

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
SUBDIRECCIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA
EXTRACTOS DE CONSULTAS
AGOSTO 2013

JUBILADOS DOCENTES: RETIRO VOLUNTARIO CON INDEMNIZACIÓN
REINGRESO MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

OF. PGE. N°: 14515 de 29-08-2013

CONSULTANTE: ESCUELA POLITÉCNICA DEL EJÉRCITO, ESPE

CONSULTAS:

1. “¿La Décimo Segunda Disposición General de la Ley Orgánica de Servicio Público, que dispone que las servidoras y servidores que cesen en funciones por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, a partir del quinto año de servicio prestado en la misma institución, percibirán a más de la liquidación de haberes, una compensación económica, de acuerdo a las regulaciones y los montos que para el efecto expida el Ministerio de Relaciones Laborales, previo al cumplimiento de lo dispuesto en el literal c) del artículo 132 de esta Ley, es aplicable al personal que habiéndose en su oportunidad jubilado en el sector público, se incorporó posteriormente a la Escuela Politécnica del Ejército como docente y ha solicitado acogerse a los planes institucionales de retiro voluntario con indemnización?”.

2. “¿El Art. 76 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior que dispone que los miembros del personal académico titular de las universidades y escuelas politécnicas públicas que cumplan con los requisitos de las leyes de seguridad social para la jubilación, podrán jubilarse voluntariamente del servicio público y el Art. 77 del mismo Reglamento, referente a la jubilación o retiro obligatorio, son aplicables al personal pensionista del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas ISSFA, que se incorporó posteriormente a la Escuela Politécnica del Ejército como docente y ha solicitado acogerse a los planes institucionales de jubilación?”.

3. “¿La Décimo Segunda Disposición General de la Ley Orgánica de Servicio Público, que dispone que las servidoras y servidores que cesen en funciones por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada, a partir del quinto año de servicio prestado en la misma institución, percibirán a más de la liquidación de haberes, una compensación económica, de acuerdo a las regulaciones y los montos que para el efecto expida el Ministerio de Relaciones Laborales, previo al cumplimiento de lo dispuesto en el literal c) del artículo 132 de esta Ley, es aplicable al personal pensionista del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas

Armadas ISSFA, que se incorporó posteriormente a la Escuela Politécnica del Ejército como docente y ha solicitado acogerse a los planes institucionales de retiro voluntario con indemnización?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En atención a su consulta, en base de las disposiciones contenidas en el inciso segundo del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que prevé que los docentes públicos se sujeten a un régimen propio contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, cuerpo normativo que en su artículo 75 y en el inciso segundo de la Disposición Transitoria Sexta, se refiere a la renuncia o retiro voluntario con indemnización, se concluye que la compensación por renuncia o retiro voluntario es aplicable al personal, que habiéndose jubilado en el sector público, se incorporó posteriormente como docente a una universidad pública y ha solicitado acogerse a los planes institucionales de retiro voluntario con indemnización, de conformidad con las previsiones de la Disposición General Décimo Segunda de la LOSEP, el artículo 286 del Reglamento a la LOSEP y los artículos 3 y 10 del Acuerdo No. 158 del Ministerio de Relaciones Laborales.

En lo que respecta al cálculo de la compensación, se tendrá en cuenta lo señalado por esta Procuraduría en el oficio No. 08277 de 11 de junio de 2012, anteriormente citado.

Adicionalmente, según la letra c) del artículo 132 de la Ley Orgánica del Servicio Público, corresponde al Ministerio de Finanzas emitir el dictamen presupuestario posterior al estudio y análisis del Ministerio de Relaciones Laborales, en los casos establecidos en la Ley sobre los gastos de personal de las instituciones del Estado; por lo que, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 286 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, anteriormente citado, las compensaciones por renuncia voluntaria y demás beneficios previstos en la Ley Orgánica antes citada, deberán estar debidamente presupuestados.

2. De los artículos 76 y 77 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Docente de Educación Superior, antes citados, en atención a su consulta, se concluye que los miembros del personal académico titular de las universidades y escuelas politécnicas públicas, que siendo pensionistas hubieren reingresado en calidad de docentes y cumplan con los requisitos para acceder a la jubilación, tienen derecho al beneficio por jubilación establecido en las indicadas normas, siempre que antes no hubieren percibido un beneficio por idéntico concepto. El cálculo se debe realizar por cada año de servicio, contado a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total; es decir, que el quinto año de servicio es la base o piso del beneficio a que tiene derecho el servidor que se acoja a la mencionada compensación.

Para que proceda el reconocimiento del beneficio por jubilación dispuesto en el Art. 129 de la LOSEP, el personal académico titular de las universidades deberá cumplir con los requisitos y presupuestos para la jubilación previstos

en la Ley de Seguridad Social, que en sus artículos 185 y 188 establecen los requerimientos que deben acreditarse para acceder a la jubilación ordinaria por vejez y por edad avanzada; así como, con los requisitos señalados en el “Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte”, que en el Art. 11 determina las condiciones que deben cumplir los afiliados para tener derecho a la jubilación por vejez, inicialmente expedido mediante Resolución del Consejo Directivo del IESS No. C. D. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006.

Adicionalmente, se deberá tener en cuenta que por disposición del artículo 75 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Docente de Educación Superior, 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.

3. Idénticos argumentos a los analizados en su primera consulta, son aplicables al caso de quienes se desempeñan actualmente como docentes en las entidades públicas de educación superior y que en su calidad de ex miembros de las Fuerzas Armadas, perciben pensión de retiro (pensionistas) del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas ISFFA. Por lo expuesto, de conformidad con el inciso segundo del artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que prevé que los docentes públicos se sujeten a un régimen propio contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, cuerpo normativo que en su artículo 75 y en el inciso segundo de la Disposición Transitoria Sexta se refiere a la renuncia o retiro voluntario con indemnización, se concluye que, la compensación por renuncia o retiro voluntario, es aplicable al personal que habiéndose en su oportunidad retirado de las Fuerzas Armadas, percibe una pensión a cargo del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, incorporándose posteriormente a la Escuela Politécnica consultante como docente y ha solicitado acogerse a los planes institucionales de retiro voluntario con indemnización, de conformidad con las previsiones de la Disposición General Décimo Segunda de la LOSEP, el artículo 286 del Reglamento a la LOSEP y los artículos 3 y 10 del Acuerdo No. 158 del Ministerio de Relaciones Laborales.

DELEGACION DE FUNCIONES: AUTORIZACIÓN PARA EL PROGRAMA DE REQUERIMIENTOS DE EP. PETROECUADOR

OF. PGE. N°: 14464 de 27-08-2013

CONSULTANTE: AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL
HIDROCARBURÍFERO, ARCH

CONSULTA:

“¿Se entendería derogada tácitamente la Disposición General Sexta de

la Ley 2007-85 que reforma a la Ley de Hidrocarburos y al Código Penal (expedida en septiembre de 2007) por la que se disponía que el **Ministro del ramo aprobará el programa mensual** de requerimientos de la comercializadora de abastecimiento de hidrocarburos y sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles, para todo el territorio nacional; considerando, que al haber sido expedidas las reformas a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno en julio de 2010, se reformó el artículo 9 de la Ley de Hidrocarburos, limitando al Ministro Sectorial a ser el funcionario encargado de **formular la política de hidrocarburos** aprobados por el Presidente de la República, y asignando la competencia de normar a la industria hidrocarburífera a la **Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero**, comprendiendo esta normatividad lo concerniente a la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte **y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados**, en el ámbito de su competencia, aplicándose consecuentemente lo dispuesto en el artículo 37 del Código Civil?”.

PRONUNCIAMIENTO:

La Disposición General Sexta de la Ley de Hidrocarburos no ha sido derogada en forma expresa o tácita, ya que a la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero se le han otorgado como parte de sus atribuciones la regulación, control y fiscalización de las actividades hidrocarburíferas, las mismas que no tienen relación alguna con la facultad otorgada al Ministro de Recursos Naturales No Renovables, para autorizar en su calidad de Autoridad Competente, la ejecución del programa mensual de requerimientos de EP Petroecuador, comercializadora de hidrocarburos y sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles, para todo el territorio nacional que sean puestos en su conocimiento.

En lo referente a la delegación de funciones, el artículo 55 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, establece que: “Las atribuciones propias de las diversas entidades y autoridades de la Administración Pública Central e Institucional, serán delegables en las autoridades u órganos de inferior jerarquía, excepto las que se encuentren prohibidas por Ley o por Decreto”.

Concordante, el artículo 35 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, prescribe que: “Cuando la importancia económica o geográfica de la zona o la conveniencia institucional lo requiera, los máximos personeros de las instituciones del Estado dictarán acuerdos, resoluciones u oficios que sean necesarios para delegar sus atribuciones. En estos documentos se establecerá el ámbito geográfico o institucional en el cual los funcionarios delegados ejercerán sus atribuciones. Podrán, asimismo, delegar sus atribuciones a servidores públicos de otras instituciones estatales, cumpliendo el deber constitucional de coordinar actividades por la consecución del bien común”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la aprobación del programa mensual de requerimientos de EP Petroecuador, comercializadora de

hidrocarburos y sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles, para todo el territorio nacional, se encuentra a cargo del Ministro de Recursos Naturales No Renovables; sin embargo, el Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, con base en la delegación conferida mediante Acuerdo Ministerial No. 484 de 10 de junio de 2013, suscrito por el referido Ministro y publicado en el Registro Oficial No. 31 de 08 de julio de 2013 está legalmente facultado para emitir las mencionadas autorizaciones.

MIEMBROS DEL DIRECTORIO DEL BIESS: PRÓRROGA DE FUNCIONES

OF. PGE. N°: 14403 de 23-08-2013

CONSULTANTE: CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL

CONSULTAS:

1.- “PUEDE EL PLENO DEL CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL UTILIZANDO SU AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, PRESUPUESTARIA Y ORGANIZATIVA CONTENIDA EN LOS ARTÍCULOS 204 DE LA CONSTITUCIÓN EN ARMONÍA CON LO DISPUESTO EN EL ART.3 Y 38 No. 16, DE LA LEY ORGÁNICA DEL CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL, EMITIR RESOLUCIÓN DE PRÓRROGA DE FUNCIONES A LOS MIEMBROS DEL DIRECTORIO DEL BIESS EN ACTUALES FUNCIONES HASTA QUE SEAN LEGALMENTE REEMPLAZADOS?”;

2.- “PUEDE EL PLENO DEL CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL EN CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 209 DE LA CONSTITUCIÓN EN ARMONIA CON EL ARTÍCULO 3 Y 38 No. 16 DE LA LEY ORGÁNICA DEL CONSEJO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y CONTROL SOCIAL, EMITIR RESOLUCIÓN DE PRORROGA DE TIEMPO PARA LA ORGANIZACIÓN DEL CONCURSO DE MERITOS Y OPOSICION PARA DESIGNAR A LOS NUEVOS MIEMBROS DEL DIRECTORIO DEL BIESS”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1 y 2. Los miembros principales durarán en sus cargos cuatro años. Tendrán sus respectivos suplentes, quienes serán elegidos en la misma forma que el principal, con excepción del Presidente del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y permanecerán en sus funciones hasta ser legalmente reemplazados.

Los miembros principales y suplentes serán calificados en forma previa a su posesión por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Los miembros principales del Directorio, con excepción de su Presidente, no podrán realizar otras actividades laborales a excepción de la docencia universitaria, durante su gestión y hasta seis meses después de la separación de su cargo, no podrán tener vinculación laboral o societaria con instituciones públicas o privadas del sistema financiero.

Los miembros del directorio serán civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el cumplimiento de sus atribuciones y deberes”.

Como queda indicado, es la Ley la que establece el período y permanencia en funciones de los miembros principales y suplentes del Directorio del Banco del IESS, sin que ésta prevea la posibilidad de que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, por resolución pueda extenderlo o prorrogarlo, ni esto sea necesario dada la previsión legal ya referida.

Por lo expuesto, en atención a los términos de sus consultas se concluye que, los miembros principales del Directorio del Banco deben permanecer en sus funciones hasta que sean legalmente reemplazados, es decir, hasta que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social organice la Comisión Ciudadana de Selección pertinente y revise el respectivo Reglamento en el que constarán, entre otros, los plazos o términos dentro de los cuales se llevará a cabo el concurso para la designación de los integrantes del nuevo Directorio, de conformidad con lo previsto en el artículo 38 numeral 4 de la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD: DEPÓSITOS DE DISTRIBUCIÓN DE GLP-IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

OF. PGE. N°: 14182 de 5-08-2013

CONSULTANTE: CUERPO DE BOMBEROS DE GUAYAQUIL

CONSULTA:

“Lo estipulado en el Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra incendios en su artículo 304, rige para los Depósitos de Distribución de GLP, o locales en general, que iniciaron sus actividades a partir del año 2009 cumpliendo con el principio de irretroactividad de la ley; o el Benemérito Cuerpo de Bomberos de Guayaquil debe dar fiel observancia al artículo 122 del aludido Reglamento que obliga a los establecimientos ya existentes a implementar las medidas de seguridad contra incendios referidos en dicha normativa”.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 129 del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios, bajo el Título de “Disposiciones Generales de Protección contra Incendios para toda Edificación, preceptúa:

“Art. 129.- El cuerpo de bomberos, en caso de alto riesgo de incendio, podrá exigir el cumplimiento de disposiciones adicionales o diferentes a las establecidas”.

Por su parte, el numeral 2° del artículo 85 de la Constitución de la República, consagra la prevalencia del interés general respecto del interés particular, y habilita a la Administración a adoptar medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

Con fundamento en el numeral 2 del artículo 85 de la Constitución de la República, antes citado y el artículo 122 del Reglamento de Prevención, Mitigación y Protección contra Incendios, que prevé que las edificaciones existentes y toda actividad que represente riesgo de incendio deben implementar las normas de protección descritas en dicho Reglamento; y, el artículo 129 ibídem, que determina que en caso de alto riesgo de incendio, el cuerpo de bomberos podrá exigir el cumplimiento de disposiciones adicionales o diferentes a las establecidas, en atención a su consulta se concluye que todos los Depósitos de Distribución de GLP, ya sea que iniciaron sus actividades antes o después del año 2009, deben acatar las medidas de seguridad dispuestas en el artículo 304 del indicado Reglamento.

PETROAMAZONAS EP: AGENTE DE RETENCIÓN GENERADOS POR LICENCIAS, AUTORIZACIONES, CONCESIONES Y CONTRATOS

OF. PGE. N°: 14182 de 05-08-2013

CONSULTANTE: PETROAMAZONAS E.P.

CONSULTAS:

1. “¿Es legalmente factible que PETROAMAZONAS EP asuma la calidad de agente de retención que correspondía a EP PETROECUADOR en virtud de la ley No. 122, una vez que PETROAMAZONAS EP (por disposición del Decreto Ejecutivo No. 1351-A de 01 de noviembre de 2012), asumió a partir del 4 de enero de 2013 los derechos y obligaciones de EP PETROECUADOR, generados por licencias, autorizaciones, concesiones, contratos y demás actos que se encuentren en vigor, en trámite o en ejecución?”.

2. “¿Los derechos y obligaciones que EP PETROECUADOR estipuló en contratos legalmente suscritos, y en particular las cláusulas de solución de controversias autorizadas por la Procuraduría General del Estado en

dichos contratos, se mantienen inalteradas una vez que PETROAMAZONAS E.P. ha asumido tales derechos y obligaciones?”.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. De acuerdo con los artículos 26 y 29 numeral 1 del Código Tributario, responsable es la persona que sin tener el carácter de contribuyente debe, por disposición expresa de la ley, cumplir las obligaciones atribuidas a éste. Los agentes de retención son responsables, debiéndose entender por tales “(...) las personas naturales o jurídicas que, en razón de su actividad, función o empleo, estén en posibilidad de retener tributos y que, por mandato legal, disposición reglamentaria u orden administrativa, estén obligadas a ello”.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en lo que atañe a los impuestos que fueron establecidos por la Ley No. 122 y reformados por el COOTAD, el hecho generador atendía a una relación económica expresa, que era la prestación de servicios a favor de PETROECUADOR y sus filiales, lo cual producía como consecuencia la correspondiente facturación de los mismos, sobre la que se aplica dicho tributo. Este concepto económico no se verifica en el caso de la aplicación del Decreto Ejecutivo No. 1351-A, en el que la relación económica está constituida por los servicios que se originen en actos y contratos, respecto de PETROAMAZONAS E.P., cuya facturación no está gravada y, en consecuencia, no se perfecciona el hecho generador de los tributos previstos por el artículo 1 reformado de la Ley No. 122.

Es decir que, en tanto no se presten servicios facturables a PETROECUADOR EP, no se configura el hecho generador del tributo y no habiéndose generado el tributo, menos puede haber un agente de retención del mismo.

2. En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 17, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, mediante oficio No. 13205 de 14 de mayo de 2013, esta Procuraduría solicitó reformular los términos de su segunda consulta respecto a la inteligencia o aplicación de normas legales y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Asesor Legal de la Entidad que usted representa.

En oficio No. 13386 de 30 de mayo de 2013, esta Entidad insistió en la solicitud referida en el párrafo precedente, sin que haya sido atendida hasta la presente fecha.

El artículo 6 de la Resolución No. 17, sustituido por el Art. 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, establece lo siguiente: “Si requerido el organismo o entidad del sector público, de presentar el criterio del Asesor

Jurídico de la Institución o cualquier documento relacionado con el tema de consulta, debidamente certificados por autoridad competente, no lo hiciera en el plazo dispuesto en el artículo 5 letra g) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el Procurador General del Estado podrá abstenerse de emitir el pronunciamiento solicitado y disponer el archivo de la consulta formulada”; por lo que, con fundamento en la normativa citada, me abstengo de atender su segunda consulta, a la vez que dispongo el archivo de la misma.
