación pública, en todas sus fases, inclusive en la contractual y evaluación de la misma.

Como se ha mencionado, las actuaciones realizadas por el Sistema Nacional de Contratación Pública, en atención a lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, se encuentran debidamente sustentadas en las atribuciones y competencias establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de Aplicación y normativa emitida por el SERCOP, tomando en consideración, además, los principios de legitimidad y legalidad de los que goza la Administración Pública que se encuentran consagrados en los artículos 4 y 101 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva –ERJAFE”.

El numeral 2 del artículo 9 de la LOSNCP, entre los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública establece el de garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales.

Por su parte, el artículo 10 de la LOSNCP dispone que el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) es un organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria y su máximo personero y representante legal es el Director General. Añade la norma, que le corresponde a dicho Servicio ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a las atribuciones que allí se determinan, entre las que se destacan la de asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública. Es pertinente puntualizar, que la potestad del SERCOP para efectuar observaciones de cumplimiento obligatorio dentro de los procesos de contratación pública, se encuentra establecida en el Reglamento General a la LOSNCP, conforme se analizará más adelante.

Respecto del control del Sistema Nacional de Contratación Pública, el inciso primero del artículo 14 de la LOSNCP dispone que: “El control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo”.

Además, el inciso final del artículo 14 *Ibidem* determina que, para ejercer el control del sistema, el SERCOP podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días.

Por su parte, el artículo 15 de la LOSNCP determina que es competencia de los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes, siendo obligación del Servicio Nacional de Contratación Pública informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley.

Adicionalmente, el artículo 6 del Reglamento General a la LOSNCP, que se menciona en su consulta, le asigna al Servicio Nacional de Contratación Pública - SERCOP, entre otras, las siguientes atribuciones:

- “1. Ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. Emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, las que serán de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes;
- (...)
4. Realizar evaluaciones y reportes periódicos sobre la gestión que en materia de contratación pública efectúen las entidades contratantes; y de ser el caso, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio de que sean puestas en conocimiento de los organismos de control pertinentes”. (El resaltado me corresponde).

El artículo 18 del Código Civil, que trata sobre la Interpretación de la Ley, en su Primera Regla dispone que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. En tal contexto, es pertinente analizar las disposiciones que contienen los numerales 1, 2 y 4 del artículo 6 del Reglamento General a la LOSNCP, antes invocadas.

Del tenor del primer numeral del artículo 6, se establece que éste se refiere a un “monitoreo constante de los procedimientos”, lo cual evidencia que se trata de un análisis permanente a los procesos de contratación pública que se realizan al amparo de la LOSNCP.

Por su parte, el numeral 2 del artículo 6 *Ibidem* le confiere atribución al SERCOP, de manera específica para efectuar “de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, las que serán de cumplimiento obligatorio”, de lo cual se desprende que dicha institución puede realizar un análisis de los procedimientos precontractuales efectuados por las entidades contratantes, en particular, orientado a determinar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas que rigen la materia.

En este punto, es preciso aclarar el alcance de las fases precontractual y contractual dentro de un procedimiento de contratación pública, ante lo cual es pertinente citar el artículo 2, numerales 29 y 30 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 que para efectos de dicha Codificación, establecen:

“29. Fase precontractual.- Fase de la contratación pública que se inicia con la publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública; etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, modificaciones de condiciones contractuales o de pliegos; cancelación del procedimiento, etapa de recepción, apertura, convalidación de errores, verificación, y calificación de ofertas; informe de la comisión técnica o del delegado; resolución y publicación de la adjudicación o decisión de procedimiento desierto; y todo acto que esté comprendido entre la convocatoria hasta la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso de contratación.

30. Fase contractual.- Fase de la contratación pública que incluye todas las actuaciones para cumplir con el contrato suscrito, registro en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, la administración de la ejecución contractual, incluidos los registros de entregas parciales en caso de haberlas, presentación y pago de planillas, según el objeto de contratación y las actas de entrega-recepción provisionales y definitivas, según corresponde, además de la liquidación de los contratos en cualquiera de sus formas y la finalización del procedimiento; y en el caso de ser pertinente la realización de órdenes de trabajo, órdenes de cambio y contratos complementarios cubriendo la totalidad de los eventos”.

De la cita previa, se desprende que la fase precontractual inicia con la convocatoria y correspondiente publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública hasta la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso de contratación; y, la fase contractual empieza a partir de la suscripción del contrato hasta la finalización del mismo por cualquiera de las causas previstas en la Ley y su correspondiente liquidación.

Finalmente, el numeral 4 del artículo 6 del Reglamento General a la LOSNCP, prevé que compete al SERCOP efectuar “evaluaciones y reportes periódicos sobre la gestión que en materia de contratación pública efectúen las entidades contratantes; y de ser el caso, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio” de lo cual, se evidencia que dicha atribución está orientada a la gestión general en materia de contratación pública que realiza cada entidad contratante dentro de un determinado periodo.

De lo dicho, en consideración a lo prescrito en el numeral 4 del artículo 18 del Código Civil que prevé que “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”, se evidencia que las normas reglamentarias referidas en los párrafos precedentes han sido establecidas como dos disposiciones independientes; ya que, si la atribución para realizar evaluaciones y reportes periódicos referentes a la gestión general de las entidades contratantes en la materia de contratación pública prevista en el numeral 4 del Reglamento a la LOSNCP fuese suficiente, no sería necesario establecer en una norma distinta (numeral 2) el control específico en la etapa precontractual a través de la emisión de observaciones técnicas y legales de cumplimiento obligatorio.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que de conformidad con el numeral 2 del artículo 6 del Reglamento General de la LOSNCP, en concordancia con el artículo 2 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, el Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP es competente para emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal, de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes, durante la ejecución de la fase precontractual de procedimientos específicos de contratación pública.

Por su parte, según el numeral 4 del artículo 6 del Reglamento General de la LOSNCP, le corresponde al SERCOP ejecutar evaluaciones y reportes periódicos sobre la gestión relacionada a la contratación pública de las entidades contratantes, pudiendo establecer en este caso, alertas y recomendaciones de cumplimiento obligatorio, conforme a las atribuciones que le confieren la LOSNCP y su Reglamento, sin perjuicio de que éstas sean puestas en conocimiento de los organismos de control pertinentes.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, es responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.

REINGRESO AL SECTOR PÚBLICO: DEVOLUCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR COMPENSACIÓN ECONOMICA

OF. PGE. N°: 09162 de 18-01-2017

CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Pichincha Pichincha, Provincia de Manabí

CONSULTA:

“(…) si el beneficio de reingreso sin necesidad de devolución de la indemnización o compensación económica, que consta en el inciso cuarto del artículo 14 de la Ley Orgánica de Servicio Público,

ampara a quienes se les haya indemnizado por haber sido destituido por lo que señala el artículo 48 literal a) de la LOSEP, esto es por Incapacidad probada en el desempeño de sus funciones, previa evaluación de desempeño e informes del jefe inmediato, y los mismos vayan a prestar servicios de contratos por periodo fijo, aun cuando el inciso tercero de art. 14 de la LOSEP no sea claro al respecto?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 82 y 230.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 142

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

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 4, 5, 10, 14 inc. Tercero, 15, 17 letras b) subliterales b.1 a b.4 y c), 22 let. j), 31, 42, 43, 48 let. a), 79, 80; y 3, 100, 106, 108, 111, 222 de su Reglamento General.

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, Arts. 19 y 20.

PRONUNCIAMIENTO:

La consulta inicialmente presentada mediante oficio No. 544-GADMCP-NAM-A-16 de 2 septiembre de 2016, ingresada a este Organismo el 6 del mismo mes y año, planteaba dos interrogantes con el siguiente tenor:

“¿Es procedente el reintegro al sector público de los ex funcionarios que han recibido indemnización por concepto de cese de funciones por evaluación de desempeño?”.

“¿Es procedente el reintegro al sector público de los ex funcionarios que han recibido indemnización o compensación económica por concepto de compra de renuncia?”.

En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 2 de la Resolución No. 17 publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, mediante oficio No. 07738 de 12 de septiembre de 2016, esta Procuraduría le solicitó reformular los términos de su primera consulta, de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Procurador Síndico de la Entidad Edilicia a su cargo; mientras que, en relación a su segunda consulta manifesté que mediante oficios Nos. 10660 y 13290 de 14 de noviembre de 2012 y 21 de mayo de 2013, este Organismo se pronunció respecto al tema materia de su segunda consulta, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

Con oficio No. 08045 de 3 octubre de 2016, este Organismo insistió en la solicitud de reformulación de su primera consulta, sin que haya sido atendido tal requerimiento dentro del tiempo otorgado para el efecto, en virtud de lo cual y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Resolución No. 17, sustituido por el artículo 1 de la Resolución No. 121 de 28 de julio de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010, la Procuraduría General del Estado, mediante

oficio No. 08327 de 25 de octubre de 2016, se abstuvo de emitir el pronunciamiento solicitado y dispuso el archivo de la consulta.

A través de oficio No. 690-GADMCP-NAM-A-16 de 31 de octubre de 2016, el cual atiendo, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Pichincha, reformula la primera consulta inicialmente presentada mediante oficio No. 544-GADMCP-NAM-A-16 de 2 septiembre de 2016, por lo que al amparo de lo dispuesto en el artículo 7 de la Resolución No. 7, agregado por el artículo 2 de la Resolución No. 121 de 28 de julio de 2010, procedo a atender la consulta reformulada.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta reformulada, mediante oficio No. 08689 de 28 de noviembre de 2016 e insistencia contenida en el oficio No. 08854 de 15 de diciembre del mismo año, este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio del Trabajo, lo cual fue atendido por dicha Cartera de Estado a través de oficio No. MDT-VSP-2016-0940 de 30 de diciembre de 2016, ingresado el 3 de enero de presente año, suscrito por el Magíster Pablo Andrés Calle, Viceministro de Servicio Público.

El criterio del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en el informe No. 162-PS-GADMCP-2016 de 20 de octubre de 2016, invoca entre otros fundamentos jurídicos, los artículos 82 y 230 de la Constitución de la República que establecen el derecho a la seguridad jurídica y las prohibiciones aplicables al ejercicio del servicio público; artículos 3, 4, 5, 10, 14, 17, 48 y 80 de la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante LOSEP) que regulan el ámbito de aplicación de esa ley, los requisitos para el ingreso al servicio público, las prohibiciones especiales para el desempeño de cargos en el sector público, las condiciones para reingreso al sector público, las clases de nombramientos, causales de destitución y los efectos de la evaluación de los servidores; y, artículos 3 y 222 de su Reglamento (en adelante Reglamento a la LOSEP), que regulan lo concerniente al certificado de no tener impedimento legal para ingresar al sector público y los resultados de la evaluación del desempeño.

El referido informe cita adicionalmente los artículos 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, y 19 y 20 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, relacionados con los registros de la propiedad y mercantiles. Sobre dicha base normativa, el Procurador Síndico concluye y emite su criterio en los siguientes términos:

“3.2.- Con respecto a los ex funcionarios públicos que fueron destituidos por lo que señala el Art. 48 literal a) de la Ley Orgánica del Servicio Público, esto es por Incapacidad probada en el desempeño de sus funciones, previa evaluación de desempeño e informes del jefe inmediato, la normativa vigente no establece de manera concreta las condiciones para el reingreso al sector público de dichos ex servidores, pero si menciona el Art. 14 inciso tercero de la LOSEP en su parte pertinente que ‘...para reingresar a la administración pública quien hubiere recibido compensación económica por retiro voluntario, venta de renuncia y otras figuras similares, si devolviere el valor de la indemnización percibida...’ (la cita corresponde al inciso segundo del artículo 14 de la LOSEP), disposición legal en la que se puede entender, que la figura jurídica de destitución por incapacidad

en el desempeño de sus funciones previamente probadas en una evaluación de desempeño, se puede enmarcar dentro de las otras figuras similares que señala el mencionado artículo legal, esto quiere decir que si el ex funcionario que pretende reingresar al sector público se encuentra dentro de las salvedades que establece el Art. 14 inciso 4to de la Ley Orgánica del Servicio Público, este tendrá que devolver el monto recibido por concepto de indemnización (...).

CRITERIO JURÍDICO:

(...)

Como se puede notar dentro de la Normativa mencionada se señala las condiciones que deben cumplir los ex servidores públicos, para poder reingresar al sector público, en el Art. 14 inciso tercero de la Ley Orgánica del Servicio Público, estipula que para reingresar al sector público quien hubiere recibido compensación económica por retiro voluntario, venta de renuncia y otras figuras similares, solo podrán reingresar al sector público, una vez que haya devuelto los valores recibidos indemnización (sic); y que si bien es cierto no se expresa de manera concreta a los ex funcionario (sic) que han sido destituidos es por Incapacidad probada en el desempeño de sus funciones, previa evaluación de desempeño e informes del jefe inmediato, si se señala en la misma disposición cuales son los únicos ex funcionario que pueden ingresar al sector público sin necesidad de devolver la indemnización, y estos son únicamente los cargos de nombramiento provisional y los cargos o funciones de libre nombramiento y remoción establecida en esta ley, lo que aclararía los vacíos jurídicos que pudiera tener el artículo 14 de la LOSEP, por ende esta Procuraduría Síndica es del criterio, que es procedente el reingreso al sector público de las personas que hubieren recibido indemnización por cese de funciones por no haber obtenido la calificación necesaria en la correspondiente evaluación de desempeño, pero previo la devolución de los valores que hayan recibido como compensación económica por concepto de indemnización”.

Por su parte, el criterio institucional del Ministerio del Trabajo, contenido en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, analiza los artículos 5, 14 y 48 letra a) de la LOSEP y manifiesta:

“Como podrá observarse, el artículo 14 de la LOSEP se ha referido específicamente a las condiciones jurídicas del reingreso al sector público de ex servidores de carrera que hayan percibido indemnizaciones o compensaciones por cesación de funciones por supresión de puestos, retiro voluntario, venta de renuncia, compra de renuncia y otras figuras similares, y no ha previsto para el caso de reingreso de las personas que han cesado en funciones por las causales de destitución como es la determinada en la letra a) del artículo 48 de la LOSEP que no contempla el reconocimiento de compensaciones o indemnizaciones.

Sobre la destitución, el artículo 48 de la LOSEP determina las causales de destitución, encontrándose entre otras, la señalada en la letra a) que dice: ‘Incapacidad probada en el desempeño de sus funciones, previa evaluación del desempeño e informes del jefe inmediato y la Unidad de Administración del Talento Humano’.

La destitución es una sanción administrativa dentro del servicio público que es impuesta en los casos señalados en el artículo 48 de la LOSEP, previo el cumplimiento del procedimiento del sumario administrativo, y que tratándose de la letra a) se deriva de los resultados de la evaluación del desempeño de la o el servidor por obtener la calificación de insuficiente.

Tratándose del reingreso de personas que se encuentran registradas en la base de datos de este Ministerio por este tipo de destituciones, transcurridos dos años de la fecha de cesación podrán solicitar ante el Ministerio del Trabajo su rehabilitación para desempeñar un puesto en las instituciones señaladas en el artículo 3 de la citada Ley, que no sea la que lo destituyó, determinándose en los artículos 13 y 100 del Reglamento General los requisitos que se debe cumplir previo a ingresar al servicio público, siempre que sea por una causal que no hubiera conllevado responsabilidad penal, ni origine en la indebida administración, manejo, custodia o depósito de recursos públicos, bienes públicos o por delitos relacionados con estos asuntos”.

Sobre el análisis legal antes señalado, el Viceministro de Servicio Público del Ministerio del Trabajo, emite el siguiente criterio:

“En virtud de lo expuesto, no procede la aplicación del tercer inciso del artículo 14 de la LOSEP para el reingreso de personas que han sido destituidas por la letra a) del artículo 48 de la citada Ley, por constituirse una causal de cesación de funciones que respondió a procedimientos derivados de la evaluación de desempeño que no genera por efecto de su aplicación la entrega de compensaciones o indemnizaciones al servidor destituido por esta causal”.

El artículo 14 de la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante LOSEP), al que hace referencia su consulta, establece las condiciones para el reingreso al sector público, de ex servidores que hubieren percibido una indemnización o compensación por supresión de puesto, retiro voluntario, venta de renuncia u otras figuras similares, en los siguientes términos:

“Art. 14.- Condiciones para el reingreso al sector público.- Quien hubiere sido indemnizado por efecto de la supresión de puesto podrá reingresar al sector público solamente si devuelve el monto de la indemnización recibida, menos el valor resultante de la última remuneración que percibió multiplicado por el número de meses que no prestó servicios en el sector público, contados desde la fecha en que se produjo su separación.

Así mismo, podrá reingresar a la administración pública quien hubiere recibido compensación económica por retiro voluntario, venta de renuncia y otras figuras similares, si devolviera el valor de la indemnización percibida; en caso de haberla recibido antes de la dolarización, para su devolución, ésta se calculará al tipo de cambio vigente a la fecha de su pago.

En caso de haber percibido indemnización por compra de renuncia con indemnización, para reingresar al sector público, a cualquier puesto, deberá devolver en forma previa la totalidad de la indemnización percibida.

Además, podrán reingresar al servicio público quienes hubieren sido indemnizados o compensados, sin necesidad de devolver el monto de la indemnización recibida, únicamente a cargos de nombramiento provisional y a cargos o funciones de libre nombramiento y remoción establecida en esta ley. El mismo beneficio tendrán quienes reingresen para ejercer la docencia universitaria, formación de las o los servidores públicos o la investigación científica. Este período no será considerado como parte de la devengación de la indemnización recibida.

Las ex servidoras o los ex servidores que habiendo renunciado voluntariamente no recibieron indemnización alguna podrán reingresar al sector público.

En lo relacionado a los descuentos, suspensiones y límites de pago de pensiones, se estará a lo dispuesto en las leyes de seguridad social respectivas”.

Sobre el reingreso que regula el artículo 14 de la LOSEP antes citado, en pronunciamiento contenido en oficio No. 13290 de 21 de mayo de 2013, concluí:

“Con fundamento en lo expuesto se concluye que, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el servidor que hubiere cesado por supresión de puestos, renuncia voluntaria, compra de renuncia o figuras similares, por las que percibió indemnización o compensación económica, no puede reingresar al sector público salvo que devolviera los valores recibidos por tales conceptos, a excepción de que el reingreso se produzca a cargos de nombramiento provisional o de libre nombramiento y remoción, según prescribe el inciso cuarto de citado artículo 14 de la LOSEP, esto es a aquellos puestos descritos en las letras b) (subliterales b.1 a b.4) y c) del artículo 17 *ibidem*”.

Del artículo 14 de la LOSEP y del pronunciamiento citado se aprecia que, la prohibición de reingreso se aplica respecto de quienes hubieren percibido una indemnización o compensación económica de las previstas expresamente en la LOSEP, para el caso de supresión de puesto, retiro voluntario, venta de renuncia. Según esa norma, el reingreso se admite previa devolución del valor percibido por indemnización. Si el reingreso se produce a cargos de nombramiento provisional o de libre nombramiento y remoción, que no generan estabilidad en el puesto, se permite el reingreso sin que se deban restituir valores percibidos por cesación en el puesto, proveniente de los mecanismos antes citados.

La expresión contenida en el artículo 14 de la LOSEP que alude a “otras figuras similares”, está referida a aquellas formas de cesación de los servidores públicos de carrera, por las que se efectúa el pago de beneficios económicos que compensen la pérdida de la estabilidad en el puesto y que tengan un carácter distinto al pago de sus haberes devengados.

En concordancia, los artículos 14 y 15 del Reglamento General a la LOSEP establecen los requisitos para realizar la rehabilitación de personas impedidas de ingresar al servicio público por haber recibido indemnización por supresión de puestos; o, por compra de renuncia, retiro voluntario, venta de renuncia, u otras figuras similares. Los dos artículos del Reglamento incluyen entre dichos

requisitos, la certificación de haber devuelto los valores correspondientes a la indemnización, o una declaración patrimonial juramentada de la cual conste el respectivo convenio de pago.

Distinto es el caso de la cesación del servidor que se produce por destitución, como consecuencia de su evaluación de desempeño u otra causal legalmente prevista, como se analizará a continuación.

De acuerdo con la letra j) del artículo 22 de la LOSEP es deber de los servidores públicos someterse a evaluaciones periódicas durante el ejercicio de sus funciones; y, según la letra a) del artículo 79 de la misma Ley, la evaluación del desempeño de los servidores públicos sirve de base para su ascenso o cesación.

El artículo 48 de la LOSEP, al que se alude en el texto de su consulta, incluye entre las causales de destitución de los servidores públicos, las siguientes:

“Art. 48.- Causales de destitución.- Son causales de destitución:

- a) Incapacidad probada en el desempeño de sus funciones, previa evaluación de desempeño e informes del jefe inmediato y la Unidad de Administración del Talento Humano; (...)
- m) Haber obtenido la calificación de insuficiente en el proceso de evaluación del desempeño, por segunda vez consecutiva”.

La destitución constituye una sanción disciplinaria para faltas graves, según el tercer inciso de la letra b) del artículo 42 y la letra e) del artículo 43 de la LOSEP, procede por las causales establecidas en el artículo 48 *Ibíd*em y no da lugar al pago de ningún beneficio económico sino únicamente a la liquidación de haberes y vacaciones no gozadas.

Por su parte, el Capítulo VI del Reglamento General a la LOSEP, regula la cesación de funciones de los servidores públicos y distingue los diferentes casos en que dicha cesación se produce; así, para el caso de destitución, el artículo 106 del citado Reglamento dispone que el servidor cesará en su puesto, previo el sumario administrativo respectivo; mientras que, los artículos 108 y el innumerado agregado a su continuación, se refieren a la cesación de funciones por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización y a la cesación de funciones por compra de renunciaciones con indemnización, respectivamente.

De igual forma, en relación al pago de la liquidación por la cesación de funciones de un servidor público, los artículos 31 y 111 del Reglamento General a la LOSEP establecen en su orden que se debe liquidar las vacaciones no gozadas, así como los haberes y la parte proporcional de los ingresos complementarios a que tuviere derecho el servidor. Dichas normas disponen:

“Art. 31.- Liquidación de vacaciones por cesación de funciones.- Únicamente quienes cesaren en funciones sin haber hecho uso, parcial o total de sus vacaciones, tendrán derecho a la liquidación correspondiente se pague en dinero el tiempo de las vacaciones no gozadas, calculado el mismo en

base a la última remuneración mensual unificada percibida, con una acumulación máxima de hasta 60 días. Cuando el servidor que cesa en funciones, no hubiere cumplido once meses de servicio, percibirá por tal concepto la parte proporcional al tiempo efectivamente laborado, considerándose al efecto también los casos de cambios de puestos, salvo el caso de encargo o subrogación.

La UATH remitirá la información que respalde la liquidación de haberes, a la unidad financiera, siendo responsable del cabal cumplimiento de esta disposición”.

“Art. 111.- Liquidación y pago de haberes.- La liquidación y pago de haberes a que hubiere lugar a favor de la o el servidor, se realizará dentro del término de quince días posteriores a la cesación de funciones, y una vez que la servidora o servidor haya realizado la respectiva acta entrega-recepción de bienes, conforme lo determina el artículo 110 de este Reglamento General. El pago será de responsabilidad de la Unidad Financiera Institucional. En la liquidación de haberes se considerará la parte proporcional de los ingresos complementarios a que tuviere derecho, a más de lo previsto en el artículo 31 de este Reglamento General”.

Del análisis jurídico que precede se aprecia que, de acuerdo con los artículos 31 y 111 del Reglamento General a la LOSEP, todo servidor que cese en sus funciones tiene derecho al pago de sus remuneraciones devengadas, los valores proporcionales a los ingresos complementarios y vacaciones no gozadas; dichos haberes tienen carácter distinto a las indemnizaciones o beneficios económicos previstos por la LOSEP para los casos específicos en los que la cesación de los servidores se produzca porque se acojan a planes de retiro con indemnización, compra de renuncia u otras figuras similares, así como supresión de puestos, en los que la indemnización tiene por propósito compensar la pérdida de la estabilidad del servidor de carrera en el puesto.

Una vez establecido lo concerniente a la liquidación por cesación de funciones de un servidor público, es necesario referirnos a las normas que regulan el reingreso a la administración pública de un servidor que hubiere sido destituido conforme se plantea en la consulta que atiendo, así el artículo 15 de la LOSEP dispone:

“Art. 15.- Del reingreso de la servidora o servidor público destituido.- La servidora o servidor público legalmente destituido no podrá reingresar al sector público en un período de dos años, contados desde la fecha de su destitución, pero su reingreso no podrá darse a la institución del Estado, de la que fue destituido”.

Concordante con dicha norma, el primer inciso del artículo 13 de Reglamento General a la LOSEP establece que, “Previo a ingresar al servicio público, las personas impedidas por destitución, siempre que sea por una causal que no hubiera conllevado responsabilidad penal, ni origine en la indebida administración, manejo, custodia o depósito de recursos públicos, bienes públicos o por delitos relacionados con estos asuntos, deberán presentar un certificado emitido por la institución del Estado que lo destituyó a fin de acreditar el transcurso del plazo necesario para su rehabilitación”.

Adicionalmente, sobre la rehabilitación por destitución, el Reglamento General a la LOSEP, en su artículo 100 señala:

“Art. 100.- De la rehabilitación por destitución.- La o el servidor que hubiera sido destituido por una causal que no hubiera conllevado responsabilidad civil o penal, ni sea de aquellas relacionadas por indebida administración, manejo, custodia o depósito de recursos públicos, bienes públicos o por delitos relacionados con estos asuntos, transcurridos dos años de la fecha de destitución, podrá solicitar ante el Ministerio de Relaciones Laborales, su rehabilitación para desempeñar un puesto en las instituciones señaladas en el artículo 3 de la LOSEP, que no sea la que lo destituyó”.

De las disposiciones constantes en los artículos 15 de la LOSEP, 13 y 100 de su Reglamento General, se establece que un servidor público que hubiere cesado en funciones por destitución y quiera reingresar a trabajar en el sector público, deberá esperar que transcurran dos años contados desde la fecha de su destitución, siempre que se trate a una entidad pública distinta y que la causal de destitución no hubiere conllevado responsabilidad penal, ni se origine en la indebida administración, de recursos o bienes públicos.

De lo hasta aquí señalado, se determina que tanto la LOSEP y su Reglamento General prevén en forma expresa los efectos específicos aplicables para cada forma legal de cesación de los servidores públicos.

Así, los ex servidores que se hubieren acogido a los planes de retiro con indemnización, o compra de renuncia u otras figuras similares, o cuyas partidas hubieren sido objeto de supresión, que han percibido dichas indemnizaciones como beneficios económicos distintos a sus haberes ordinarios (remuneraciones devengadas, proporcionales de ingresos complementarios y vacaciones no gozadas), están prohibidos de reingresar al servicio público, salvo que devuelvan las indemnizaciones percibidas, según dispone el artículo 14 de la LOSEP, lo que deberán acreditar en la forma prescrita por los artículos 14 y 15 del Reglamento General a la LOSEP mediante la certificación de haber devuelto los valores correspondientes a la indemnización, o una declaración patrimonial juramentada de la cual conste el respectivo convenio de pago suscrito con la respectiva entidad pública que efectuó el pago de la indemnización.

Por excepción se admite el reingreso sin la devolución de la indemnización percibida, cuando se produzca a cargos de nombramiento provisional o de libre nombramiento y remoción, según prescribe el inciso cuarto de citado artículo 14 de la LOSEP, esto es a aquellos puestos descritos en las letras b) (subliterales b.1 a b.4) y c) del artículo 17 *Ibidem*.

Mientras que, quienes hubieren cesado por destitución, por las causales previstas en el artículo 48 de la LOSEP y previo sumario administrativo de acuerdo con el artículo 106 de su Reglamento General, tienen derecho únicamente a percibir su liquidación de haberes, compuesta por las remuneraciones devengadas, los proporcionales de los ingresos complementarios, y de haber lugar, el pago de vacaciones no gozadas según los artículos 31 y 111 del Reglamento a la LOSEP; y para su reingreso al sector público, deberán acreditar el haber transcurrido dos años contados desde la fecha de su destitución, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 15 de la LOSEP y 13 y 100 de su Reglamento General.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que no es aplicable el inciso tercero y cuarto del artículo 14 de la LOSEP, para el reingreso al sector público de un servidor que hubiere cesado en funciones por destitución de acuerdo a la causal prevista en la letra a) del artículo 48 de la LOSEP, ya que esta forma de desvinculación no genera el pago de indemnizaciones.

En el caso en que un servidor que cesó en funciones por destitución haya recibido erradamente una indemnización por su desvinculación con la entidad pública sin fundamento legal, ésta constituye pago indebido en los términos prescritos en los artículos 121 de la LOSEP y el numeral 2 del artículo 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y por lo tanto, debe devolver los valores recibidos a la entidad que efectuó el pago, independiente de que la persona reingrese o no al servicio público.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. Es competencia de las entidades del sector público, sus personeros y servidores, verificar y determinar en los casos particulares el cumplimiento de los requisitos de reingreso prescritos en el artículo 15 en la LOSEP.

REMOCIÓN DE LOS MIEMBROS DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS

OF. PGE. N°: 12287 de 27-09-2017

CONSULTANTE: Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial del Guayas

CONSULTA:

“¿SON APLICABLES LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 334 Y SIGUIENTES DEL COOTAD PARA EL CASO DE LOS CONSEJEROS PROVINCIALES?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República de Ecuador, Arts. 76, 82, 228, 229, 233 y 252.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 43, 44, 45, 46, 48, 332, 333, 334, 336, 337 y 397.

Código Civil, Art. 18 núm. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

El Director Ejecutivo de la AME ha remitido el criterio institucional de esa entidad asociativa, en oficio No. 633-DE-AME-2017, de 30 de agosto de 2017, ingresado el 4 de septiembre del mismo año, al que se acompaña el memorando No. 422-DNAJ-AME-2017 de 28 de agosto de 2017, suscrito por el abogado Carlos Becilla Peñafiel, Director Nacional de Asesoría Jurídica.

El informe del Procurador Síndico de la entidad consultante, contenido en el memorando al que se ha hecho referencia en los antecedentes, cita los artículos 334 y 336 del COOTAD, que establecen las

causales para la remoción de los miembros de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados y el procedimiento aplicable al efecto; y, sobre dicha base manifiesta:

“El art. 334 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece en el enunciado del artículo, ‘Causales para la remoción de los miembros de los órganos legislativos’, por lo que se desprende de la simple lectura del mismo, que este se aplicaría a todos los miembros de los órganos legislativos, incluidos los consejeros provinciales, pero que sin embargo en la descripción del artículo, se refiere a consejeros o consejeras regionales, concejales o concejales o vocales de las juntas parroquiales rurales podrán ser removidos por el órgano legislativo respectivo, pero no menciona a los consejeros provinciales por lo que de acuerdo al art. 397 del COOTAD, que establece que constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico tipificadas como tales en la ley, siempre que la conducta tipificada y la sanción se ajusten a los principios de este Código, y que sin embargo en artículo posterior, esto es, el art 336 del mismo Código, se determina que en el caso de los consejeros o consejeras provinciales que hayan sido removidos de sus funciones, el ejecutivo provincial informará al órgano normativo de su respectivo gobierno autónomo descentralizado a fin de que sea analizado y determine, si amerita, su remoción en el gobierno al que pertenece.

A modo de entender de esta Procuraduría Síndica Provincial, sí serían aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 334 y siguientes del COOTAD para el caso de los consejeros provinciales, pero al existir duda sobre la inteligencia y aplicación de las normas citadas, se realiza la consulta que ha sido planteada (...).”

Por su parte, el criterio institucional del CONAGOPARE, remitido por el Presidente Nacional de esa entidad asociativa cita entre otras normas, los artículos 82, 228, 229 y 233 de la Constitución de la República, que establecen el derecho a la seguridad jurídica, definen como servidores públicos todas las personas que a cualquier título presten servicios, ejerzan un cargo o dignidad dentro del sector público, sea por nombramiento o elección popular; y, prevén que ningún servidor público se encuentra exento de responsabilidad. Con relación al tema materia de consulta expone:

“El COOTAD en el Capítulo V, Remoción de autoridades de elección popular de los gobiernos autónomos descentralizados, art. 332, dispone como principio general la remoción de los dignatarios de elección popular de los GAD’s, previo el debido proceso y la comprobación de los hechos que motiven el trámite; en lo particular, el art. 334, determina en forma específica, las causales por las que pueden ser removidos los consejeros o consejeras regionales, los concejales o concejales y, los vocales de las juntas parroquiales rurales, sin que se hallen incluidos los Consejeros Provinciales; aspecto que nos lleva a considerar ¿si no existen causales previamente definidas, cómo se puede aplicar un procedimiento de remoción?

En calidad de servidores públicos, es menester recordar que, en el derecho administrativo, únicamente se puede hacer aquello que está permitido (legislado); por lo que, en el caso de instrumentarse un procedimiento de remoción de un consejero provincial sin que la ley establezca las causales para su juzgamiento, se corre el riesgo de incurrir en violación de derechos constitucionales.

(...) es decir que, para incoar un procedimiento de remoción de un Consejero Provincial, necesariamente debe existir con antelación, la norma jurídica que posibilite implementar una acción de esa naturaleza; consecuentemente, al no hallarse tipificadas en el COOTAD las causales por las cuales los Consejeros Provinciales puedan ser removidos de sus cargos, consideramos que, es inaplicable el procedimiento constante en el art. 336 del COOTAD, para este caso específico.

Sin embargo de lo expuesto y, en acatamiento de la norma suprema por la que ningún servidor público se halla exento de responsabilidades, la Ley Orgánica del Servicio Público, en el Capítulo 2, relativo al nepotismo, inhabilidades y prohibiciones; establece varias causas por las que un servidor público con inclusión de los consejeros provinciales, podrían hallarse inhabilitados para el ejercicio de un cargo o dignidad, sin que ello requiera de un procedimiento de remoción”.

El criterio institucional del CONGOPE, cita los artículos 334 y 336 del COOTAD y sobre dicha base, expone:

“En referencia directa a la pregunta planteada por el Gobierno Provincial del Guayas, manifiesto que las normas CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 334 Y SIGUIENTES DEL COOTAD PARA EL CASO DE LOS CONSEJEROS PROVINCIALES, son aplicables a los gobiernos provinciales de manera integral, puesto que se trata del Capítulo V cuyo articulado trata de la remoción de autoridades de elección popular de los gobiernos autónomos descentralizados.

Cabe señalar que si bien el artículo 334 del COOTAD, excluye a los consejeros provinciales, esto no implica que el marco normativo de este capítulo no ampare a este nivel de gobierno, ya que ha criterio de esta unidad, tal artículo 334 está dado en el sentido que los consejeros provinciales tienen una representación de gobierno, y no están supeditados a la injerencia de otro nivel, bajo el principio de no intervención”.

El criterio institucional de la AME cita entre otras normas, el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República, que entre las garantías del debido proceso establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción; el artículo 18 del Código Civil que contiene las reglas de interpretación de la ley, cuyo numeral 2 ordena dar a las palabras de la ley su sentido natural y obvio. El referido criterio refiere la necesidad de analizar el contexto del artículo 334 del COOTAD; y sobre dicha base manifiesta:

“El artículo 334 del COOTAD se encuentra en el contexto del Título VIII, capítulo V que trata sobre la ‘REMOCIÓN DE AUTORIDADES DE ELECCIÓN POPULAR DE LOS GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS. Este capítulo abarca desde los artículos 332 hasta el 337 de la norma ibídem y básicamente desarrolla toda la institución de Remoción.

El artículo 332 institucionaliza la remoción, el artículo 333 señala las causales para remoción del ejecutivo de los GAD en general, el artículo 334 señala las causas de remoción para los miembros de los órganos legislativos de los GAD en general (en adición a las causales del 333 para los

ejecutivos), el artículo 335 habla sobre la competencia para tramitar la denuncia de remoción, el artículo 336 habla sobre el procedimiento de remoción; y, el artículo 337 señala el ejercicio del cargo en consulta.

(...)

Es importante plantearnos la siguiente pregunta ¿cómo se llega a ser consejero provincial? Al respecto, es necesario resaltar que el artículo 43 del COOTAD indica que el Consejo Provincial está constituido por su Prefecto y Vice Prefecto más cada cantón de la circunscripción provincial representado a través de su alcalde o cualquier concejal debidamente delegado conforme al artículo 44 *ibídem*. Por lo tanto, al Consejo Provincial no acude un alcalde electo como alcalde y consejero, acude un alcalde por representación de su cantón, es decir, quien conforma el Consejo Provincial es el cantón mas no el alcalde, así pues, si se remueve un alcalde no podemos caer en el ilógico de decir que se removió al cantón.

Así pues, vemos una clara diferencia en la lógica de conformación del concejo municipal frente al consejo provincial ya que el primero está constituido por alcalde y concejales, todos ellos electos por votación popular lo cual les hace ostentar la calidad de ‘dignatarios’, mientras que en el consejo provincial el único electo es el Prefecto con su Viceprefecto, mas sus consejeros acuden a conformar el consejo no por votación popular sino por mandato de la constitución y la ley.

Por otra parte, el inciso séptimo del artículo 336 que ha evocado la Prefectura del Guayas, indica que: ‘En el caso de consejeras o consejeros provinciales que han sido removidos de sus funciones, el ejecutivo provincial informará al órgano normativo de su respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado a fin de que sea analizado y determine si amerita su remoción en el Gobierno al cual pertenece’. En este caso, el GADP del Guayas, al hacer su consulta, está asumiendo erradamente que la hipótesis normativa hace referencia a la casuística de un alcalde que ha sido removido del consejo provincial, situación que resulta ilógica ya que –en este supuesto no consentido- si el GADP conoce y resuelve la remoción, es inconcebible que el ejecutivo del GADP informe al mismo Consejo –que ya conoció y resolvió- con la finalidad que determinen si ameritan su remoción del mismo consejo; por lo tanto resulta ilógica la hipótesis. Por su parte, este inciso debería interpretarse en el sentido que, si un alcalde es removido de su municipio queda a discreción del GADP determinar si el alcalde continúa como consejero provincial o no; situación que a criterio propio es un error del legislador utilizar la palabra ‘remoción’ al final del inciso citado, ya que si fue removido como alcalde, mal podría el Consejo Provincial tener potestad discrecional para decidir sobre si alguien –quien ya no es dignatario- continúa siendo parte del consejo provincial. En todo caso, aún aceptando este error del legislador, se evidencia que la remoción operó sobre el cargo alcalde mas no de consejero provincial, dicho de otro modo, el Consejo Provincial no aplica la institución de remoción, misma que tiene causales claras en el artículo 333 y 334, sino que considera si aquel sujeto –antes alcalde- continúa en el consejo.

(...)

3. CONCLUSIÓN:

Por los antecedentes indicados es criterio de esta Dirección Nacional de Asesoría Jurídica que los artículos 334 y siguientes NO son aplicables para los consejeros provinciales dado que ejercen dicho cargo por disposición constitucional y legal mas no por mandato popular; y, por cuanto taxativamente no fueron considerados en la hipótesis normativa del artículo 334 del COOTAD”.

De los criterios institucionales transcritos, se observa que la entidad consultante y el CONGOPE coinciden al considerar que el artículo 334 del COOTAD, que establece las causales de remoción de los miembros de los órganos legislativos de los GADs, es aplicable a los Consejeros Provinciales aun cuando no los mencione expresamente; mientras que el CONAGOPARE y la AME consideran que, al no incluir expresamente el artículo 334 del COOTAD a los Consejeros Provinciales esa norma les excluye y por tanto no se les aplica. Adicionalmente la AME considera que los Consejeros Provinciales no son dignatarios de elección popular, sino que integran ese órgano colegiado por mandato de la Constitución y la ley.

Se aprecia además de los criterios institucionales que, tanto la entidad pública consultante, como la AME y el CONAGOPARE, consideran a la remoción de los Consejeros Provinciales como un procedimiento de carácter sancionador, en tanto invocan el principio de tipicidad de las infracciones y sanciones, aluden a “juzgamiento” sin causal y al riesgo de incurrir en violación de derechos constitucionales.

La forma en que se integran los Consejos Provinciales, está prevista por el primer inciso del artículo 252 de la Constitución de la República, en los siguientes términos:

“Art. 252.- Cada provincia tendrá un consejo provincial con sede en su capital, que estará integrado por una prefecta o prefecto y una viceprefecta o viceprefecto elegidos por votación popular; por alcaldesas o alcaldes, o concejales o concejales en representación de los cantones; y por representantes elegidos de entre quienes presidan las juntas parroquiales rurales, de acuerdo con la ley.

La prefecta o prefecto será la máxima autoridad administrativa, que presidirá el Consejo con voto dirimente, y en su ausencia temporal o definitiva será reemplazado por la persona que ejerza la viceprefectura, elegida por votación popular en binomio con la prefecta o prefecto”.

En forma concordante con la norma constitucional citada en el párrafo precedente, los artículos 43, 44 y 45 del COOTAD, respecto al Consejo Provincial establecen, que es un órgano colegiado o pluripersonal que se integra por el Prefecto y Viceprefecto, quienes se eligen por votación popular, y además en calidad de Consejeros Provinciales, por Alcaldes en representación de los cantones y por representantes elegidos por un colegio electoral de entre los Ejecutivos de los GADs Parroquiales de la respectiva provincia. Según el artículo 44 del COOTAD, los Alcaldes pueden designar y delegar a un concejal principal su representación en forma estable ante el Consejo Provincial; y, de

acuerdo con el artículo 46 *Ibídem*, los GADs Parroquiales deben designar representantes principales y alternos al consejo provincial. Es decir que el Consejo Provincial, es un órgano que se integra por varias autoridades llamadas por la ley a conformar ese cuerpo colegiado.

Por otra parte, es pertinente considerar que el COOTAD distingue entre las atribuciones del Consejo Provincial como órgano colegiado, establecidas por el artículo 47; y, las atribuciones de los Consejeros Provinciales, individualmente considerados, que constan en el artículo 48 que dispone:

“Art. 48.- Atribuciones de los consejeros o consejeras.- Los integrantes del consejo provincial serán responsables ante la ciudadanía y las autoridades competentes de sus acciones u omisiones en el cumplimiento de sus atribuciones y estarán obligados a rendir cuentas a sus mandantes. Tienen las siguientes atribuciones:

- a) Intervenir con voz y voto en las sesiones y deliberaciones del consejo provincial;
- b) Presentar proyectos de ordenanzas provinciales en el ámbito de sus competencias;
- c) Intervenir en el consejo provincial de planificación, en las comisiones permanentes, especiales y técnicas; y, en las delegaciones y representaciones que designe el consejo provincial; y,
- d) Fiscalizar las acciones del ejecutivo provincial de acuerdo con este Código y la ley”.

Adicionalmente, cabe considerar que las personas que integran los órganos legislativos de todos los niveles de gobiernos autónomos descentralizados, son dignatarios de elección popular, calidad que corresponde también a Consejeros Provinciales quienes, siendo alcaldes, concejales o miembros de los Gobiernos Parroquiales, deben conformar el Consejo Provincial cuando sean designados para ello y en tal calidad asumir la calidad de consejeros provinciales y ejercer las atribuciones que la ley les confiere.

El artículo 334 del COOTAD, sobre cuya aplicación trata la consulta, está ubicado en el Capítulo V, que se titula en forma general “Remoción de autoridades de elección popular de los gobiernos autónomos descentralizados”, establece las causales para la remoción de los miembros de los órganos legislativos de los GADs; sin embargo, su texto no incluye en forma expresa a los Consejeros Provinciales, lo que genera la duda que motiva la consulta. El tenor de la norma es el siguiente:

“Art. 334.- Causales para la remoción de los miembros de los órganos legislativos.- Los consejeros o consejeras regionales, concejales o concejalas o vocales de las juntas parroquiales rurales podrán ser removidos por el órgano legislativo respectivo, según el caso, cuando incurran en cualquiera de las siguientes causales:

- a) Estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad establecida en la Constitución y la ley;
- b) Estar incurso en cualquiera de las causales previstas para remoción del ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado respectivo; y,

- c) Por inasistencia injustificada a tres sesiones consecutivas, válidamente convocadas”.

El artículo 332 del COOTAD, ubicado en el mismo Capítulo prevé que la remoción del cargo de un dignatario de un gobierno autónomo descentralizado debe ser resuelta por las dos terceras partes de los integrantes del órgano legislativo, “(...) siempre que se hayan comprobado las causales que motivaron la remoción, siguiendo el debido proceso y las disposiciones contenidas en el presente Código”.

Por su parte, el artículo 333 *Ibídem*, establece las causales para la remoción del ejecutivo de un gobierno autónomo descentralizado, también aplicables a los miembros de sus órganos legislativos según la letra b) del artículo 334 de ese Código. Así, el artículo 333 del COOTAD prevé:

“Art. 333.- Causales para la remoción del ejecutivo.- Son causales para la remoción del ejecutivo de un gobierno autónomo descentralizado las siguientes:

- a) Haberse dictado en su contra sentencia ejecutoriada por cualquier tipo de delito;
- b) Ausentarse del cargo por más de tres días hábiles sin haberlo encargado a quien lo subroga legalmente y sin causa justificada;
- c) Incumplimiento legal y debidamente comprobado de las disposiciones contenidas en este Código, de las ordenanzas o de las resoluciones adoptadas por los órganos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados, sin causa justificada;
- d) Despilfarro, uso indebido o mal manejo de fondos del Gobierno Autónomo Descentralizado, legal y debidamente comprobado.
- e) Ejercicio de actividades electorales en uso o con ocasión de sus funciones y abusar de la autoridad que le confiere el cargo para coartar la libertad de sufragio u otras garantías constitucionales;
- f) Padecer de incapacidad física o mental permanente debidamente comprobada, que le imposibilite el ejercicio de su cargo; y,
- g) Incumplir con las disposiciones establecidas en la legislación para garantizar el ejercicio del derecho a la participación ciudadana en la gestión del respectivo gobierno autónomo descentralizado”.

Finalmente, el artículo 336 del COOTAD, establece el procedimiento de remoción de “cualquier autoridad de elección popular de los gobiernos autónomos descentralizados”, previendo las fases de denuncia, calificación por la comisión de mesa, notificación a la autoridad denunciada, prueba, informe de la comisión de mesa y convocatoria a sesión del órgano colegiado del respectivo nivel de gobierno. El mismo artículo prevé que, si la resolución del órgano legislativo del GAD implica la remoción de la autoridad denunciada, dicha autoridad una vez notificada puede solicitar se remita lo actuado en consulta al Pleno del Tribunal Contencioso Electoral, al que corresponde resolver en mérito de los autos.

Los incisos séptimo y octavo del artículo 336 del COOTAD, expresamente prevén para el caso específico de remoción de los Consejeros Provinciales, que el Ejecutivo del respectivo gobierno remita informe de la remoción al órgano legislativo al que pertenece el Consejero, esto es del GAD al que representa y adicionalmente esa norma regula el reemplazo del Consejero Provincial que represente al gobierno parroquial. El tenor de los mencionados incisos es el siguiente:

“Art. 336.- Procedimiento de remoción.-

(...)

En el caso de consejeras o consejeros provinciales que han sido removidos de sus funciones, el ejecutivo provincial informará al órgano normativo de su respectivo Gobierno Autónomo Descentralizado a fin de que sea analizado y determine si amerita su remoción en el Gobierno al cual pertenece.

Si un representante de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales es removido de su cargo como consejera o consejero provincial lo reemplazará su respectiva alterna o alterno y el Consejo Nacional Electoral convocará al colegio electoral para nombrar a la nueva alterna o alterno (...). (El énfasis me corresponde)

El texto del séptimo inciso del artículo 336 del COOTAD, previamente transcrito, se refiere en forma específica a la remoción de los consejeros provinciales, de lo que claramente se aprecia su aplicabilidad a dichos dignatarios.

La parte final del séptimo inciso de artículo 336 del COOTAD, que dispone que el Prefecto debe notificar la remoción al gobierno al que pertenece el Consejero Provincial, se debe entender en armonía con el artículo 43 del mismo Código, que establece la forma en que se integra el Consejo Provincial, es decir considerando que ese órgano colegiado se compone por Alcaldes en representación de los cantones y por representantes elegidos por un colegio electoral de entre los Ejecutivos de los GADs Parroquiales de la respectiva provincia.

Si el Consejo Provincial ha resuelto la remoción de uno de sus miembros, no tiene sentido que el Prefecto deba notificar de esa decisión al mismo órgano que la ha adoptado, como erróneamente manifiesta el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas; por el contrario, la notificación que el Prefecto debe efectuar se debe dirigir al concejo cantonal o a la junta parroquial a la que representa el dignatario removido, y tiene por finalidad, según el inciso séptimo del artículo 336 del COOTAD, que esos órganos colegiados, analicen si además de lo actuado por el Consejo Provincial, se configura o no también una causal de remoción del dignatario respecto al nivel de gobierno al que pertenece.

De las normas citadas, se aprecia que el Capítulo V del Título VIII del COOTAD, en el que está ubicado el artículo 334, regula la remoción de los miembros de los órganos legislativos de todos los niveles de gobiernos autónomos descentralizados. Ese Capítulo establece las causales de remoción

del Ejecutivo del GAD (artículo 333); las causales de remoción aplicables a los miembros del órgano legislativo de los GADs (artículo 334); y, el procedimiento que se debe observar para que se pruebe la causal de remoción que se imputa al dignatario (artículo 336).

Lo señalado en el párrafo precedente, ilustra la necesidad de entender el artículo 334 del COOTAD, en el contexto del Capítulo en el que está inserta esa norma, y se reitera al observar que la regulación del procedimiento para la remoción de dignatarios de los GADs, que establece el artículo 336 del COOTAD, incisos séptimo y octavo, se refieren en forma expresa a la remoción de los Consejeros Provinciales.

Finalmente, según el artículo 337 del COOTAD ubicado en el mismo Capítulo V, la autoridad cuya remoción se tramita seguirá en el ejercicio de sus funciones hasta que el Tribunal Contencioso Electoral se pronuncie; y, solo ejecutoriada la resolución que declara con lugar la remoción, se procederá a su reemplazo, de conformidad con la ley.

Cabe considerar que, la remoción de un Consejero Provincial que provenga de un GAD cantonal o parroquial, una vez ejecutoriada, dará lugar a su reemplazo ante el órgano legislativo del Gobierno Provincial, pero no determina la pérdida de la calidad de alcalde, concejal y/o miembro de la Junta Parroquial a la que representa dicho dignatario, lo que permite comprender la previsión que contiene el séptimo inciso del artículo 336 del COOTAD, que impone al Ejecutivo Provincial la obligación de notificar de la remoción al órgano normativo al que representa el Consejero.

Por lo expuesto, del análisis de las normas del Capítulo V del Título VIII del COOTAD, se concluye que el artículo 334 de ese Código, debe ser entendido en armonía con el artículo 336 *Ibidem*, esto es en el contexto en el que se inserta, que es la regulación de las causas y procedimiento aplicables para la remoción de los miembros de los órganos legislativos de los GADs, lo cual incluye a los Consejeros Provinciales como miembros de dicho órgano al nivel provincial, por lo que en atención a los términos de la consulta se concluye que esa norma les es aplicable a dichas autoridades.

El presente pronunciamiento, se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, pues es de exclusiva responsabilidad de las autoridades de las entidades públicas verificar el cumplimiento de los requisitos legales aplicables para la resolución de los casos particulares.

REMUNERACIONES MENSUALES UNIFICADAS: ESCALAS NACIONALES DE

OF. PGE. N°: 11919 de 29-08-2917

CONSULTANTE: Universidad Técnica de Cotopaxi

CONSULTA:

“1. ¿Es o no aplicable para las Instituciones de Educación Superior, las escalas remunerativas señaladas en el Acuerdo Ministerial No. MDT-2015-0226, toda vez que con anterioridad aprobó un reclasificativo del manual de puestos en aplicación de la estipulación fijada en el Art. 246 del Reglamento General de la LOSEP?, en la que se establece escalas remunerativas superiores a las señaladas en el Acuerdo Ministerial en mención.

2. ¿Es o no procedente el Acuerdo Ministerial No. MDT-2015-0226, toda vez que la Ley Orgánica del Servicio Público no determina escala de pisos y techos de remuneraciones mensuales unificadas para universidades y escuelas politécnicas y, no se ha expedido los valores de piso y techo estipulados en las escalas nacionales de remuneraciones mensuales unificadas, según lo establece el Art. 246 del Reglamento General de la LOSEP?”
- “3. ¿La Universidad Técnica de Cotopaxi puede expedir mediante Resolución los grupos ocupacionales para funcionarios y servidores enmarcado en la escala nacional de remuneraciones, con sujeción a la estructura de puestos aprobada?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 82, 226, 229, 237 núm. 3, 355 y 425.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 18 lit. a) y 70.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 22, 51 lit. a) y d), 52, 61, 62, 84, 94, 101 y 102, 104; y, 126, 163, 166, 172, 173, 245, 246; y, 173, 246, 251 de su Reglamento.

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

Acuerdo No. MDT-2015-226, R. O. No. 608 de 15-10- 2015

PRONUNCIAMIENTOS:

PRIMERA Y SEGUNDA CONSULTAS

El informe jurídico de la Universidad Técnica de Cotopaxi, que se citó en los antecedentes, invoca como fundamentos jurídicos de su consulta, entre otros, los artículos 82, 226 y 355 de la Constitución de la República que establecen el derecho a la seguridad jurídica, el principio de legalidad que rige en Derecho Público y la autonomía de los establecimientos de educación superior. Invoca además, la letra e) del artículo 18 de la Ley Orgánica de Educación Superior que, en el contexto de la autonomía de las universidades, les confiere libertad para gestionar sus procesos internos.

El referido informe cita además los artículos 52 letras a) y d) y 104 de la Ley Orgánica del Servicio Público, 166, 173 y 251 de su Reglamento, que establecen los principios de las remuneraciones de los servidores públicos y contienen las normas que regulan la elaboración del Manual de descripción, valoración y clasificación de puestos institucional, por las unidades de administración de talento humano de las respectivas entidades.

Finalmente, el informe jurídico de la consultante se refiere a varios Acuerdos del Ministerio del Trabajo, entre ellos el Acuerdo No. MDT-2015-226, publicado en el Registro Oficial No. 608 de 15 de octubre de 2015, que contiene la Escala de Remuneraciones de Servidores de Universidades y Politécnicas, así como al pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 13839 de 10 de julio de 2013; y, sobre dicha base concluye con un criterio jurídico único en los siguientes términos:

“Debiendo considerarse que en dicho instrumento legal, para fijar la remuneración establecida por el Ministerio del Trabajo precisa grados de remuneraciones y más no niveles como se determinan dentro de las estipulaciones establecidas en el Acuerdo Ministerial 226-2015, que regula las remuneraciones de los servidores públicos que se encuentran bajo la Ley Orgánica de Servicio Público y prestan sus servicios en las Universidades y Escuelas Politécnicas; por lo tanto su aplicación literal no procedería debido a que se fijan niveles y mas no grados como correspondería tomando en consideración la necesidad de cada institución, debido a que las exigencias y los roles de los cargos existentes o que se crearen por su complejidad deben ser remunerados con un grado mayor al estipulado en dicho acuerdo.

(...)

De tal forma que el Ministerio del Trabajo al no tener competencia sobre los manuales de clasificación y valoración de puestos conforme se señala en la parte final del inciso segundo del artículo 173 que menciona claramente... y referencial para las demás instituciones comprendidas bajo el ámbito de esta ley; es decir que los manuales de valoración y clasificación de puestos de las Instituciones de Educación Superior, no están sujetos a la aprobación del Ministerio del Trabajo, por lo tanto el Ministerio del Trabajo no se encontraría en potestad de emitir un acuerdo ministerial que contemple grupos ocupacionales y niveles de remuneraciones, debido a que se estaría atentando en contra de lo señalado en el artículo 82 de la Constitución de la República (...).

(...)

Por lo tanto al transgredir una disposición constitucional que define como legal una atribución que es propia de una autoridad competente, así como la evocación de normas jurídicas previas para dictaminar cualquier disposición legal, para ser aplicada es necesario que las atribuciones se encuentran preestablecidas y sobre todo autorizadas para hacerlo, de tal modo que el Ministerio del Trabajo al no tener competencia para dictaminar una norma que no fue expedida con sujeción a la Ley, esta no podría ser aplicada para la elaboración de Manuales y Clasificación de puestos en grupos ocupacionales predeterminados, debido a que las Instituciones de Educación Superior, por la oferta académica que mantienen poseen necesidades diversas, que en muy pocas ocasiones coinciden a nivel nacional.

En cuanto a su consulta si es posible que la Universidad Técnica de Cotopaxi expida mediante Resolución los grupos ocupacionales para funcionarios y servidores, enmarcado en la escala nacional de remuneraciones, con sujeción a la estructura de puestos aprobada (...).

La Universidad Técnica de Cotopaxi está en la potestad exclusiva de emitir los manuales y grupos ocupaciones que considere necesarios para el desarrollo de sus actividades cotidianas, amparadas en su especial excepción para las Instituciones de Educación Superior atribuida en la autonomía administrativa que le asiste, todo ello en concordancia con lo señalado en el artículo 18 literal e) de la Ley Orgánica de Educación Superior (...).

Con los antecedentes expuestos, la Unidad de Administración de Talento Humano de la Universidad Técnica de Cotopaxi, se encuentra facultada para elaborar, aprobar y expedir los grupos ocupacionales que considere necesarios, estableciendo las escalas remunerativas que correspondan de acuerdo a las funciones y demás parámetros técnicos que sean necesarios para la efectiva prestación del servicio al que se encuentra obligada”.

Por su parte, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes cita, entre otras normas, los artículos 229 y 425 de la Constitución de la República; artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior; artículos 3, 22, 51 letras a) y d), 52, 61, 62, 94, 101 y 102 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 126, 172, 245 y 246 de su Reglamento General que regulan el ámbito de aplicación de esa ley, las atribuciones del Ministerio del Trabajo, el subsistema de clasificación de puestos del servicio público y las normas que regulan las remuneraciones en el sector público.

El referido informe invoca también la Resolución No. RH-2005-000042 por la que la extinguida SENRES expidió la Norma Técnica del Subsistema de Clasificación de Puestos y los artículos 2, 3 y las Disposiciones Generales Tercera y Cuarta del Acuerdo No. MDT-2015-226 del Ministerio del Trabajo, sobre el que trata la consulta; y, sobre dicha base concluye que:

4.- ANÁLISIS NORMATIVO:

De las Normas expuestas se desprende que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título que trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público; y que, conforme lo determina la Ley, este Ministerio, es el órgano rector en materia de remuneraciones para todo el sector público, dentro del cual se encuentran, las y los servidores públicos de las Universidades y Escuelas Politécnicas estatales.

El Acuerdo Nro. MDT-2015-226 emitido por este Ministerio, determina la escala de techos y pisos de las remuneraciones mensuales unificadas de las y los servidores públicos sujetos a la LOSEP de las Universidades y Escuelas Politécnicas, disponiendo que cada una de estas, debe emitir su manual de descripción, valoración y clasificación de puestos, con base en las disposiciones constantes en este Acuerdo, así como también establece las particularidades que se deben seguir en el caso de que los valores fueren superiores a los establecidos.

5.- ABSOLUCIÓN DE CONSULTA:

Por lo expuesto, y en atención a la primera y segunda consultas, al encontrarse emitido el Acuerdo Ministerial Nro. MT-2015-0226, que contiene la Escala de techos y pisos de las remuneraciones mensuales unificadas de las y los servidores públicos bajo el régimen de la LOSEP de las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas, con esta Norma se establecen los techos con valores límites máximos según el nivel o rol del puesto a los que están obligadas a no superar estos centros educativos superiores y el valor como piso remunerativo para todos los puestos que corresponde al salario básico unificado del trabajador privado en general, cuya aplicación se condiciona a los

ajustes presupuestarios que realicen las Universidades y Escuelas Politécnicas, correspondiéndole a la Universidad Técnica del Cotopaxi, aplicar lo que se encuentra determinado en este Acuerdo y de su incumplimiento se estará a lo dispuesto en la Cuarta Disposición General de mismo Acuerdo”.

Como antecedente, es oportuno considerar que el pronunciamiento de esta Procuraduría, contenido en oficio No. 13839 de 10 de julio de 2013, que cita el criterio jurídico institucional de la consultante, atendió una consulta de la Universidad de Guayaquil, sobre la expedición del Manual de descripción, valoración y clasificación de puestos de servidores públicos no docentes, sujetos a Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante LOSEP), y tuvo por finalidad establecer si dicho Manual requería la aprobación del Ministerio de Relaciones Laborales (actual Ministerio del Trabajo).

El pronunciamiento consideró las disposiciones contenidas en el artículo 84 de la LOSEP, así como los incisos primero y segundo del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior (en adelante LOES), que establecen el régimen aplicable al personal de las instituciones y organismos públicos del Sistema de Educación Superior, normas según las cuales los docentes e investigadores se rigen por la LOES, mientras que los Técnicos Docentes y servidores no docentes en general, están regulados por la LOSEP; sobre dicha base concluyó:

(...) los establecimientos públicos de educación superior no integran la administración pública central e institucional, por lo que de acuerdo con el segundo inciso del artículo 173 del Reglamento General a la LOSEP, no requieren que el Ministerio de Relaciones Laborales apruebe su Manual de descripción, valoración y clasificación de puestos; sin embargo, para la elaboración de dicho Manual, de conformidad con el artículo 62 de la Ley Orgánica del Servicio Público, están obligados a observar el subsistema de clasificación de puestos diseñado por el Ministerio de Relaciones Laborales, contenido en la Norma Técnica que se ha citado en este pronunciamiento”.

Con posterioridad a dicho pronunciamiento, el Ministerio del Trabajo mediante Acuerdo No. MDT-2015-226, publicado en el Registro Oficial No. 608 de 15 de octubre de 2015, expidió “La Escala de las remuneraciones mensuales unificadas de las y los servidores bajo el régimen de la Ley Orgánica del Servicio Público, de las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas”, sobre cuya aplicación trata su primera y segunda consulta.

Para atender sus consultas es pertinente considerar que 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”.

En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 3 de la LOSEP, establece el ámbito de aplicación de ese cuerpo normativo y prescribe que: “Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública”. Por su parte, el cuarto inciso posterior al numeral 4 del artículo 3 de la LOSEP, establece que:

“En razón de las especificidades propias de la naturaleza de sus actividades, y la implementación de regímenes particulares que su actividad implica, el Ministerio del Trabajo establecerá y regulará lo atinente a remuneraciones y supervisará y controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal establecidos en las leyes que regulan a la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas; en lo relacionado con el personal ocasional la Función Legislativa observará lo previsto en su ley específica; los docentes del Magisterio y docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley al igual que se regulará por las disposiciones de este cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y de la Comisión de Tránsito del Guayas”. (El énfasis me pertenece).

Adicionalmente, el artículo 84 *Ibidem*, señala que los servidores de las universidades y establecimientos públicos de educación superior que prestan sus servicios en calidad de Técnicos Docentes, estarán regulados por la LOSEP.

Por otra parte, la letra a) del artículo 51 de la LOSEP, confiere al Ministerio del Trabajo, competencia para: “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, la Disposición General Sexta de la misma Ley, prescribe lo siguiente:

“SEXTA.- El incumplimiento de las políticas, normas e instrumentos técnicos por parte de las instituciones, organismos y dependencias del Estado, será comunicado inmediatamente por el Ministerio del Trabajo, a la respectiva autoridad nominadora y a la Contraloría General del Estado, a efectos de que se determinen las responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar.

En el caso de los Gobiernos Autónomos y Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, el control se efectuará por parte de la Contraloría General del Estado”.

El artículo 163 del Reglamento a la LOSEP, establece los principios del subsistema de clasificación de puestos y asigna al Ministro de Relaciones Laborales (actual Ministro del Trabajo), atribución para expedir la resolución que establezca la clasificación de puestos y su valoración.

El artículo 246 del Reglamento a la LOSEP, sobre cuya aplicación tratan sus consultas, reitera la atribución del Ministerio del Trabajo, de expedir las escalas de remuneraciones mensuales unificadas para el sector público y su texto alude en forma expresa a los pisos y techos de dichas remuneraciones; el tenor de la norma reglamentaria es el siguiente:

“Art. 246.- De la determinación de las remuneraciones.- El Ministerio de Relaciones Laborales previo al análisis técnico correspondiente y el dictamen del Ministerio de Finanzas, expedirá las escalas de remuneraciones mensuales unificadas para las instituciones que mantengan distintos grupos ocupacionales y niveles remunerativos, tomando en consideración los valores de piso y

techo estipulados en las escalas nacionales de remuneraciones mensuales unificadas; hasta tanto seguirán manteniendo su escala de remuneraciones mensuales unificadas.

El proceso para la determinación de la remuneración mensual unificada en estas instituciones del Estado, se efectuará en aplicación de lo determinado en el subsistema de clasificación de puestos del servicio público”.

En lo que se refiere al personal de servidores amparados por la LOSEP, de acuerdo con el artículo 62 de esa Ley, corresponde al Ministerio del Trabajo diseñar el subsistema de clasificación de puestos del servicio público, cuyo uso es obligatorio para las entidades sujetas a esa Ley, según prescribe esa norma, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 62.- Obligatoriedad del subsistema de clasificación.- El Ministerio del Trabajo, diseñará el subsistema de clasificación de puestos del servicio público, sus reformas y vigilará su cumplimiento. Será de uso obligatorio en todo nombramiento, contrato ocasional, ascenso, promoción, traslado, rol de pago y demás movimientos de personal. La elaboración de los presupuestos de gastos de personal se sujetará al sistema de clasificación vigente, en coordinación con la unidad de administración de talento humano de la entidad.

Los cambios en las denominaciones no invalidarán las actuaciones administrativas legalmente realizadas.

En el caso de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sus entidades y regímenes especiales, diseñarán y aplicarán su propio subsistema de clasificación de puestos”. (El énfasis me pertenece).

Conforme se desprende del texto del artículo 62 de la LOSEP, las entidades del sector público sujetas al ámbito de aplicación de esa Ley, y determinadas en el artículo 3 de la LOSEP, deben observar en forma obligatoria el subsistema de clasificación de puestos diseñado por el Ministerio de Relaciones Laborales (actual Ministerio del Trabajo).

Por su parte, el Acuerdo No. MDT-2015-226 del Ministerio del Trabajo, fue publicado en el Registro Oficial No. 608 de 15 de octubre de 2015, y contiene “La Escala de las remuneraciones mensuales unificadas de las y los servidores bajo el régimen de la Ley Orgánica del Servicio Público, de las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas”. Su artículo 1 establece los pisos y techos de las remuneraciones aplicables a dichos servidores y su artículo 2 prevé que las Universidades y Escuelas Públicas están obligadas a no superar dichos techos.

Para el caso de remuneraciones previamente establecidas por las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas, que fueren superiores a los techos establecidos en el referido Acuerdo No. MDT-2015-226, artículo 4 *Ibíd*em, dispone en forma expresa lo siguiente:

“Art. 4.- Cuando los valores de las remuneraciones mensuales unificadas de los puestos de las y los servidores públicos de las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas, fueren superiores a los

techos establecidos en el Anexo señalado en el artículo 1 del presente Acuerdo; en aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la LOSEP, se cumplirán las siguientes disposiciones:

- a) Los valores de las remuneraciones de los puestos de período fijo y de libre nombramiento y remoción, inclusive bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales, se ajustarán inmediatamente a los techos determinados en el Anexo señalado en el artículo 1 de este Acuerdo; y,
- b) Los valores de las remuneraciones de los puestos de carrera ocupados con nombramiento permanente, se mantendrán mientras las y los servidores continúen como titulares de los mismos y esas remuneraciones hayan sido fijadas legalmente. Todo puesto vacante o que quede vacante, inclusive aquellos ocupados con nombramiento provisional, se ajustará inmediatamente a los techos establecidos en el Anexo señalado en el artículo 1 del presente Acuerdo.

Los contratos que se celebren a partir de la vigencia de este Acuerdo, y los contratos y las renovaciones de los contratos que se suscriban a partir del 01 de enero de 2016, se ajustarán inmediatamente a los techos establecidos en el Anexo señalado en el artículo 1 de este Acuerdo”.

Es decir, que el artículo 4 del Acuerdo No. MDT-2015-226 del Ministerio del Trabajo, expresamente ha previsto el caso de servidores públicos sujetos a la LOSEP, que presten servicios en los establecimientos públicos de educación superior, cuyas remuneraciones sean superiores a los techos que ese Acuerdo establece, previendo el ajuste inmediato al respectivo techo, para el caso de personal que ocupe puestos de período fijo y de libre nombramiento y remoción; mientras que, los valores de las remuneraciones de servidores públicos no docentes, sujetos a la LOSEP, que ocupen puestos de carrera se conservarán mientras el titular del respectivo puesto continúe en el ejercicio del cargo, lo que guarda armonía con lo establecido por la Disposición Transitoria Tercera de la LOSEP, que dispone:

“TERCERA. - En caso de que la remuneración mensual unificada de las o los servidores públicos, sea superior al valor señalado en el correspondiente grado de las escalas expedidas por el Ministerio del Trabajo, mantendrán ese valor mientras sean titulares de los puestos, siempre que su remuneración haya sido fijada legalmente. Una vez que el puesto quede vacante por el cumplimiento del período fijo o por cualquier otra causal y sea ocupado por la misma o diferente persona, la remuneración mensual unificada del mismo se ajustará al valor previsto en las mencionadas escalas.

Las servidoras y servidores públicos que estén comprendidos dentro de la carrera del servicio público y que sean promovidos a un puesto de mayor remuneración, se acogerán inmediatamente a la nueva remuneración; en el caso de que esta siga siendo inferior a la que venía percibiendo, continuará la remuneración superior hasta que esta se adapte a la remuneración establecida en el grado de la escala respectiva, ya sea por ascenso o por el proceso de homologación si es el caso.

En los casos previstos en los incisos precedentes, no se procederá al aumento del valor de la remuneración del puesto hasta que el mismo se equipare con las tablas expedidas por el Ministerio del Trabajo.

Si la remuneración mensual unificada de servidoras o servidores públicos de libre nombramiento y remoción fuere superior a las escalas emitidas por el Ministerio del Trabajo, ésta se ajustará inmediatamente a dichos grados.

Si la remuneración mensual unificada de servidoras y servidores públicos contratados bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales, fuere mayor a la establecida en los grados de valoración de las escalas emitidas por el Ministerio del Trabajo, la suscripción o renovación de los mismos, en caso de darse, deberá ajustarse inmediatamente a los valores establecidos por dicho Ministerio, sin perjuicio de las acciones que pudieran efectuarse de ser el caso, ante el incumplimiento de las normas legales vigentes a las fechas de suscripción de los respectivos contratos”.

Finalmente es pertinente mencionar que las Disposiciones Generales Tercera y Cuarta del Acuerdo No. MDT-2015-226 prevén que las Universidades, de ser el caso, realizarán los ajustes presupuestarios correspondientes para aplicarlo a partir del 1 de enero de 2016 y confieren al Ministerio del Trabajo atribución para efectuar control de la observancia de ese Acuerdo y comunicar a la Contraloría General de Estado, en caso de incumplimiento, para que determine las responsabilidades que hubiere lugar.

Del análisis jurídico que precede se aprecia que, los servidores públicos no docentes que presten servicios en los establecimientos públicos de educación superior, están sujetos a la LOSEP, de conformidad con el artículo 84 de esa Ley, así como los incisos primero y segundo del artículo 70 de la LOES. Por otra parte se observa que, de acuerdo con los artículos 3 y 51 letra a) de la LOSEP, corresponde al Ministerio del Trabajo el carácter de rector en materia de remuneraciones para todo el sector público; que según el artículo 62 *Ibidem*, a ese Ministerio le corresponde diseñar el subsistema de clasificación de puestos del servicio público, cuyo uso es obligatorio para las entidades sujetas a esa Ley; y que, según el artículo 246 del Reglamento a la LOSEP, compete al Ministerio del Trabajo determinar las escalas de remuneraciones unificadas para las instituciones que mantengan distintos grupos ocupacionales y niveles remunerativos, considerando los valores de piso y techo estipulados en las escalas nacionales de remuneraciones mensuales unificadas.

En atención a los términos de sus consultas se concluye que, las escalas remunerativas establecidas por el Ministerio del Trabajo en el Acuerdo Ministerial No. MDT-2015-0226, que establecen pisos y techos de remuneraciones mensuales unificadas de los servidores públicos de los establecimientos públicos de educación superior, son aplicables al personal de servidores público no docentes de las Universidades y Escuelas y Politécnicas Públicas.

En consecuencia, los techos de remuneraciones mensuales unificadas que ese Acuerdo establece, deben ser observados por las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas, que tienen obligación de aplicar los criterios establecidos por el artículo 4 de ese Acuerdo y la Disposición Tercera de la LOSEP, para resolver el ajuste de remuneraciones aprobadas con anterioridad, que superen los techos que ese Acuerdo establece, que perciban los servidores sujetos a periodo o que ocupen puestos de libre nombramiento y remoción; mientras que, según las mismas normas, las remuneraciones mensuales unificadas que correspondan a servidores de carrera con nombramiento permanente, que superen el techo previsto por ese Acuerdo, se mantendrán mientras el titular ejerza el puesto.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo competencia de la Entidad a su cargo, verificar su cumplimiento en los casos particulares.

TERCERA CONSULTA

“3. ¿La Universidad Técnica de Cotopaxi puede expedir mediante Resolución los grupos ocupacionales para funcionarios y servidores enmarcado en la escala nacional de remuneraciones, con sujeción a la estructura de puestos aprobada?”.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 237 numeral 3, dispone que corresponde al Procurador General del Estado el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorgue competencias a otras autoridades u organismos.

De conformidad con los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, corresponde al Procurador absolver consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales 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 citada disposición constitucional.

De la lectura de los términos de su consulta se evidencia que la misma no está dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, según la esfera de mis competencias previstas en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, razón por la cual y con fundamento en la norma jurídica citada me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

RENUNCIA VOLUNTARIA: COMPENSACIÓN NO PLANIFICADA

OF. PGE. N°: 13444 de 27-12-2017

ENTIDAD CONSULTANTE: Universidad Politécnica Estatal del Carchi

CONSULTA:

“¿Las Instituciones de Educación Superior Públicas del Ecuador, están facultadas a cancelar o pagar compensación económica por renuncia voluntaria no planificada presentada por sus profesores/investigadores de conformidad con lo previsto en la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP y el Art. 286 del Reglamento a la LOSEP?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 229, 349, 352 y 355.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 3, 6, 12, 13 letra f), 17, 18 letras b), e), f), g) y h), 47, 70, 149, 166 y 169 lit. m) núm. 4.

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

Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP, Arts. 3 núm. 3, 4; 47, 48, 84, 115, 132 lit. c), Disp. General Décimo Segunda; y, 102, 286 de su Reglamento General.

Ley de Educación Superior, Art. 6 lit. f).

Código Civil, Art. 6.

Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, Arts. 1, 2, 3, 87, 88, 96 y 97.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 82.

A.M. No. MRL-2011-00158, R.O.S No. 467 de 10-06-2011, Arts. 1, 2, 3, 4, 7, 8 y 10.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 12503 de 17 de octubre de 2017 e insistencia contenida en oficio No. 12861 de 7 de noviembre del presente año, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Presidente del Consejo de Educación Superior; requerimiento que fue atendido mediante oficio No. CES-CES-2017-1158-CO de 14 de noviembre del presente año, ingresado en este Organismo el 15 del mismo mes y año.

Adicionalmente, con oficio No. 12502 de 17 de octubre de 2017, e insistencia contenida en oficio No. 12860 de 7 de noviembre del presente año, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Ministro del Trabajo; dicha solicitud fue atendida a través de oficio No. MDT-CGAJ-2017-0823-O de 14 de noviembre de 2017, ingresado en este Organismo el 24 del mismo mes y año, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de esa Cartera de Estado.

Al oficio de consulta, se acompaña el oficio No. UPEC-PG-2017-12-OF de 10 de octubre del presente año, que contiene el informe del Procurador General de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi, el cual cita el artículo 355 de la Constitución de la República; artículos 12, 13 letra f), 17, 18 letras b), e), f), g) y h) de la Ley Orgánica de Educación Superior; artículos 3, 132 letra c) y Disposición General Décimo Segunda de la Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP y 286 de su Reglamento General; y, artículos 2 y 3 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior; luego de lo cual, concluye su informe jurídico en los siguientes términos:

“Por los antecedentes legales expuestos es criterio de esta Procuraduría que los profesores/investigadores de las Universidades y Escuelas Politécnicas públicas no tienen derecho a la indemnización establecida en la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP; y, en el Art. 286 del Reglamento a la LOSEP; por cuanto los docentes/investigadores del Sistema de

Educación Superior público no se adscriben al ámbito de la Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento; puesto que tienen su propio régimen jurídico; que es el Reglamento de Carrera y Escalafón del profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior; y además que en dicho cuerpo normativo no hay disposición legal alguna que posibilite el reconocimiento de ninguna compensación económica para los docentes que presentan su renuncia voluntaria”.

En el informe suscrito por el Presidente del Consejo de Educación Superior, se invocan los artículos 349, 352 y 355 de la Constitución de la República; artículos 17, 18 letras b), c), e) y f), 70, 149, 166 y 169 letra m) numeral 4 de la Ley Orgánica de Educación Superior; artículos 3, 47, 84 y la Disposición Décima Segunda de la Ley Orgánica de Servicio Público y 286 de su Reglamento General; y, artículos 1, 2, 96 y 97 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, luego de lo cual concluye con el análisis jurídico que se detalla a continuación:

Las universidades y escuelas politécnicas son instituciones del Sistema de Educación Superior, regidas por la LOES, que de conformidad con su artículo 70 los profesores y profesoras, técnicos/as docentes, investigadores o investigadoras, técnicos/as de laboratorio, ayudantes/as de docencia y demás denominaciones afines que laboran en las instituciones públicas de educación superior, son servidores públicos sujetos a un régimen propio contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el cual establece las normas que rigen su ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación.

Bajo este contexto legal, el CES en ejercicio de las atribuciones establecidas en el artículo 169 de la LOES, expidió el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, mediante Resolución RPC-SO-037-No. 265-2012, de 31 de octubre de 2012, el cual en el Título VI regula lo referente a la cesación y jubilación del personal académico, disponiendo en el artículo 96 que el personal académico titular de las instituciones de educación superior pública cesará en sus funciones, entre otras causales, por las circunstancias determinadas en el artículo 47 y 48 de la LOSEP.

En el mismo sentido, el artículo 97 del enunciado Reglamento dispone que, el monto máximo de compensación que debe entregar una IES pública al personal académico que se acoja a los planes de retiro voluntario, compra de renuncia, supresión de puesto o jubilación, no podrá superar el límite del valor de ciento cincuenta remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado.

Adicionalmente, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 355 dispone que, el Estado reconoce a las universidades y escuelas politécnicas públicas y particulares autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica acorde con los objetivos del régimen de desarrollo y los principios en ella establecidos, concediéndoles la libertad para gestionar sus procesos internos; así como para elaborar, aprobar y ejecutar el presupuesto institucional. En el marco de esta autonomía deben establecer los procesos internos que viabilicen la aplicación de las normas contenidas en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, respetando los principios del Sistema de Educación Superior y los derechos del personal académico.

Por consiguiente, con base en los términos de la consulta realizada, las normas enunciadas y las consideraciones expuestas se concluye que las universidades y escuelas politécnicas al encontrarse amparadas por un régimen propio, contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, deben aplicar las normas contenidas en dicho Reglamento para la cesación del personal académico y para la determinación de los montos por indemnización o compensación que les corresponda, sin que ésta supere el límite del valor de ciento cincuenta remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado.

Finalmente, las universidades y escuelas politécnicas, en ejercicio de su autonomía responsable, deben estructurar sus procesos internos, en el marco de las disposiciones de la LOES y demás normativa que rige al Sistema de Educación Superior, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior”.

La Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, en su criterio jurídico cita el artículo 229 de la Constitución de la República; artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior; artículos 87 y 88 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor de Educación Superior; artículos 3 numerales 3 y 4, 47 letra a) y Disposiciones Generales Sexta y Décimo Segunda de la Ley Orgánica de Servicio Público; artículos 102, 285, 286 de su Reglamento General; artículos 4, 7, 8 y 10 el Acuerdo Ministerial No. MRL-2011-00158 del Ministerio del Trabajo, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011; y, artículos 77, 115 y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; y, concluye con el siguiente análisis jurídico:

“La renuncia voluntaria en el servicio público es un derecho de la persona que expresa su voluntad de no continuar trabajando para la institución para lo cual la normativa a previsto que a más de la liquidación de haberes perciba una compensación, que en el caso de la renuncia no planificada, opera en los términos del artículo 102 del Reglamento General a la LOSEP y artículo 7 del Acuerdo No. MRL-2011-0158, por lo que, para el cálculo se debe tomar en cuenta los años laborados en la misma institución, esto es, que se haya mantenido de manera secuencial, ininterrumpida y permanente, por cinco años o más y que en su trayectoria interna hasta la cesación de funciones por esa causal, no se haya suspendido temporalmente o se haya terminado definitivamente la relación de dependencia con la entidad de origen y posterior reingreso. Tratándose de la renuncia voluntaria planificada, la Norma exige que las instituciones estatales que están en el ámbito del artículo 3 de la LOSEP, deben contar previamente con un plan debidamente presupuestado.

La Ley Orgánica de Educación Superior, determina que en el caso de los profesores o profesoras, técnicos/as docentes, investigadores e investigadoras, técnicos/as de laboratorio, ayudantes/as de docencia y demás denominaciones afines que se usan en las instituciones públicas de educación superior, son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el cual regulará, entre otras figuras jurídicas, a la cesación de funciones.

Este Reglamento de Carrera y Escalafón, en el artículo 87 establece que en las instituciones de educación superior, el personal académico titular cesará en sus funciones por la separación

definitiva del cargo, a más de que en las instituciones de educación superior públicas se contemplará lo dispuesto en el artículo 47 de la LOSEP. La ‘renuncia voluntaria formalmente presentada’, es una causal de cesación definitiva de funciones prescrita en la letra a) de este artículo 47 y que por efecto de la Disposición General Décima Segunda existe la posibilidad de reconocer a la o el servidor público con nombramiento la compensación económica sea no planificada o planificada como ya se señala anteriormente.

5.- ABSOLUCIÓN DE CONSULTA:

Por lo tanto, si la o el profesor o investigador docente de una Universidad o Escuela Politécnica, va a cesar en funciones por renuncia voluntaria de conformidad con lo dispuesto en la LOSEP en el artículo 47 letra a) ‘Por renuncia voluntaria formalmente presentada’, artículo 102 del Reglamento General a la LOSEP; y, cumple con los presupuestos jurídicos de la renuncia voluntaria no planificada determinada en el artículo 7 del Acuerdo Ministerial No. MRL-2011-00158, es procedente la compensación por este concepto, lo cual debe ser analizado por la UATH institucional para cada caso de los docentes previo a fundamentar la viabilidad de su reconocimiento; en tanto que a la Unidad Financiera sobre lo que determina el artículo 121 de la LOSEP.

Se precisa también que, independiente de la autonomía establecida en la Ley de Educación Superior, a las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas, no les exime de cumplir con lo que dispone la LOSEP, su Reglamento General y los Acuerdos y Resoluciones emitidos por este Ministerio en materia de recursos humanos, remuneraciones e ingresos complementarios; y, en cuanto a la disponibilidad de fondos lo que manda el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas”.

Del tenor del texto de la consulta que atiendo, y del contenido del informe jurídico del Procurador General de la Universidad Politécnica Estatal de Carchi, se aprecia que la misma trata sobre la procedencia de reconocer a los profesores/investigadores de la Universidad mencionada, que presenten su renuncia voluntaria no planificada, la compensación establecida en la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP y en el Art. 286 del Reglamento de aplicación; y la duda surge del hecho de que dicha compensación no estaría contemplada en la normativa que rige a las Instituciones de Educación Superior; esto es, la ley de Educación Superior y el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

La Constitución de la República en el primer inciso del artículo 229, dispone que: “Serán servidoras y servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.

El artículo 349 de la Constitución *Ibidem*, en relación al personal docente establece que:

“El Estado garantizará al personal docente, en todos los niveles y modalidades, estabilidad, actualización, formación continua y mejoramiento pedagógico y académico; una remuneración justa, de acuerdo a la profesionalización, desempeño y méritos académicos. La ley regulará la carrera docente y el escalafón; establecerá un sistema nacional de evaluación del desempeño y la

política salarial en todos los niveles. Se establecerán políticas de promoción, movilidad y alternancia docente”.

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante LOSEP), establece el ámbito de aplicación de ese cuerpo normativo, y en su penúltimo inciso prescribe que los docentes del Magisterio y docentes Universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyendo de esos procesos al personal técnico docente y administrativo, y estableciendo que dicho personal está sujeto a las disposiciones de ese cuerpo normativo.

Por su parte, la LOSEP al tratar la carrera de docente en su artículo 84, dispone que:

“Art. 84 Carrera Docente.- El personal docente comprendido en todos los niveles y modalidades gozará de estabilidad, actualización, formación continua, mejoramiento pedagógico y académico, percibirá una remuneración justa de acuerdo a la profesionalización, desempeño y méritos académicos. Estarán sujetos a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio. Así como los docentes e investigadores de las Universidades que se regirán por la Ley de Educación Superior, en función a lo consagrado en el Artículo 355 de la Constitución”.

De la lectura de los artículos referidos en los párrafos precedentes, se aprecia que dentro de las Instituciones de Educación Superior existen dos tipos de servidores públicos, los docentes e investigadores universitarios que se rigen por las disposiciones contenidas en la Ley de Educación Superior; y, el personal técnico docente y administrativo sujetos a las disposiciones de la LOSEP.

La letra f) del artículo 6 de la Ley Orgánica de Educación Superior (en adelante LOES), sustituido por la “Ley Orgánica Reformatoria a las Leyes que rigen el Sector Público”, establece:

“Art. 6.- Derechos de los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras.- Son derechos de los profesores o profesoras e investigadores e investigadoras de conformidad con la Constitución y esta Ley los siguientes: (...) f) Para el caso de las y los servidores públicos, ejercer los derechos previstos en la Ley Orgánica de Servicio Público. En el caso de las y los trabajadores de las instituciones de educación superior privadas, se estará a lo dispuesto en el Código del Trabajo”.

Por su parte, el artículo 70 de la LOES determina que, los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos, sujetos a un régimen propio, contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

Con respecto a la aplicación de las leyes que rigen al personal académico de las Universidades y Escuelas Politécnicas, mediante oficio No. 19246 de 22 de octubre de 2014, esta Procuraduría se pronunció en los siguientes términos:

“Del análisis de las normas jurídicas citadas, (...) se observa que los docentes de universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 229

de la Constitución de la República y el artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público y que se encuentran sujetos a un régimen propio establecido en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior en lo referente al ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación, régimen disciplinario y cesación; sin perjuicio de lo cual en su calidad de servidores públicos, le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Servicio Público en lo que su ley especial no haya establecido en forma expresa”.

Una vez que han sido analizados los dos tipos de servidores públicos que laboran en las instituciones de educación superior y dado que la consulta formulada está dirigida específicamente a los profesores/investigadores; es decir, al personal académico de dichas entidades de educación superior, a continuación me permito analizar las leyes y disposiciones especiales que rigen a dicho personal.

De conformidad con el numeral 4 de la letra m) del artículo 169 de la LOES, son atribuciones y deberes del Consejo de Educación Superior el aprobar el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior; mismo que fue expedido mediante Resolución No. RPC-SO-037-No.265-2012 de 31 de octubre de 2012, cuya codificación fue publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 854 de 25 de enero de 2017.

Es pertinente aclarar que, posteriormente dicho Reglamento y su Codificación han sido reformados en varias ocasiones por el mismo Consejo, sin que hasta la fecha de suscripción de este pronunciamiento, las últimas reformas hayan sido publicadas en el Registro Oficial.

En pronunciamiento contenido en el oficio No. 11302 de 4 de enero de 2013, sobre la publicación en el Registro Oficial del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior señalé:

“El artículo 6 del Código Civil dispone que: ‘La Ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces’. También se publican en el Registro Oficial los actos normativos, según lo establece el artículo 82 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que cito a manera de ejemplo.

Considerando que el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior constituye un acto normativo expedido por el Consejo de Educación Superior conforme a la Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, para que sean conocidas y obligatorias, las normas de dicho Reglamento se deben publicar en el Registro Oficial conforme al artículo 6 del Código Civil”.

Con esta aclaración y continuando con el análisis de la normativa aplicable al tema materia de su consulta, es pertinente referirnos a la Codificación del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 854 de 25 de enero de 2017.

El artículo 1 de la referida Codificación del Reglamento establece su objeto, mientras que su artículo 2 regula lo concerniente a su ámbito de aplicación. El tenor de dichas normas es el siguiente:

“Art. 1.- Objeto.- El presente Reglamento establece las normas de cumplimiento obligatorio que rigen la carrera y escalafón del personal académico de las instituciones de educación superior, regulando su selección, ingreso, dedicación, estabilidad, escalas remunerativas, capacitación, perfeccionamiento, evaluación, promoción, estímulos, cesación y jubilación.

Art. 2.- Ámbito.- El presente Reglamento se aplica al personal académico que presta sus servicios en calidad de profesores, investigadores, máximas autoridades y autoridades académicas en las universidades y escuelas politécnicas, públicas y particulares; institutos técnicos superiores, tecnológicos superiores y pedagógicos, públicos y particulares; y, conservatorios superiores de música y artes, públicos y particulares”.

La mencionada Codificación de Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, en su artículo 87 determina las causas de cesación del personal académico de las instituciones de educación superior, siendo el texto de su primer inciso:

“Art. 87.- Causas de cesación del personal académico.- El personal académico titular cesará en sus funciones por la separación definitiva del cargo. En las instituciones de educación superior públicas se contemplará, además, lo dispuesto en el artículo 47 y 48 de la Ley Orgánica de Servicio Público. En las instituciones de educación superior particulares se aplicarán, además, las normas aplicables del Código del Trabajo”.

La citada norma realiza una remisión a los artículos 47 y 48 de la LOSEP, sobre lo cual en pronunciamiento contenido en el oficio No. 10443 de 4 de mayo de 2017, ante una consulta formulada por la Universidad Técnica de Machala, manifesté:

“(…) el artículo 47 de la LOSEP establece los casos generales en los que se produce la cesación definitiva de los servidores públicos, como por ejemplo renuncia, muerte, jubilación, destitución, entre otros; y, el artículo 48 de esa ley enumera las causales de destitución. Es decir que, los artículos 47 y 48 de la LOSEP son normas sustantivas y no de carácter adjetivo o procedimental.

(…)

Es decir que, las causales de destitución establecidas por el artículo 48 de la LOSEP, son aplicables a los docentes e investigadores de los establecimientos públicos de educación superior, por su calidad de servidores públicos, en virtud de la remisión que a esa norma legal efectúa el artículo 87 del RCEPES, sin que ello modifique el régimen jurídico específico aplicable a los docentes, que es el establecido por la LOES”.

De su parte, con respecto a las indemnizaciones o compensaciones para el personal docente de las Instituciones de Educación Superior, el artículo 88 de la Codificación del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, dispone:

“Art. 88.- Monto máximo de indemnización o compensación.- La suma total de las indemnizaciones y/o compensaciones, entregadas por una o más instituciones públicas, que reciba el personal académico de las instituciones de educación superior públicas por acogerse a planes de retiro voluntario, compra de renuncia, supresión de puesto o jubilación, no podrá superar el límite del valor de ciento cincuenta remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado”. (El énfasis me pertenece).

De la lectura del artículo citado en el párrafo precedente, se evidencia que en el mismo se fija de manera general un límite al monto por compensación a otorgarse al personal académico de las Instituciones Públicas de Educación Superior, que se separe del sector público en cualquiera de las modalidades ahí establecidas, considerando que la suma total de todas las indemnizaciones o compensaciones a que tuviera derecho el referido personal ya sea para acogerse a planes de retiro voluntario, compra de renuncia, supresión de puesto o jubilación, bajo ningún concepto superará el monto de ciento cincuenta remuneraciones básicas del trabajador en general. Además, se observa que el personal académico de las instituciones de educación superior, en relación a la selección, ingreso, dedicación, estabilidad escalas remunerativas, capacitación, perfeccionamiento, evaluación, promoción, estímulos, cesación y jubilación, están sujetos a las disposiciones de la Codificación del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

La referida Codificación del Reglamento, ha previsto en sus artículos 87 y 88 las causales de cesación y los montos máximos que pueden recibir por indemnización o compensación respectivamente y la LOSEP en la Disposición General Décimo Segunda, ha establecido el derecho que tienen los servidores públicos a recibir la compensación por renuncia voluntaria a partir del quinto año de servicio.

En este contexto, y en forma concordante con lo indicado por este Organismo en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 19246 de 22 de octubre de 2014, que fue citado en el desarrollo del presente pronunciamiento, es necesario observar que el personal académico de esas instituciones ostenta la calidad de servidores públicos, y por tanto también les son aplicables las disposiciones contenidas en la LOSEP, en lo que su ley especial no haya establecido en forma expresa. En lo referente al ejercicio de sus derechos como servidores públicos les son aplicables a los docentes e investigadores universitarios las disposiciones de la LOSEP, de acuerdo a lo dispuesto en la letra f) del artículo 6 de la LOES.

Finalmente, cabe indicar que la norma supletoria establecida a continuación de la Disposición Transitoria Vigésima Séptima de la Codificación del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, ha dispuesto que en lo no contemplado en ese reglamento y las normas aplicables vigentes, se estará a lo que resuelva el Consejo de Educación Superior.

Por otra parte, la Disposición General Décimo Segunda de la LOSEP, respecto del derecho que tienen los servidores públicos a recibir una compensación económica por presentar su renuncia voluntaria, señala:

“DÉCIMA 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 del Trabajo, 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”.

En concordancia con la norma invocada, el artículo 286 del Reglamento General a la LOSEP, establece lo siguiente:

“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 base a lo dispuesto en la Disposición General Décimo Segunda de la LOSEP y artículo 286 de su Reglamento General, el Ministerio del Trabajo respecto a la compensación por renuncia voluntaria,

expidió el Acuerdo Ministerial No. MRL-2011-00158 (en adelante Acuerdo Ministerial 158), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, el cual contiene: “Las regulaciones y montos que percibirán los servidores públicos como compensación económica por renuncia voluntaria legalmente aceptada y presentada”.

El artículo 1 del Acuerdo Ministerial 158, menciona como su objeto: “Establecer las regulaciones y montos para el reconocimiento de la compensación económica por concepto de renuncia voluntaria, legalmente presentada por la o el servidor público, y aceptada por la autoridad nominadora o su delegado”.

Según el artículo 2 del mencionado Acuerdo, el ámbito de la referida normativa es de aplicación obligatoria para las instituciones determinadas en el artículo 3 de la LOSEP; sin embargo, en el inciso segundo de su artículo 3 el Acuerdo Ministerial 158 ha señalado:

“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”.

Con respecto a las renunciaciones no planificadas, el artículo 7 *Ibidem*, establece:

“Art. 7.- De las renunciaciones no planificadas.- En los casos de las y 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”.

De su parte, el artículo 10 del Acuerdo Ministerial 158, referido al cálculo e la compensación por renuncia voluntaria, dispone:

“Art. 10.- Del cálculo.- 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 inicio del quinto año de servicio. Sobre la fracción de año se calculará el valor proporcional.

El valor máximo que podrán recibir las y los servidores públicos por concepto de compensación económica por renuncia voluntaria será de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en general, en total, y la o el servidor público que perciba la compensación por renuncia voluntaria, no podrá recibir otro beneficio adicional con ocasión de la cesación definitiva en sus funciones”.

Como se puede observar, el Acuerdo Ministerial 158 regula la compensación económica por renuncia voluntaria planificada o no planificada, presentada por los servidores públicos y legalmente aceptada

por su respectiva autoridad nominadora, cuya aplicación es obligatoria para todas las instituciones establecidas en el artículo 3 de la LOSEP, con la excepción prevista en el segundo inciso del artículo 3 del mencionado Acuerdo.

Asimismo, el Acuerdo Ministerial 158 en su artículo 7, ha establecido que el monto que recibirá un servidor público por concepto de compensación económica por renuncia voluntaria no planificada, será el equivalente al diez por ciento del valor calculado conforme lo dispuesto en el artículo 10 *Ibidem*.

De lo hasta aquí señalado, se observa que la Codificación del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, ha establecido en forma general el derecho que tiene el personal académico de las Instituciones de Educación Superior de percibir una compensación por acogerse a los planes de retiro voluntario, y ha regulado el monto máximo a recibir por este concepto sin que dicha norma haya determinado expresamente las condiciones y la forma de cálculo aplicable para su pago; mientras que la LOSEP, ha regulado la compensación por renuncia voluntaria de los servidores públicos; y, el Acuerdo Ministerial 158 emitido por el Ministerio del Trabajo, ha desarrollado el procedimiento aplicable para el caso de renuncia voluntaria planificada y no planificada.

Si bien es cierto, el personal académico de las Instituciones Públicas de Educación Superior se encuentran amparados por un régimen especial, como ha sido analizado en los párrafos precedentes, son considerados servidores públicos al amparo del artículo 229 de la Constitución de la República; y, por remisión de la sustituida letra f) del artículo 6 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que dispone como derecho de los profesores e investigadores “ejercer los derechos previstos en la Ley Orgánica de Servicio Público”, les es aplicable la compensación por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, contemplada en la Disposición General Décimo Segunda de la LOSEP, y cuyo procedimiento ha sido desarrollado en el Acuerdo Ministerial 158 anteriormente referido.

Con relación al artículo 7 del Acuerdo Ministerial 158, éste viabiliza y establece una compensación reducida a los servidores públicos que renuncien voluntariamente a sus puestos sin solicitar previamente su inclusión en el plan institucional de renuncia voluntaria

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo a lo establecido en la letra f) del artículo 6 de la Ley de Educación Superior y el artículo 88 de la Codificación del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, la compensación por renuncia voluntaria no planificada reglada en el artículo 7 del Acuerdo Ministerial 158, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, es aplicable a los profesores/investigadores de las Instituciones de Educación Superior, toda vez que su monto y forma de cálculo no han sido contemplados dentro de su régimen especial; y, siempre y cuando la suma de todas las compensaciones a las que tenga derecho dicho personal no sobrepase el límite del monto máximo por compensación establecido en el artículo 88 de la Codificación del Reglamento *Ibidem*.

Lo dicho sin perjuicio de que el Consejo de Educación Superior, resuelva mediante reforma al Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador de Educación Superior, emitir las directrices correspondientes para reglar la compensación por renuncia voluntaria planificada o no planificada del personal docente universitario, evento en el cual se deberán observar esas disposiciones.

El presente pronunciamiento, se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a cada caso en particular.

RETIRO VOLUNTARIO PARA AGOGERSE A LA JUBILACIÓN: DESVINCULACIÓN DE SERVIDORAS Y SERVIDORES CON NOMBRAMIENTO PERMANENTE

OF. PGE. N°: 13227 de 05-12-2017

ENTIDAD CONSULTANTE: Universidad Técnica del Norte

CONSULTA:

“¿El Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0094, expedido por el Ministerio del Trabajo, en el cual establece las Directrices para los procesos de Desvinculación de servidoras y servidores con nombramiento permanente con el fin de acogerse al retiro por jubilación, es aplicable para los profesores, técnicos docentes, investigadores, técnicos de laboratorio, ayudantes de docencia y demás denominaciones afines que se usan para el personal docente académico que presta servicios en las instituciones públicas de educación superior, cuyo régimen se considera especial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 70 de la LOES, regulado mediante el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 37, 225, 226, 349, 352, 355 y Disposición Transitoria Vigésimo Primera.

Ley Orgánica de Servicio Público, Arts. 3 núm. 3, 23 lit. c), e), n) y r), 47 lit. i), j), k), m), 81, 84, 128, 129 y Disp. General del Primera.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 1, 6 lit. c), 70 inc. segundo, 84, 149, 166, 169 lit. m) núm. 4 y Disp. Trans. Vigésima.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Art. 115.

Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, Arts. 1, 2, 3, 5, 6, 88, 89, 90, 96, 97, 98 y 99.

Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0094, R.O. No. 2 de 29-05-2017, Arts. 2, 6, 7, 9, 47 lit. a) y l), Disposiciones Generales Primera, Cuarta y Disposición Transitoria Primera.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 12606 de 24 de octubre de 2017 e insistencia contenida en el oficio No. 12930 de 13 de noviembre de 2017, este Organismo

requirió el criterio institucional del Consejo de Educación Superior, lo cual fue atendido por el indicado Organismo, a través del oficio No. CES-CES-2017-1157-CO de 14 de noviembre de 2017, ingresado a esta Procuraduría el 15 del mismo mes y año, suscrito por el Presidente del Consejo de Educación Superior.

Adicionalmente, con oficio No. 12607 de 24 de octubre de 2017 e insistencia constante en el oficio No. 12929 de 13 de noviembre de 2017, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio institucional del Ministerio del Trabajo, habiendo recibido respuesta mediante oficio No. MDT-CGAJ-2017-0845-O de 17 de noviembre de 2017, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de dicha Cartera de Estado.

El informe jurídico de la universidad que usted representa, que se ha remitido adjunto a su oficio y consta en el memorando No. UTN-PG-2017-0068-M de 15 de septiembre de 2017, suscrito por el Procurador General Encargado, cita como fundamentos jurídicos los artículos 37, 225, 226, 349, 355 y Disposición Transitoria Vigésimo Primera de la Constitución de la República; artículo 23 letras c), e), n) y r), artículo 47 letras i), j), k), m), artículos 81, 84, 128, 129 y Disposición General del Primera de la Ley Orgánica de Servicio Público; artículos 6 letra c), 70 inciso segundo, 149, 166, 169 letra m) numeral 4 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Además cita los artículos 1, 2, 96, 97, 98 y 99 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, así como los artículos 2, 6, 7, 9, 47 letras a) y l), Disposiciones Generales Primera, Cuarta y Disposición Transitoria Primera del Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0094, publicado en el Registro Oficial No. 2 de 29 de mayo de 2017, en virtud de los cuales y luego del análisis respectivo, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Si bien, los profesores, técnicos docentes, investigadores, técnicos de laboratorio, ayudantes de docencia y demás denominaciones afines que se usan en las instituciones públicas de educación superior, son servidores públicos, estos se encuentran sujetos a un régimen propio, el cual está contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el cual establece normas que rigen el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación.

Más (Sic) sin embargo, el Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0094, no es claro en su ámbito de aplicación, por cuanto únicamente hace referencia a los servidores con nombramiento permanente que se acojan al retiro por jubilación, sin determinar si es aplicable para el personal académico de las universidades o escuelas politécnicas, a quienes se los considera como servidores públicos sujetos a un régimen especial”.

El Presidente del Consejo de Educación Superior, en su criterio jurídico cita los artículos 349, 352 y las Disposiciones Transitorias Vigésima Primera y Vigésima Quinta de la Constitución de la República; los artículos 1, 6 letra c), 70, 166 y 169 letra m) de la Ley Orgánica de Educación Superior; artículos 1, 5, 16, 17, 97, 98 y 99 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e

Investigador del Sistema de Educación Superior, en base de los cuales concluye con el siguiente criterio institucional:

“Por consiguiente, con base en los términos de la consulta realizada, las normas enunciadas y las consideraciones expuestas se **CONCLUYE**: que los artículos 97, 98 y 99 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación, establecen y regulan la jubilación del personal académico de las instituciones de educación superior pública.

En el caso de los técnicos docentes, investigadores, técnicos de laboratorio, ayudantes de docencia y demás denominaciones que se usan en las instituciones de educación superior, es importante señalar que están sujetos a un régimen propio, es decir, a la Ley Orgánica de Educación Superior y al Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación; sin embargo, este Consejo de Estado se encuentra desarrollando la norma jurídica que regula la jubilación y cesación de este personal. En tal virtud, las IES podrán aplicar de manera complementaria lo dispuesto en el Título VI del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior”.

El Ministerio del Trabajo, en el criterio suscrito por su Coordinadora General de Asesoría Jurídica, hace referencia al artículo 3 numeral 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público; artículo 1 y Disposición General Tercera del Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0094; artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior y Disposición Transitoria Décimo Novena de su Reglamento General; así como los artículos 1, 3, 5, 6, 89, 90 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor de Educación Superior y artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en base de los cuales manifiesta el siguiente criterio jurídico:

“En virtud de lo expuesto, el Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0094, con el que se establece las Directrices para los Procesos de Desvinculación de servidoras y servidores con nombramiento permanente con el fin de acogerse al retiro por jubilación, cuyo ámbito de aplicación es obligatoria en todas las instituciones del Estado establecidas en el artículo 3 de la LOSEP, no es aplicable para el personal académico o profesores e investigadores titulares de las Universidades y Escuelas Politécnicas, quienes para efectos de la compensación por jubilación voluntaria y jubilación o retiro obligatorio se someten a lo que expresamente establece el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior”.

El Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0094, expedido por el Ministerio del Trabajo, establece las directrices para la desvinculación de servidores con nombramiento permanente con el fin de acogerse a la jubilación, que es materia de su consulta, y en su artículo 2 determina como ámbito de aplicación del mismo que: “Las directrices contenidas en este Acuerdo Ministerial son de aplicación obligatoria en todas las instituciones del Estado establecidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP)”.

La Constitución de la República en su artículo 349, establece las garantías que tiene el personal docente, manifestando además que a través de la ley se regulará su carrera y el escalafón. El tenor de dicha norma es el siguiente:

“Art. 349.- El Estado garantizará al personal docente, en todos los niveles y modalidades, estabilidad, actualización, formación continua y mejoramiento pedagógico y académico; una remuneración justa, de acuerdo a la profesionalización, desempeño y méritos académicos. La ley regulará la carrera docente y el escalafón; establecerá un sistema nacional de evaluación del desempeño y la política salarial en todos los niveles. Se establecerán políticas de promoción, movilidad y alternancia docente”.

El artículo 355 de la Constitución reconoce a las universidades y escuelas politécnicas autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, mientras que la Disposición Transitoria Vigésima Primera de la Carta Magna prevé que el Estado estimulará la jubilación de los docentes del sector público, mediante el pago de una compensación variable que relacione edad y años de servicio, monto que no excederá los ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado.

La Ley Orgánica de Educación Superior (en adelante LOES), en su artículo 1 señala que dicha Ley regula el sistema de educación superior, a los organismos e instituciones que lo integran; determina derechos, deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, y establece las sanciones por el incumplimiento de las disposiciones contenidas en la Constitución y dicho cuerpo legal.

El artículo 70 de la LOES, con relación al personal que labora en el Sistema de Educación Superior dispone:

“Art. 70.- Régimen laboral de las y los servidores públicos y de las y los trabajadores del Sistema de Educación Superior.- El personal de las instituciones y organismos públicos del Sistema de Educación Superior son servidores públicos, cuyo régimen laboral se regirá por la Ley de Servicio Público de conformidad con las reglas generales.

Los profesores o profesoras, técnicos/as docentes, investigadores o investigadoras, técnicos/as de laboratorio, ayudantes/as de docencia y demás denominaciones afines que se usan en las instituciones públicas de educación superior, son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación. En las instituciones de educación superior particulares se observarán las disposiciones del Código de Trabajo.

Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras visitantes extranjeros podrán tener un régimen especial de remuneraciones de acuerdo a la reglamentación que para el efecto expida el Consejo de Educación Superior.

Se prohíbe que recursos provenientes del Estado financien fondos privados de jubilación complementaria, de cesantía privados o cualquier fondo privado sea cual fuere su denominación en las instituciones del Sistema de Educación Superior públicas o particulares que reciben rentas o asignaciones del Estado. Estos fondos podrán continuar aplicándose y generando sus prestaciones para efecto de este tipo de coberturas, siempre y cuando consideren para su financiamiento única y exclusivamente los aportes individuales de sus beneficiarios”. (El énfasis me pertenece).

La norma transcrita establece el régimen jurídico aplicable a quienes laboran en las Universidades y de manera específica, con relación a su consulta, prescribe que los profesores, técnicos docentes, investigadores, técnicos de laboratorio, ayudantes de docencia y demás denominaciones afines que se usan en las instituciones públicas de educación superior, son servidores públicos sujetos a un régimen particular contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que regulará su ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación; y, según el artículo 169 letra l) numeral 4 y la Disposición Transitoria Vigésima de la LOES es atribución del Consejo de Educación Superior expedir dicho Reglamento.

En concordancia con el artículo 70 de la LOES, el antepenúltimo inciso del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante LOSEP), prevé que: “los docentes del Magisterio y docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley”. (El énfasis me pertenece).

En el mismo sentido, el artículo 84 de la LOSEP, se refiere a la carrera docente y señala que los docentes e investigadores de las universidades se regirán por la Ley Orgánica de Educación Superior, en función a lo consagrado en el artículo 355 de la Constitución de la República.

La Procuraduría General del Estado ha analizado en múltiples pronunciamientos, el régimen jurídico aplicable al personal docente universitario, según consta de los pronunciamientos contenidos en los oficios Nos. 17790 de 7 de diciembre de 2010, 02256 de 13 de junio de 2011 y 09669 de 6 de septiembre de 2012. En el pronunciamiento No. 02256 de 13 de junio de 2011, dirigido al Rector de la Universidad Técnica de Manabí, al atender la segunda consulta, manifesté lo siguiente:

“(…) de conformidad con los artículos 70, 169 y Disposición Transitoria Vigésima de la Ley Orgánica de Educación Superior, y del artículo 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, los profesores de las universidades y escuelas politécnicas públicas están sujetos a la Ley Orgánica de Educación Superior y a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, en el que se fijará entre otros, las normas que rigen la cesación y jubilación de dicho personal docente (...)”.

El Consejo de Educación Superior, mediante Resolución No. RPC-SO-037-NO.265-2012, expidió el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, cuya codificación se ha publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 854 de 25 de enero de 2017. El artículo 1 *Ibidem* establece como objetivo de dicho cuerpo normativo el siguiente:

“Art. 1.- Objeto.- El presente Reglamento establece las normas de cumplimiento obligatorio que rigen la carrera y escalafón del personal académico de las instituciones de educación superior, regulando su selección, ingreso, dedicación, estabilidad, escalas remunerativas, capacitación, perfeccionamiento, evaluación, promoción, estímulos, cesación y jubilación”.

En cuanto al ámbito del Reglamento que es motivo de análisis, su artículo 2 determina:

“Art. 2.- **Ámbito.**- El presente Reglamento se aplica al personal académico que presta sus servicios en calidad de profesores, investigadores, máximas autoridades y autoridades académicas en las universidades y escuelas politécnicas, públicas y particulares; institutos técnicos superiores, tecnológicos superiores y pedagógicos, públicos y particulares; y, conservatorios superiores de música y artes, públicos y particulares”.

De los artículos 1 y 2 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, se desprende que el mismo rige para el personal académico que presta sus servicios en calidad de profesores, investigadores, máximas autoridades y autoridades académicas en las universidades y escuelas politécnicas, públicas y que dicho cuerpo normativo establece las normas de cumplimiento obligatorio respecto de la carrera y escalafón del personal académico de las instituciones de educación superior, regulando su selección, ingreso, dedicación, estabilidad, escalas remunerativas, capacitación, perfeccionamiento, evaluación, promoción, estímulos, cesación y jubilación.

El artículo 88 del Reglamento *Ibidem*, determina que la suma total de las indemnizaciones y/o compensaciones, entregadas por una o más instituciones públicas, que reciba el personal académico de las instituciones de educación superior públicas por acogerse a planes de retiro voluntario, compra de renuncia, supresión de puesto o jubilación, no podrá superar el límite del valor de ciento cincuenta remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado, lo cual guarda armonía con el límite establecido en la Disposición Transitoria Vigésima Primera de la Constitución de la República, referida en líneas anteriores.

En dicho contexto, el artículo 89 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, regula la compensación por jubilación voluntaria y el artículo 90 norma la compensación por jubilación o retiro obligatorio.

Por lo expuesto, del análisis jurídico precedente y en atención a los términos de su consulta, se concluye que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 de la LOES, en concordancia con el antepenúltimo inciso del artículo 3 y artículo 84 de la LOSEP, los profesores, técnicos docentes, investigadores, técnicos de laboratorio, ayudantes de docencia y demás denominaciones afines que se usan para el personal docente académico que presta servicios en las instituciones públicas de educación superior, están sujetos a un régimen especial establecido en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, y en tal virtud, no les es aplicable el Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0094, expedido por el Ministerio del Trabajo, en el cual se establecen las Directrices para los procesos de Desvinculación de servidoras y servidores con nombramiento permanente para acogerse al retiro por jubilación.

El presente pronunciamiento, se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a cada caso en particular.

SUMARIO ADMINISTRATIVO: PROCESO DISCIPLINARIO

OF. PGE. N°: 10443 de 04-05-2017

ENTIDAD CONSULTANTE: Universidad Técnica de Machala

CONSULTA:

1. “Cuando un profesor o investigador de nuestra Universidad Técnica de Machala, que tiene la condición de servidor público, como (sic) una de las faltas descritas en el Art. 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público ¿Debe aplicársele el Proceso Disciplinario contemplado en el Art. 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior o debe aplicársele un Sumario Administrativo según lo establece el Art. 44 de la Ley Orgánica del Servicio Público?”.
2. “Según el Art. 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior el Proceso Disciplinario que se instaure a estudiantes, profesores e investigadores debe resolverse dentro de treinta días ¿Para el cómputo de los treinta días que dura el Proceso Disciplinario deben contarse todos los días o debe hacerse solo en días hábiles, excluyendo sábados, domingos y días feriados?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229.
Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 70, 84 final, 207.
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 42, 44, 47 y 48.
Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor de Educación Superior, Art. 87.
Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 118.
Código Civil, Arts. 33 y 35.

PRONUNCIAMIENTO:

PRIMERA CONSULTA

1.- El informe del Procurador General de la Universidad consultante cita el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que establece las sanciones aplicables a los estudiantes, profesores, investigadores, servidores y trabajadores de los establecimientos de educación superior, y el procedimiento disciplinario que al efecto debe instaurar el Órgano Superior del respectivo establecimiento público de educación superior. Por otra parte, invoca los artículos 42, 44 y 48 de la Ley Orgánica del Servicio Público que en su orden establecen las faltas disciplinarias de los servidores públicos, el procedimiento de sumario administrativo que las autoridades nominadoras deben iniciar, así como las causales de destitución.

Sobre dicha base, con relación a la consulta manifiesta y concluye con el siguiente criterio jurídico institucional:

“(…) la LOES en su Art. 207 realiza una descripción de las faltas que podrían ser sancionadas en el caso de los profesores e investigadores, que tienen vínculo directo con las actividades académicas que se realizan en las Instituciones de Educación Superior (...).

(...)

Por otro lado, la LOSEP establece y enumera con claridad las causales de destitución de los funcionarios públicos en general, en los que se incluye a nuestros profesores e investigadores. Este listado de infracciones contiene faltas que no se contemplan en la LOES (...).

(...)

Frente a esta antinomia, correspondería aplicar el criterio de especialidad para tratar de entender nuestro ordenamiento con armonía, donde la norma especial se aplica sobre la norma general. En este sentido, podríamos pensar que, cuando un profesor o investigador de nuestra Universidad pública, que tiene la calidad de servidor público, comete una de las faltas descritas en la LOSEP, le corresponde al Consejo Universitario aplicar el Proceso Disciplinario descrito en el Art. 207 de la LOES para la determinación de su responsabilidad y la imposición de una sanción”.

El artículo 229 de la Constitución de la República, en su primer inciso 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”.

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante LOSEP), establece el ámbito de aplicación de ese cuerpo normativo. El cuarto párrafo posterior al numeral 4 de ese artículo reconoce regímenes especiales de administración de personal establecidos en otras leyes, entre ellas las que regulan el régimen aplicable a los docentes universitarios.

En concordancia, la parte final del artículo 84 de la LOSEP dispone que: “(...) los docentes e investigadores de las universidades que se registrarán por la Ley de Educación Superior, en función a lo consagrado en el Artículo 355 de la Constitución”.

En este contexto, el artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior (en adelante LOES) determina que los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos, sujetos a un régimen propio, contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

En materia de sanciones aplicables en el ámbito de la educación superior, el artículo 207 de la LOES dispone:

“Art. 207.- Sanciones para las y los estudiantes, profesores o profesoras, investigadores o investigadoras, servidores o servidoras y las y los trabajadores. - Las instituciones del Sistema de Educación Superior, así como también los Organismos que lo rigen, estarán en la obligación de aplicar las sanciones para las y los estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras, dependiendo del caso, tal como a continuación se enuncian.

Son faltas de las y los estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras:

a) Obstaculizar o interferir en el normal desenvolvimiento de las actividades académicas y culturales de la institución;

- b) Alterar la paz, la convivencia armónica e irrespetar a la moral y las buenas costumbres;
- c) Atentar contra la institucionalidad y la autonomía universitaria;
- d) Cometer actos de violencia de hecho o de palabra contra cualquier miembro de la comunidad educativa, autoridades, ciudadanos y colectivos sociales;
- e) Deteriorar o destruir en forma voluntaria las instalaciones institucionales y los bienes públicos y privados;
- f) No cumplir con los principios y disposiciones contenidas en la presente Ley y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano; y,
- g) Cometer fraude o deshonestidad académica.

Según la gravedad de las faltas cometidas por las y los estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras, éstas serán leves, graves y muy graves y las sanciones podrán ser las siguientes:

- a) Amonestación del Órgano Superior;
- b) Pérdida de una o varias asignaturas;
- c) Suspensión temporal de sus actividades académicas; y,
- d) Separación definitiva de la Institución.

Los procesos disciplinarios se instauran, de oficio o a petición de parte, a aquellos estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras que hayan incurrido en las faltas tipificadas por la presente Ley y los Estatutos de la Institución. El Órgano Superior deberá nombrar una Comisión Especial para garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa. Concluida la investigación, la Comisión emitirá un informe con las recomendaciones que estime pertinentes.

El Órgano Superior dentro de los treinta días de instaurado el proceso disciplinario deberá emitir una resolución que impone la sanción o absuelve a las y los estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras.

Las y los estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras, podrán interponer los recursos de reconsideración ante el Órgano Superior de la Institución o de apelación al Consejo de Educación Superior.

Los servidores y trabajadores se regirán por las sanciones y disposiciones consagradas en el Código de Trabajo”.

La norma transcrita establece las faltas así como el procedimiento aplicable para sancionar a los estudiantes, docentes e investigadores de los establecimientos de educación superior.

Con idéntica base normativa, en oficio No. 09669 de 6 de septiembre de 2012, al atender una consulta formulada por el Rector de la Universidad Técnica del Norte, relacionada como la imposición de sanciones a docentes de establecimientos públicos de educación superior, esta Procuraduría manifestó lo siguiente:

“En atención a los términos de su consulta se concluye que, el procedimiento que debe adoptar esa Universidad para la investigación y sanción de los docentes, es el determinado por el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior”.

Con posterioridad a dicho pronunciamiento se expidió el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor de Educación Superior (en adelante RCEPES), cuyo artículo 87 establece que, para efectos de cesación del personal académico, son aplicables también los artículos 47 y 48 de la LOSEP, a los que el referido Reglamento se remite en forma expresa, según se aprecia del tenor de la norma reglamentaria, cuyo primer inciso dispone:

“Art. 87.- Causas de cesación del personal académico. - El personal académico titular cesará en sus funciones por la separación definitiva del cargo. En las instituciones de educación superior públicas se contemplará, además, lo dispuesto en el artículo 47 y 48 de la Ley Orgánica de Servicio Público. En las instituciones de educación superior particulares se aplicarán, además, las normas aplicables del Código del Trabajo”.

Por otra parte, el artículo 47 de la LOSEP establece los casos generales en los que se produce la cesación definitiva de los servidores públicos, como por ejemplo renuncia, muerte, jubilación, destitución, entre otros; y, el artículo 48 de esa ley enumera las causales de destitución. Es decir que, los artículos 47 y 48 de la LOSEP son normas sustantivas y no de carácter adjetivo o procedimental.

Lo dicho en el párrafo que precede se confirma, al observar que, es el artículo 44 de la LOSEP, la disposición que establece el procedimiento de sumario administrativo, el cual es el específicamente aplicable para imponer sanciones a los servidores públicos sujetos al ámbito de aplicación de ese cuerpo normativo.

Es decir que, las causales de destitución establecidas por el artículo 48 de la LOSEP, son aplicables a los docentes e investigadores de los establecimientos públicos de educación superior, por su calidad de servidores públicos, en virtud de la remisión que a esa norma legal efectúa el artículo 87 del RCEPES, sin que ello modifique el régimen jurídico específico aplicable a los docentes, que es el establecido por la LOES ni el procedimiento disciplinario aplicable a los docentes e investigadores, que es el establecido por el artículo 207 de la LOES, según se concluyó en el pronunciamiento de este Organismo, contenido en oficio No. 09669 de 6 de septiembre de 2012, en virtud de que esa norma no ha sido materia de reforma.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, el artículo 207 de la LOES es la norma aplicable para establecer el procedimiento disciplinario de los docentes e investigadores

de los establecimientos públicos de educación superior, que incurran en las infracciones previstas en esa norma, así como en las causales de destitución establecidas por el artículo 48 de la LOSEP.

SEGUNDA CONSULTA

Con relación al tema específico motivo de su segunda consulta, el informe del Procurador General de la Universidad consultante cita el artículo 73 del Código Orgánico General de Procesos que contiene la definición legal de “término”, así como el artículo 118 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que conceptúa los plazos y términos. Sobre dicha base, manifiesta y concluye lo siguiente:

“El Art. 207 de la LOES establece que el Consejo Universitario dentro de los treinta días de instaurado el proceso disciplinario deberá emitir una resolución que impone la sanción o absuelve a las y los estudiantes, profesores o profesoras e investigadores o investigadoras, sin que se indique la forma en que se deba realizar el cómputo de esos treinta días, es decir, si se trata de días calendario o únicamente de días hábiles.

En virtud de aquello, podríamos solucionar dicho vacío tomando como referencia otras normas del derecho procesal ecuatoriano que regulen este aspecto (...).

En tal virtud, cuando la LOES en su Art. 207 establece que el Proceso Disciplinario deberá resolverse dentro de los treinta días de haber sido instaurado, se refiere únicamente a días hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, domingos y los declarados festivos”.

El antepenúltimo inciso del artículo 207 de la LOES, que fue transcrito íntegramente al atender su primera consulta, dispone que el Órgano Superior de la respectiva universidad, “dentro de los treinta días de instaurado el proceso disciplinario” deberá emitir una resolución que imponga la sanción o absuelva a los estudiantes, profesores o investigadores.

Según el tenor de la norma transcrita, corresponde al órgano superior del respectivo establecimiento público de educación superior, resolver el procedimiento disciplinario en treinta días; sin embargo, dicha norma no precisa si dicho periodo de tiempo constituye término o plazo.

El artículo 33 del Código Civil, establece que: “(...) Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo (...)”. El último inciso de esa norma, establece la siguiente excepción:

“(...) Se aplicarán estas reglas a las prescripciones, a las calificaciones de edad, y, en general, a cualesquiera plazos o términos prescritos en las leyes o en los actos de las autoridades ecuatorianas; salvo que en las mismas leyes o actos se disponga expresamente otra cosa”.

De su lado, el artículo 35 *ibídem*, prescribe:

“Art. 35.- En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aún los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues, en tal caso, no se contarán los feriados”.

Por otra parte, es pertinente observar que todavía no existe en nuestro ordenamiento jurídico un código o ley de procedimientos administrativos que establezca con carácter general una regulación respecto a la forma de contar los lapsos de tiempo procesales. Sin embargo, la Disposición General Tercera del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE prevé la aplicación supletoria de sus normas procesales, en los siguientes términos:

“Tercera. - Las entidades y organismos autónomos del sector público que no cuenten en sus leyes y reglamentos generales con disposiciones que establezcan y regulen el procedimiento administrativo, podrán aplicar de manera supletoria las disposiciones previstas en el Libro II del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva”.

Sobre el cómputo de términos y plazos, el artículo 118 del ERJAFE, ubicado en su Libro II “Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva”, dispone:

“Art. 118.- Cómputo de términos y plazos.

1. Siempre que por ley no se exprese otra cosa, cuando los plazos o términos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, domingos y los declarados festivos. Además, los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la aceptación por silencio administrativo.
2. Si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo se entenderá que el plazo expira el último día del mes. Por ejemplo, el plazo de dos meses que se ha iniciado el 31 diciembre, terminará el 28 de febrero del año siguiente.
3. Cuando un día fuese hábil en el cantón o provincia en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil en todo caso.
4. La Administración Pública Central y sus órganos ubicados en las diferentes localidades del Ecuador, con sujeción al calendario laboral oficial, fijarán, en su respectivo ámbito, el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos. Dicho calendario deberá publicarse por disposición del Secretario General de la Administración Pública hasta el día 15 de enero de cada año en el Registro Oficial y en otros medios de difusión que garanticen su conocimiento por los ciudadanos (...).”.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 08992 de 30 de diciembre de 2016, al atender una consulta de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi, relacionada con la interposición del

recurso de revisión establecido en el ERJAFE ante las resoluciones adoptadas por las instituciones de educación superior, me referí a la Disposición General Tercera del ERJAFE, manifesté y concluí que:

“De acuerdo con el tenor literal de la Disposición citada, la aplicación supletoria del procedimiento administrativo reglado por el Libro II del ERJAFE, procede en el caso de falta de normas en las leyes y reglamentos que regulen a las respectivas entidades del sector público.

(...)

(...) con relación a su segunda consulta se concluye que, en los casos en los cuales se encuentran regulados expresamente los recursos administrativos de impugnación de las resoluciones adoptadas por las Instituciones de Educación Superior, no es jurídicamente procedente aplicar el ERJAFE; mientras que según la Disposición General Tercera del citado Estatuto, las normas sobre procedimientos administrativos contenidas en su libro II se podrán aplicar de manera supletoria en lo no previsto por la LOES y los reglamentos específicos que rijan a los establecimientos de educación superior”.

Considerando que su actual consulta se refiere a una norma que regla un procedimiento administrativo, es aplicable el mismo criterio contenido en los pronunciamientos previamente citados. Es decir que, el ERJAFE se puede aplicar en forma supletoria, conforme establece su Disposición General Tercera, a falta de reglamentación que cada Universidad hubiere expedido, en la que se regule en forma expresa la forma de calcular los periodos de tiempo en los procedimientos administrativos específicos.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en aquellos casos en los que no exista normativa contenida en las reglamentaciones de cada Universidad, de acuerdo con la Disposición General Tercera del ERJAFE, se puede aplicar en forma supletoria el numeral 1 artículo 118 del ERJAFE para efectos de contabilizar como término integrado por días hábiles, el periodo de treinta días que dispone el artículo 207 de la LOES para que el órgano superior de la respectiva universidad sustancie y resuelva los procedimientos disciplinarios de estudiantes, docentes e investigadores sujetos a esa Ley.

Los presentes pronunciamientos se limitan a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO: DESIGNACIÓN

OF. PGE. N°: 19777 de 05-09-2017

ENTIDAD CONSULTANTE: Superintendencia de Control del Poder de Mercado

CONSULTAS:

“1. ¿Qué sucede si al término de la gestión del actual Superintendente, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social no ha designado un nuevo Superintendente de Control del Poder de Mercado?”

2. ¿Quién reemplaza al Superintendente de Control del Poder de Mercado y que Autoridad designa al reemplazo?
3. ¿El actual Superintendente de Control del Poder de Mercado, puede prorrogar sus funciones hasta que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social designe al titular?”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 120 núm. 11, 204, 205, 213, 226 y 233.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 43.

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Arts. 5 núm. 5), y 70.

Ley Orgánica de Servicio Público, Arts. 17 lit. d), 47 lit. e) y 83 lit. b), Disp. Gen. Décimo Octava; y, 105 de su Reglamento General.

Reglamento para la designación de la primera autoridad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Arts. 9, 10, 14, 15 y 16.

Código Civil, Art. 18 núm. 7.

PRONUNCIAMIENTO:

El oficio por el que se reformula la consulta refiere como antecedente que, “El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social a la fecha no ha designado al nuevo Superintendente de Control del Poder de Mercado y por consiguiente no existe posesión ante la Asamblea Nacional”.

Con tales antecedentes, por estar referidas a la misma materia, atiendo en forma conjunta las consultas reformuladas, que tienen el siguiente tenor:

- “1. ¿Puede por mandato de la Ley la autoridad de jerarquía inmediatamente inferior según lo establecido en el reglamento orgánico funcional de la Superintendencia, esto es el Intendente General, asumir el cargo de Superintendente por encargo hasta que se designe el titular?”
2. ¿Qué Autoridad designa al reemplazo o puede la autoridad de jerarquía inmediatamente inferior según lo establecido en el reglamento orgánico funcional de la Superintendencia, esto es el Intendente General, asumir el cargo de Superintendente sin necesidad de designación en apego a lo manifestado en el art. 43 de la LORCPM?”.

El criterio jurídico de la entidad consultante, contenido en memorando No. SCPM-CGAJ-26-2017 de 31 de agosto de 2017, consta suscrito por el abogado Patricio Hernán Rubio Román, Coordinador General de Asesoría Jurídica de esa Superintendencia.

Según los antecedentes que constan en dicho criterio jurídico, mediante Resolución No. 002-197-CDPCCS-2012 de 31 de julio de 2012, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, designó al Ph.D. Pedro Francisco Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado, “(...) por el periodo establecido en el artículo 43 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado”; y, el 6 de septiembre de 2012, la Asamblea Nacional posesionó a dicho funcionario.

Como fundamentos jurídicos de la consulta, el informe jurídico cita entre otras normas, el numeral 11 del artículo 120 de la Constitución de la República que asigna a la Asamblea Nacional la atribución para posesionar a las máximas autoridades de las Superintendencias; y, los artículos 204, 205, 226 y 233 *Ibidem*, que se refieren a la integración de la Función de Transparencia y Control Social, por el periodo de cinco años en el que ejercerán sus funciones los representantes de las entidades que integran la Función de Transparencia y Control Social; así como a los principios de legalidad y responsabilidad de los servidores públicos.

Por otra parte, el informe jurídico de la entidad consultante cita el artículo 43 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y el artículo 5 numeral 5) de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que regulan el procedimiento de designación del Superintendente, mediante un proceso de veeduría e impugnación ciudadanas a los integrantes que conforman la terna remitida por el Presidente de la República; y, sobre dicha base manifiesta:

“III ANÁLISIS:

(...)

No obstante de lo manifestado, el art. 43 de la LORCPM, señala que el Superintendente será nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de una terna enviada por el Presidente de la República para tal efecto, en la forma y con los requisitos previstos en la Constitución de la República y la ley, hecho que a la presente fecha no ha ocurrido, por lo tanto al 06 de septiembre de 2017 no existiría un Superintendente de Control del Poder de Mercado legalmente designado que reemplace a la autoridad saliente y en consecuencia no podría entregarse la gestión a la nueva autoridad.

Aún así el mismo art. 43 de la LORCPM determina que en caso de renuncia, ausencia definitiva o cualquier otro impedimento que le inhabilite para continuar desempeñando el cargo, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social procederá inmediatamente a la designación de su reemplazo, de conformidad con lo que establecen la Constitución y la ley (...).

Sin embargo, la norma citada en su párrafo final señala que en caso de falta el Superintendente de Control del Poder de Mercado será reemplazado por la autoridad de jerarquía inmediatamente inferior según lo establecido en el reglamento orgánico funcional de la Superintendencia, por lo tanto sería el Intendente General quien asume de manera temporal el cargo de Superintendente hasta que se designe a su titular; por mandato de la Ley, empero, es discordante con lo manifestado con el párrafo inmediatamente anterior por cuanto, de manera inicial se indica que el reemplazo del Superintendente de Control del Poder de Mercado ante ausencia definitiva será designado por el CPCCS de la terna enviada por el Ejecutivo.

IV CRITERIO JURÍDICO:

(...) es criterio de esta Coordinación que si al término de la gestión del actual Superintendente, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social no ha designado un nuevo Superintendente de

Control del Poder de Mercado, la Institución quedaría sin su titular hasta que el CPCCS designe al mismo conforme lo dispone a Ley, esto es, de la terna enviada por el Ejecutivo.

Sin embargo, de conformidad a lo señalado en el art. 43 de la LORCPM ante la ausencia definitiva del Superintendente de Control del Poder de Mercado en virtud del cese de sus funciones por el plazo por el que fue designado, por mandato de la Ley le reemplazaría la autoridad de jerarquía inmediatamente inferior según lo establecido en el reglamento orgánico funcional de la Superintendencia, esto es al Intendente General, quien asumiría el cargo de Superintendente por encargo hasta que se designe al titular.

En cuanto a la prórroga de funciones, ésta no está prevista en la Ley, en virtud de lo cual de acuerdo a lo señalado en la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Máxima Autoridad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado desempeñará sus funciones por cinco años, luego de lo cual cesará en ellas por el ministerio de la ley”.

Para atender la consulta se considera como antecedente que, de acuerdo con el inciso final del artículo 204 de la Constitución de la República, las Superintendencias integran la Función de Transparencia y Control Social.

El artículo 205 de la Constitución de la República, establece que los representantes de las entidades que integran la Función de Transparencia y Control Social, ejercerán sus funciones durante un período de cinco años y establece los requisitos generales que deben cumplir, así como el procedimiento para su designación, en los siguientes términos:

“Art. 205.- Los representantes de las entidades que forman parte de la Función de Transparencia y Control Social ejercerán sus funciones durante un período de cinco años, tendrán fuero de Corte Nacional y estarán sujetos al enjuiciamiento político de la Asamblea Nacional. En caso de darse este enjuiciamiento, y de procederse a la destitución, se deberá realizar un nuevo proceso de designación. En ningún caso la Función Legislativa podrá designar al reemplazo.

Sus máximas autoridades deberán ser ecuatorianas o ecuatorianos en goce de los derechos políticos y serán seleccionadas mediante concurso público de oposición y méritos en los casos que proceda, con postulación, veeduría e impugnación ciudadana”. (El énfasis me corresponde)

De acuerdo con el artículo 213 de la Constitución de la República, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control. Con respecto a la designación de los superintendentes, el inciso final de esa norma prescribe:

“Las superintendentes o los superintendentes serán nombrados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna que enviará la Presidenta o Presidente de la República, conformada con criterios de especialidad y méritos y sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana”.

El segundo inciso del artículo 43 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM) respecto al periodo de duración en funciones del Superintendente de ese Organismo prescribe:

“Art. 43.- Designación.– (...)”

El Superintendente desempeñará sus funciones por cinco años y podrá ser reelegido por una sola vez”. (El énfasis me corresponde).

En la LORCPM, al igual que en la mayoría de las leyes que prevén designaciones a periodo fijo, el legislador ha considerado innecesario prever en qué momento cesa en funciones el Superintendente de Control del Poder de Mercado, cuyo periodo fijo es de cinco años. En todo caso, el inciso final de la Disposición General Primera de la LORCPM señala las leyes aplicables para lo no previsto en ese cuerpo normativo, entre ellas la Ley Orgánica del Servicio Público.

Los artículos 17 letra d), 47 letra e) y 83 letra b) de la Ley Orgánica de Servicio Público (en adelante LOSEP), se refieren a los servidores sujetos a periodo fijo por mandato legal, quienes están excluidos de la carrera del servicio público y, la Disposición General Décimo Octava de la misma Ley, define el término “funcionario”, de la siguiente manera:

“Funcionaria/o.- 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 período fijo, y su puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior”. (El énfasis me corresponde)

Las normas citadas son concordantes al referirse a “periodo fijo”, es decir al tiempo específicamente establecido por la ley, durante el cual el servidor puede ejercer legítimamente las competencias asignadas al respectivo puesto.

La cesación del servidor designado para ejercer un puesto por periodo fijo, es materia reglada por el tercer inciso del artículo 105 de Reglamento General a la LOSEP, que dispone:

“(…)”

La o el servidor que hubiere sido designado para ejercer un puesto por período fijo, cesará en sus funciones en los siguientes casos:

- a.- De manera inmediata el día en que concluya el período para el cual fue designado, sin que se requiera para tal efecto, la formalización de acto administrativo alguno.
- b.- Por decisión debidamente fundamentada del consejo de la entidad o del órgano que haga sus veces, la remoción no implica sanción.

(...)”.

De la norma transcrita se observa que, la conclusión del periodo produce la cesación en funciones del servidor sujeto a periodo, según la letra a) del tercer inciso del artículo 105 del Reglamento General a la LOSEP; y que, dicha cesación se da en forma inmediata, esto es sin que sea necesario al efecto, formalizar acto administrativo alguno; en otras palabras, la cesación del servidor designado a periodo fijo, se produce por el ministerio de la ley, al concluir el periodo.

Ni la LORCPM ni la LOSEP y su Reglamento General han previsto la posibilidad de prórroga de funciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado, ni en general de un servidor sujeto a periodo fijo sino que, por el contrario, disponen en forma expresa la cesación inmediata del funcionario cuyo periodo fijo ha concluido.

Del análisis hasta aquí efectuado se desprende que, el Superintendente de Control del Poder de Mercado, desempeña sus funciones durante el periodo fijo de cinco años conforme lo señala el artículo 43 de la LORCPM, concluido el cual cesa por mandato de la ley, pues no se requiere para tal efecto la formalización de acto administrativo alguno, según prescribe expresamente la letra a) del tercer inciso del artículo 105 del Reglamento General a la LOSEP; en consecuencia, no es jurídicamente procedente la prórroga en funciones.

En lo que respecta a la designación del Superintendente de Control del Poder de Mercado, el primer inciso del artículo 43 de la LORCPM establece:

“Art. 43.- Designación. - El Superintendente será nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de una terna enviada por el Presidente de la República para tal efecto, en la forma y con los requisitos previstos en la Constitución de la República y la ley.”.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (en adelante LOCPCCS) confiere a ese Organismo colegiado atribución para designar a la primera autoridad de las Superintendencias de entre las ternas propuestas por el Presidente de la República, luego del proceso de impugnación y veeduría ciudadana correspondiente; y, el artículo 70 *Ibidem* prevé que las primeras autoridades de las Superintendencias “(...) podrán participar en los procesos de selección para la designación de sus reemplazos”.

Mediante Resolución No. 16 del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, publicada en el Registro Oficial No. 646 de 24 de febrero de 2012, se expidió el Reglamento para la designación de la primera autoridad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, de la terna propuesta por el Presidente de la República. Dicho procedimiento incluye según los artículos 9 y 10 de esa Resolución, términos para revisar que los miembros de la terna cumplan los requisitos legales y no incurran en ninguna prohibición o inhabilidad, se emitan los respectivos informes y se notifiquen los resultados, luego de lo cual tiene lugar la fase de impugnación ciudadana, la sustanciación de la audiencia pública y, finalmente la Resolución del Consejo que contiene la designación de la autoridad y que se notifica a la Asamblea Nacional para la respectiva posesión, según los artículos 14, 15 y 16 *Ibidem*.

De las normas hasta aquí citadas se observa que le corresponde al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social efectuar la designación del Superintendente de Control del Poder de

Mercado, de entre los miembros de la terna que remita el Presidente de la República, luego de un proceso de escrutinio público e impugnación ciudadana siguiendo el procedimiento establecido para el efecto.

De finalizar el periodo del titular de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y producirse la conclusión de sus funciones por el mandato de la ley, sin que se hubiere designado al reemplazo conforme al procedimiento legal previsto al efecto, durante el tiempo que medie entre la conclusión del periodo de la autoridad hasta la designación y posesión del nuevo titular, se produciría la ausencia en el cargo de Superintendente.

El inciso final del artículo 43 de la LORCPM regula quién reemplaza al Superintendente de Control del Poder de Mercado en los casos de renuncia, ausencia definitiva o cualquier otro impedimento que le inhabilite para continuar desempeñando el cargo, así como en los casos de falta o ausencia temporal, en los siguientes términos:

“Art. 43 Designación. – (...)

(...)

En caso de renuncia, ausencia definitiva o cualquier otro impedimento que le inhabilite para continuar desempeñando el cargo, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social procederá inmediatamente a la designación de su reemplazo, de conformidad con lo que establecen la Constitución y la ley, quien también durará cinco años en sus funciones. En caso de falta o ausencia temporal, será reemplazado por la autoridad de jerarquía inmediatamente inferior según lo establecido en el reglamento orgánico funcional de la Superintendencia”. (El énfasis me corresponde)

Cabanellas define las palabras “Inmediatamente” e “Inmediato”, de la siguiente forma:

“INMEDIATAMENTE. Con contigüidad o cuando menos en la proximidad espacial. Con inminencia o cercanía cronológica. Sin mediación ni interposición”.

“INMEDIATO. Próximo en el espacio. Cercano en el tiempo. Contiguo, limítrofe. Inminente, de pronta realización (...)”.

En tal contexto, si bien el inciso final del artículo 43 de la LORCPM dispone que en caso de ausencia definitiva del Superintendente, el Consejo de Participación Ciudadana debe designar inmediatamente a su reemplazo; esta inmediatez se debe entender en el sentido de que dicho organismo debe iniciar y sustanciar el proceso legal de designación del nuevo Superintendente, dentro de los tiempos previstos en el procedimiento establecido a efecto por la Constitución y la ley, cuyas fases ha reglado mediante la Resolución No. 16 publicada en el Registro Oficial No. 646 de 24 de febrero de 2012.

Para el caso de ausencia temporal del Superintendente, el inciso final del artículo 43 de la LORCPM prevé que sea reemplazado “por la autoridad de jerarquía inmediatamente inferior según lo establecido en el reglamento orgánico funcional de la Superintendencia”. (El énfasis me corresponde)

El numeral 7 del artículo 18 del Código Civil contiene las reglas de interpretación de la ley y dispone que: “A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal”. Es principio general del derecho que donde hay la misma razón es aplicable la misma disposición.

En el tema que motiva la consulta, el inciso final del artículo 43 de la LORCPM ha distinguido la ausencia definitiva y temporal del Superintendente, previendo que en el caso de ausencia temporal sea reemplazado por la autoridad de jerarquía inmediatamente inferior; sin embargo, igual solución se debe aplicar para todo evento de ausencia definitiva de esa autoridad, hasta que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, sustancie el procedimiento que permita su reemplazo.

Por lo expuesto, en atención a los términos de sus consultas se concluye que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 43 de la LORCPM, una vez concluido por mandato de la ley el periodo del Superintendente de Control del Poder de Mercado y, mientras el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social sustancie el procedimiento para la designación de su reemplazo, éste debe ser reemplazado por el funcionario de jerarquía inmediatamente inferior establecido en el instrumento interno que regule la estructura orgánico funcional de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; es de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante verificar y determinar de acuerdo a las normas internas que regulen su estructura y organización, quién es la autoridad de jerarquía inmediatamente inferior a la que hace referencia el artículo 43 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

VIATICOS: PAGO Y FÓRMULA DE CÁLCULO

OF. PGE. N°: 09042 de 05-01-2017

ENTIDAD CONSULTANTE: Empresa Pública Unidad Nacional de Almacenamiento – UNA EP

CONSULTA:

“¿Es jurídicamente aplicable para la empresa pública Unidad Nacional de Almacenamiento UNA EP la disposición general segunda del Acuerdo No. MRL-2014-0165, que dispone que el Reglamento Interno de Viáticos de las Instituciones Comprendidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, no podrá establecer de forma alguna, otro valor, ni fórmula de cálculo o modo de pago que no se ajusten a lo dispuesto en la norma técnica para el pago de pago de viáticos y movilizaciones dentro del país para las y los servidores en las instituciones del Estado?”

BASES LEGALES:

Constitución de la República de la República, Arts. 160, 170, 181, 225, 229, 315 y 326.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 2, 4, 5, 11 núm. 8, 16, 17, 18 y 30.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 y 94, 96, 123, Disp. General Quinta y Disposición Final Primera; y, 259, 260, 261, 262 y 264 de su Reglamento General.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 77num. 1 lit. e)

Acuerdo Ministerial No. MRL-2014-0165, Art. 2 y Disp. Gen. Segunda

Normas Internas de Administración del Talento Humano de la empresa pública Unidad Nacional de Almacenamiento UNA EP, Art. 86

Norma técnica para el pago de viáticos, subsistencias, movilizaciones y alimentación, dentro del país para las y los servidores y las y los obreros públicos en las instituciones del Estado, Art. 2

PRONUNCIAMIENTO:

A su oficio de consulta, se ha acompañado el criterio jurídico emitido por el Gerente Jurídico de la Unidad Nacional de Almacenamiento UNA EP, contenido en memorando No. UNAEP-GJ-2016-1088-M de 27 de octubre de 2016, en el cual cita el artículo 315 de la Constitución de la República, artículos 2, 4, 11, 16 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y artículo 2 y Disposición General Segunda del Acuerdo Ministerial No. MRL-2014-0165 y realiza el siguiente análisis:

“Según el Artículo 2 del referido Acuerdo Ministerial No. MRL-2014-0165, su ámbito de aplicación obligatoria son las instituciones del Estado señaladas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), incluidos las y los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Comisión de Tránsito del Ecuador y Cuerpos de Bomberos a nivel nacional.

Sin embargo, el inciso final del artículo 3 de la LOSEP tiene el siguiente tenor: ‘En las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas’.

El artículo 16 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que encabeza dicho Título IV, establece que la administración del talento humano de las empresas públicas corresponde al Gerente General o a quien éste delegue expresamente; y el artículo 17 de la ley ibídem, dispone que: ‘El Directorio, en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas’.

El Art. 86 de las Normas Internas de Administración del Talento Humano de la empresa pública Unidad Nacional de Almacenamiento UNA EP, aprobadas por Directorio el 3 de octubre de 2013, dispone lo siguiente:

‘Art. 86.- Viáticos, movilizaciones y subsistencias.- La reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias será expedida por la Gerencia General’. (El énfasis me pertenece)’.

Con fundamento en el análisis citado en el párrafo precedente, el Gerente Jurídico de la Unidad Nacional de Almacenamiento UNA EP, concluye con el siguiente criterio jurídico:

‘Del análisis jurídico efectuado, es criterio del suscrito Gerente Jurídico de la UNA EP, que de acuerdo con el inciso final del artículo 3 de la LOSEP, en armonía con el artículo 2 de la Norma técnica para el pago de viáticos, subsistencias, movilizaciones y alimentación, dentro del país para las y los servidores y las y los obreros públicos en las instituciones del estado, dicha normativa no es aplicable a las empresas públicas, por lo tanto tampoco es aplicable la disposición general segunda que dispone que el reglamento interno de viáticos de las instituciones comprendidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, no podrá establecer de forma alguna, otro valor, ni fórmula de cálculo o modo de pago que no se ajusten a lo dispuesto en la norma técnica para el pago de viáticos y movilizaciones dentro del país para las y los servidores en las instituciones del Estado.

(...)

Es deber y atribución del Gerente General de la UNA EP, de conformidad con los artículos 11 numeral 8, Arts. 16 y 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 86 de las Normas Internas de Administración de Talento Humano de la UNA EP, y Art. 77 numeral 1 letra e) de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, y bajo su estricta responsabilidad, aprobar y modificar los reglamentos internos que requiera la empresa pública Unidad Nacional de Almacenamiento UNA EP, para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias, para el eficiente, efectivo y económico funcionamiento de esta sociedad de Derecho Público, en base a la autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, con criterios empresariales, precautelando y controlando los recursos públicos’.

Por su parte, el Viceministro de Servicio Público del Ministerio del Trabajo, en su informe jurídico contenido en el oficio No. MDT-VSP-2016-0726, cita los artículos 225, 229 y 326 de la Constitución de la República, artículos 3, 94, 96, 123, Disposición General Quinta y Disposición Final Primera de la Ley Orgánica del Servicio Público y artículos 259, 260, 261, 262 y 264 de su Reglamento General, artículos 5, 17, 18, 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y artículo 2 y Disposición General Segunda del Acuerdo Ministerial No. MRL-2014-0165; y, efectúa el siguiente análisis:

‘La Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 294, de 6 de octubre de 2010, en la Disposición Final primera establece que sus disposiciones prevalecen sobre otras leyes orgánicas y ordinarias expedidas con anterioridad a su vigencia, entendiéndose que por su materia regula los recursos humanos las remuneraciones y los ingresos complementarios, y dentro de ellos a los viáticos, movilizaciones y subsistencias. En el título VIII contiene el artículo 94, el que establece que las disposiciones de este Título son de aplicación obligatoria en las instituciones del sector público determinadas en el artículo 3 de esta Ley, con las excepciones previstas en este artículo y en general en la propia Ley.

El artículo 96 de la misma Ley, al regular la remuneración mensual unificada de las y los servidores públicos prescribe que no se sumarán los ingresos complementarios, entre ellos, en la letra c) los Viáticos y Subsistencias; en tanto que, en el artículo 123 se establece que la reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias será expedida mediante Acuerdo del Ministerio del Trabajo de conformidad con la Ley.

Este ingreso complementario se encuentra regulado en los artículos 259, 260, 261, 262 y 264 del Reglamento General a la LOSEP, que determinan ciertas particularidades del tratamiento que se deberá dar para el reconocimiento de los Viáticos, Subsistencias y Movilizaciones; y, adicionalmente se dispone que este Ministerio deberá emitir la reglamentación respectiva.

Para este fin, el Ministerio del Trabajo expidió Acuerdo No. MRL-2014-0165 publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 326 de 4 de septiembre de 2014 que contiene la Norma Técnica para el Pago de Viáticos y Movilizaciones dentro del País para las y los Servidores en las Instituciones del Estado, la cual tiene por objeto regular el procedimiento que permita a las instituciones del Estado realizar los pagos correspondientes por concepto de viáticos y movilizaciones a las y los servidores y las y los obreros públicos que por necesidad institucional tengan que desplazarse fuera de su domicilio y/o lugar habitual de trabajo, dentro del país, a cumplir tareas oficiales o a desempeñar actividades inherentes a sus puestos por el tiempo que dure el cumplimiento de estos servicios, desde la fecha y hora de salida hasta su retorno, conforme lo determina el artículo 1. (...)

El texto de la Disposición General Segunda no se refiere a que sean las Instituciones del Estado las que regulan los ingresos complementarios como son los viáticos, por lo que se deberá estar a lo que determina su texto, es decir que no se podrá establecer otro valor, fórmula de cálculo o forma de pago ni tampoco podrá contradecirla.

Así mismo habrá que considerar que la Quinta Disposición General de la LOSEP prescribe que a partir de su promulgación se prohíbe en las instituciones, organismos y entidades previstas en el artículo 3, en las empresas públicas y en las sociedades mercantiles en las que el Estado o sus Instituciones tengan mayoría accionaria, por cualquier mecanismo, modo o circunstancia, se cree o establezca asignaciones complementarias, compensaciones salariales, beneficios adicionales o bonificaciones especiales, en general cualquier tipo de erogación adicional a lo previsto en esta Ley, sea ésta en dinero o en especie, con excepción de lo dispuesto el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2”.

Sobre dicha base, el Viceministro de Servicio Público del Ministerio del Trabajo, concluye con el siguiente criterio:

“En razón de lo expuesto, bajo el principio constitucional de competencia en función de la jerarquía de la Ley que asigna a este Ministerio la rectoría para emitir las normas sobre los ingresos complementarios, las Instituciones el Estado que se encuentran comprendidas en el artículo 225 numerales 3 y 4 de la Constitución de la República como es el caso de las Empresas Públicas y que a

su vez es recogido por el artículo 3 de la LOSEP, están en la obligación de aplicar la Norma Técnica para el pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación expedida por esta Cartera de Estado con Acuerdo No. MRL-2014-0165, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 326, de 4 de septiembre de 2014 y sus reformas, y no se podrá reglamentar internamente por concepto de viáticos estableciéndose otros valores, ni fórmulas de cálculo o modo de pago que no se ajusten a lo dispuesto en este Acuerdo, así como tampoco podrá contradecirlo.

En armonía con las disposiciones constitucionales y legales invocadas, corresponde a las Unidades de Administración del Talento Humano o quien hiciere sus veces de las Instituciones del Estado, en sujeción de lo que establece el ordenamiento legal vigente, cumplir y hacer cumplir la LOSEP su Reglamento General y Normas emitidas por este Ministerio; asesorar y prevenir sobre la correcta aplicación a las autoridades, servidoras y servidores de la institución; en tanto que, la Unidad Financiera deberá cuidar que no se incurra en lo que determina el artículo 121 de esta Ley”.

La Constitución de la República en su artículo 225 determina las instituciones que comprende el sector público, en los siguientes términos:

“Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

El artículo 315 *Ibidem* determina que el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas y además prescribe que estas empresas estarán bajo la regulación y control específico de los organismos pertinentes y 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.

En concordancia con lo previsto en el artículo 315 de la Constitución de la República, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas-LOEP define a dichas empresas como 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 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.

Por otra parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público-LOSEP, determina las entidades que integran la administración pública y la aplicación de la referida ley en materia de recursos humanos y remuneraciones, en los siguientes términos:

“Art. 3.- **Ámbito.**- Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional;
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales;
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y,
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales para la prestación de servicios públicos.

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.

Las escalas remunerativas de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales, se sujetarán a su real capacidad económica y no excederán los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, en ningún caso el piso será inferior a un salario básico unificado del trabajador privado en general.

De conformidad con lo establecido en los artículos 160, 170 y 181 numeral 3 de la Constitución de la República, los miembros activos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y el personal de carrera judicial se registrarán en lo previsto en dichas disposiciones por sus leyes específicas y subsidiariamente por esta ley en lo que fuere aplicable.

En razón de las especificidades propias de la naturaleza de sus actividades, y la implementación de regímenes particulares que su actividad implica, el Ministerio de Relaciones Laborales establecerá y regulará lo atinente a remuneraciones y supervisará y controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal establecidos en las leyes que regulan a la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas; en lo relacionado con el personal ocasional la Función Legislativa observará lo previsto en

su ley específica; los docentes del Magisterio y docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley al igual que se regulará por las disposiciones de este cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y de la Comisión de Tránsito del Guayas.

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. Respecto de los organismos establecidos en la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación se observará lo previsto en la misma y esta ley en lo que fuere aplicable.

En las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”. (El énfasis me pertenece).

La norma citada dispone que en materia de recursos humanos y remuneraciones las entidades que componen la administración pública están sujetas al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, aclarando que todos los organismos referidos se sujetarán obligatoriamente a lo establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales en lo relacionado con remuneraciones e ingresos complementarios, con la excepción contenida en su inciso final según la cual, para la gestión de su talento humano, las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se rigen por lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

La Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 14487 de 28 de agosto de 2013, al atender una consulta formulada por la Empresa Pública de Desarrollo Productivo y Agropecuario del Sur - DEPROSUR EP, sobre la administración del talento humano, manifestó en su parte pertinente:

“De las disposiciones que han sido analizadas, de conformidad con el inciso final del Art. 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público e inciso segundo del Art. 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, corresponde al Directorio de DEPROSUR EP, la expedición de las normas internas de administración del Talento Humano, atendiendo los requerimientos específicos de la empresa y observando los principios y normas de aplicación general para toda la administración pública, que son objeto de control posterior por parte del Ministerio de Relaciones Laborales, como así lo manifesté en el Oficio No. 11163 de 20 de diciembre de 2012”.

Sobre la gestión del talento en las empresas públicas, el artículo 16 contenido en el Título IV denominado “De la Gestión del Talento Humano de las Empresas Públicas”, de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone que la administración del talento humano de las empresas públicas le corresponde al Gerente General o a quien éste delegue expresamente; y, sobre la expedición de normas internas para la administración del talento humano, el artículo 17 de la referida ley establece:

“Art. 17.- NOMBRAMIENTO, CONTRATACION Y OPTIMIZACION DEL TALENTO HUMANO.- La designación y contratación de personal de las empresas públicas se realizará a través de procesos de selección que atiendan los requerimientos empresariales de cada cargo y conforme a los principios y políticas establecidas en esta Ley, la Codificación del Código del Trabajo y las leyes que regulan la administración pública. Para los casos de directivos, asesores y demás personal de libre designación, se aplicarán las resoluciones del Directorio.

El Directorio, en aplicación de lo dispuesto por esta Ley, expedirá las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas.

Por lo menos un cuatro por ciento del talento humano de las empresas públicas deberá ser personal con capacidades especiales acreditado por el Consejo Nacional de Discapacidades.

La autoridad nominadora previo informe motivado podrá realizar los cambios administrativos del personal dentro de una misma jurisdicción cantonal, conservando su nivel, remuneración y estabilidad. De tratarse de cambios administrativos a jurisdicciones distintas de la cantonal, se requerirá consentimiento expreso del obrero o servidor.

En las empresas públicas se incorporará preferentemente a personal nacional para su desempeño en las áreas técnicas y administrativas.

El Ministerio de Relaciones Laborales, a través de firmas externas especializadas realizará el control posterior (ex post) de la administración del recurso humano y remuneraciones conforme a las normas y principios previstos en esta Ley y las demás normas que regulan la administración pública. El informe de dicha firma será puesto en conocimiento del Directorio, para que éste disponga las medidas correctivas que sean necesarias, de ser el caso”.

En pronunciamiento contenido en oficio No. 11163 de 20 de diciembre de 2012, al atender la consulta formulada por el Gerente General de la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala, respecto de la aplicación del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que asigna competencia al Directorio de las empresas públicas para normar la gestión del Talento Humano, concluí que:

“En atención a los términos de su consulta se concluye que, la gestión del talento humano de la empresa pública se rige por la normativa que para atender los requerimientos empresariales específicos expida el Directorio de la entidad, en aplicación del inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, normativa que debe guardar conformidad con esa Ley, el Código del Trabajo y las demás leyes que rigen para toda la administración pública y que en consecuencia, está sujeta al control posterior del Ministerio de Relaciones Laborales conforme el inciso final del citado artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”.

Por otra parte, el primer inciso del artículo 96 de la Ley Orgánica del Servicio Público (en adelante LOSEP), respecto a la remuneración prescribe que, en las entidades, instituciones, organismos y

personas jurídicas establecidas en el artículo 3 de la LOSEP, se establece la remuneración mensual unificada, la misma que resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que las dignatarias, dignatarios, autoridad, funcionaria, funcionario, servidora y servidor a que tenga derecho y que se encuentren presupuestados y lo referente a la composición de las remuneraciones, en su segundo inciso establece que:

“En esta remuneración mensual unificada no se sumarán aquellos ingresos que correspondan a los siguientes conceptos:

(...)

c) Viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias y extraordinarias;”. (El énfasis me pertenece).

Dicha norma tiene concordancia con lo establecido en el literal c) del artículo 243 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, el cual dispone que no se incluirán en la remuneración mensual unificada los viáticos y subsistencias, siendo considerados como ingresos complementarios.

Así el referido Reglamento General, en el Título V: Ámbito y Objeto de las Remuneraciones e Indemnizaciones del Sector Público, en el Capítulo III denominado “De Los Ingresos Complementarios”, en su Sección 2a. trata sobre los viáticos, subsistencias y movilización.

Finalmente respecto a los ingresos complementarios para las empresas públicas, la Disposición General Sexta del Reglamento General a la LOSEP, estipula:

“SEXTA: De los ingresos complementarios para las empresas públicas.- En lo referente a los ingresos complementarios establecidos y regulados por la LOSEP y este Reglamento General, las Empresas Públicas se registrarán obligatoriamente por lo establecido en los Mandatos Constituyentes, de acuerdo a la vigencia y en los términos establecidos en los mismos.

En lo que no esté contemplado en los Mandatos Constituyentes, se regulará por lo establecido en la LOSEP y en este Reglamento General”.

Por su parte, el numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (en adelante LOEP), respecto a la composición de la remuneración en las empresas públicas, dispone:

“Art. 30.- NORMAS GENERALES PARA LA REGULACION DE CONDICIONES DE TRABAJO CON SERVIDORES DE CARRERA Y OBREROS.- En la relación de trabajo entre los servidores de carrera sujetos a esta Ley y los obreros, se observarán las siguientes normas:

1. Cualquier incremento salarial se efectuará exclusivamente previa evaluación del desempeño realizada por la administración de la empresa con el apoyo de firmas externas especializadas y en consideración de la capacidad económica de la empresa.

Queda prohibido el otorgamiento o mantenimiento de bonos ayudas, sobresueldos o estímulos otorgados por la celebración de fechas conmemorativas, años de servicio o cualquier otro hecho que no sea exclusivamente el desempeño.

2. No forma parte de la remuneración: a) Los valores correspondientes al componente variable por cumplimiento de metas; b) Las décima tercera y cuarta remuneraciones, viáticos, subsistencias y movilizaciones; y, c) Los valores por las subrogaciones y encargos.
3. No se podrá pactar que los servidores de carrera u obreros, sus cónyuges, personas en unión de hecho o parientes reciban gratuitamente o de manera subsidiada los servicios o bienes que produce la empresa pública empleadora. Igualmente no se admitirán cláusulas que reconozcan la homologación de derechos cuando las empresas tienen un distinto giro de negocios aunque todas ellas sean parte de la misma industria. De la misma manera se reputarán no escritas las estipulaciones que garanticen a los sucesores del servidor u obrero el derecho de ocupar el puesto de trabajo de aquellos.
4. Para el caso de separación de los servidores y obreros de las empresas públicas, por supresión de partida o despido intempestivo, se aplicará lo determinado en el Mandato Constituyente No. 4.

El gerente general, administrador, gerente de la subsidiaria, filial, agencia o unidad de negocio que firme o autorice la suscripción de contratos individuales, colectivos o actas transaccionales sin sujetarse a las disposiciones previstas en este Artículo, responderá personal y pecuniariamente por los perjuicios ocasionados y valores pagados en exceso, según sea el caso, sin perjuicio de la inmediata y obligatoria remoción y de las demás acciones a que hubiere lugar”. (El énfasis me pertenece).

De las normas previamente analizadas, se puede apreciar que, tanto la Ley Orgánica del Servicio Público, su Reglamento General y la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establecen que los valores correspondientes a viáticos, subsistencias y movilizaciones no forman parte de las remuneraciones de las servidoras y servidores públicos, siendo considerados como ingresos complementarios y, de conformidad con lo que dispone el inciso sexto del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se encuentran sujetos a las regulaciones que expida al respecto el Ministerio del Trabajo.

En este contexto, el artículo 123 de la LOSEP, al tratar la reglamentación para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias, prescribe:

“Art. 123.- Viáticos, movilizaciones y subsistencias.- 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”.

En virtud de la facultad otorgada por el artículo precedente, el Ministerio de Relaciones Laborales (Actual Ministerio del Trabajo), mediante Acuerdo No. MRL-2014-0165 de 27 de agosto de 2014, publicado en el Registro Oficial Segundo Suplemento No. 326 de 4 de septiembre de 2014, emitió la

Norma Técnica para el Pago de Viáticos y Movilizaciones Dentro del País para las y los Servidores en las Instituciones del Estado, el cual es su artículo 2 dispone:

“Art. 2.- **Ámbito.**- Las disposiciones de esta norma técnica son de aplicación obligatoria para las instituciones del Estado señaladas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), incluidos las y los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Comisión de Tránsito del Ecuador y Cuerpos de Bomberos a nivel nacional”.

Del tenor de la norma transcrita en el párrafo precedente, se desprende que la Norma Técnica para el Pago de Viáticos y Movilizaciones es de obligatoria aplicación para todas las entidades del sector público comprendidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público y no contempla ningún tipo de excepción que limite su acatamiento.

Así también, la Disposición General Segunda de la aludida Norma Técnica, sobre cuya aplicación trata su consulta, con relación a la elaboración de los reglamentos internos para el pago de viáticos por parte de las entidades del sector público, determina:

“SEGUNDA.- De los reglamentos internos 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 aplicación de lo establecido en este cuerpo normativo. El reglamento interno de viáticos no podrá establecer de forma alguna, otro valor, ni fórmula de cálculo o modo de pago que no se ajusten a lo dispuesto en la presente norma técnica, ni podrá contradecirla”. (El énfasis me pertenece).

La citada disposición general otorga a las entidades del sector público facultad para elaborar sus reglamentos internos para el pago de viáticos en base a sus condiciones particulares, sin que los referidos reglamentos puedan contradecir a la norma técnica expedida por el Ministerio del Trabajo, ni se puedan establecer otros valores, fórmulas de cálculo y modos de pago que aquellos que se encuentran determinados en la referida Norma Técnica.

De lo hasta aquí analizado se evidencia que, de conformidad con los artículos 3 inciso sexto y 123 de la Ley Orgánica del Servicio Público, le corresponde al Ministerio del Trabajo reglamentar mediante Acuerdo, el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias, considerados ingresos complementarios, para todas las entidades del sector público comprendidas en el artículo 225 de la Constitución de las República y artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, en los que se incluye a las empresas públicas.

Por lo expuesto, con fundamento en el análisis jurídico efectuado y en atención a los términos de su consulta se concluye que, la disposición general segunda del Acuerdo No. MRL-2014-0165, es aplicable a las empresas públicas, en base a lo dispuesto en los artículos 123 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 2 de la Norma Técnica para el Pago de Viáticos y Movilizaciones Dentro del País para las y los Servidores en las Instituciones del Estado, contenida en el referido acuerdo; por lo tanto, el Directorio de cada empresa pública, al momento de expedir su reglamento interno

de viáticos debe observar las disposiciones referentes a la fijación de valores fórmula de cálculo y modo de pago, establecidos en la referida Norma Técnica.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva del Directorio y la Administración de cada empresa pública, su aplicación a casos particulares.

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
ECUADOR



Procuraduría General del Estado
Av. Amazonas N39-123 y Arízaga
www.pge.gob.ec