

# BOLETÍN JURÍDICO N° 14



PERÍODO  
ENERO A DICIEMBRE 2015

Dr. Diego García Carrión  
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Rafael Parreño Navas  
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



Boletín Jurídico N° 14  
Enero a Diciembre 2015

DIRECCIÓN NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA

ELABORACIÓN, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN  
Subdirección de Asesoría Jurídica

REVISIÓN  
Unidad de Comunicación Social

FUENTE  
Dirección Nacional de Consultoría

Procuraduría General del Estado  
Av. Amazonas N° 39-123 y Arízaga, Edif. Amazonas Plaza  
Teléfono: 02 294 1300  
Quito – Ecuador

Portal web: [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec)

Tiraje:

Impresión:

E-mail:

Teléfono:

## **PRESENTACIÓN**

La Procuraduría General del Estado tiene, entre sus funciones, la tarea de absolver consultas planteadas por las distintas instituciones, entidades y organismos del sector público, analizando objetivamente el marco jurídico vigente con el propósito de que sus pronunciamientos vinculantes, coadyuven a la vigencia de la seguridad jurídica en el Ecuador.

La publicación periódica de Boletines como el presente, tiene como finalidad principal poner a disposición del país la doctrina generada por la Procuraduría General sobre la inteligencia o aplicación de diversas leyes en relación a distintos temas de interés.

Esta compilación adicionalmente está disponible en nuestro portal web: [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec), como un testimonio del aporte técnico jurídico que refleja nuestro compromiso en defensa de la legalidad.

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



## INDICE

<b>PRESENTACIÓN.....</b>	<b>3</b>
 <b>A</b>	 <b>11</b>
<b>ACTOS ADMINISTRATIVOS:</b> Declaratoria de lesividad para el interés público.....	<b>11</b>
<b>ACTOS ADMINISTRATIVOS:</b> Presunción de legitimidad y ejecutoriedad.....	<b>20</b>
<b>ADQUISICIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES:</b> Empresas nacionales o extranjeras.....	<b>29</b>
<b>AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL MINERO:</b> Acción coactiva y sanciones por actividad de minería ilegal.....	<b>33</b>
<b>AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA – ARCSA-:</b> Competencia para conocer, juzgar e imponer sanciones en segunda instancia.....	<b>41</b>
<b>ÁREAS VERDES Y COMUNALES:</b> Fraccionamientos de suelos por herencias, particiones judiciales y extrajudiciales – derechos y acciones .....	<b>46</b>
<b>ASAMBLEISTAS NACIONALES:</b> Reemplazo por ausencia temporal.....	<b>55</b>
<b>AVALÚO CATASTRAL:</b> Regularización de la forma de adjudicación y precio a pagar en escrituras.....	<b>60</b>
 <b>B</b>	 <b>66</b>
<b>BONO DE COMPENSACIÓN POR RESIDENCIA:</b> Viático por gastos de residencia.....	<b>66</b>
 <b>C</b>	 <b>73</b>
<b>CANCELACIÓN DE DERECHOS Y TARIFAS:</b> Sociedad General de Autores y Compositores (SAYCE) y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador (FENARPE), previo a la organización de espectáculos públicos.....	<b>73</b>

<b>CÓDIGO DE TRABAJO:</b>	
Cambio de régimen laboral.....	82
<b>COMISIÓN DE MESA:</b>	
Atribución del Concejo Cantonal.....	88
<b>COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL ECUADOR:</b>	
Aplicación de normativa jurídica a servidores que renuncian a sus puestos.....	91
<b>CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN:</b>	
Personal auxiliar del servicio exterior.....	97
<b>CONSEJO DE EVALUACIÓN, ACREDITACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR:</b>	
Independencia administrativa, financiera.....	106
<b>CONTRAGARANTÍA PERSONAL O REAL:</b>	
Régimen especial entre entidades del sector público.....	110
<b>CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO:</b>	
Tiempo para la aprobación de informes.....	119
<b>CONVENIO INSTITUCIONAL:</b>	
Autorización del Concejo Cantonal.....	123
<b>CUERPO DE BOMBEROS:</b>	
Designación de segundo jefe en forma voluntaria.....	127
<b>D</b>	131
<b>DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA:</b>	
Reversión de la expropiación.....	131
<b>DIRECTORIO DE LA AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN ELÉCTRICA ARCONEL:</b>	
Trámites a los recursos extraordinarios de revisión, expedidos CONELEC.....	141
<b>DIRECTORIO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS:</b>	
Emisión de la normativa interna, determinación de remuneraciones personal del nivel jerárquico superior.....	150
<b>E</b>	156
<b>EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO:</b>	
Prestación del servicio público del agua y saneamiento.....	156

<b>EMPRESAS PÚBLICAS:</b> Suscripción de convenio, directorio, presidencia.....	<b>162</b>
<b>EMPRESAS PÚBLICAS:</b> Procedimientos de expropiación.....	<b>169</b>
<b>EMPRESAS PÚBLICAS:</b> Compensación por retiro voluntario y bonificación por desahucio.....	<b>175</b>
<b>ENTIDADES O EMPRESAS PÚBLICAS:</b> Adjudicación gratuita de bienes decomisados declarados en abandono.....	<b>182</b>
<b>G</b>	<b>189</b>
<b>GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS:</b> Garantías a empresas públicas para obtención de crédito.....	<b>189</b>
<b>I</b>	<b>193</b>
<b>INSTITUTO NACIONAL DE PATRIMONIO CULTURAL:</b> Inmuebles no inventariados, delimitación de centro histórico.....	<b>193</b>
<b>INVERSIONES PARA EMPRENDIMIENTOS:</b> Empresas de economía mixta.....	<b>201</b>
<b>J</b>	<b>209</b>
<b>JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA:</b> Sumatoria de pensiones con aportaciones del IESS.....	<b>209</b>
<b>JUBILACIÓN PATRONAL:</b> Rubros que lo conforman.....	<b>217</b>
<b>L</b>	<b>226</b>
<b>LÍMITES TERRITORIALES:</b> Trámite de las apelaciones a las resoluciones.....	<b>226</b>

<b>M</b>	<b>233</b>
<b>MANDATO CONSTITUYENTE No. 2:</b> Renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación.....	<b>233</b>
<b>MANDATO CONSTITUYENTE No. 2:</b> Indemnización por terminación laboral.....	<b>240</b>
<b>MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA, ACUACULTURA Y PESCA:</b> Facultad reguladora y controladora del sector acuícola y pesquero.....	<b>245</b>
<b>O</b>	<b>252</b>
<b>OBLIGACIONES TRIBUTARIAS:</b> Condonación de intereses, multas y recargos.....	<b>252</b>
<b>P</b>	<b>257</b>
<b>POTESTAD SANCIONADORA EN SEDE ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIÓN PARA ADJUDICAR TIERRAS BALDÍAS Y RESOLVER SU REVERSIÓN.....</b>	<b>257</b>
<b>PREVALENCIA DE LA LEY:</b> Subrogaciones, cálculo para aportaciones IESS.....	<b>264</b>
<b>R</b>	<b>271</b>
<b>RÉGIMEN ESPECIAL:</b> Contrato de adquisiciones de repuestos y accesorios para los vehículos.....	<b>271</b>
<b>S</b>	<b>275</b>
<b>SERVICIO DE CONTRATACIÓN DE OBRAS:</b> Ejecución de garantía de fiel cumplimiento de un contratista.....	<b>275</b>
<b>SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE PODER DE MERCADO:</b> Expedición de normativa.....	<b>280</b>



<b>T</b>	<b>292</b>
<b>TASAS:</b>	
Exención a entidades públicas, para la importación directa de equipos radiológicos y equipos productores de emisiones radiológicas.....	<b>292</b>
<b>TITULARIZACIÓN DE PREDIOS:</b>	
Regulación de asentamiento humano.....	<b>296</b>
<b>TRANSNAVE:</b>	
Transporte de todo tipo de carga incluyendo hidrocarburos.....	<b>303</b>
<b>U</b>	<b>309</b>
<b>UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL:</b>	
Beneficio del impuesto del dos por mil, para el sistema hospitalario docente.....	<b>309</b>
<b>V</b>	<b>314</b>
<b>VACACIONES NO GOZADAS:</b>	
Concejales que fueron reelectos.....	<b>314</b>



## A

### ACTOS ADMINISTRATIVOS: DECLARATORIA DE LESIVIDAD PARA EL INTERÉS PÚBLICO

**OF. PGE. N°:** 01671 de 26-06-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL CANTÓN RIOBAMBA

#### CONSULTA:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 373 del COOTAD, previa a su extinción se deben declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que contengan vicios convalidables, ¿En el caso de que el acto administrativo contenga vicios que impiden su convalidación, se debe o no declarar lesivo previo a su impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, a fin de extinguirlo?”.

#### BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 76 núm. 7 lit. l), 82 y 253.  
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 9, 56, 57, 59, 60, 364, 367, 368, 369, 370, 371, 372 y 373.  
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e), 5 lit. g) y 13.  
Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 97.  
Res. N° 17, R.O. N° 102 de 11-06-2007, Arts. 4 y 7.  
Res. N° 121, R.O. N° 264 de 25-08-2010, Art. 1.

#### PRONUNCIAMIENTO:

En cumplimiento con 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. 00461 de 16 de marzo de 2015, este Organismo solicitó a la Entidad que usted representa, reformular los términos de su consulta con relación a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte de la Procuradora Síndica de la Entidad Edilicia a su cargo.

Con oficio No. 00687 de 1 abril de 2015, este Organismo insistió al Gobierno Autónomo a su cargo en la solicitud de reformulación de consulta realizada mediante oficio No. 00461 de 16 de marzo de 2015, sin que se haya atendido tal petición dentro del plazo dispuesto en el artículo 5 letra g) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En consecuencia, mediante oficio No. 00967 de 27 de abril de 2015 y con fundamento 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 se abstuvo de emitir el pronunciamiento solicitado y dispuso el archivo de la consulta.

Posteriormente a través del oficio No. 555-ALC-2015 de 3 de junio de 2015, reformula la consulta inicialmente presentada mediante el oficio No. 0183-ALC-2015 de 10 de marzo de 2015 y remite el correspondiente informe jurídico de la Procuradora Síndica Municipal, constante en el memorando No. GADMR-AJ-2015-2057-M de 3 de junio de 2015, con lo cual se ha atendido la solicitud de la Procuraduría General del Estado, constante en los oficios Nos. 00461 y 00687de

16 de marzo y 1 de abril de 2015, respectivamente, siendo procedente atender su consulta, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7 de la Resolución No. 17, incorporado por el artículo 2 de la Resolución No. 121 de 28 de julio de 2010.

En el oficio que atiendo, como parte de los antecedentes de su consulta, señala lo siguiente:

“1.1. El Concejo Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Riobamba en uso de las atribuciones otorgadas a través del artículo 7 de la Ordenanza No. 002-1999, publicada en el Registro Oficial No. 171 del viernes 16 de abril de 1999, para el Control y Aprobación de Planos, expidió las Resoluciones Nos. 2012-246-SEC y 2012-302-SEC, de 21 de agosto y 10 de octubre de 2012, respectivamente mediante las cuales se aprueba el Anteproyecto y Proyecto Definitivo de construcción de la Estación de Servicios denominada ‘PLATINIUM’;

‘1.2. Al momento de la aprobación del Anteproyecto y Proyecto Definitivo, por parte del Concejo Municipal se han inobservado varias Ordenanzas, por lo que los actos administrativos mediante los cuales se aprobaron, contienen vicios que impiden la convalidación de dichos actos, y, en consecuencia de conformidad a lo prescrito en el artículo 371 del COOTAD, estas resoluciones son nulas de pleno derecho y corresponde extinguirlos en cumplimiento al inciso primero del artículo 370 del Código ibídem.’ ”.

En el informe jurídico de la Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Municipal, que usted representa, contenido en el memorando No. GADMR-AJ-2015-2057-M de 3 de junio de 2015, se citan como argumentos jurídicos los artículos 82 de la Constitución de la República, 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, 370, 371 y 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, expresa el siguiente criterio jurídico:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, es imperativo para los gobiernos autónomos descentralizados extinguir cualquier acto administrativo que contenga vicios que no pueden ser convalidados o subsanados, lo cual ha ocurrido en la aprobación del Anteproyecto y Proyecto Definitivo de la Estación de Servicio denominada ‘PLATINIUM’, por cuanto al expedirse los dos actos administrativos se han inobservado varias Ordenanzas.

En base a la aprobación dada por el Concejo Municipal en funciones a esa fecha, se ha implantado la Estación de Servicio ‘PLATINIUM’, la cual se encuentra funcionando hasta la presente fecha, es decir, se ha generado derechos para el administrado y consecuentemente la administración no puede por sí misma declarar nulos estos actos administrativos (Aprobación del Anteproyecto y Proyecto Definitivo) y proceder a su extinción.

En el presente caso, al evidenciarse que los actos administrativos contienen vicios que impiden la convalidación (artículo 371 letra f) del COOTAD), surge la inquietud respecto de la declaratoria previa de lesividad, para luego proceder a la impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Realizado un análisis comparativo respecto del tema entre el ERJAFE y el COOTAD, el inciso primero del artículo 97 del ERJAFE dispone: ‘Lesividad.- La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente’, mientras que el inciso primero del artículo 373 del COOTAD, determina: ‘Lesividad.- Las máximas autoridades de los gobiernos autónomos

descentralizados podrán de oficio o a petición de parte declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para el administrado que sean legítimos o que contengan vicios convalidables, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, previa su extinción', es decir, existe entre ambas normas una diferencia sustancial, por cuanto el ERJAFE habla de actos declarativos de derechos y no anulables, en tanto que el COOTAD habla de actos administrativos que generen derechos para el administrado que sean legítimos o que contengan vicios convalidables, lo cual nos lleva a considerar que en base al principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución de la República, resulta incomprensible que las normas que rigen en este tema, para los gobiernos autónomos descentralizados sometidos al COOTAD no sean similares o coincidentes con las normas para las demás Instituciones públicas regidas por el ERJAFE.

Adicionalmente, si consideramos que los actos que contienen vicios convalidables, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 372 del COOTAD, son anulables y por tanto podrán ser convalidados, resulta innecesaria la declaratoria de lesividad conforme lo determina el artículo 373 del Código ibídem, siendo más acertada la disposición del ERJAFE que dispone la declaratoria de lesividad de los actos declarativos de derechos y no anulables, así de lo expuesto a mi criterio, a fin de extinguir los actos administrativos antes citados, por cuanto han generado derechos subjetivos para el administrado y contienen vicios no anulables (vicios que impiden su convalidación) es imperativo previamente declararlos lesivos para el interés público pese a que la norma aplicable al caso (Art. 373 del COOTAD) no lo ordene expresamente”.

Adicionalmente, en el informe jurídico inicial, contenido en memorando No. GADMR-AJ-2015-0971-M de 10 de marzo de 2015, la Procuradora Síndica manifestó:

“En este orden de ideas el COOTAD en su artículo 373 determina que la competencia para declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para el administrado, es de las máximas autoridades de los GAD'S, sin que en ninguno de los artículos que componen esta normativa se le dé al Concejo Municipal la categoría de máxima autoridad institucional sino la de órgano de legislación y fiscalización, lo que si dispone el artículo 59 es que el Alcalde es la primera autoridad ejecutiva de los GAD'S.

Sobre la base de estas disposiciones y existiendo norma expresa del COOTAD, respecto a la competencia para declarar la lesividad, correspondería al Alcalde declararla de encontrar fundamentos suficientes, pese haber (sic) sido el concejo Municipal en funciones del año 2012, el organismo que emitió las Resoluciones de Aprobación del Anteproyecto y Proyecto Definitivo de construcción de la Estación de Servicio Platinum”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No.00462 de 16 de marzo de 2015 e insistencia constante en el oficio No. 00688 de 1 de abril de 2015, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, requerimiento que fue atendido en oficio No. 239-DE-DNAJ-2015 de 7 de abril de 2015, suscrito por el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, ingresado el 9 de abril del mismo año.

En el oficio No. 239-DE-DNAJ-2015, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas cita los artículos 253 de la Constitución de la República, 56, 57, 59, 60 y 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y concluye:

“Por lo expuesto, tomando en consideración las Normas Legales citadas, le corresponde al Alcalde como máxima autoridad del Gobierno Autónomo Descentralizado, declarar la lesividad

de los actos administrativos, si considera que estos actos lesiona (sic) derechos y libertades consagrados en la Constitución, los mismos que pueden ser expuestos de oficio o a petición de parte, conforme a lo dispuesto en la normativa vigente aplicable”.

El artículo 82 de la Constitución de la República, establece que:

“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”.

El artículo 364 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, que integra su Capítulo VII titulado “Actividad Jurídica de las Administraciones de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y de los Procedimientos Administrativos”, confiere a los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados, atribución para dictar o ejecutar actos administrativos. Los dos primeros incisos de dicha norma tienen el siguiente tenor:

“Art. 364.- Potestad ejecutiva.- Los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados podrán dictar o ejecutar, para el cumplimiento de sus fines, actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos.

Se entenderá por acto administrativo toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa. (...)”.

De acuerdo con el artículo 9 del mismo Código, “La facultad ejecutiva comprende el ejercicio de potestades públicas privativas de naturaleza administrativa bajo responsabilidad de gobernadores o gobernadoras regionales, prefectos o prefectas, alcaldes o alcaldesas cantonales o metropolitanos y presidentes o presidentas de juntas parroquiales rurales”.

Por su parte, el inciso primero del artículo 366 del citado Código, dispone que los actos administrativos de los órganos de administración de los gobiernos autónomos descentralizados goza de la presunción de legitimidad, sobre la cual Dromi comenta:

“Es la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente.

(...) La presunción de legitimidad es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción.

(...) La presunción de legitimidad se caracteriza por ser relativa, provisoria y transitoria, calificada clásicamente como presunción ‘iuris tantum’, pues el interesado puede demostrar que el acto viola el ordenamiento jurídico”.

Respecto de los vicios de los actos administrativos, los tratadistas españoles Eduardo García Enterría y Tomas Ramón Fernández ilustran:

“2. La autotutela de la Administración y su incidencia en la teoría de las nulidades

La primera diferencia a resaltar dentro del campo propio del Derecho Administrativo es la del respectivo ámbito reservado a las dos categorías básicas de la invalidez: nulidad absoluta y anulabilidad (...).

En el Derecho Administrativo, por el contrario, las exigencias del actuar de la Administración, orientado, por principio a la consecución de un resultado conforme al interés público, impone como sabemos, la regla opuesta, esto es, la presunción de validez de las actuaciones administrativas, a partir de la cual el legislador, mediante un proceso depurador semejante, pero de signo contrario, acota una serie de supuestos de gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura del interés público y a los que, en consecuencia, aplica la sanción máxima de nulidad absoluta que de este modo, queda convertida en algo excepcional. (...)

### “3. Grados de invalidez de los actos administrativos

Desde el punto de vista de su validez, los actos administrativos se agrupan en dos grandes categorías: actos nulos de pleno derecho (...) y actos anulables (...).

A su vez, hay infracciones simples carentes de trascendencia invalidatoria, tales como el defecto de forma que no priva al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, ni provoca indefensión del interesado (...) y la actuación fuera del tiempo establecido, salvo que el término fijado sea esencial (...).

En consecuencia, a la hora de hablar de los grados de invalidez de los actos administrativos habrá que tener presente la siguiente escala:

- Nulidad de Pleno derecho
- Anulabilidad
- Irregularidades no invalidantes”.

Tal como señala el tratadista Miguel Marienhoff:

“La irregularidad que afecte a un acto administrativo tiene diversas consecuencias o efectos, que dependen de la naturaleza o índole de dicha irregularidad, es decir dependen de que se trate de un acto nulo, nulidad absoluta o un acto anulable, nulidad relativa (...). El acto nulo y con mayor razón el acto ‘anulable’, tiene vigencia y obligatoriedad hasta tanto su nulidad sea objeto de declaración formal por autoridad competente. Mientras ello no ocurra el acto tiene y produce efectos jurídicos”.

Sobre esta materia, el artículo 367 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone:

“Art. 367.- De la extinción o reforma.- Los actos administrativos se extinguen o reforman en sede administrativa de oficio o a petición del administrado. En general se extinguirán los actos administrativos por el cumplimiento de alguna modalidad accidental a ellos, tales como plazo o condición.

Los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad”.

Sobre la extinción de los actos administrativos mediante revocatoria, Roberto Dromi analiza:

“La revocación es la declaración unilateral de un órgano en ejercicio de la función administrativa por la que se extingue, sustituye o modifica un acto administrativo por razones de oportunidad o de legitimidad (...) Puede ser total o parcial, con o sin sustitución del acto extinguido.

Se realiza a través de un acto administrativo autónomo e independiente. Es una nueva declaración de un órgano en función administrativa, generadora de efectos jurídicos directos e inmediatos. Es facultativa cuando se funda en razones de oportunidad; es obligatoria cuando se funda en razones de ilegitimidad”.

Respecto de la extinción de los actos administrativos por razones de oportunidad y de legitimidad, los artículos 368, 369 y 370 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización prescriben en su orden:

“Art. 368.- Extinción o reforma de oficio por razones de oportunidad.- La extinción o reforma de oficio de un acto administrativo por razones de oportunidad tendrá lugar cuando existen razones de orden público que justifiquen declarar extinguido dicho acto administrativo. El acto administrativo que declara extinguido otro acto administrativo, por razones de oportunidad, no tendrá efectos retroactivos.

La extinción la podrá realizar la misma autoridad que expidiera el acto o quien la sustituya en el cargo, así como cualquier autoridad jerárquicamente superior a ella”.

“Art. 369.- Daños causados.- La autoridad que decida extinguir o reformar un acto administrativo por razones de oportunidad, que afecte total o parcialmente un derecho subjetivo, deberá previamente pagar la debida indemnización por el daño que se cause al administrado. Para el efecto, se instaurará, de oficio o a petición de parte, un expediente administrativo que será sustanciado de manera sumaria.

Los administrados podrán impugnar judicialmente la resolución que adopte la administración de los gobiernos autónomos descentralizados correspondiente con respecto al pago de la mencionada indemnización. Dicha impugnación no impedirá la extinción del acto administrativo resuelto por el funcionario público correspondiente.

Esta indemnización no tendrá lugar cuando lo que se ve afectado por el mencionado acto es un derecho otorgado expresa y válidamente a título precario o derechos reflejos o intereses legítimos”.

“Art. 370.- Extinción de oficio por razones de legitimidad.- Cualquier acto administrativo expedido por los gobiernos autónomos descentralizados deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.

El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos”.

De la normativa del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización hasta aquí citada, se desprende que los actos administrativos se extinguen o reforman en sede administrativa, de oficio o a petición del administrado, por razones de legitimidad o de oportunidad.

De acuerdo con el artículo 368 de ese Código, la extinción por razones de oportunidad, se produce de oficio, cuando existen razones de orden público que la justifiquen; la extinción



corresponde declarar a la misma autoridad que expidió el acto, o a su superior jerárquico; y, no tiene efectos retroactivos. Según el artículo 369 *Ibidem*, la extinción por razones de oportunidad, genera la obligación de indemnizar al administrado, por la afectación total o parcial a los derechos subjetivos que creó el acto que se extingue.

Mientras que, según el artículo 370 del mismo Código, la extinción por razones de legitimidad procede de oficio, cuando se encuentre que el acto administrativo contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados. La extinción del acto administrativo, en este caso, tiene efectos retroactivos; y, las normas no prevén el pago de indemnización.

De conformidad con el artículo 371 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, son vicios insubsanables, los siguientes:

“Art. 371.- Vicios que impiden la convalidación del acto.- No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho los siguientes actos administrativos:

- a) Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en la Constitución de la República;
- b) Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio;
- c) Los que tengan un contenido materialmente imposible;
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta;
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición;
- g) Aquellos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; y,
- h) Los actos que tengan por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados”.

Del tenor de la norma anterior, se desprende que en los casos que taxativamente determina la misma disposición, los actos administrativos se consideran nulos de pleno derecho y en consecuencia no son susceptibles de convalidación; y, lo que procede en tal caso, de conformidad con el artículo 370 del COOTAD, anteriormente citado, es la extinción del acto por parte de la propia administración, es decir su extinción por razones de legitimidad.

Conforme señalé en líneas anteriores, las causas de nulidad de pleno derecho, dispuestas en el artículo 371 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no admiten una interpretación extensiva.

Mientras que, el inciso primero del artículo 372 del mismo Código, al referirse a los actos anulables prevé que:

“Art. 372.- Todos los demás actos no enumerados en el Art. anterior, que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico, distintas de las que se señalan en el mismo, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean encontrados. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio”.

De conformidad con el artículo 372 del COOTAD, se evidencia que los actos administrativos, que incurren en infracciones al ordenamiento jurídico, distintas a las determinadas en el artículo 371, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad.

En el evento de que por razones de oportunidad, la administración decida dejar sin efecto los actos administrativos anulables al tener vicios que pueden ser convalidados, e incluso actos legítimamente originados, sustentada en el interés público, procede entonces la declaratoria de lesividad. Dicha acción para el caso de los gobiernos autónomos descentralizados, es regulada por el artículo 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en los siguientes términos:

“Art. 373.- Lesividad.- Las máximas autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados podrán de oficio o a petición de parte declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para el administrado que sean legítimos o que contengan vicios convalidables, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, previa su extinción.

La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos tres años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo.

Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria.

Iniciado el procedimiento administrativo de lesividad, la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado respectivo podrá suspender la ejecución del acto materia de dicho procedimiento, cuando éste pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o le cause daños a terceros”.

Al contrastar las previsiones de los artículos 370 y 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se evidencia que en el primer caso, la Ley dispone la extinción de los actos de los gobiernos autónomos descentralizados, por razones de legitimidad, cuando se encuentre que dichos actos contienen vicios que no pueden ser convalidados o subsanados, que son los previstos en el artículo 371 *ibidem*.

Mientras que, el segundo caso que se regula en el artículo 373 de ese Código, se refiere a la facultad que se confiere a los gobiernos autónomos descentralizados para que de oficio o a petición de parte declaren lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para el administrado que sean legítimos o que contengan vicios convalidables y proceda la correspondiente acción contenciosa.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, comentan sobre el recurso de lesividad en el siguiente sentido:

“La Ley niega así a la Administración que quiere apartarse de un acto suyo la puesta en juego a estos efectos de sus facultades de autotutela y la obliga a adoptar el papel para ella excepcional, de postulante de la tutela judicial interponiendo ante el Tribunal contencioso - administrativo

competente el llamado recurso de lesividad, previa la correspondiente declaración formal de que el acto administrativo es lesivo para el interés público”.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional), se refiere también a los grados de nulidad de los actos administrativos, a la procedencia de la extinción por la propia administración en los casos de nulidad de pleno derecho y en los demás casos vía judicial a través de la acción de lesividad, según consta de la parte pertinente del fallo que a continuación transcribo:

“(…) No es posible declarar extinguido, en sede administrativa un acto administrativo regular del que se desprenden derechos para el administrado, sino en virtud de la declaración judicial de la lesividad del acto, con sujeción al numeral 26, del artículo 23, de la Constitución Política y al artículo 23, literal d, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.- En efecto, por el principio de seguridad jurídica, los actos administrativos de los que se desprenden derechos para los administrados, como cualquier otro acto administrativo, expreso o presunto, se presumen legítimos y ejecutivos, salvo declaración judicial. Esta declaración judicial se la consigue a través del ejercicio de la acción de lesividad prevista en la letra d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando el acto administrativo no es de aquellos irregulares (vicios que generan la nulidad de pleno derecho) que permiten, por excepción, el ejercicio pleno de la autotutela administrativa (...)”.

El derecho a la seguridad jurídica, al que se refiere el fallo transcrito, establecido por el numeral 26 del artículo 23 de la Constitución de 1998, consta actualmente en el artículo 82 de la vigente Carta Constitucional, transcrito en los antecedentes.

Sobre la autoridad competente para extinguir en sede administrativa un acto, Dromi explica:

“2.2. Reglas de Competencia. Para la extinción de los actos administrativos se aplican las siguientes reglas de competencia (se sigue al art. 79 de la LPA de Neuquén):

- Puede ser dispuesto por la misma autoridad que dictó el acto, siempre que conserve su competencia o por la autoridad superior competente”.

El artículo 368 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé únicamente para el caso de extinción por razones de oportunidad que, la extinción la podrá realizar la misma autoridad que expidió el acto que se extingue, quien la sustituya en el cargo, así como cualquier autoridad jerárquicamente superior a ella; mientras que, no contiene una disposición respecto de la autoridad a la que le compete extinguir en sede administrativa un acto por razones de legitimidad.

No obstante, atendiendo a la esencia y fines del acto de extinción y al principio general de que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, cabe aplicar la misma lógica para la extinción de un acto administrativo en sede administrativa por razones de legitimidad, siendo competente la misma autoridad que expidió el acto que se extingue, quien la sustituya en el cargo, así como cualquier autoridad jerárquicamente superior a ella.

Adicionalmente a lo expuesto, cabe advertir que cualquier resolución que adopte la administración pública, debe ser debidamente motivada; y, en tal sentido, la letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone:

“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

En concordancia con la norma constitucional, el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de los Servicios Públicos por la Iniciativa Privada, con relación a los actos del poder público dispone:

“Art. 31.- MOTIVACION.- Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios”.

Del análisis jurídico precedente se concluye que, de conformidad con los artículos 368 y 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde a la misma autoridad que expidió el acto, o a su superior jerárquico, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos regulares que generen derechos para el administrado, esto es aquellos actos administrativos que sean válidos (sin vicios) o que contengan vicios convalidables, cuya ulterior impugnación procede ante la justicia contenciosa administrativa mediante la acción de lesividad.

Mientras que, según los artículos 370 y 371 del mismo Código Orgánico, cuando el acto administrativo contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados, es un acto nulo de pleno derecho, irregular, cuya extinción de oficio por razones de legitimidad, corresponde a la misma autoridad que expidió el acto que se extingue, quien la sustituya o su superior jerárquico, sin que en tal caso preceda la declaratoria de lesividad. Lo dicho sin perjuicio del derecho que le asiste al administrado de impugnar en vía judicial los actos y resoluciones de la Administración Pública.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva del Gobierno Autónomo Descentralizado consultante, la calificación de los vicios de los actos administrativos específicos, así como las acciones administrativas o judiciales que llegare a implementar.

## **ACTOS ADMINISTRATIVOS: PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD**

**OF. PGE. N°:** 02507 de 02-09-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RIOBAMBA

### **CONSULTAS:**

“1. ¿La extinción de oficio por razones de legitimidad, de los actos administrativos que contengan vicios que no pueden ser convalidados o subsanados, de conformidad con el artículo 370 del COOTAD, conlleva o no la obligación de indemnización por los daños que se causaren al administrado a favor del cual dichos actos han creado derechos subjetivos?”.

“2. En observancia del principio constitucional de seguridad jurídica, previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República, y con fundamento a la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de la que gozan los actos administrativos de acuerdo al artículo 366 del COOTAD, ¿En qué tiempo caduca la facultad de la administración de extinguir un acto administrativo por razones de legitimidad?”.

#### **BASES LEGALES:**

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

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), Arts. 366, 367, 368, 369, 370, 371, 373 y 377.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 23.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 93.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Me refiero a su oficio No. 0734-ALC-2015 de 6 de julio de 2015, ingresado el 10 de julio del presente año, por el que solicita a la Procuraduría General del Estado, la ampliación del pronunciamiento contenido en oficio No. 01671 de 26 de junio de 2015, que trató sobre la aplicación de los artículos 368, 370, 371 y 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que regulan la extinción de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su requerimiento, mediante oficio No. 01930 de 13 de julio de 2015, este Organismo solicitó el criterio institucional del licenciado Daniel AVECILLA, Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME). Con oficio No. 02185 de 29 de julio de 2015, se insistió en dicho pedido, que ha sido atendido con oficio No. 903-DE-AME-2015 de 18 de agosto de 2015, recibido el 20 de agosto del presente año.

El pronunciamiento contenido en oficio No. 01671 de 26 de junio de 2015, cuya ampliación se solicita, atendió la consulta formulada por la Municipalidad de Riobamba en oficio No. 555-ALC-2015 de 3 de junio de 2015, que fue planteada en los siguientes términos:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 373 del COOTAD, previa a su extinción se deben declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que contengan vicios convalidables, ¿En el caso de que el acto administrativo contenga vicios que impiden su convalidación, se debe o no declarar lesivo previo a su impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, a fin de extinguirlo?”.

En el oficio No.555-alc-2015 de 3 de junio de 2015, la Municipalidad de Riobamba refirió como antecedentes que los actos administrativos de aprobación de un anteproyecto y proyecto definitivo “contienen vicios que impiden la convalidación de dichos actos”.

En el pronunciamiento cuya ampliación se solicita, sobre la base de la doctrina que en él se citó y el análisis de las normas contenidas en los artículos 366, 370 y 371 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se examinaron los vicios de los actos administrativos, convalidables e inconvalidables, y los casos en que procede la extinción de los actos administrativos por razones de legitimidad y por razones de oportunidad. En el pronunciamiento se manifestó lo siguiente:

“De acuerdo con el artículo 368 de ese Código, la extinción por razones de oportunidad, se produce de oficio, cuando existen razones de orden público que la justifiquen; la extinción corresponde declarar a la misma autoridad que expidió el acto, o a su superior jerárquico; y, no tiene efectos retroactivos. Según el artículo 369 *Ibidem*, la extinción por razones de oportunidad, genera la obligación de indemnizar al administrado, por la afectación total o parcial a los derechos subjetivos que creó el acto que se extingue.

Mientras que, según el artículo 370 del mismo Código, la extinción por razones de legitimidad procede de oficio, cuando se encuentre que el acto administrativo contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados. La extinción del acto administrativo, en este caso, tiene efectos retroactivos; y, las normas no prevén el pago de indemnización. (...).

Del análisis jurídico precedente se concluye que, de conformidad con los artículos 368 y 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde a la misma autoridad que expidió el acto, o a su superior jerárquico, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos regulares que generen derechos para el administrado, esto es aquellos actos administrativos que sean válidos (sin vicios) o que contengan vicios convalidables, cuya ulterior impugnación procede ante la justicia contenciosa administrativa mediante la acción de lesividad.

Mientras que, según los artículos 370 y 371 del mismo Código Orgánico, cuando el acto administrativo contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados, es un acto nulo de pleno derecho, irregular, cuya extinción de oficio por razones de legitimidad, corresponde a la misma autoridad que expidió el acto que se extingue, quien la sustituya o su superior jerárquico, sin que en tal caso preceda la declaratoria de lesividad. Lo dicho sin perjuicio del derecho que le asiste al administrado de impugnar en vía judicial los actos y resoluciones de la Administración Pública.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva del Gobierno Autónomo Descentralizado consultante, la calificación de los vicios de los actos administrativos específicos, así como las acciones administrativas o judiciales que llegare a implementar”.

En el oficio, No. 0734-ALC-2015 de 6 de julio de 2015, la Municipalidad solicita la ampliación del pronunciamiento de la referencia, para lo cual plantea dos nuevas preguntas, que atiendo en el mismo orden en que han sido formuladas.

#### PRIMERA CONSULTA

Según se desprende de la pregunta transcrita, ésta tiene por finalidad determinar, si la extinción de un acto administrativo por razones de legitimidad da lugar a indemnización en beneficio del administrado, pese a la inexistencia de norma que la ordene.

El informe jurídico de la Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal a su cargo, constante en memorando No. GADMR-AJ-2015-2549-m de 6 de julio de 2015, que ha sido remitido como anexo del oficio que atiendo, cita los artículos 11 numeral 9 y 82 de la Constitución de la República, que establecen el deber del Estado de respetar los derechos y entre ellos la seguridad jurídica; y, los artículos 366, 367, 369, 370 y 377 de Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que establecen la presunción de

legitimidad de los actos administrativos, las formas y causas para su extinción; y, sobre dicha base, concluye:

“(...) en estricto respeto a los derechos que el ordenamiento constitucional y jurídico le garantiza a los administrados, aún no existiendo norma expresa, se entendería que la extinción de un acto administrativo por razones de legitimidad conlleva implícita la obligación de indemnizar, salvo el caso de excepción previsto en la parte final del artículo 377 del COOTAD.

(...) La expresión de la facultad de autotutela de la administración, es la capacidad de ésta de extinguir o reformar, de oficio o a petición de parte sus propios actos administrativos, de conformidad con lo establecido en el artículo 367 del COOTAD; sobreentendiéndose que esta facultad no puede ser permanente, que necesariamente debe tener un límite de tiempo, tal es el caso de la lesividad o la revisión que expresamente se encuentran normados, existiendo el vacío (sic) en el caso de la extinción por razones de legitimidad, que conforme al artículo 370 del mismo COOTAD no tiene normado este aspecto, es decir, se deja abierta la posibilidad de que los actos administrativos sean extinguidos en cualquier tiempo, atentando contra el principio de seguridad jurídica y la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

En conclusión, de lo expuesto considero que en armonía a las otras normas del COOTAD, que limitan el accionar de la administración, los actos administrativos no pueden en cualquier tiempo ser extinguidos por razones de legitimidad”.

El criterio del Director Ejecutivo de la Asociación Ecuatoriana de Municipalidades, remitido en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes cita entre otras normas los artículos 366, 367, 369, 370, 373 y 377 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que se refieren a la extinción de los actos administrativos por razones de legitimidad y de oportunidad, y concluye en forma general que:

“Por lo expuesto la ejecución de extinguir (sic) actos administrativos conllevan obligaciones causadas (sic) al administrado por haber creado derechos subjetivos.

(...) el COOTAD no ha previsto tiempo para extinguir los actos administrados (sic) por legitimidad, debido a que se pueden lesionar derechos subjetivos de aquellos consagrados en la Constitución de la República. El COOTAD por el contrario si ha previsto el tiempo para ejercer la lesividad”.

Según se desprende de los criterios institucionales previamente citados, éstos parten como premisa, de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, establecida por el artículo 366 del COOTAD, para afirmar en forma general que su extinción genera obligación de indemnizar al administrado por la afectación a sus derechos, sin distinguir la naturaleza de los vicios que pueden existir en dichos actos, que determina si están o no amparados por dicha presunción.

Sin embargo, según los antecedentes transcritos en el pronunciamiento de este Organismo y reproducidos al inicio del presente, la consulta inicial de la municipalidad se refirió a actos que “(...) contienen vicios que impiden la convalidación de dichos actos”. Es decir que, la Municipalidad consultante al hacer la pregunta se refirió a la naturaleza invalorable del vicio del acto administrativo. Sobre esta materia, el pronunciamiento contenido en oficio No. 01671, examinó que:

“(...) según el artículo 370 del mismo Código, la extinción por razones de legitimidad procede de oficio, cuando se encuentre que el acto administrativo contiene vicios que no pueden ser

convalidados o subsanados. La extinción del acto administrativo, en este caso, tiene efectos retroactivos; y, las normas no prevén el pago de indemnización. (...).

El artículo 370 del citado Código, regula la extinción de los actos nulos de pleno derecho, por los vicios taxativamente enumerados en el artículo 371 *Ibídem*. Según se analizó en el pronunciamiento, dichas normas no prevén que la extinción del acto de lugar al pago de indemnización, por el carácter irregular del mismo.

A lo dicho en el pronunciamiento cuya ampliación se solicita, resulta pertinente agregar que, los actos administrativos con vicios inconvalidables por ser nulos de pleno derecho, carecen de presunción de legitimidad y por tanto no pueden generar válidamente derechos subjetivos, lo que determina que su revocación no dé lugar a indemnización. Al respecto, Marienhoff manifiesta:

“Ante una nulidad ‘manifiesta’ la presunción de validez del acto administrativo cede o cae. Lo contrario sería insensato. No es posible seguir ‘presumiendo’ la perfección de un acto cuya invalidez absoluta surja a la vista”.

En similar sentido, Dromi explica:

“1.4. Ausencia de presunción de legitimidad. Las razones jurídicas por las que los actos inexistentes y absolutamente nulos no se presumen legítimos, son las siguientes:

(...) d) *Principio lógico de no contradicción*. Excluir el principio de presunción de legitimidad de los actos absolutamente nulos, responde al principio lógico de no contradicción; lo contrario significaría presumir legítimo lo manifiestamente ilegítimo. La nulidad absoluta excluye la legitimidad por lógica inmanente al ordenamiento jurídico. Es insalvablemente contradictorio afirmar que un acto deba o no presumirse legítimo, si la persona que se enfrenta con él advierte inmediatamente que no es legítimo. La presunción de legitimidad nunca puede amparar al acto administrativo gravemente viciado, por la inexcusable razón de que es imposible presumir que cierto acto es lo que manifiestamente no es.

(...) g) *Efectos*. Las consecuencias de admitir la presunción de legitimidad en forma amplia e ilimitada, son graves. Ello significa proteger la arbitrariedad administrativa, facilitar el exceso de poder y dificultar la efectiva vigencia de los derechos individuales.

(...) – *Inestabilidad del acto nulo e inexistente*. El acto nulo absoluto o inexistente es un acto irregular; no goza de presunción de legitimidad; no tiene estabilidad.

- *Suspensión y revocación imperativa del acto con nulidad absoluta*. (...) Creemos que el deber imperativo de suspensión y revocación se impone en todos los casos de nulidad absoluta (...) La Procuración del Tesoro de la Nación ha indicado que: ‘La revocación en sede administrativa de los actos nulos de nulidad absoluta tiene suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones la juridicidad comprometida por este tipo de actos, que, por esa razón, carece de la estabilidad propia de los actos regulares y no pueden válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad’.

(...) 5.2. *Requisitos*. Son recaudos esenciales que atañen a la existencia del acto administrativo estable que: 1) declare derechos subjetivos; 2) sea notificado; 3) sea regular, y 4) no haya ley que autorice la revocación.



(...) c) Que sea regular. (...) Son actos regulares los válidos –por sí mismos- y los anulables (relativamente nulos) que padecen de un vicio leve, no así los absolutamente nulos (o inexistentes) que padecen de vicios graves o muy graves. Estos últimos no pueden ser amparados por el carácter jurídico de la estabilidad, porque no se los presume legítimos; son irregulares, y por imperativo legal la Administración debe revocarlos (...).

(...) En principio, la revocación de actos inestables no es indemnizable”.

De la doctrina citada y los artículos 370 y 371 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se desprende que los actos administrativos nulos de pleno derecho, son irregulares y por tanto no gozan de la presunción de legitimidad y tampoco son estables, por lo que no pueden generar válidamente derechos, cuya extinción de lugar a indemnización.

El artículo 226 de la Constitución de la República, establece el principio de legalidad que rige en derecho público, previendo 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. 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”.

De lo expuesto se desprende que la premisa de la que parte el informe jurídico de la entidad consultante para solicitar la ampliación de mi pronunciamiento, consiste en considerar erróneamente que el acto nulo, es decir, aquel que adolece de vicios invalidadables de aquellos enumerados en el artículo 371 del COOTAD, goza de presunción de legitimidad, cuando es lo contrario, pues el acto nulo no se presume legítimo y debe ser extinguido por razones de legitimidad, según el artículo 370 del mismo Código.

Como se examinó en mi pronunciamiento, distinto es el caso reglado por los artículos 372 y 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que se refieren al acto que contiene vicios convalidables, esto es de aquellos que admiten ser subsanados. En ese caso, la extinción del acto administrativo no procede por razones de legitimidad (pues el acto goza de la presunción de legitimidad que establece el artículo 366 *Ibidem*), sino por razones de oportunidad y genera a la administración obligación de indemnizar al particular al que se le privan de los derechos que legítimamente han surgido del acto, según los artículos 368 y 369 del mismo Código, siendo en ese caso procedente la acción de lesividad a la que se refiere el artículo 373. Todas las normas aquí citadas, fueron transcritas y analizadas en el pronunciamiento de la referencia, lo que hace innecesario incluir nuevamente su texto, a cuyo tenor me remito.

En armonía con lo expuesto en mi pronunciamiento contenido en oficio No. 1671 de 26 de junio de 2015, respecto de su pedido de ampliación se concluye que, de acuerdo con los artículos 370 y 371 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que regulan el procedimiento y causas que determinan la extinción de oficio por razones de legitimidad, los actos administrativos que contengan vicios que no pueden ser convalidados o subsanados, son nulos de pleno derecho y no gozan de la presunción de legitimidad. Dichas normas no prevén que la extinción de un acto nulo por razones de legitimidad, genere la obligación de indemnizar al administrado, por lo que en aplicación del principio de legalidad establecido por el artículo 226 de la Constitución de la República, dicha indemnización no procede.

Mientras que, de acuerdo con el artículo 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, la extinción de un acto administrativo regular, esto es de un acto sin vicios o con vicios convalidables, procede por razones de oportunidad. En este caso la presunción de legitimidad que establece el artículo 366 *Ibíd*em, ampara los derechos que hubieren surgido del acto y hay lugar a indemnizar al particular afectado por el daño, según el artículo 369 del mismo Código. La administración debe declarar la lesividad del acto dentro del plazo de tres años contados desde que se lo expidió, según prevé el inciso segundo del citado artículo 373 del COOTAD y proponer la acción contenciosa de lesividad ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo en el plazo de tres meses a partir de dicha declaratoria, según el tercer inciso del mismo artículo.

Es pertinente insistir que, es exclusiva responsabilidad de las autoridades competentes, la calificación de la naturaleza del vicio del que adolece el acto administrativo concreto, así como las acciones administrativas o judiciales que corresponda implementar en cada caso en particular.

## SEGUNDA CONSULTA

Al atender su primera pregunta se transcribieron los criterios institucionales de la entidad consultante y de la Asociación Ecuatoriana de Municipalidades que, como ya se examinó, parten de la presunción de legitimidad como premisa para argumentar en forma general que, la extinción de un acto administrativo que genera derechos da lugar a indemnizar al administrado, sin atender a la existencia de vicios de distinta naturaleza que podrían existir en el acto. Dichos criterios aluden adicionalmente a la seguridad jurídica establecida por el artículo 82 de la Constitución de la República, así como al artículo 377 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que dispone:

“Art. 377.- Actos propios.- Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por las autoridades 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”.

La norma transcrita se refiere a errores u omisiones imputables a la administración y dispone que éstos no pueden perjudicar a los administrados, salvo que tales errores u omisiones hayan sido provocados por el particular.

El examen de la norma citada se debe efectuar, en armonía con los antecedentes de la consulta y las normas que regulan los vicios de los actos administrativos, cuyo análisis se efectuó en mi pronunciamiento contenido en oficio No. 01671 de 26 de junio de 2015, cuya ampliación atiendo.

Así, de acuerdo con el análisis efectuado tanto en el pronunciamiento cuya ampliación se solicita, como al atender la primera pregunta del pedido de ampliación, la presunción de legitimidad ampara a los actos administrativos regulares, esto es a aquellos que no contienen vicios o que adolecen de vicios convalidables; y, no se extiende a los actos nulos de pleno derecho, es decir a aquellos que contienen vicios insubsanables.

Respecto del acto regular (sin vicios o con vicios subsanables) del que se desprendan derechos para el administrado, su extinción se debe efectuar dentro del plazo de tres años a partir de su

expedición, mediante el ejercicio de la acción de lesividad, de acuerdo con el artículo 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, cuyos dos primeros incisos disponen:

“Art. 373.- Lesividad.- Las máximas autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados podrán de oficio o a petición de parte declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para el administrado que sean legítimos o que contengan vicios convalidables, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, previa su extinción.

La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos tres años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo”.

Mientras que, para el caso de extinción por razones de legitimidad de actos nulos (con vicios insubsanables), el artículo 370 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, como anota el criterio jurídico de la Asociación de Municipalidades del Ecuador, no ha previsto plazo alguno, ni establece que la administración deba recurrir a la Función Judicial mediante la acción de lesividad.

Respecto de la declaración de nulidad de un acto administrativo, Dromi manifiesta que se puede efectuar “en cualquier momento” y explica:

“(…) en los actos nulos, en cambio, la carga de la impugnación se refiere únicamente al problema de la eficacia, en cuanto comportamiento que debe adoptar el particular afectado si quiere evitar los efectos inmediatos del acto, pero no tiene nada que ver con el problema de la invalidez del acto nulo, el cual lo sigue siendo por sí, dada la imposibilidad de convalidación por consentimiento o por cualquier otro medio. Dicho de otro modo, si no se recurre en plazo el acto nulo, éste producirá sus efectos propios, pero no se convertirá en un acto válido y la nulidad inicial podrá ser declarada en cualquier momento posterior”.

Sobre la competencia de la administración para extinguir por razones de legitimidad los actos administrativos nulos, en fallo de 31 de enero de 2007, publicado en la Gaceta Judicial No. 3, Serie 18, la entonces Corte Suprema de Justicia, manifestó:

“(…) El sentido de la revisión de este requisito material se justifica por la aplicación del régimen jurídico de la extinción de los actos administrativo (sic), en razón de su legitimidad: En efecto, sin perjuicio de la intervención de los Tribunales Distritales en la materia, la Administración, en ejercicio de su potestad de autotutela, es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo nulo de pleno derecho (actos irregulares), explícito o presunto, aun cuando de éste se pueda sostener que se han generado derechos para el administrado, pues, es evidente que los actos nulos de pleno derecho no se pueden consentir, porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo”.

En la misma línea, el fallo de casación publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 10 de 16 de enero de 2008, analiza:

“SEXTO: (...) Al tratarse de un acto nulo de pleno derecho, no se puede sostener que, según queda esbozado, se trata de un acto administrativo regular. Consecuencia de ello es que, de acuerdo con el jurídico expuesto, el acto administrativo irregular impugnado pudo haber sido extinguido, aun en la misma sede administrativa, por razones de legitimidad, con los efectos

previstos para los actos nulos de pleno derecho, en el último inciso del artículo 93 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.- De cuanto se ha manifestado, resultaría un exceso del Procurador General del Estado haber demandado la nulidad del referido acto administrativo, invocando para el efecto el régimen previsto en el literal d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Sin embargo, este exceso, no modifica en nada el rol de los tribunales frente a un acto administrativo nulo de pleno derecho y una demanda por esta razón.

SEPTIMO: La extinción de los actos administrativos que contienen vicios invaliables constituye un deber jurídico. En este sentido, el artículo 93 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece que "cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados" (El subrayado es de la Sala). A este respecto, el profesor García de Enterría (Curso de Derecho Administrativo, t. I, 7ma. ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 585 ss) explica: "[L]a esencia de la nulidad de pleno derecho consiste en su trascendencia general. La gravedad de los vicios trasciende del puro interés de la persona a la que afecta y repercute sobre el orden general (...) La nulidad de pleno derecho resulta entonces de orden público lo cual explica que pueda ser declarada de oficio por la propia Administración e incluso, por los Tribunales, aun en el supuesto de que nadie haya solicitado esa declaración. Este carácter de orden público de la nulidad de pleno derecho, explícitamente consagrado en la jurisprudencia (...) supone, además, que su pronunciamiento debe hacerse en todo caso en forma preferente, y aun excluyente, con respecto a cualquier otro, incluidos los relativos a la admisibilidad misma del recurso. Nada importa, por tanto, que el recurso jurisdiccional haya sido interpuesto fuera de plazo o por persona no legitimada, que el acto nulo objeto del mismo sea simple reproducción o confirmación de otro anterior no impugnado o que concurren cualesquier otras causas de inadmisibilidad. El Tribunal está facultado, y obligado, a declarar de oficio, por propia iniciativa, la nulidad del acto en todo caso, en interés del orden general, del orden público, del ordenamiento mismo que exige que se depuren en cualquier momento los vicios cuya gravedad determina la nulidad del acto al que afectan".

Según se analizó al atender su primera pregunta, de acuerdo con los artículos 370 y 371 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los actos administrativos nulos de pleno derecho, son irregulares y por tanto no gozan de la presunción de legitimidad, por lo que según esas normas, la doctrina y los fallos que se han citado, la administración puede declarar su extinción por razones de legitimidad en forma directa en cualquier momento, sin que sea aplicable el artículo 373 del mismo Código que reserva la acción de lesividad para la extinción de actos que sean legítimos o que contengan vicios convalidables, de los que se desprendan derechos para el administrado, y limita su ejercicio al plazo de tres años contados desde la notificación del respectivo acto.

Es responsabilidad de las autoridades de los respectivos gobiernos autónomos descentralizados, la calificación de la naturaleza del vicio del que adolece el acto administrativo concreto, la decisión de convalidarlo o extinguirlo, así como las acciones administrativas o judiciales que corresponda implementar en cada caso en particular. Lo dicho, sin perjuicio de las acciones judiciales que el administrado pueda intentar para impugnar los actos administrativos que considere le afecten.

## **ADQUISICIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES: EMPRESAS NACIONALES O EXTRANJERAS**

**OF. PGE. N°:** 03619 de 18-11-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA UNIDAD NACIONAL DE ALMACENAMIENTO, UNAEP

### **CONSULTA:**

“¿Las inversiones y otros emprendimientos como la adquisición de acciones y/o participaciones en empresas nacionales o extranjeras establecida en el Art. 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se encuentran restringida o limitada a empresas nacionales o extranjeras del sector no financiero de conformidad con el Art. 1 de la misma Ley Orgánica de Empresas Públicas?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 308, 315 y 316.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 1, 35 y 36.

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

Código Orgánico Monetario y Financiero, Arts. 1, 4, 9, 36, 143, 160, 162 núm. 2, 427 y 429.

Res. N°. 17, R.O. N° 102 de 11-06-2007, Art. 4.

D.E. N° 589, R.O. N° 173 de 19-09-2007.

D.E. N° 12, R.O. N° 16 de 17-06-2013, Art. 2.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

La consulta inicialmente formulada mediante oficio No. UNAEP-GG-2015-0297-O de 18 de agosto de 2015, fue atendida por la Procuraduría General del Estado, a través del oficio No. 02473 de 27 de agosto de 2015, en el cual se remitió el pronunciamiento contenido en oficio No. 17402 de 21 de mayo de 2014, que trata sobre la aplicación de los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que establecen la capacidad asociativa de esas entidades y les faculta para adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales o extranjeras, como mecanismo de inversión.

De manera previa a atender su solicitud constante en el oficio No. UNAEP-GG-2015-0327-O de 18 de septiembre de 2015, la Procuraduría General del Estado, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la Codificación 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. 02903 de 29 de septiembre de 2015, le solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Asesor Jurídico de la Empresa de su representación, respecto del objeto de su consulta, conteniendo un análisis jurídico de las normas y la posición jurídica en que se concluya en base a dicho análisis.

En atención al requerimiento señalado en el párrafo precedente, mediante oficio No. UNAEP-GG-2015-0370-O de 12 de octubre de 2015, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 13 de octubre de 2015, la empresa pública a su cargo, remitió el criterio jurídico contenido en el memorando No. UNAEP-AJ-2015-0540-M de 12 de octubre de 2015, suscrito por el Gerente Jurídico de la Unidad Nacional de Almacenamiento EP, en el que cita los artículos 308 de la Constitución de la República, 143, 160 y 162 numeral 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero y manifiesta lo siguiente:

“La incidencia de las previsiones de los artículos 308 de la Constitución de la República, 143 y 160 del Código Orgánico Monetario y Financiero y 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, guardaba relación con la consulta inicialmente planteada al señor Procurador General del Estado, mediante oficio No. UNAEP-GG-2015-0297-O de 18 de agosto de 2015, en el sentido de que los almacenes generales de depósito (como la compañía Almacenera Guayaquil ALMAQUIL) son instituciones de servicios financieros (Art. 162 numeral 2 COMYF), por lo tanto servicios de orden público de conformidad con el Art. 308 de la Constitución de la República y 143 del Código Orgánico Monetario y Financiero, por ende no constituyen una actividad de prestación de servicios públicos bajo el requisito exigido para participación de las empresas públicas en empresas mixtas de conformidad con el Art. 315 de la Constitución de la República”.

Concluye el Gerente Jurídico de la Empresa Pública consultante, con el siguiente criterio jurídico:

“Por los antecedentes expuestos contenidos en el memorando Nro. UNAEP-AJ-2015-0503-M de 17 de septiembre de 2015, y las normas jurídicas antes transcritas, el suscrito considera que el Art. 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas al condicionar éstas inversiones en otros emprendimientos para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos de sus actividades, y a lo dispuesto en los Art. 315 y 316 de la Constitución de la República, los cuales establecen que las empresas públicas estarán bajo regulación y control específico de los organismo pertinentes, de acuerdo con la ley, y funcionarán como sociedades de derecho público y que la ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos, es necesario recurrir al Art. 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que establece el ámbito de dicha norma que regula a las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero, y establece los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República.

Por lo tanto, la posición jurídica institucional es que las inversiones y otros emprendimientos como la adquisición de acciones y / o participaciones en empresas nacionales o extranjeras establecida en el Art. 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se limita a empresas nacionales o extranjeras del sector no financiero, que además guarden relación con el objeto y actividades de cada empresa pública de conformidad con los Arts. 1 y 36 de la misma Ley Orgánica y Art. 315 de la Constitución”.

Adicionalmente y a fin de contar con mayores elementos para atender la consulta por usted formulada, esta Procuraduría mediante oficio No. 02904 de 29 de septiembre de 2015 e insistencia constante en el oficio No. 03218 de 19 de octubre de 2015, solicitó el criterio institucional de la Superintendencia de Bancos, requerimiento que fue atendido por dicho Organismo de Control a través del oficio No. SB-IG-INJ-DNJ-SAL-2015-0367 de 30 de octubre de 2015, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 5 de noviembre de 2015, en el cual el Superintendente de Bancos encargado, cita los artículos 1, 4, 9 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, 143, 162, 427 y 429 del Código Orgánico Monetario y Financiero y concluye con el siguiente criterio institucional:

“De las disposiciones legales citadas y del análisis que antecede, atendiendo la consulta puntual, se considera que las inversiones y otros emprendimientos como la adquisición de acciones y/o participaciones en empresas nacionales o extranjeras establecidas en el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no se encuentra restringida o limitada a empresas nacionales o extranjeras del sector no financiero de conformidad con el artículo 1 de la misma ley, sin

perjuicio de que corresponde al Directorio o al Gerente de las referidas empresas, según el monto, autorizar las inversiones que se consideren necesarias para el cumplimiento de los fines y objetivos empresariales”.

La consulta por usted formulada se refiere al alcance del artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ya que pretende que se determine si la facultad de invertir en otros emprendimientos que otorga la indicada norma, se encuentra limitada a empresas nacionales o extranjeras del sector no financiero, conforme la restricción contenida en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas mismo que determina el ámbito de aplicación de dicho cuerpo legal, en el siguiente tenor:

“Art. 1.- AMBITO.- Las disposiciones de la presente Ley regulan 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; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República”.

Y, el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas prescribe que:

“Art. 36.- INVERSIONES EN OTROS EMPRENDIMIENTOS.- Para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos de sus actividades, las empresas públicas gozarán de capacidad asociativa, entendida ésta como la facultad empresarial para asociarse en consorcios, alianzas estratégicas, conformar empresas de economía mixta en asocio con empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, constituir subsidiarias, adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras y en general optar por cualquier otra figura asociativa que se considere pertinente conforme a lo dispuesto en los Arts. 315 y 316 de la Constitución de la República.

Las empresas públicas ecuatorianas podrán asociarse con empresas estatales de otros países, con compañías en las que otros Estados sean directa o indirectamente accionistas mayoritarios. En todos estos casos se requerirá que el Estado ecuatoriano o sus instituciones hayan suscrito convenios de acuerdo o cooperación, memorandos o cartas de intención o entendimiento.

En general los acuerdos asociativos e inversiones previstas en el inciso anterior deberán ser aprobados mediante resolución del Directorio en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales presentados mediante informe motivado y no requerirán de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio para perfeccionar la asociación o inversiones, respectivamente.

Las inversiones financieras y en los emprendimientos en el exterior serán autorizadas por el respectivo Directorio de la Empresa Pública”.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, determina claramente que esta ley regula la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero; es decir, que la indicada norma excluye de la esfera de aplicación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a las entidades que pertenecen al sector financiero. En tal virtud dicha norma legal debe entenderse referida a la empresa pública y no a la empresa en la que ésta vaya a adquirir acciones o participaciones, de manera que no puede entenderse como una limitación particular a la capacidad de inversión en otros emprendimientos, tal como sugiere su consulta, conforme el análisis que a continuación expongo.

La Unidad Nacional de Almacenamiento fue creada mediante Decreto Ejecutivo No. 589, publicado en el Registro Oficial No. 173, de 19 de septiembre del 2007, como una entidad adscrita al Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca; y, mediante Decreto Ejecutivo No. 12, publicado en el Registro Oficial No. 16 de 17 de junio de 2013, se creó la Empresa Pública Unidad Nacional de Almacenamiento UNA EP, como una sociedad de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, a la que se transfirieron todos los activos, pasivos y derechos que se encontraban bajo custodia y administración de la entidad pública inicialmente nombrada, por mandato de la Disposición Transitoria Primera del indicado Decreto Ejecutivo.

El artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 12, que creó la Empresa Pública Unidad Nacional de Almacenamiento UNA EP, dispone:

“Art. 2.- La empresa pública Unidad Nacional de Almacenamiento ‘UNA EP’ tendrá a su cargo el desarrollo y fortalecimiento de los servicios de:

1. Almacenamiento y comercialización de productos agropecuarios;
2. Administración de la reserva estratégica de los mismos; y,
3. Comercialización y distribución de insumos.

Estos servicios se implementarán para el efectivo funcionamiento del mercado, brindando mejores y mayores oportunidades de ingresos a los productores de materia prima agropecuaria, evitando su especulación y acaparamiento”.

De lo revisado se observa que el objeto de la Empresa Pública consultante, antes citado, se refiere al almacenamiento y comercialización de productos agropecuarios, por lo cual no es una entidad perteneciente al sector financiero y en consecuencia se trata de una empresa pública, regulada por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, tal como lo establece además la Disposición General Primera del Decreto Ejecutivo No. 12, que determina que en lo no previsto en dicho Decreto Ejecutivo sobre la administración y gestión de la Empresa Pública UNA EP, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En consecuencia, a la Empresa Pública Unidad Nacional de Almacenamiento "UNA EP", le son aplicables los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, respecto de los cuales la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado mediante oficio No. 17402 de 21 de mayo de 2014, el cual le fuera remitido a través del oficio No. 02473 de 27 de agosto de 2015, y en el que concluí lo siguiente:

“El artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, previamente citado, en el contexto de la capacidad asociativa reconoce a esas personas jurídicas de derecho público, la facultad de constituir cualquier tipo de asociación; mientras que, el artículo 36 de la misma Ley les autoriza a las empresas públicas a efectuar inversiones para ampliar sus actividades y acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos, para el efecto les faculta tanto asociarse como adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras.

Es decir que, el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas faculta expresamente a esas



entidades, la adquisición de acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras, como mecanismo de inversión, lo que guarda concordancia con el artículo 42 de la misma Ley que prevé que las empresas públicas podrán percibir '(...) rentas de cualquier clase que produzcan los activos, acciones, participaciones'.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, faculta a dichas empresas a realizar inversiones para ampliar sus actividades y acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos, para el efecto les faculta tanto asociarse como adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras”.

Dentro del análisis de esta consulta se debe diferenciar dos ámbitos, el primero que es el regulado por el artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que determina el marco jurídico que rige a estas entidades y en tal contexto es aplicable a la empresa pública consultante, que es la potencial adquirente de acciones o participaciones; y, el segundo ámbito que se relaciona con las empresas cuyas acciones van a ser adquiridas y que de conformidad con el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, puede ser una empresa nacional o extranjera, sin que la norma haya previsto restricciones en lo que concierne al tipo de compañía cuyas acciones se pretendan adquirir.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, de conformidad con el análisis jurídico precedente, se concluye que el artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no constituye una limitación para la adquisición de acciones o participaciones en empresas del sector financiero, ya que dicha norma determina el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, mientras que el artículo 36 de la referida Ley Orgánica, regula las inversiones de las empresas públicas sujetas a su ámbito de aplicación y permite a las mismas efectuar inversiones y otros emprendimientos como la adquisición de acciones y/o participaciones en empresas nacionales o extranjeras, de manera general, sin establecer limitaciones o restricciones que circunscriban tal facultad únicamente a empresas nacionales o extranjeras que pertenezcan al sector no financiero.

Las inversiones y otros emprendimientos como la adquisición de acciones o participaciones que efectúe una empresa pública, deberán ser aprobadas mediante resolución del Directorio en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales presentados mediante informe motivado; y además, para su perfeccionamiento deberán cumplir con los requisitos o procedimientos establecidos por el Directorio.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, ya que el modelo de negocio, así como la decisión de adquirir acciones en una compañía del sector financiero para el cumplimiento de sus fines empresariales, es de estricta responsabilidad del Directorio de cada empresa pública.

#### **AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL MINERO: ACCIÓN COACTIVA Y SANCIONES POR ACTIVIDAD DE MINERÍA ILEGAL**

**OF. PGE. N°: 03775 de 02-12-2015**

**ENTIDAD CONSULTANTE: SERVICIO DE RENTAS INTERNAS**

#### **CONSULTA:**

“Dentro de la jurisdicción coactiva que se ha otorgado al Servicio de Rentas Internas por parte del artículo 151 de la Ley de Minería: ¿El Servicio de Rentas Internas, es competente para el cobro de las obligaciones determinadas por la Agencia de Regulación y Control Minero por la actividad de minería ilegal, establecidas en el artículo 57 ibídem?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 408.

Ley de Minería, Arts. 1, 4, 5, 8, 9, 56, 57, 150, 151, Disp. Gen. Tercera; y, 98 de su Reglamento.

Código Tributario, Arts. 9, 64, 149, 157 y 158.

Ley de Régimen Tributario Interno, Art. 107.

Código de Procedimiento Civil, Art. 945.

Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, Arts. 1 y 2.

Reglamento a la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal, Art. 48.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

Me refiero a su oficio No. NAC-CIEOSGE15-00002126 de 17 de septiembre de 2015, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 28 de septiembre del presente año, mediante el cual formuló una consulta relacionada con la competencia de la Agencia de Regulación y Control Minero, para el ejercicio de la potestad coactiva para el cobro de las obligaciones por minería ilegal.

En cumplimiento con 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. 02917 de 30 de septiembre de 2015, este Organismo solicitó a la Entidad que usted representa, reformular los términos de su consulta con relación a la inteligencia o aplicación de una norma y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Director Nacional Jurídico del Servicio de Rentas Internas.

En oficio No. 03232 de 20 de octubre de 2015, este Organismo insistió en la solicitud de reformulación de la consulta inicialmente presentada mediante oficio No. NAC-CIEOSGE15-00002126 de 17 de septiembre de 2015.

En el memorando No. NAC-DNJMGE115-00137 de 26 de octubre de 2015, suscrito por el Director Nacional jurídico de la entidad consultante se citan como fundamentos jurídicos el artículo 226 de la Constitución de la República, que consagra el principio de legalidad, artículos 151, 57 y Disposición General Tercera de la Ley de Minería, así como el primer, segundo y tercer artículos innumerados del título innumerado correspondiente al régimen tributario de las empresas mineras, del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario interno y se concluye con el siguiente criterio institucional:

“Del análisis de la normativa expuesta, se deduce que el Servicio de Rentas Internas es una Administración Tributaria cuyas facultades y competencias son atribuidas expresamente por la ley.

La jurisdicción coactiva establecida en el artículo 151 de la Ley de Minería, se ejerce exclusivamente para el cobro de regalías, patentes, tributos e intereses por mora, multas, compensaciones económicas a favor del Estado y otros recargos como costas procesales que se generen en su ejecución.

Las multas impuestas tanto por el Ministerio Sectorial como por la Agencia de Regulación y Control Minero, corresponden a medidas de carácter administrativo, resultantes de infracciones o incumplimientos a la normativa minera; para lo cual, esta última tiene plena competencia para su cobro, de conformidad con el artículo 57 de la Ley de Minería. Tal es así que el artículo antes señalado dispone que las multas recaudadas por dicha Agencia serán destinadas al cumplimiento de los fines inherentes a su competencia.

Por los motivos legales expuestos, se puede concluir que la jurisdicción coactiva establecida en el artículo 151 de la Ley de Minería, no se refiere al cobro de multas administrativas impuestas por el Ministerio Sectorial y la Agencia de Regulación y Control Minero por la Actividad de minería ilegal”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 02919 de 30 de septiembre de 2015, e insistencia contenida en el oficio No. 03233 de 20 de octubre de 2015, la Procuraduría General del Estado requirió el criterio institucional del Ministerio de Minería, el cual fue atendido por la indicada Cartera de Estado, mediante oficio No. MM-DM-2015-0384-OF de 16 de noviembre de 2015, suscrito por el Ministro de Minería e ingresado a la Procuraduría General del Estado en la misma fecha.

En el oficio No. MM-DM-2015-0384-OF de 16 de noviembre de 2015, el Ministro cita como argumentos jurídicos los artículos 261, 313 y 408 de la Constitución de la República, artículos 1, 4, 5, 8, 9, 56, 57, 150 y 151 de la Ley de Minería, así como los artículos 97 y 98 del Reglamento General a la Ley de Minería. Finalmente el Ministro hace referencia al tercer artículo innumerado del título innumerado correspondiente al régimen tributario de las empresas mineras, del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, agregado por el Reglamento a la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal y con fundamento en tales disposiciones efectúa el siguiente análisis y concluye:

“En base a la normativa anteriormente expuesta, y al ser la Agencia de Regulación y Control Minero una institución de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, está adscrita al Ministerio Sectorial, debe regirse a la definición y dirección de la política minera que como atribución y deber dicte el Presidente de la República; además que para el desarrollo de dicha política, su ejecución y aplicación, el Estado obra por intermedio del Ministerio Sectorial.

Así también, la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), es el organismo técnico, administrativo, encargado del ejercicio de la potestad estatal de vigilancia, auditoría, intervención y control de las fases de la actividad minera y entre las atribuciones establecidas en la Ley de Minería se encuentra el sancionar la actividad minera ilegal ejercida por personas naturales o jurídicas, o grupos de personas, nacionales o extranjeras, que no cuenten con los títulos, autorizaciones permisos o licencias.

Si bien, el poder coactivo nace de la ley, y en el caso del ejercicio de esta actividad ilegal minera, la sanción a quienes se reputen actores, la impone la Agencia de Regulación y Control Minero, con multas de doscientas a quinientas remuneraciones básicas unificadas dependiendo de la gravedad de la infracción, desde el momento de la emisión de la resolución motivada en donde

declara el cometimiento, es la ARCOM la encargada de recaudar las multas generadas por minería ilegal, sin embargo, es la misma Ley de Minería en el artículo 57 quien indica, si el infractor sancionado administrativamente, no cumpliera con la obligación de pago, dicha Agencia ejecutará el cobro en ejercicio de la jurisdicción coactiva atribuida en la presente Ley, el cual guarda relación con lo establecido en el artículo 151 de la norma ídem en donde respecto a la jurisdicción coactiva manda: *‘El Servicio de Rentas Internas ejerce jurisdicción coactiva para el cobro de regalías, patentes, tributos, e intereses por mora a favor del Estado y otros recargos como costas procesales que se generen en su ejecución’*, lo cual guarda relación con el artículo 98 del Reglamento General a La Ley de Minería, quien garantiza que, a efectos de asegurar la recaudación de los valores provenientes de multas y compensaciones que impongan tanto el Ministerio Sectorial, como la Agencia de Regulación y Control Minero, se deberá notificar mediante resolución motivada al Servicio de Rentas Internas para el inicio de la respectiva acción coactiva. El documento habilitante para la emisión del título por parte del Servicio de Rentas Internas será la resolución de la Agencia de Regulación y Control Minero.

Por tanto, el artículo 57 otorga la jurisdicción coactiva a la ARCOM para el cobro de multas por la actividad minera ilegal, la entidad administrativa tributaria de acuerdo con el artículo 157 del Código Tributario, expresa que para el cobro de la obligación tributaria, intereses, multas y recargos como los referentes costas de ejecución u otras previstos en la Ley, que se fundamentará en el título de crédito legalmente emitido o en liquidaciones o determinaciones ejecutoriadas o firmes de obligación tributaria.

Por tanto, es criterio de esta Cartera de Estado, que si bien, la Agencia de Regulación y Control Minero, tiene la facultad sancionadora y determinadora de multas por el cometimiento de actividades ilegales mineras, una vez que ésta notifique al Servicio de Rentas Internas, ésta inicia la respectiva acción coactiva y deberá emitir el título de crédito, a fin de asegurar la recaudación de los valores provenientes de las multas generadas”.

Adicionalmente, mediante oficios Nos. 02918 de 30 de septiembre de 2015 y 02334 de 20 de octubre de 2015, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional de la Agencia de Regulación y Control Minero ARCOM, requerimiento que fue atendido por parte de la Directora Ejecutiva de la indicada Agencia, mediante oficio No. ARCOM-2015-0726-OF de 15 de octubre de 2015, ingresado a este Organismo el 21 de octubre de 2015, en el cual se citan los artículos 226 de la Constitución de la República, 8, 9, 57 y 151 de la Ley de Minería, 98 del Reglamento General a la Ley de Minería. También transcribe los artículos 149, 157 y 158 del Código Tributario, 107 de la Ley de Régimen Tributario Interno, 945 del Código de Procedimiento Civil y 1 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas y concluye con el siguiente criterio institucional:

“La acción coactiva es una potestad que tiene la administración tributaria central, seccional o de excepción, para exigir coercitivamente el pago de obligaciones, que se establecieron a su favor y que no se hayan satisfecho desde el momento en que se hubiesen generado, determinado e intentado recaudar en primera instancia.

En consecuencia el poder coactivo nace de la ley y deviene en la jurisdicción coactiva de la cual gozan la Administración Pública y más concretamente las Administraciones Tributarias. En efecto, el Código Tributario, en el Art. 157, expresa que gozan de la acción coactiva las administraciones tributarias central y seccional en todos los casos, y las de excepción, cuando la ley lo establezca expresamente, para el cobro de la obligación tributaria, intereses, multas y recargos como los referentes a costas de ejecución u otros previstos en la ley, que se fundamentará en el título de crédito legalmente emitido, o en liquidaciones o determinaciones ejecutoriadas o firmes de obligación tributaria.

Por lo expuesto la Agencia de Regulación y Control Minero, al no ser una entidad administrativa tributaria, ha seguido el procedimiento establecido en la Ley y su reglamento a fin de asegurar la recaudación de los valores provenientes de las multas generadas en procedimientos administrativos instaurados por minería ilegal, para lo cual se notifica mediante resolución al Servicio de Rentas Internas para el inicio de la respectiva acción coactiva”.

El artículo 408 de la Constitución de la República, prevé que son propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo y que el Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

El inciso primero del artículo 1 de la Ley de Minería, determina que dicho cuerpo legal norma el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero, de conformidad con los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia.

De su parte, el artículo 8 de la Ley de Minería, establece la naturaleza de la Agencia de Regulación y Control Minero ARCOM, como una institución de derecho público, con personalidad jurídica y autonomía administrativa que le corresponde la potestad estatal de vigilancia y control de la actividad minera, en los siguientes términos:

“Art. 8- Agencia de Regulación y Control Minero.- La Agencia de Regulación y Control Minero, es el organismo técnico-administrativo, encargado del ejercicio de la potestad estatal de vigilancia, auditoría, intervención y control de las fases de la actividad minera que realicen la Empresa Nacional Minera, las empresas mixtas mineras, la iniciativa privada, la pequeña minería y minería artesanal y de sustento, de conformidad con las regulaciones de esta ley y sus reglamentos.

La Agencia de Regulación y Control Minero como institución de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía administrativa, técnica, económica, financiera y patrimonio propio, está adscrita al Ministerio Sectorial y tiene competencia para supervisar y adoptar acciones administrativas que coadyuven al aprovechamiento racional y técnico del recurso minero, a la justa percepción de los beneficios que corresponden al Estado, como resultado de su explotación, así como también, al cumplimiento de las obligaciones de responsabilidad social y ambiental que asuman los titulares de derechos mineros”.

Entre las atribuciones de la Agencia de Regulación y Control Minero previstas en la Ley de Minería, se establece en la letra k) de su artículo 9 la siguiente: “k) Fijar los derechos de concesión en el sector minero de conformidad con lo dispuesto en esta ley y sus reglamentos, así como recaudar los montos correspondientes por multas y sanciones”.

De igual manera, en el artículo 57 de la Ley de Minería, que forma parte del Capítulo V “De la Comercialización de Sustancias Minerales”, se desprende que la Agencia de Regulación y Control Minero tiene la competencia para establecer sanciones en contra de quienes ejerzan actividades de minería ilegal, ya sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, al siguiente tenor:

“Art. 57.- Sanciones a la actividad minera ilegal.- La actividad minera ilegal ejercida por personas naturales o jurídicas, o grupos de personas, nacionales o extranjeras, sin contar con los títulos, autorizaciones, permisos o licencias, será sancionada conforme las prescripciones de este artículo, sin perjuicio de las aplicables en los ámbitos ambiental, tributario o penal, a las que hubiere lugar.

Los bienes, maquinaria, equipos, insumos y vehículos que sean utilizados en actividades ilegales o no autorizadas de explotación, beneficio o procesamiento, fundición, refinación y comercialización clandestina de sustancias minerales, serán objeto de: decomiso especial, incautación, inmovilización, destrucción, demolición, inutilización o neutralización, según el caso, que ejecute la Agencia de Regulación y Control Minero contando con la colaboración de la Policía Nacional y subsidiariamente de las Fuerzas Armadas. Quienes se reputen autores de dichas actividades o propietarios de tales bienes, serán sancionados por la mencionada Agencia, con multa de doscientas a quinientas remuneraciones básicas unificadas dependiendo de la gravedad de la infracción, sin perjuicio del pago de un valor equivalente al total de los minerales extraídos ilegalmente, así como de la obligación de restauración de los ecosistemas e indemnización a las personas y comunidades afectadas.

Las multas a las que se refiere la presente Ley, serán pagadas a la Agencia de Regulación y Control Minero, en el término de cinco días contados a partir de la fecha en que la Resolución cause estado. Si el infractor sancionado administrativamente no cumpliera con la obligación de pago, dicha Agencia, efectuará el cobro en ejercicio de la jurisdicción coactiva atribuida en la presente Ley.

Las multas recaudadas por la Agencia de Regulación y Control Minero, serán destinadas al cumplimiento de los fines inherentes a su competencia.

Las afectaciones al ambiente y el daño al ecosistema y biodiversidad producidos a consecuencia de la explotación ilícita o invasiones, serán consideradas como agravantes al momento de dictar las resoluciones respecto del amparo administrativo.

Los procedimientos que hagan efectivas estas medidas, constarán en el Reglamento General de esta Ley”.

El inciso segundo de la norma previamente invocada establece la sanción a la que serán sometidos por parte de la Agencia de Regulación y Control Minero, quienes sean autores de actividades de minería ilegal o de bienes utilizados para tales fines, la cual consiste en una multa comprendida entre las doscientas a quinientas remuneraciones, según la gravedad del caso, pudiendo además determinarse el pago equivalente al valor total de los recursos mineros extraídos ilegalmente y la restauración de los ecosistemas afectados e indemnizaciones a las personas y comunidades que fueran vulneradas en dicha actividad.

Adicionalmente, el inciso tercero del mismo artículo 57 de la Ley de Minería prevé que las multas establecidas por la minería ilegal, deben ser pagadas a la Agencia de Regulación y Control Minero en un término no mayor a cinco días, los cuales serán contados desde la fecha en que la Resolución emitida cause estado. De igual manera, se establece que ante la negativa de pago por parte del infractor, la Agencia efectuará el cobro de dichos valores por la vía coactiva, en ejercicio de la potestad coactiva que le confiere a la Agencia de Regulación y Control Minero esa norma.

En forma concordante con lo antes señalado, el artículo 150 de la Ley de Minería determina la competencia que posee la Agencia de Regulación y Control Minero – ARCOM en materia minera, mismo que prescribe:

“Art. 150.- Jurisdicción y competencia.- Ejercen jurisdicción y competencia regulatoria y de control en materia minera, la Agencia de Regulación y Control Minero con las funciones y atribuciones que les señala la presente ley y su reglamento general.

Las controversias que pudieran suscitarse entre los sujetos de derecho minero y las autoridades administrativas en materia minera, serán resueltas por los tribunales distritales de lo contencioso-administrativo.

En todo caso se actuará en observancia de las disposiciones atinentes a las garantías jurisdiccionales, a la acción de protección, de acceso a la información pública y de derechos de protección contemplados en la Constitución de la República.

Todo procedimiento para otorgamiento, administración y extinción de derechos mineros, deberá contar con el informe técnico previo de la Agencia de Regulación y Control Minero, que deberá ser emitido en un término no mayor a treinta (30) días, contado desde la fecha en que se reciba la petición o requerimiento. En caso de no emitirse en el término referido, el Ministerio Sectorial adoptará la resolución motivada que el caso requiera.”

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

El inciso primero del artículo 64 del Código Tributario, con relación a la administración tributaria central dispone que la dirección de la administración tributaria, corresponde en el ámbito nacional, al Presidente de la República, quien la ejercerá a través de los organismos que la ley establezca.

El artículo 2 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, determina como competencia de esa entidad:

“Art. 2.- FACULTADES.- El Servicio de Rentas Internas (SRI) tendrá las siguientes facultades, atribuciones y obligaciones:

1. Ejecutar la política tributaria aprobada por el Presidente de la República;
2. Efectuar la determinación, recaudación y control de los tributos internos del Estado y de aquellos cuya administración no esté expresamente asignada por Ley a otra autoridad;
- (...) 10. Las demás que le asignen las leyes”

De las normas tributarias anteriormente citadas, se establece la calidad de administración tributaria central del Servicio de Rentas Internas, entidad a la que además, el artículo 151 de la Ley de Minería le ha asignado acción coactiva, en los siguientes términos:

“Art. 151.- Jurisdicción coactiva.- El Servicio de Rentas Internas ejerce jurisdicción coactiva para el cobro de regalías, patentes, tributos, e intereses por mora, multas, compensaciones económicas a favor del Estado y otros recargos como costas procesales que se generen en su ejecución”.

Concordante con lo establecido en el artículo 151 de la Ley de Minería, el artículo 98 del Reglamento General a la Ley de Minería, dispone:

“Art. 98.- Acción coactiva del Servicio de Rentas Internas.- A efectos de asegurar la recaudación de los valores provenientes de multas y compensaciones que impongan tanto el Ministerio Sectorial, como la Agencia de Regulación y Control Minero, se deberá notificar mediante resolución motivada al Servicio de Rentas Internas para el inicio de la respectiva acción coactiva. El documento habilitante para la emisión del título por parte del Servicio de Rentas Internas será la resolución de la Agencia de Regulación y Control Minero”.

En este punto es importante observar que las disposiciones legal y reglamentaria, previamente invocadas, confieren acción coactiva al Servicio de Rentas Internas para el cobro de regalías, patentes, tributos, intereses por mora y multas, entre otros rubros, dentro del ámbito de la Ley de Minería.

De su parte, la Disposición General Tercera de la Ley de Minería, ratifica la competencia del Servicio de Rentas Internas para recaudar regalías, patentes y utilidades laborales correspondientes al Estado:

“TERCERA.- El Estado es el titular de las regalías, patentes, utilidades laborales atribuibles al Estado en el porcentaje que le corresponda de acuerdo con esta Ley y del ajuste que sea necesario para cumplir con el artículo 408 de la Constitución, mismos que serán recaudados a través del Servicio de Rentas Internas, que para estos fines está investido de todas las facultades y atribuciones que le otorga la normativa tributaria vigente y esta Ley”.

El artículo 48 del Reglamento a la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal, que se cita en el informe jurídico de la entidad consultante, reformó el Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno, en los siguientes términos:

“Art. 48.- Efectúese las siguientes reformas al título innumerado correspondiente al régimen tributario de las empresas mineras:

I. Agréguese a continuación del primer artículo innumerado los siguientes artículos:

‘Art. (...)- Obligaciones fiscales mineras.- Son obligaciones fiscales mineras las regalías a la explotación de minerales, patentes de conservación minera, utilidades laborales atribuibles al Estado en el porcentaje establecido en la Ley de Minería y el ajuste que sea necesario realizar para cumplir con lo dispuesto en el artículo 408 de la Constitución de la República. No son obligaciones fiscales mineras las multas resultantes de infracciones o incumplimientos y compensaciones económicas establecidas en la normativa minera.

Art. (...)- Control de las obligaciones fiscales mineras.- Para el cobro de las obligaciones fiscales mineras, el Servicio de Rentas internas ejercerá las facultades determinadoras, resolutoria, sancionadora, de aplicación de la ley y recaudadora, de conformidad con el Código Tributario y demás normas aplicables, debiéndose, en lo que fuere pertinente observar las disposiciones establecidas en la Ley de Minería y este reglamento, según corresponda.’ ”

Del tenor de las disposiciones del Reglamento a la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal, que reformaron al Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno, anteriormente citadas, se evidencia que las regalías a la explotación minera,



las patentes de conservación minera y las utilidades laborales que le corresponden al Estado en el porcentaje establecido en la Ley de Minería, tienen el carácter de obligaciones fiscales mineras y en consecuencia, le compete al Servicio de Rentas Internas la facultad determinadora, resolutoria, recaudadora y sancionadora, en el ámbito tributario que le corresponde.

De otra parte y en consonancia con lo expresado en líneas anteriores, dentro del ámbito administrativo, las multas que impone la Agencia de Regulación y Control Minero ARCOM por minería ilegal, que son materia de su consulta, constituyen sanciones administrativas, cuya recaudación compete a la citada Agencia en el marco de lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Minería, debiendo ser utilizados los valores percibidos por este medio, en la realización de las actividades propias de dicha institución y no constituyen obligaciones fiscales mineras, puesto que se tratan de multas resultantes de infracciones o incumplimientos y compensaciones económicas establecidas en la normativa minera.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que la potestad coactiva otorgada al Servicio de Rentas Internas por parte del artículo 151 de la Ley de Minería, se halla referida a la recaudación de obligaciones fiscales mineras y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley de Minería, le corresponde a la Agencia de Regulación y Control Minero imponer sanciones por la actividad de minería ilegal y en el caso que éstas no hayan sido canceladas por el infractor en el término legal señalado, la indicada Agencia ejercerá la acción coactiva, de conformidad con la potestad que le confiere el inciso tercero del mismo artículo 57 de la Ley de Minería.

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 de las instituciones que conforman el sector público.

**AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA – ARCSA:  
COMPETENCIA PARA CONOCER, JUZGAR E IMPONER SANCIONES EN SEGUNDA INSTANCIA**

**OF. PGE. N°: 00389 de 11-03-2015**

**ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA**

**CONSULTA:**

“Mediante Decreto Ejecutivo No. 544 publicado en el RO 428 de 30 de enero de 2015, se transfiere a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria – ARCSA, la competencia para la imposición de sanciones dentro del ámbito de las atribuciones que venía ejerciendo el Ministerio de Salud Pública. ¿Al amparo del Decreto de la referencia, respecto de las resoluciones del Director Ejecutivo de la Agencia, quien suscribe es competente para conocer, juzgar e imponer sanciones en segunda instancia?”.

**BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 76 núm. 3, 141, 151 y 216.

Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 31 y 150.

Ley Orgánica de Salud, Art. 216, 217 lit. a) y 232

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Arts. 11 lits. g) y h); 84 y 85.

Ley de Modernización del Estado, Art. 17 lit. b).  
D.E. N° 544, R.O. N° 428 de 30 de enero de 2015, Art. 8.  
D.E. N° 1290, R.O.S. N° 788 de 13-09-2012, Arts. 7, 8, 9, 10, 15 núm. 1 y 16.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

El informe de la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud, contenido en memorando No. MSP-CGAJ-2015-0107-M de 18 de febrero de 2015, cita entre otras normas, el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República que establece el principio del debido proceso, así como los artículos 216, 217 y 232 de la Ley Orgánica de Salud que regulan la competencia y potestad sancionadora en esa materia; y, los artículos 84 y 85 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que definen el concepto de competencia y las razones por las que la competencia se distribuye entre los órganos administrativos.

El referido informe cita adicionalmente, el Decreto Ejecutivo No. 544, publicado en el Registro Oficial No. 428 de 30 de enero de 2015, que reorganizó al Ministerio de Salud Pública y trasladó competencias a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria. Sobre dicha base, manifiesta y concluye:

“(…) de acuerdo con el artículo 8 del Decreto Ejecutivo, la Máxima Autoridad del Ministerio de Salud Pública será competente para conocer las infracciones impuestas por el Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria.

(…) Toda vez que la Ley Orgánica de Salud atribuye expresamente la competencia para conocer y resolver las infracciones sanitarias en segunda instancia a los funcionarios que expresamente se enumeran en los artículos 217 y 232 *ibídem*; y el Decreto Ejecutivo No. 544, publicado en el R.O 428 de 30 de enero de 2015 transfirió esta competencia sancionatoria a la ARCSA, es el Ministerio de Salud Pública quien tiene competencia para resolver en segunda instancia las sanciones de los asuntos sometidos a control y vigilancia y control (sic) de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria – ARCSA”.

Para atender la consulta, es pertinente considerar como antecedente que, de conformidad con el artículo 141 de la Constitución de la República, el Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la Administración Pública; y, según los numerales 5 y 6 de artículo 147 *Ibídem* tiene atribución para dirigir la administración pública y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control, así como para crear, modificar y suprimir los ministerios, entidades e instancias de coordinación.

La parte final del artículo 151 de la Constitución de la República prevé que el número de ministros de Estado, su denominación y las competencias que se les asigne serán establecidos mediante decreto expedido por la Presidencia de la República.

Concordante, la letra b) del artículo 17 de la Ley de Modernización del Estado, confiere al Presidente de la República competencia para reorganizar y suprimir entidades públicas; y, el artículo 11 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, letras g) y h) le asignan potestad para crear organismos, comisiones y entidades dependientes de la Función Ejecutiva y asignarles competencias específicas y para suprimir, fusionar y reorganizar organismos de la Función Ejecutiva.

Sobre el tema materia de consulta, el artículo 217 de la Ley Orgánica de Salud prevé lo siguiente:

“Art. 217.- Tienen jurisdicción para conocer, juzgar e imponer las sanciones previstas en esta Ley y demás normas vigentes, las siguientes autoridades de salud:

- a) El Ministro de Salud Pública;
- b) El Director General de Salud;
- c) Los directores provinciales de salud; y,
- d) Los comisarios de salud”.

Por su parte, el artículo 232 de la misma Ley, contenido en su Capítulo II que regula el procedimiento aplicable para la sanción de las infracciones administrativas establecidas en ella, dispone:

“Art. 232.- De las resoluciones del comisario de salud, podrá apelarse ante el director provincial de salud; de las que dicte el director provincial de salud, ante el Director General de Salud; y, de las de esta autoridad ante el Ministro de Salud Pública, siendo estas decisiones de segunda y definitiva instancia.

Las resoluciones podrán ser apeladas dentro del término de tres días luego de ser notificadas a las partes; la autoridad superior dentro del término de ocho días desde que avoca conocimiento deberá dictar la correspondiente resolución.

Únicamente podrán apelarse las resoluciones de primera instancia, las de segunda instancia causarán ejecutoria”.

La Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA), fue creada inicialmente mediante Decreto Ejecutivo No. 1290 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 788 de 13 de septiembre de 2012, posteriormente reformado por Decreto Ejecutivo No. 544 publicado en el Registro Oficial No. 428 de 30 de enero de 2015, sobre cuya aplicación trata la consulta.

Los artículos 9 y 10 del Decreto No. 1290 reformado por el Decreto No. 544, confieren a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA), el carácter de organismo técnico encargado de la regulación, control técnico y vigilancia sanitaria de los alimentos procesados y medicamentos de consumo humano, entre otros y en tal contexto el numeral 13 del artículo 10 le asigna potestad sancionadora, en los siguientes términos:

Art. 10.- Son atribuciones y responsabilidades de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria las siguientes:

(...)13. Imponer las sanciones correspondientes a través de los comisarios de salud y demás autoridades competentes de la Agencia, de conformidad con las atribuciones que asume por este Decreto”.

Con respecto al ejercicio de la potestad sancionadora, los artículos 15 y 16 del Decreto No. 1290, agregados por los artículos 7 y 8 del Decreto No. 544, disponen lo siguiente:

“Artículo 7.- Añádase como Artículo 15 el siguiente:

‘Artículo 15.- Reorganizase al Ministerio de Salud Pública y, como consecuencia de esto, transfírese a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria la competencia

para la imposición de sanciones que, dentro del ámbito de las atribuciones que asume por este Decreto, venían ejerciendo el Ministro de Salud Pública, el Director General de Salud, los directores provinciales de salud y los comisarios de salud.

Como consecuencia de esta reorganización, para los asuntos sometidos a vigilancia y control de la Agencia, tienen jurisdicción y competencia para conocer, juzgar e imponer las sanciones a que haya lugar, las siguientes autoridades:

1. El Ministro de Salud Pública;
2. El Director Ejecutivo de la Agencia;
3. Las máximas autoridades zonales de la Agencia; y,
4. Los comisarios de la Agencia.’ ”

“Artículo 8.- Añádase como Artículo 16 el siguiente:

‘Artículo 16.- En el contexto de la reorganización dispuesta en este Decreto, los directores zonales pasarán a conocer las infracciones que le correspondían a los directores provinciales y, de la misma forma, le corresponderá al Director Ejecutivo de la Agencia lo que hasta el momento conocía el Director General.

En los asuntos que deban ser conocidos por los comisarios, que por este Decreto pasan a pertenecer a la Agencia, en segunda instancia será competente el máximo órgano zonal de la referida Agencia. Asimismo, de las resoluciones que dicten los máximos órganos zonales, será competente el Director Ejecutivo de la Agencia y de las que éste último dicte, el Ministro de Salud Pública.’ ”

De las normas citadas se desprende que como consecuencia de la reorganización del Ministerio de Salud Pública, dispuesta por el artículo 15 del Decreto No. 1290 agregado por el artículo 7 del Decreto No. 544, la potestad sancionadora que correspondía a las Direcciones Provinciales y Dirección General de Salud como dependencias de ese Ministerio, se transfirieron a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA); y, en la actualidad corresponde ejercerlas a los Directores Zonales y al Director Ejecutivo de la ARCSA, respectivamente.

Para los procesos en trámite, la Disposición Transitoria Octava del Decreto No. 1290 prevé lo siguiente:

“OCTAVA.- Los procesos que se encuentren actualmente en trámite ante las autoridades cuyas competencias han sido transferidas, continuarán siendo conocidas por éstas hasta su resolución”.

Del análisis jurídico que precede se evidencia que de acuerdo con los artículos 217 letra a) de la Ley Orgánica de Salud y 15 numeral 1 del Decreto Ejecutivo No. 1290 agregado por el Decreto Ejecutivo No. 544, el Ministro o Ministra de Salud Pública, es una de las autoridades con competencia para ejercer potestad sancionadora en materia sanitaria.

Es así que, según la parte final del segundo inciso del artículo 16 del Decreto No. 1290 agregado por el Decreto No. 544, respecto de las resoluciones que expida el Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA), será competente para conocer el Ministro o Ministra de Salud Pública.

Atenta la materia de la consulta, es pertinente considerar que en virtud del principio de unidad jurisdiccional establecido por el artículo 168 numeral 3 de la Constitución de la República, “(...) ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”.

Concordante, el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial define a la jurisdicción como la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, “(...) potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según la regla de la competencia”.

Mientras que, por otra parte el principio de impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos, está recogido por el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone:

“Art. 31.- PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD EN SEDE JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.- Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional”.

Sobre dicha base normativa, mediante oficio No. 20050 de 19 de diciembre de 2014, en atención a la consulta realizada por la Superintendencia de Poder de Control de Mercado, respecto a si la referida Entidad ejerce jurisdicción como lo hacen los jueces civiles y penales, al conocer y resolver expedientes administrativos sobre infracciones sujetas a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, manifesté en su parte correspondiente:

“La potestad sancionadora en sede administrativa y la jurisdicción, son términos que no pueden ser asimilados como figuras similares ya que, como se ha indicado en líneas precedentes la jurisdicción al ser la facultad de administrar justicia ordinaria, se encuentra dentro de la esfera de las competencias exclusivas de los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial”.

En el contexto del ejercicio de la potestad sancionadora de infracciones de naturaleza administrativa en materia sanitaria, en atención a los términos de su consulta se concluye que de acuerdo con los artículos 217 letra a) de la Ley Orgánica de Salud, 15 numeral 1 y 16 del Decreto Ejecutivo No. 1290, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 788 de 13 de septiembre de 2012, agregados por el Decreto Ejecutivo No. 544 publicado en el Registro Oficial No. 428 de 30 de enero de 2015, el Ministro o Ministra de Salud Pública tiene competencia para conocer y resolver en sede administrativa, los recursos que se interpongan respecto de las Resoluciones que en esa materia adopte el Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, que antes de la reorganización de ese Ministerio, correspondía expedir al Director General de Salud.

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

## ÁREAS VERDES Y COMUNALES: FRACCIONAMIENTOS DE SUELOS POR HERENCIAS, PARTICIONES JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES – DERECHOS Y ACCIONES -

OF. PGE. N°: 20362 de 16-01-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN BIBLIÁN

### CONSULTAS:

“¿1.- Es procedente aplicar la entrega del 15% al 25% calculado del área útil del terreno en calidad de áreas verdes y comunales o en su caso el pago de dinero según el avalúo catastral, en la división de suelo para fraccionamiento de terrenos ubicados en la zona rural y/o destinados a labores agrícolas en los términos establecidos en el artículo 424 (reformado) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?”.

“2.- ¿Es procedente la entrega al GAD Municipal del porcentaje del 15% al 25% en calidad de áreas verdes o comunales en fraccionamientos de suelos por herencias, particiones judiciales y extrajudiciales, donaciones, venta de derechos y acciones en terrenos ubicados tanto en la zona urbana como en la rural?”.

“3.- ¿En caso de que la zona en la que se está realizando el fraccionamiento se encuentre ubicada en un área, que de acuerdo al Plan de Ordenamiento Territorial, no se consideren áreas verdes o comunitarias, es factible compensar el porcentaje con el pago en dinero según el avalúo catastral y con estos recursos crear un fondo para la adquisición de áreas verdes comunales y/o (sic) obras para su mejoramiento en fraccionamientos cuya área supere los mil metros cuadrados?”.

### BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226, 264 núms. 1 y 2.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Arts. 54 lits. c) y e); 55 lits. a) y b); 57 lit. x), 424, 466, 470, 471 y 473.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 12, 43, 44 lit. b) y 49.

Ley de Soberanía Alimentaria, Art. 1.

Código Civil, Arts. 993 a 996, 1338 y 1353.

### PRONUNCIAMIENTOS:

Me refiero a su oficio No. 126-2014-GADM CB-A de 16 de septiembre de 2014, ingresado a la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Cuenca, el 16 de septiembre de 2014 y remitido a este Despacho el 30 de octubre de 2014, mediante oficio No. 01969-AZ de 29 de octubre de 2014, por el cual formula varias consultas relacionadas con la inteligencia y aplicación del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

A fin de contar con mayores elementos de juicio para atender su requerimiento, mediante oficio No. 19612 de 19 de noviembre de 2014 e insistencia constante en oficio No. 19885 de 9 de diciembre de 2014, se solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME, entidad que remitió su criterio a través del oficio No. 004-P-001-DNAJ-2015 de 8 de enero de 2015, ingresado a esta Procuraduría el 9 de enero de 2015.

El criterio jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal consultante, consta en el oficio No. 0255-PS-GADB de 22 de octubre de 2014.

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

#### PRIMERA CONSULTA

El informe de la Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Municipal del Cantón Biblián, contenido en el oficio No. 0255-PS-GADB de 22 de octubre de 2014, cita los artículos 424 y 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y expresa como criterio jurídico sobre esta consulta, lo siguiente:

“(…) En atención a la consulta se deduce que la entrega por una sola vez del porcentaje calculado del área útil del terreno como área verde o comunal corresponde al fraccionamiento en terrenos tanto urbanos como rurales, entrega que no sería exigible para el caso de terrenos agrícolas en consideración a las regulaciones que al respecto establece el artículo 471 del COOTAD”.

Al respecto, la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas hace referencia a los artículos 424, 466, 470 y 471 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como a los pronunciamientos contenidos en los oficios Nos. 03486 de 1 de septiembre de 2011 y 06484 de 14 de febrero de 2012, emitidos por la Procuraduría General del Estado y dirigidos en su orden a los Alcaldes de La Maná y Gualaquiza y concluye con el siguiente criterio:

“En conclusión se puede colegir que:

Procede la entrega por una sola vez y con fines urbanos del 15% mínimo y 25% máximo del área útil del terreno a fraccionarse para áreas verdes y espacios comunales.

Se exceptúa la entrega de terreno en los porcentajes anotados, en el caso de que el terreno a fraccionarse no pase de los mil metros cuadrados, procediendo a cambio una compensación mediante el pago de dinero de acuerdo al avalúo catastral.

Es competencia los gobiernos municipales y metropolitanos el control sobre el uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón, debiendo en los planes y políticas de ordenamiento territorial racionalizar las intervenciones en el territorio de todos los gobiernos autónomos descentralizados.

Debe contemplarse en el plan de ordenamiento territorial estudios parciales para la conservación y ordenamiento de ciudades o zonas de ciudad de gran valor artístico e histórico, protección del paisaje urbano, de protección ambiental y agrícola, etc.

Para garantizar la soberanía alimentaria, no podrá urbanizarse el suelo que tenga una clara vocación agropecuaria.

El fraccionamiento o subdivisión puede producirse en lo urbano como en lo rural.

Está prohibido fraccionar bosques, humedales y otras áreas consideradas ecológicamente sensibles o que posean una clara vocación agrícola.

Finalmente podemos decir que, la entrega de áreas verdes y comunales en el sector rural procede sólo con fines urbanizables o cuando se proyecte la construcción de viviendas o se permitan asentamientos humanos masivos, es decir, la ciudad se ha extendido hacia estos límites.

Me permito remarcar como en ocasiones anteriores sobre temas similares que, urbanizar el sector rural debe ser la excepción, porque la ciudad se desarrolla en el área urbana acorde a los límites establecidos en la ordenanza correspondiente del PDOT; una de las razones de conservar el sector rural la encontramos en el Art. 1 de la Ley de Soberanía Alimentaria el cual garantiza que: *'(...) el Estado cumpla con su obligación y objetivo estratégico de garantizar a las personas, comunidades y pueblos la autosuficiencia de alimentos sanos, nutritivos y cultura/mente apropiados de forma permanente.'*"

El artículo 264 de la Constitución de la República, en sus numerales 1 y 2, establece entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la de planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, así como ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.

Concordante con la previsión constitucional, el artículo 54 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determina entre las atribuciones municipales, las siguientes:

"Art. 54.- Funciones.- Son funciones del gobierno autónomo descentralizado municipal las siguientes:

c) Establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, para lo cual determinará las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento de conformidad con la planificación cantonal, asegurando porcentajes para zonas verdes y áreas comunales; (...)

e) Elaborar y ejecutar el plan cantonal de desarrollo, el de ordenamiento territorial y las políticas públicas en el ámbito de sus competencias y en su circunscripción territorial, de manera coordinada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, y realizar en forma permanente, el seguimiento y rendición de cuentas sobre el cumplimiento de las metas establecidas".

Igualmente, las letras a) y b) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determinan como atribución de los gobiernos autónomos municipales, la de planificar el desarrollo cantonal y formular los planes de ordenamiento territorial y ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.

En armonía con las disposiciones legales previamente citadas, la letra b) del artículo 44 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, determina que corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales y metropolitanos la regulación y control del uso y ocupación del suelo en su circunscripción y que los planes de ordenamiento territorial regularán dicho uso.

Una vez que ha quedado establecida la competencia municipal en materia de regulación y control del uso y ocupación del suelo cantonal, cabe señalar que en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 19995 de 16 de diciembre de 2014, dirigido al Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Loja, respecto de la reforma introducida al artículo 424,



antes citado, a través de la Ley publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, señalé lo siguiente:

“(…) antes de la reforma el artículo 424 del COOTAD preveía que para toda división de suelo, para urbanización o fraccionamiento, se debía entregar a la municipalidad un porcentaje (del 10% al 20%) ‘del área útil del terreno’ en calidad de área verde y admitía que dicha contribución se compense en dinero, en función del lote mínimo vigente según la respectiva planificación territorial.

A partir de la reforma introducida en enero del año 2014, el artículo 424 del COOTAD establece que para toda división de suelo que se fraccione o urbanice, se debe entregar a la municipalidad un porcentaje (del 15% al 25%) ‘del área útil del terreno’ en calidad de áreas verdes; y, extiende dicha obligación a los proyectos habitacionales que se realicen en función de la Ley de Propiedad Horizontal; y, el segundo inciso de esa norma establece un solo caso de excepción en que se permite compensar en dinero la contribución de área verde, cuando la superficie del lote en que se ejecute el respectivo proyecto sea menor a mil metros cuadrados”.

Adicionalmente, en el pronunciamiento No. 19995 ya referido, concluí en los siguientes términos:

“En atención a los términos de su consulta se concluye que, el inciso cuarto del artículo 424 reformado del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que obliga a efectuar la contribución de áreas verdes y comunales, de un porcentaje del área útil (superficie) del terreno en que se ejecute un proyecto sujeto a la Ley de Propiedad Horizontal, (excepto cuando la superficie del terreno sea menor a mil metros de acuerdo con el segundo inciso de esa norma), es aplicable a partir de su promulgación en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014. En consecuencia, la norma reformada rige para las autorizaciones que otorguen las Municipalidades a los proyectos sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal, que por primera vez a partir de dicha reforma soliciten autorización municipal, así como a aquellos respecto de los cuales, al tiempo de promulgación de la reforma y posteriormente, se hubiere configurado la caducidad de la autorización inicial, independientemente de que aumenten o no las soluciones habitacionales”.

El vigente artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, trata sobre la contribución de áreas verdes y comunales a favor de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, en los siguientes términos:

“Art. 424.- Porcentaje de área verde, comunal y vías.- En la división de suelo para fraccionamiento y urbanización, a criterio técnico de la municipalidad se entregará por una sola vez como mínimo el quince por ciento (15%) y máximo el veinticinco por ciento (25%) calculado del área útil del terreno en calidad de áreas verdes y comunales, de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial, destinando exclusivamente para áreas verdes al menos el cincuenta por ciento de la superficie entregada.

Se exceptúa la entrega de áreas verdes y comunales si la superficie de terreno a dividirse no supera los mil metros cuadrados, en este caso el porcentaje se compensará con el pago en dinero según el avalúo catastral; con estos recursos la municipalidad deberá crear un fondo para la adquisición de áreas verdes, comunales y/o de obras para su mejoramiento. La entrega de la sumatoria de áreas verdes, comunales y de vías no deberá exceder del treinta y cinco por ciento (35%) de la propiedad.

En las áreas consolidadas, los bienes de dominio y uso público destinados a áreas verdes y comunales, podrán ser cambiados de categoría exclusivamente a favor de instituciones públicas para consolidar equipamientos tales como seguridad, educación y salud de conformidad con los casos y porcentajes, que establezca en su normativa el Gobierno Autónomo Descentralizado. La institución pública beneficiaria tendrá la obligación de compensar el equivalente al valor del bien que recibe.

Los proyectos habitacionales realizados en función de la Ley de Propiedad Horizontal deberán aplicar los porcentajes de áreas verdes y comunales indicados en este artículo”.

Como se puede apreciar, el inciso primero del artículo 424 del COOTAD, al referirse a la división para fraccionamiento y urbanización, establece la obligación de entregar por una sola vez, un porcentaje mínimo del 15% y máximo del 25% del cálculo que corresponda del área útil del terreno, para áreas verdes y comunales, con base en el criterio técnico de la municipalidad y de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial; y prescribe además, que al menos el 50% de la superficie entregada debe ser destinada, exclusivamente para áreas verdes.

Como excepción a la contribución antes señalada, el inciso segundo del mismo artículo determina que en el evento de que el lote de terreno al dividirse no supere los mil metros cuadrados, el porcentaje se compensará con el pago en dinero según el avalúo catastral y que la entrega de la sumatoria de áreas verdes, comunales y de vías no deberá exceder del treinta y cinco por ciento (35%) de la propiedad.

De su parte, el artículo 470 del Capítulo II “Fraccionamiento de Suelos y Reestructuración de Lotes”, Sección Primera, denominada “Fraccionamientos Urbanos y Agrícolas”, del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé:

“Art. 470.- Fraccionamiento y reestructuración.- Se considera fraccionamiento o subdivisión urbana o rural a la división de un terreno de dos a diez lotes, con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto. La urbanización es la división de un terreno mayor a diez lotes o su equivalente en metros cuadrados en función de la multiplicación del área del lote mínimo por diez, que deberá ser dotada de infraestructura básica y acceso, y que será entregada a la institución operadora del servicio para su gestión. Según el caso, se aplicará el régimen de propiedad horizontal y demás normas de convivencia existentes para el efecto, que se regularán mediante este Código y las ordenanzas.

Para quienes realicen el fraccionamiento de inmuebles, con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, las municipalidades afectadas aplicarán las sanciones económicas y administrativas previstas en las respectivas ordenanzas; sin perjuicio de las sanciones penales si los hechos constituyen un delito, en este último caso las municipalidades también podrá considerarse como parte perjudicada.

Se entenderá por reestructuración de lotes un nuevo trazado de parcelaciones defectuosas, que podrá imponerse obligatoriamente con alguno de estos fines:

- a) Regularizar la configuración de los lotes; y,
- b) Distribuir equitativamente entre los propietarios los beneficios y cargas de la ordenación urbana”.

Antes de la reforma publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, el inciso primero del artículo 470 del Código Orgánico de Organización Territorial,

Autonomía y Descentralización, hacía referencia exclusivamente al fraccionamiento o subdivisión urbana, mientras que el texto vigente señala que: “Se considera fraccionamiento o subdivisión urbana o rural a la división de un terreno de dos a diez lotes, con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto”.

Por su parte, el artículo 466 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prohíbe urbanizar el suelo con clara vocación agropecuaria, salvo autorización expresa del organismo nacional de tierras.

El artículo 471 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, referido al fraccionamiento agrícola, no ha sido reformado y su texto es el siguiente:

“Art. 471.- Fraccionamiento agrícola.- Considerase fraccionamiento agrícola el que afecta a terrenos situados en zonas rurales destinados a cultivos o explotación agropecuaria. De ninguna manera se podrá fraccionar bosques, humedales y otras áreas consideradas ecológicamente sensibles de conformidad con la ley o que posean una clara vocación agrícola.

Esta clase de fraccionamientos se sujetarán a este Código, a las leyes agrarias y al plan de ordenamiento territorial cantonal aprobado por el respectivo concejo”.

Respecto del alcance del artículo 471 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado mediante oficios Nos. 03486 y 03488 de fecha 1 de septiembre de 2011, dirigidos los Alcaldes de La Maná y Puerto Quito, en su orden, en el primero de los cuales este Organismo concluyó:

“Por su parte, con respecto al fraccionamiento agrícola, el vigente Art. 471 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, considera al fraccionamiento agrícola como ‘el que afecta a terrenos situados en zonas rurales destinados a cultivos o explotación agropecuaria. De ninguna manera se podrá fraccionar bosques, humedales y otras áreas consideradas ecológicamente sensibles de conformidad con la ley o que posean una clara vocación agrícola’; y, agrega que: ‘Esta clase de fraccionamientos se sujetarán a este Código, a las leyes agrarias y al plan de ordenamiento territorial cantonal aprobado por el respectivo concejo’.

Conforme el artículo 471 del COOTAD, el fraccionamiento agrícola debe cumplir dos presupuestos, que se produzca en terrenos situados en zonas rurales y que tales terrenos estén destinados a la explotación agropecuaria, sin perjuicio de las prohibiciones que establece el mismo artículo 471 para este tipo de fraccionamientos, referidos a bosques, humedales y otras áreas consideradas ecológicamente sensibles de conformidad con la ley o que posean una clara vocación agrícola”.

En el pronunciamiento No. 03486 de 1 de septiembre de 2011 antes referido, concluí en los siguientes términos:

“Por lo expuesto, de conformidad con los artículos 54 letra c), 55 letras a) y b) y 57 letra x) del COOTAD y el artículo 44 letra b) y Disposición Transitoria Cuarta del Código de Planificación y Finanzas Públicas, la contribución o entrega mínima del diez por ciento y máximo el veinte por ciento calculado del área útil del terreno urbanizado o fraccionado (actualmente estos porcentajes corresponden al 15 y 25%, en virtud de la reforma del artículo 424 del COOTAD), en calidad de áreas verdes y comunales establecido en el Art. 424 del COOTAD, corresponde exclusivamente al fraccionamiento con fines urbanos. Por lo tanto, a la Municipalidad del Cantón

La Maná, le corresponderá exigir la mencionada contribución o entrega en terrenos, a favor de dicha Entidad Edilicia, situados tanto en áreas urbanas como rurales, siempre que los fraccionamientos se realicen con fines urbanos o para urbanizaciones, sin que proceda tal exigencia en el caso de fraccionamiento de terrenos con fines agrícolas previstos en el artículo 471 del COOTAD (...)

En los casos de fraccionamiento de terrenos con fines agrícolas, es decir aquellos terrenos situados en zonas rurales destinados a cultivos o explotación agropecuaria, no hay la exigencia de aportar áreas verdes y comunales, puesto que del tenor de los artículos 424 y 471 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no existe tal obligación, conforme expresó ya la Procuraduría General del Estado en el pronunciamiento No. 03486 de 1 de septiembre de 2011, sin que la reforma haga necesario que se modifique ese pronunciamiento.

Del análisis jurídico precedente y en atención a su consulta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 424 y 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se concluye que la entrega por una sola vez del porcentaje calculado del área útil del terreno como área verde o comunal, es aplicable al fraccionamiento en terrenos tanto urbanos como rurales, siempre que los fraccionamientos se realicen con fines urbanos o para urbanizaciones, sin que dicha entrega sea exigible para el caso de terrenos agrícolas, en consideración a lo dispuesto en el artículo 471 del COOTAD.

#### SEGUNDA CONSULTA

El informe de la Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Municipal consultante, constante en el oficio No. 0255-PS-GADB de 22 de octubre de 2014, con relación a la segunda consulta cita los artículos 993 a 996 y 1338 del Código Civil, 424 y 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En relación a lo señalado y en atención a los términos de la consulta formulada, el artículo 424 del COOTAD, referido en líneas anteriores, determina la entrega del porcentaje del área verde o comunal en la división de suelo para fraccionamiento o urbanización. Deducimos entonces que todo terreno, que admita división material o física, en dos o más lotes deberán entregarse por una sola vez el porcentaje de área útil de terreno como área verde o comunal en zonas tanto urbanas como rurales”.

Sobre el tema de su segunda consulta, el Presidente de la Asociación de Municipalidades del Ecuador AME, en el oficio No. 004-P-001-DNAJ-2015 de 8 de enero de 2015, cita los artículos 470 y 473 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y expone el siguiente criterio:

“En la partición judicial o extrajudicial, estos son los momentos en los cuales el GAD Municipal debe exigir se considere las áreas verdes y comunales.

Respecto de la venta de derechos y acciones podemos conceptualizarla, como la parte que tiene una persona en un inmueble que físicamente no está dividido o, específicamente, es la cuota ideal de un bien. Se da cuando materialmente existen dos o más personas que ejercen un derecho de propiedad sobre el mismo bien, en la práctica podríamos decir que, el bien inmueble está dividido en dos o más partes, que a su vez les corresponden a dos o más personas, que aún no han hecho la división formal.

En este caso, al momento de efectuarse la partición judicial o extrajudicial, se debe proceder de conformidad con el Art. 473 antes referido, y exigir según corresponda el establecimiento de las áreas verdes y comunales”.

En el pronunciamiento contenido en el oficio No. 12897 de 22 de abril de 2013, al atender las consultas formuladas por el Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cañar, con relación a la partición, manifesté en su parte correspondiente:

“Si bien la partición consiste en un conjunto de operaciones de distribución del patrimonio común entre co-asignatarios o copropietarios, no siempre supone fraccionamiento en los términos que establece el artículo 470 del COOTAD.

Puede ocurrir por ejemplo que en la sucesión exista un solo inmueble que no admita división material (fraccionamiento) entre los coasignatarios; en tal evento, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 1353 del Código Civil, tendrá derecho a la especie, quien más ofrezca por ella y el precio se dividirá entre todos los coasignatarios a prorrata; o, conforme al numeral 6 del mismo artículo, el juez puede separar la propiedad, el usufructo y la habitación o uso, para darlos por cuenta de las asignaciones.

Tampoco existiría fraccionamiento si en el patrimonio a dividir existieran varios inmuebles que puedan ser adjudicados por separado a cada asignatario o co- propietario.

Por el contrario, en una partición habrá además fraccionamiento si el patrimonio indiviso se compone de un terreno que admita división material o física en dos o más lotes representativos de los derechos que a cada asignatario corresponda, y que se adjudican como especies y por separado”.

En el pronunciamiento referido en líneas precedentes, en atención a la tercera consulta formulada por el Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cañar, concluí que: “(...) la partición judicial o extrajudicial de inmuebles urbanos constituye fraccionamiento urbano solamente cuando dé lugar a la división material del bien raíz en dos o más lotes, en los términos del artículo 470 del COOTAD”.

De igual manera, siempre que exista división material o física del terreno en dos o más lotes, en virtud de herencias, donaciones, venta de derechos y acciones, se considera fraccionamiento, de conformidad con el vigente artículo 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que prevé que: “Se considera fraccionamiento o subdivisión urbana o rural a la división de un terreno de dos a diez lotes, con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto”.

Del tenor del artículo 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se concluye que es procedente la entrega al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal, del porcentaje del 15% al 25% en calidad de áreas verdes o comunales en fraccionamientos de suelos por herencias, particiones judiciales y extrajudiciales, donaciones, venta de derechos y acciones, en terrenos ubicados tanto en la zona urbana como en la rural, siempre que tales actos den lugar a la división material del bien raíz en dos o más lotes, en los términos del artículo 470 del COOTAD.

### TERCERA CONSULTA

La Procuradora Síndica Municipal, con relación a la tercera consulta cita el inciso segundo del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, las letras a), e) y x) del artículo 57 del mismo Código, la letra b) del artículo 44 (del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas) y concluye con el siguiente criterio: (la frases en paréntesis me corresponde)

“(…) En este contexto, es mi criterio, que podría el concejo cantonal en virtud de su facultad normativa regular, acorde al Plan de Ordenamiento Territorial y la facultad de determinar las condiciones de urbanización, parcelación lotización y cualquier otra forma de fraccionamiento, el pago en dinero asegurando los porcentajes de áreas verdes y comunales”.

Sobre su consulta, el Presidente de la Asociación de Municipalidades del Ecuador AME, en el oficio No. 004-P-001-DNAJ-2015 cita los artículos 12, 43 y 49 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, referidos a los Planes de Ordenamiento Territorial y expresa como criterio institucional, lo siguiente:

“En resumen, se puede concluir:

La planificación del desarrollo y el ordenamiento territorial es competencia de los gobiernos autónomos descentralizados en sus territorios;

La planificación se ejerce a través de los planes propios de cada uno de los GAD; Los PDOT tienen por objeto:

Ordenar, compatibilizar y armonizar las decisiones estratégicas de desarrollo respecto de los asentamientos humanos, las actividades económico-productivas y el manejo de los recursos naturales en función de las cualidades territoriales;

Deben observarse de manera obligatoria, respecto de la asignación y regulación del uso y ocupación del suelo;

Son referentes obligatorios para la elaboración de planes de inversión, presupuestos y demás instrumentos de gestión de cada GAD.

Cabe por tanto decirse, si el GAD Municipal no contemplo en su plan de ordenamiento territorial el establecimiento de áreas verdes y espacios comunales en ciertas áreas, se entendería que lo hizo por razones técnicamente justificables, tales como las señaladas en el Art. 471 del COOTAD (terrenos situados en zonas rurales destinados a cultivos o explotación agropecuaria, bosques, humedales y otras áreas consideradas ecológicamente sensibles de conformidad con la ley o que posean una clara vocación agrícola)”.

Conforme señalé al atender su primera consulta, del tenor del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, se desprende que en la división de suelo para fraccionamiento y urbanización, se entregará por una sola vez como mínimo el quince por ciento (15%) y máximo el veinticinco por ciento (25%), en base al criterio técnico de la municipalidad, calculando el área útil del terreno en calidad de áreas verdes y comunales, de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Territorial, destinando exclusivamente para áreas verdes al menos el cincuenta por ciento de la superficie entregada.

De igual manera, en la primera consulta, señalé que como excepción a la contribución para áreas verdes y comunales, el inciso segundo del mismo artículo 424 del COOTAD prevé que, para la entrega de áreas verdes y comunales, si la superficie de terreno a dividirse no supera los mil metros cuadrados, en este caso el porcentaje se compensará con el pago en dinero según el avalúo catastral, para los fines que señala la misma norma.

En derecho público rige el principio de legalidad, consagrado 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.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que de conformidad con el artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la única excepción a la entrega de un porcentaje de terreno, por concepto de contribución de áreas verdes y comunales, es la referida al terreno cuya superficie no supera los mil metros cuadrados, evento en el cual la antedicha norma permite la compensación en dinero según el avalúo catastral, sin que sea procedente en ningún otro caso tal compensación en dinero.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad de cada gobierno autónomo descentralizado municipal la aplicación de tales normas a los casos particulares.

#### **ASAMBLEÍSTAS NACIONALES: REEMPLAZO POR AUSENCIA TEMPORAL**

**OF. PGE. N°: 00147 de 20-02-2015**

**ENTIDAD CONSULTANTE: ASAMBLEA NACIONAL**

#### **CONSULTAS:**

- 1.- “(...) ¿a quién le correspondería asumir como asambleísta principal del curul de asambleísta provincial en este caso?”.
- 2.- “(...) ¿a quién le correspondería reemplazar en caso de ausencia temporal o definitiva de la Asambleísta de la Circunscripción No. 1 del Distrito Metropolitano de Quito (...)?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 118 y 226  
Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Arts. 9, 99, 164, 165 y 167.  
Ley Orgánica de la Función Legislativa, Art. 112.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

En el oficio que atiendo, como antecedentes de su primera consulta, expresa lo siguiente:

“En las elecciones de Asambleístas provinciales en el año 2013, en la Provincia de Santa Elena, el ‘Movimiento Peninsular Creyendo en Nuestra Gente’, constituyó lista de la siguiente manera:

<b>Principal</b>	<b>Suplente</b>
Oswaldo Cisneros Soria	Elvira Canales Proaño
Juana Córdova Berrazueta	Jhonny Sánchez Asencio
Raúl Villao Panchana	Rita Matías

Fue electo como asambleísta el señor Oswaldo Cisneros Soria, quien actuó como tal hasta noviembre de 2013, fecha en que presentó su renuncia al cargo de asambleísta; renuncia que de igual manera presentó su alterna, la señora Elvira Canales y posteriormente la señora Juana Córdova (primera candidata principal con mayor votación de la lista y que no alcanzó un curul).

Tras estas simultáneas renunciaciones, se principalizó al señor Raúl Villao (segundo candidato principal con mayor votación de la lista y que no alcanzó un curul), quien por cuestiones médicas posteriormente presentó su renuncia a la Asamblea Nacional”.

Respecto de su segunda consulta, expone los siguientes antecedentes:

“En las elecciones para Asambleístas de la Circunscripción 1 del Distrito Metropolitano de Quito, la cual eligió a 4 asambleístas, por lo que las listas se conformaron con cuatro candidatos principales y sus respectivos suplentes.

De los 4 asambleístas electos, 3 correspondieron al ‘Movimiento Alianza País’ y el 1 al ‘Movimiento CREO’.

En el caso del ‘Movimiento Alianza País’, su lista se conformó de la siguiente manera:

<b>Principal</b>	<b>Suplente</b>
Francisco Velasco	Blanca Azucena Arguello Troya
Ximena Ponce León	Segundo Modesto Campoverde Calva
Fernando Bustamante	Lidia Victoria Paredes Benavides
Anabel Hermosa Acosta	Carlos Rogelio Tupiza Obando

De la lista presentada, fueron electos como asambleístas Francisco Velasco, Fernando Bustamante y Ximena Ponce.

El Asambleísta Paco Velasco, renunció a la Asamblea Nacional y en su reemplazo asumió como principal su alterna la señora Blanca Arguello.

La señora Anabel Hermosa, al ser la candidata de la lista con mayor votación y que no alcanzó un curul legislativo, actuó en los casos que le correspondía reemplazar a alguno de los asambleístas de acuerdo con el artículo innumerado incluido a continuación del art. 167 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas del Ecuador, Código de la Democracia. Se debe aclarar que la señora Anabel Hermosa es la última candidata principal de la lista del Movimiento Alianza País en la circunscripción indicada.

La señora Anabel Hermosa, tras las elecciones seccionales del 2014, fue electa como Concejal del Distrito Metropolitano de Quito, cargo que actualmente desempeña, motivo por el cual perdió su calidad de alterna de conformidad con el inciso 3, art. 93 Código de la Democracia”.



Adjunto al oficio de consulta, ha remitido copia certificada del informe jurídico de la Coordinadora General Jurídica de la Asamblea Nacional, que consta en el memorando 048-AN-CGJ-2015 de 27 de enero de 2015, en el que se citan como fundamentos jurídicos, el artículo 226 de la Constitución de la República, los artículos 9, 99 y 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, así como el artículo innumerado añadido a continuación del artículo 167, por la Ley Orgánica publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 352 de 30 de diciembre de 2010, al Código de la Democracia y el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Con los antecedentes que han quedado citados, procedo a atender sus consultas de manera conjunta, puesto que se refieren a un mismo tema.

#### PRIMERA Y SEGUNDA CONSULTAS.-

Respecto de la primera consulta, la Coordinadora General Jurídica de la Asamblea Nacional, en el memorando 048-AN-CGJ-2015 de 27 de enero de 2015, expresa el siguiente criterio jurídico:

“Conforme a las reglas descritas en el acápite anterior frente a la ausencia definitiva de un principal, le subroga su respectivo suplente, y frente a la ausencia definitiva de todos los principales electos, le subroga uno de los suplentes de los principales. Y frente a la ausencia definitiva de todos los principales y de todos los posibles alternos de la misma fuerza política, le subrogan los candidatos principales no electos”.

En lo que atañe a su segunda consulta, la Coordinadora General Jurídica de la Asamblea Nacional, concluye con el siguiente criterio jurídico

“Por las reglas descritas y ante la renuncia de la asambleísta Anabel Hermosa, le reemplaza en su posición el Asambleísta Carlos Rogelio Tupiza Obando; por tanto, le corresponde a él reemplazar a la Asambleísta Blanca Arguello.

Y, en el caso de que los suplentes de los demás asambleístas principales de la circunscripción 1 del distrito metropolitano se encuentren ausentes o imposibilitados de asistir, le corresponden subrogarlos también a Carlos Tupiza”.

Con relación a la conformación de la Asamblea Nacional, el artículo 118 de la Constitución de la República dispone lo siguiente:

“Art. 118.- La Función Legislativa se ejerce por la Asamblea Nacional, que se integrará por asambleístas elegidos para un periodo de cuatro años.

La Asamblea Nacional es unicameral y tendrá su sede en Quito. Excepcionalmente podrá reunirse en cualquier parte del territorio nacional.

La Asamblea Nacional se integrará por:

1. Quince asambleístas elegidos en circunscripción nacional.
2. Dos asambleístas elegidos por cada provincia, y uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que supere los ciento cincuenta mil, de acuerdo al último censo nacional de la población.
3. La ley determinará la elección de asambleístas de regiones, de distritos metropolitanos, y de la circunscripción del exterior”.

El artículo 9 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, establece como principios para la aplicación del indicado cuerpo legal los siguientes: favorecer el cumplimiento de los derechos de participación, respeto a la voluntad popular y a la validez de las votaciones.

El inciso primero del artículo 99 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, prevé que las candidaturas pluripersonales se presentarán en listas completas con candidatos principales y sus respectivos suplentes, mientras que el artículo 164 *Ibídem*, determina el procedimiento para la adjudicación de escaños en las elecciones pluripersonales.

Por su parte, el artículo 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, sobre la proclamación de los resultados en elecciones pluripersonales dispone lo siguiente:

“Art. 165.- Las autoridades electorales proclamarán electas o electos como principales a quienes hubieren sido favorecidos con la adjudicación de puestos; y como suplentes de cada candidata o candidato principal electo, a quienes hubieren sido inscritos como tales.

De producirse empate por el último escaño entre candidatos del mismo sexo se procederá a sortear la ganadora o el ganador entre quienes se encuentren en esta situación. Si entre los empatados se encuentra una mujer, tendrá preferencia en la adjudicación en aplicación de las medidas de acción positiva y los principios de equidad y paridad que reconocen la Constitución y la ley, para que ésta ocupe dicho escaño”.

Del tenor de los artículos 99 y 165 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, se evidencia que en los casos de elecciones pluripersonales, éstas se efectúan a través de listas, en las que los candidatos principales cuentan con sus respectivos suplentes y al ser elegidos, se proclaman como autoridades bajo la misma premisa el principal y su respectivo suplente.

En el contexto indicado, el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en lo que atañe al reemplazo de asambleístas, dispone:

“Art. 112.- Del reemplazo en caso de ausencia.- En caso de ausencia temporal o definitiva, en las sesiones del Pleno de la Asamblea Nacional o en las comisiones especializadas, las y los asambleístas principales serán reemplazados por sus suplentes.

Las y los asambleístas suplentes, mientras no sean principalizados de forma permanente, podrán ejercer todos sus derechos y no se les aplicarán las restricciones o prohibiciones que rigen para las y los asambleístas principales, previstas en esta ley.

Para el caso de las sesiones del Pleno, serán posesionados al inicio de la primera sesión en la que se integren, ante la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional; y para el caso de las comisiones especializadas, ante la Presidenta o Presidente de la respectiva comisión.

En caso de ausencia temporal, la o el asambleísta principal comunicará del particular a la Presidenta o Presidente y a su suplente, con la indicación de las sesiones que no actuará.

Quien reemplace al principal, cuando éste último ocupe un cargo directivo en cualquiera de los

órganos de la Asamblea Nacional, no tendrá la misma condición del reemplazado.

Si algún reemplazante fuere contratado para cumplir funciones en la Asamblea Nacional, perderá su condición de tal.

Las y los reemplazantes, cuando actúen como principales, estarán sujetos a los mismos deberes y atribuciones de las y los asambleístas principales detalladas en esta ley y en los reglamentos internos.

La o el empleador del asambleísta suplente, cualquiera que éste sea, deberá otorgarle licencia sin sueldo para que comparezca a la Asamblea Nacional a realizar su labor.

En caso de que la o el suplente se excusare o estuviere impedido de acudir por cualquier circunstancia, la Secretaría General de la Asamblea Nacional convocará a quien le reemplace de conformidad con la ley.

Para el caso de las y los suplentes de las y los asambleístas principales del exterior que se excusaren o estuvieren impedidos de acudir por cualquier circunstancia, la Secretaría General de la Asamblea Nacional convocará a quien lo reemplace de acuerdo a la lista certificada por el Consejo Nacional Electoral de las y los asambleístas suplentes nacionales electos del Movimiento o Partido Político al que pertenece”.

En lo principal, con relación al tema materia de consulta, el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, antes citado, prevé que en caso de ausencia temporal o definitiva, en las sesiones del Pleno de la Asamblea Nacional o en las comisiones especializadas, los asambleístas principales serán reemplazados por sus suplentes, quienes cuando actúen como principales, estarán sujetos a los mismos deberes y atribuciones de los asambleístas principales; y, en caso de que la o el suplente se excusare o estuviere impedido de acudir por cualquier circunstancia, la Secretaría General de la Asamblea Nacional convocará a quien le reemplace de conformidad con la ley.

La Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 352 de 30 de diciembre de 2010, dispuso agregar a continuación del artículo 167 del indicado cuerpo legal, el siguiente artículo innumerado:

“Art. ...- En caso de ausencia o imposibilidad de asistir de los respectivos alternos de los asambleístas, concejales y vocales de las Juntas Parroquiales, la secretaría del órgano respectivo convocará a aquellos candidatos principales que sigan en la lista en el orden de votación.

Para el caso de asambleístas, de no existir más candidatos en la lista de la respectiva circunscripción electoral, se convocará al candidato siguiente según la votación de la lista nacional.

En el caso de ausencia definitiva y si se hubieren agotado todos los posibles alternos de la misma fuerza política, tendrá derecho a ejercer esa representación el siguiente candidato o candidata más votada”.

Por lo expuesto, en atención a sus consultas se concluye que por mandato del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, los asambleístas principales son reemplazados por sus suplentes por lo que, en el evento de que se produzca la ausencia definitiva de un asambleísta

principal, de conformidad con el artículo innumerado añadido a continuación del artículo 167 de la Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, le subroga su respectivo suplente.

En caso de ausencia o imposibilidad de asistir del alterno o suplente del asambleísta principal, se convocará a aquellos candidatos principales que sigan en la lista en el orden de votación. Para el evento en que se hubieren agotado todos los posibles alternos de la misma fuerza política, tendrá derecho a ejercer esa representación el siguiente candidato o candidata más votada. Además, según dispone la norma citada en último término, en el caso de asambleístas, de no existir más candidatos en la lista de la respectiva circunscripción electoral, se convocará al candidato siguiente según la votación de la lista nacional.

Este pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante la aplicación de las mismas a casos particulares.

#### **AVALÚO CATASTRAL: REGULARIZACIÓN DE LA FORMA DE ADJUDICACIÓN Y PRECIO A PAGAR EN ESCRITURAS**

**OF. PGE. N°:** 02232 de 05-08-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN PÍLLARO

#### **CONSULTAS:**

1.- “¿Al amparo del Art. 481.1 del Código Orgánico de Organización Territorial y Autonomía y Descentralización: es procedente el cobro a los propietarios de los predios que se encuentran realizando tramites (sic) de adjudicación de excedentes y que en los mismos se establece en su título (sic) escriturario una cabida de: una cuadra más o menos, un solar más o menos, o superficies medidas y que constan además con las palabras ‘aproximadamente o más o menos’, este cobro también se lo puede aplicar a títulos escriturarios realizados antes de la fecha de promulgación del COOTAD?”

2.- “¿En base al segundo inciso del Art. 481.1 del COOTAD, la Municipalidad establecerá el margen de error técnico; en relación al precio a pagar se debe tomar como referencia el avalúo catastral y la condición socio económica del propietario del lote principal, es decir es susceptible de descuentos por los factores detallados?”

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 11, 35 y 47.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Arts. 5, 57, 86, 87 lit. a), 157 lit. a), 436 y 481 núm. 1.

Ley Orgánica de Discapacidades, Arts. 1, 4, 16 y 17.

Código Civil, Arts. 7 y 18.

## **PRONUNCIAMIENTOS:**

Me refiero a su oficio No. AJ-15-41 de 10 de junio de 2015, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 10 del mismo mes y año y al alcance contenido en el oficio No. AJ-15-44 de 3 de julio de 2015, recibido en este Organismo en la misma fecha, a través de los cuales formula dos consultas relacionadas con la inteligencia del artículo 481.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD.

El informe jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal a su cargo, ha sido remitido como anexo al oficio No. No. AJ-15-41 de 10 de junio de 2015 y consta en el memorando No. AJ-15-413 de 4 de junio de 2015, suscrito por el Asesor Jurídico Municipal.

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender su solicitud, mediante oficio No. 01606 de 22 de junio de 2015 e insistencia constante en el oficio No. 01861 de 9 de julio de 2015, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio institucional del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas – AME, sin que la indicada Asociación haya atendido dicho requerimiento hasta la presente fecha.

En el oficio No. AJ-15-44 de 3 de julio de 2015, suscrito por el Alcalde y el Asesor Jurídico Subrogante del Gobierno Autónomo Descentralizado de Píllaro, señalan que atienden el oficio No. 01606 de 22 de junio de 2015, dirigido a la Asociación de Municipalidades del Ecuador – AME, remitido en copia para su conocimiento y expresan como antecedente de sus consultas, que en dicho Gobierno Autónomo Descentralizado se ha presentado un proyecto de “Ordenanza Municipal que Establece el Régimen Administrativo de Regularización de Excedentes y Diferencias de Terrenos de Propiedad Privada en Zonas Urbanas y Rurales dentro del Cantón Santiago de Píllaro”.

Con los antecedentes señalados, procedo a atender las consultas planteadas en el mismo orden en que han sido formuladas.

### **PRIMERA CONSULTA**

En el memorando No. AJ-15-413 de 4 de junio de 2015, que contiene el informe jurídico de la entidad consultante, el Asesor Jurídico Municipal cita el artículo 481.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como los pronunciamientos emitidos por esta Procuraduría y que constan en los oficios Nos. 04424 y 08821 de 21 de octubre de 2011 y 17 de julio de 2012, respectivamente, y expone el siguiente criterio jurídico:

“En base a los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado y el Art. 481.1 del COOTAD, en mi calidad de Asesor Jurídico, me permito indicar que en relación a la adjudicación de excedentes de propiedad de particulares es aplicable el procedimiento tanto en predios realizados antes y después de la promulgación del COOTAD esto es el 19 de octubre del año 2010. En relación al pago por la adjudicación de excedentes la municipalidad del cantón Píllaro ya efectuó la consulta respectiva a la Procuraduría General del Estado la que en su parte pertinente suscribe que ‘se debe adjudicar el excedente al propietario del lote que ha sido mal medido cobrándole el precio de mercado, lo que constituye una venta, que deberá ser instrumentada en escritura pública’ ”.

La materia de su consulta se relaciona con la Sección Segunda del Título IX “Disposiciones Especiales de los Gobiernos Metropolitanos y Municipales”, denominada “Lotes, Fajas y Excedentes Distritales o Cantonales”, que fue reformada por la Ley Orgánica Reformatoria al

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicada en el Registro Oficial Suplemento 166 de 21 de enero del 2014, esto es con posterioridad a los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado que se citan en el informe jurídico de la municipalidad consultante.

El artículo 481.1 añadido al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización por la Ley Orgánica Reformatoria, que es materia de su consulta, norma los excedentes de propiedad privada y dispone lo siguiente:

“Art. 481.1.- Excedentes o diferencias de terrenos de propiedad privada.- Por excedentes de un terreno de propiedad privada se entiende a aquellas superficies que forman parte de terrenos con linderos consolidados, que superan el área original que conste en el respectivo título de dominio al efectuar una medición municipal por cualquier causa, o resulten como diferencia entre una medición anterior y la última practicada, por errores de cálculo o de medidas. En ambos casos su titularidad no debe estar en disputa. Los excedentes que no superen el error técnico de medición, se rectificarán y regularizarán a favor del propietario del lote que ha sido mal medido, dejando a salvo el derecho de terceros perjudicados. El Gobierno Autónomo Descentralizado distrital o municipal establecerá mediante ordenanza el error técnico aceptable de medición y el procedimiento de regularización.

Si el excedente supera el error técnico de medición, los gobiernos autónomos descentralizados municipales o metropolitanos expedirán la ordenanza para regular la forma de adjudicación y precio a pagar tomando como referencia el avalúo catastral y las condiciones socio económicas del propietario del lote principal.

Para la aplicación de la presente normativa, se entiende por diferencias el faltante entre la superficie constante en el título de propiedad y la última medición realizada. El Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano de oficio o a petición de parte realizará la rectificación y regularización correspondiente, dejando a salvo las acciones legales que pueden tener los particulares.

El registrador de la propiedad, para los casos establecidos en el anterior y presente artículo, procederá a inscribir los actos administrativos de rectificación y regularización de excedentes y diferencias, documentos que constituyen justo título, dejando a salvo los derechos que pueden tener terceros perjudicados”.

Del tenor del inciso primero de la disposición legal previamente citada, se desprende que son excedentes de un terreno de propiedad privada, aquellas superficies que se determinan al efectuar una medición municipal por cualquier causa, o cuando se establezca una diferencia entre una medición anterior y la última practicada, por errores de cálculo o de medidas y que forman parte de terrenos con linderos consolidados, que superan el área original que conste en el respectivo título de dominio. Cuando los excedentes no superen el error técnico de medición, se efectuarán las rectificaciones y regularizaciones a favor del propietario del lote que ha sido mal medido, dejando a salvo el derecho de terceros perjudicados. Para tales fines, corresponde a cada gobierno autónomo descentralizado distrital o municipal, establecer mediante ordenanza el error técnico aceptable de medición y el procedimiento de regularización.

El inciso segundo del artículo 481.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, confiere a los gobiernos autónomos descentralizados municipales o metropolitanos, en el caso de que el excedente supere el error técnico de medición, la atribución de regular mediante ordenanza, la forma de adjudicación y precio a pagar tomando como

referencia el avalúo catastral y las condiciones socio económicas del propietario del lote principal.

Adicionalmente, el inciso tercero del artículo 481.1 *Ibidem* prevé que se entienden como diferencias el faltante entre la superficie constante en el título de propiedad y la última medición realizada; y, que el gobierno autónomo descentralizado municipal o metropolitano de oficio o a petición de parte, realizará la rectificación y regularización correspondiente, sin perjuicio de las acciones legales que pueden tener los particulares.

El último inciso del artículo 481.1 del COOTAD dispone que el registrador de la propiedad procederá a inscribir los actos administrativos de rectificación y regularización de excedentes y diferencias, que constituyen justo título, para los casos establecidos en dicho artículo, referido a los excedentes o diferencias en los terrenos de propiedad privada, así como en el artículo 481 del mismo Código Orgánico, que contiene regulaciones relacionadas con los lotes, fajas y excedentes de propiedad de los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos, así como de los inmuebles mostrencos que carecen de dueño conocido. Finalmente, la norma que se analiza, deja a salvo los derechos que puedan tener terceros perjudicados.

Por lo expuesto, en atención a los términos de la primera parte de su primera consulta, se concluye que al amparo del artículo 481.1 del Código Orgánico de Organización Territorial y Autonomía y Descentralización, les corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos, determinar mediante ordenanza el error técnico aceptable de medición así como la procedencia del cobro a los propietarios por excedentes de un terreno de propiedad privada, entendiéndose como tales a aquellas superficies que forman parte de terrenos con linderos consolidados, que superan el área original que conste en el respectivo título de dominio al efectuar una medición municipal por cualquier causa, o resulten como diferencia entre una medición anterior y la última practicada, por errores de cálculo o de medidas.

En el evento de que el excedente no supere el error técnico de medición, el gobierno autónomo descentralizado debe proceder a su legalización conforme se establezca en la ordenanza emitida para el efecto; y, de superarlo, se deberá efectuar la adjudicación y transferencia de dominio, previo pago del precio.

En lo que atañe a la segunda pregunta de la primera consulta, que se refiere a la procedencia de que se efectúe el cobro por los excedentes determinados en base de títulos de propiedad realizados antes de la fecha de promulgación del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, ya fue analizado en el pronunciamiento constante en el oficio No. 08821 de 17 de julio de 2012, en el cual, en lo principal expresé lo siguiente:

“De lo expuesto se desprende que, el concepto de excedentes, la competencia de las municipalidades para determinarlos y el procedimiento para su enajenación, fueron establecidos por el artículo 4 del Decreto Supremo 1376 reformado por el Decreto Supremo 439, que fueron expedidos en 1973 y 1974 respectivamente, esto es en forma posterior a la Ley de Régimen Municipal promulgada en el año 1971. Dichos Decretos Supremos fueron incluidos únicamente como fuente de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal en el año 2005, más no incorporadas sus disposiciones al articulado de esa Ley Orgánica. Finalmente el texto del artículo 4 reformado del Decreto Supremo 1376, fue incorporado en el artículo 481 del vigente COOTAD, transcrito en los antecedentes de este pronunciamiento.

(...) El principio de irretroactividad, consta en el artículo 7 del Código Civil que establece: ‘Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo’.

Considerando que la medición que efectúe la Municipalidad de conformidad con el inciso final del artículo 481 del COOTAD, permitirá establecer si existe excedente o diferencia de superficie del lote, respecto de aquella que conste en el título inscrito, se concluye que, el excedente se determina a la fecha en que la diferencia de superficie sea detectada por la Municipalidad y no respecto de la fecha en que se haya adquirido el lote o terreno e inscrito el respectivo título. Detectado el excedente, corresponde a la Municipalidad realizar su enajenación mediante adjudicación al propietario del lote mal medido, cobrándole el precio del mercado, conforme dispone el antes citado inciso final del artículo 481 del COOTAD.

Del análisis jurídico que precede, con respecto a sus consultas se concluye que, el inciso final del artículo 481 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, se debe aplicar para la determinación y enajenación de excedentes, provenientes de error en la medición y/o nueva medición técnica, respecto de inmuebles urbanos y rurales, cuyos títulos se hubieren otorgado e inscrito antes o después de la vigencia del COOTAD, sin que aquello contravenga el principio de irretroactividad establecido por el artículo 7 del Código Civil, en virtud de que los excedentes se determinan a la fecha en que la diferencia de superficie sea detectada por la Municipalidad y no respecto de la fecha en que se hubiere instrumentado la adquisición del inmueble e inscrito el respectivo título”.

El razonamiento jurídico contenido en el pronunciamiento No. 08821 de 17 de julio de 2012, es aplicable a la segunda pregunta de su primera consulta y permite concluir que la determinación de excedentes y el cobro por aquellos, es procedente en títulos escriturarios realizados antes de la fecha de promulgación del COOTAD, ya que aquello no contraviene el principio de irretroactividad de la Ley, en virtud de que los excedentes se determinan a la fecha en que la diferencia de superficie sea detectada por la Municipalidad y no respecto de la fecha en que se hubiere instrumentado la adquisición del inmueble e inscrito el respectivo título.

## SEGUNDA CONSULTA

En el alcance a su consulta, contenido en el oficio No. AJ-15-44 de 3 de julio de 2015, suscrito por el Alcalde y el Asesor Jurídico Subrogante, se citan los artículos 11, 35 y 47 de la Constitución de la República, 186, 436 y 481.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como los artículos 1, 4, 16 y 17 de la Ley Orgánica de Discapacidades y en base de tales argumentos jurídicos, se amplía el criterio jurídico de la entidad consultante y con relación a su segunda consulta, se concluye en el siguiente tenor:

“En Base a la normativa traída a colación y en mi calidad de Asesor Jurídico Subrogado mediante acción de personal N° 1864 de fecha 25 de junio del año 2015, y en relación a la aplicabilidad del segundo inciso del artículo 481.1 del COOTAD, me permito manifestar que mediante el Departamento de Acción Social se emitirá un Informe debidamente sustentado, para determinar las condiciones socioeconómicas del propietario del inmueble, lo cual servirá de base para considerar en el precio a pagar por la adjudicación que realizará la municipalidad a favor del interesado; esto se aplicara única y exclusivamente a personas que posean un solo inmueble y que no supere la superficie de 1764 m<sup>2</sup>, además basados en los Principios In dubio pro hominem, Preferred Freedom, Principios de Igualdad, Principios de Favorabilidad, y con la finalidad de que todas las personas sean beneficiadas tanto discapacidades, adultos mayores, y Otros, indico que es procedente realizar la adjudicación de excedentes, tomando en cuenta siempre la condición socioeconómica del beneficiario”.



La letra a) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, dispone que le corresponde al concejo municipal el ejercicio de la facultad normativa en las materias de su competencia, mediante la expedición de ordenanzas cantonales, acuerdos y resoluciones. Idénticas atribuciones le competen al concejo metropolitano, según lo dispuesto en la letra a) del artículo 87 del COOTAD.

De conformidad con lo señalado al atender su primera consulta, el inciso segundo del artículo 481.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, confiere a los gobiernos autónomos descentralizados municipales o metropolitanos, en el evento de que el excedente determinado por dichos gobiernos, supere el error técnico de medición, la atribución de regular mediante ordenanza, la forma de adjudicación y precio a pagar tomando como referencia el avalúo catastral y las “condiciones socio económicas” del propietario del lote principal.

Nuestra legislación no define la expresión “condiciones socioeconómicas”, por lo que ha de atenderse a la regla segunda del artículo 18 del Código Civil que dispone: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal” y en consecuencia se tratan de condiciones que abarcan tanto aspectos sociales, como económicos del propietario del lote principal.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que en los casos en que el excedente supere el error técnico de medición, compete a los gobiernos autónomos descentralizados municipales o metropolitanos, expedir la correspondiente ordenanza para regular la forma de adjudicación y precio a pagar tomando como referencia el avalúo catastral y las condiciones socio económicas del propietario del lote principal, al que se le adjudica el excedente, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 481.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

La Procuraduría General del Estado no se pronuncia sobre el proyecto de “Ordenanza Municipal que establece el Régimen Administrativo de Regularización de Excedentes y Diferencias de Terrenos de Propiedad Privada en Zonas Urbanas y Rurales dentro del Cantón Santiago de Píllaro”, por no ser de su competencia, ya que de conformidad con la letra a) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde al concejo municipal ejercer la facultad legislativa cantonal a través de ordenanzas; y, según el artículo 6 del mismo Código, ninguna Función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía política de los gobiernos autónomos descentralizados, puesto que las normas que emite el Concejo Municipal, constituyen una manifestación de su autonomía política, conforme prevé el inciso segundo del artículo 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

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

## B

### BONO DE COMPENSACIÓN POR RESIDENCIA: VIÁTICO POR GASTOS DE RESIDENCIA

OF. PGE. N°: 02089 de 22-07-2015

ENTIDAD CONSULTANTE: CORTE CONSTITUCIONAL

#### CONSULTAS:

1.- Los servidores públicos que obtuvieron su nombramiento regular y se posesionaron del puesto antes del Mandato Constituyente No. 2 y después de la expedición del Reglamento para su aplicación, reclaman su derecho al Bono de Compensación por Residencia: ¿Tienen derecho a percibir dicho Bono?”

2.- ¿Si tiene derecho a percibir dicho bono desde que (sic) fecha les corresponde?”.

#### BASES LEGALES:

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

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

Mandato Constituyente No. 2, Art. 5.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 17 lits. a) y b) subnumeral b5, 124; y, 273, 274 y 275 de su Reglamento General.

Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, Arts. 5 lit. f) 101 y 102 inc. segundo (derogada).

Reglamento para el pago de la compensación por residencia y transporte para funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado, Arts. 3, 6 y 7.

Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, Art. 14.

D.E. N° 3, R.O.S N° 8 de 25-01-2007.

Res. SENRES N° 000017, R.O. N° 47, 21-03-2007, Art. 1.

#### PRONUNCIAMIENTO:

Con oficio No. 01235 de 20 de mayo de 2015, este Organismo le solicitó reformular los términos de la consulta, de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma, de acuerdo con los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República, 3 y 13 letra e) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En la misma comunicación se requirió remitir en texto independiente, el criterio del Director de Asesoría Jurídica de esa entidad, respecto al objeto de la consulta reformulada.

Adjunto al oficio en el que se reformula la consulta, se ha remitido el criterio del Director de Asesoría Legal de la Corte Constitucional, contenido en oficio No. 248-2015-CCE-P de 4 de junio de 2015.

A fin de contar con mayores elementos de análisis del tema materia de la consulta reformulada, con oficio No. 01505 de 12 de junio de 2015, este Organismo requirió el criterio institucional del Ministerio del Trabajo; e insistió en dicho pedido mediante oficio No. 01740 de 1 de julio de 2015, que ha sido atendido por la ingeniera Paola Hidalgo, Viceministra del Servicio Público, con

oficio No. MDT-VSP-2015-0565 de 10 de julio de 2015, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 13 de julio del presente año.

El criterio del Director de Asesoría Legal de la entidad consultante, refiere como antecedente que la compensación por residencia fue instituida por el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2 y cita los artículos 3, 6, 7 y la Disposición General Cuarta del Reglamento para el pago de la compensación por residencia y transporte para funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado, expedido mediante Resolución No. SENRES 2008-000147, publicada en el Registro Oficial No. 414 de 29 de agosto de 2008. Sobre dicha base normativa, el referido informe manifiesta y concluye lo siguiente:

“Me refiero específicamente a la DISPOSICIÓN GENERAL CUARTA.- Excepción del derecho de la compensación por residencia, contenida en el mencionado Reglamento. Esta excepción, es excluyente y discriminadora, de aquellos servidores públicos que obtuvieron un nombramiento regular en una ciudad distinta a la de su residencia y se posesionaron antes de la creación del Bono de Compensación por Residencia, que sin embargo, es amplio e incluyente para todos los servidores públicos que ‘tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios’ sin calificar o exceptuar a ninguno, sin importar su nivel jerárquico.

Por lo expuesto, un reglamento de aplicación de un Mandato Constituyente, con rango de Ley Orgánica, jamás puede restringir el derecho a recibir un bono de compensación por residencia, menos aún si un servidor público reclama el ejercicio de este derecho cumpliendo con todas las disposiciones técnicas y procedimentales que exige el indicado Reglamento (...).

Para concluir, el criterio de la Dirección de Asesoría Legal de la Corte Constitucional del Ecuador, es que el derecho al Bono de Compensación por Residencia le corresponde a todos los servidores públicos, sin excepción, que lo soliciten y desde que cumplen con los requisitos exigidos en el Reglamento para el Pago de Compensación por Residencia, precitado”.

Por su parte, la Viceministra del Servicio Público efectúa un análisis normativo cronológico sobre la materia y al efecto cita entre otras normas, los artículos 5 letra f) y 102 segundo inciso de la Ley Orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (actualmente derogada y sustituida por la Ley Orgánica del Servicio Público), que respecto de los funcionarios del Tribunal Constitucional (actual Corte Constitucional), entre otros servidores, preveían que no estaban comprendidos en el servicio civil y tampoco estaban sujetos a la aplicación del Libro II de esa Ley, que regulaba las remuneraciones en el sector público.

La Viceministra del Servicio Público cita adicionalmente, la Resolución expedida por la extinguida SENRES, No. 2004-0191, que contenía el Reglamento para el pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias de las instituciones, entidades y organismos del sector público, sus reformas, así como el Decreto Ejecutivo No. 3, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 8 de 25 de enero de 2007, sobre cuya base manifiesta:

“Como se puede observar de las disposiciones mencionadas, el pago de viático mensual de hasta quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, era reconocido a las autoridades y funcionarios públicos del Nivel Jerárquico Superior que trasladaron su domicilio a la ciudad de Quito, teniendo su domicilio habitual fuera de la provincia de Pichincha; es decir que por efecto de la vigencia de la propia LOSCCA las autoridades y funcionarios que por sus conocimientos y capacidades eran requeridos a prestar sus servicios en la capital de la República, tenían derecho al reconocimiento del pago del viático mensual, con las excepciones contempladas en el

segundo inciso del artículo 101, esto es el personal, entre otros, del Tribunal Constitucional. Por tanto estas disposiciones no permitían el reconocimiento para servidores que tenían nombramiento regular”.

Además, la Viceministra del Servicio Público se refiere a la expedición del Mandato Constituyente No. 2, a la Ley Orgánica Reformatoria al Mandato Constituyente No. 2 y a la Resolución No. SENRES-2008-00147, que contiene el Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado, y sus reformas, manifestando que dicho Reglamento “(...) se mantiene vigente por efecto de la Disposición Transitoria Cuarta de la LOSEP (...)”; y, agrega:

“(...) el Mandato Constituyente No. 2 que entró en vigencia el 24 de enero del 2008, y que fuera publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261, de 28 de enero del 2008, cuya implementación fue viabilizada por la ex SENRES a través de la expedición de la Resolución No. SENRES-2008-00147, publicada en el Registro Oficial No. 414, de 29 de agosto de 2008, y su reforma dada con Resolución No. SENRES-2008-000156, publicada en el Registro Oficial No. 441, de 7 de octubre de 2008, reconoce la compensación por residencia a los funcionarios que ocupan puestos establecidos en la Escala del Nivel Jerárquico Superior y servidores de la Escala de Remuneraciones Mensuales Unificadas, que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio personal o familiar junto con el servidor a otra ciudad, percibirán durante el desempeño de sus funciones, hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado, pago que está sujeto a las disponibilidades presupuestarias institucionales, de acuerdo al cuadro que se detalla en el artículo 5 y que está determinado en siete niveles derivado de los grados de la escala del nivel jerárquico superior”.

Finalmente, la Viceministra del Servicio Público cita los artículos 17 letras a) y b) subnumeral b5 y 124 de la vigente Ley Orgánica del Servicio Público, 273, 274 y 275 de su Reglamento General y 14 de la Norma del Subsistema de Reclutamiento y Selección de Personal, emitida por el Ministerio de Relaciones Laborales (actual Ministerio del Trabajo) mediante Acuerdo No. MRL-2014-0222, y concluye:

“En razón de lo expuesto, no procede el reconocimiento del viático por residencia a la o el servidor público que ocupa un puesto de carrera con nombramiento ‘permanente’ y que la anterior LOSCCA lo identificaba como ‘regular’ en la Corte Constitucional (anterior Tribunal Constitucional), desde antes de la vigencia del Mandato Constituyente No. 2, en razón de que el pago de este viático estaba dado a las autoridades y funcionarios públicos del Nivel Jerárquico Superior que trasladaron su domicilio a la ciudad de Quito, teniendo su domicilio habitual fuera de la provincia de Pichincha. Así mismo sobre la base del inciso final del artículo 274 del Reglamento General a la LOSEP y Disposición General Cuarta de la Resolución de la ex SENRES No. 2008-0147 antes citada, la o el servidor público al que se le otorga un nombramiento permanente para un puesto de carrera, en apego a lo que manda el artículo 17 letra a) y subnumeral b5 letra b) de la LOSEP y artículo 17 letra a) de su Reglamento General, no le corresponde el reconocimiento del viático por residencia, dado que desde el inicio del proceso y luego del registro del nombramiento provisional y posesión; y, superado el período de prueba obtuvo el nombramiento permanente, estaba enterado y aceptó todas las condiciones del puesto, como es el lugar de trabajo”.

Para el análisis de la consulta resulta pertinente considerar que, durante la vigencia de la Ley Orgánica de Servicio Civil Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, el artículo 1 de la Resolución No. SENRES-2007-000017, creó

un viático por residencia en beneficio de los funcionarios del nivel jerárquico superior, en los siguientes términos:

“Art. 1.- En el artículo 2 del Reglamento para el pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias, expedido con Resolución No. SENRES-2004-0191 publicado en el Registro Oficial No. 474 de 2 de diciembre del 2004, adicionar los siguientes incisos:

‘Las autoridades y funcionarios públicos del nivel jerárquico superior, que trasladen su domicilio a la ciudad de Quito, teniendo su domicilio habitual fuera de la provincia de Pichincha, y que por sus conocimientos y capacidades sean requeridos a prestar sus servicios en la capital de la República, en las instituciones, entidades, organismos y empresas determinadas en el Art. 101 de la LOSCCA, percibirán durante el desempeño de sus funciones u viático mensual de hasta quinientos (US \$ 500) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

La Unidad de Administración de Recursos Humanos UARH’S de cada institución emitirá el informe previo al pago del viático sobre la base de la declaración juramentada efectuada por la autoridad o funcionario, por medio de la cual se afirme que su domicilio habitual lo tiene fuera de la provincia de Pichincha, sin perjuicio de las verificaciones posteriores que estarán bajo su responsabilidad. ‘ ”

Con posterioridad, el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2 que se cita en la consulta, creó la compensación por residencia, para cubrir gastos de vivienda, en beneficio de los servidores que deban trasladar su domicilio a otra ciudad. Para viabilizar su aplicación, se expidió el Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado, contenido en la Resolución No. 147 de la extinguida SENRES, que ha citado el Ministerio del Trabajo en su criterio institucional.

El artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2, fue interpretado por la Ley Orgánica Reformatoria a dicho Mandato, que calificó a la compensación por residencia como viático que no integra la remuneración. Los textos normativos del artículo 5 del Mandato No. 2 y su interpretación, son los siguientes:

“Art. 5.- Compensación por residencia.- Los funcionarios y servidores que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad, tendrán derecho a una compensación económica para cubrir los gastos de vivienda por un monto máximo de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado”.

“Interprétase el Art. 5 en el sentido de que la compensación por residencia establecida en dicho artículo tiene la naturaleza jurídica de viático, por lo que no se considera parte integrante de la remuneración, ni constituye ingreso grabable para el régimen de seguridad social ni para el impositivo, y deberá ser pagado, mes a mes, de conformidad con la norma interpretada a todos los servidores públicos, en los términos del artículo 229 de la Constitución de la República, siempre que tengan su domicilio habitual fuera de la ciudad en la que presten sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad”.

Finalmente, el artículo 124 de la vigente Ley Orgánica del Servicio Público, establece el viático para gastos de residencia, en los siguientes términos:

“Art. 124.- Viático por gastos de residencia.- Las servidoras y servidores que tuvieren su domicilio habitual, fuera de la ciudad en la cual presten sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia a otra ciudad de otra provincia, salvo los casos que fundamentadamente apruebe el Ministerio de Relaciones Laborales, para cubrir los gastos de vivienda, tendrán derecho a un viático que no podrá superar los tres salarios básicos unificados por mes para los trabajadores en general del sector privado, de conformidad con la norma técnica que para el efecto expida este Ministerio”.

El segundo inciso del artículo 274 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, inicialmente preveía lo siguiente:

“Se exceptúan del derecho del pago del viático por residencia la o el servidor que obtuvo su nombramiento provisional como ganador de un concurso de méritos y oposición o aquel que una vez concluido el periodo de prueba obtiene su nombramiento permanente, en una ciudad distinta a la de su domicilio habitual y que al posesionarse del puesto aceptó las condiciones, remuneración y requerimientos del puesto, lugar de trabajo y actividades a desempeñar”.

Sobre la base normativa entonces vigente, en pronunciamiento contenido en oficio No. 07767 de 14 de mayo de 2012, respecto de la compensación o viático por residencia, manifesté y concluí lo siguiente:

“(…) de conformidad con el artículo 124 de la vigente LOSEP, el viático para gastos de residencia se establece en beneficio del servidor público que deba trasladar su residencia y domicilio habitual, al lugar en el que deba ejercer el cargo; y, se exceptúa de ese derecho, al servidor con nombramiento permanente que al posesionarse del cargo aceptó las condiciones del puesto, entre ellas el lugar de trabajo, según lo establecen el segundo inciso del artículo 274 del Reglamento a la LOSEP y la Disposición General Cuarta de la Resolución 147 de la extinguida SENRES”.

Con posterioridad a dicho pronunciamiento, el artículo 274 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público fue reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 1305; el actual tenor de esa norma y los artículos 273 y 275 del citado Reglamento, que reglan el viático por gastos de residencia, es el siguiente:

“Art. 273.- Del viático por gastos de residencia.- Es el estipendio monetario o valor mensual al que tienen derecho las y los servidoras de las instituciones establecidas en los artículos 3 y 94 de la LOSEP, por concepto del traslado de su residencia a otra ciudad de otra provincia en la cual debe prestar sus servicios, con el propósito de cubrir los gastos de vivienda.

En caso de que la institución contare con alojamiento propio en el lugar al cual se trasladare la residencia y la servidora o el servidor hiciere uso del mismo, no se pagará este viático.

El Ministerio de Relaciones Laborales emitirá la norma técnica respectiva para establecer los casos de excepción, en las que se incluyen el traslado en la misma provincia, en las que tendrían derecho a este viático”.

“Art. 274.- Del valor del viático por gastos de residencia.- Las y los servidores públicos que ocupan puestos establecidos en la Escala del Nivel Jerárquico Superior y las escalas de remuneraciones establecidas por el Ministerio de Relaciones Laborales, que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia personal o familiar a una ciudad de otra provincia o en los casos de

excepción establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, percibirán durante el desempeño de sus funciones un viático por residencia mensual de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado, pago que estará sujeto a las disponibilidades presupuestarias institucionales, de acuerdo a la tabla que para el efecto emita el Ministerio de Relaciones Laborales, contando con el dictamen previo del Ministerio de Finanzas.

La o el servidor que posterior a la obtención de su nombramiento permanente deba trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad de otra provincia, tendrá derecho a este viático”.

“Art. 275.- Requisitos para el pago.- La o el servidor público solicitante del viático por residencia deberá acreditar mediante la declaración juramentada ante Notario requerida para el ingreso al servicio público, que ha trasladado su residencia personal y/o familiar, y adjuntar los requisitos adicionales, de lo cual le corresponderá hacer el seguimiento y verificación posterior a la UATH.

En caso que se compruebe la falsedad en la declaración juramentada ante Notario para proceder al pago de viático por residencia, o se simulare un domicilio en otra ciudad, a más de las acciones administrativas, se procederá al inicio de los procesos civiles o penales en contra de la o el servidor, sin perjuicio de la correspondiente destitución previo el sumario administrativo”.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 19230 de 21 de octubre de 2014, al atender una consulta del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de Galápagos, manifesté lo siguiente:

“(…) mediante Decreto Ejecutivo No. 1305, publicado en el Suplemento de Registro Oficial No. 807 de 10 de octubre de 2012, se derogó el segundo inciso del artículo 274 del Reglamento de la LOSEP que exceptuaba de pago del viático por residencia al servidor que al concluir el periodo de prueba, obtiene su nombramiento permanente en una ciudad distinta a la de su domicilio habitual, por lo que dicha excepción actualmente ya no es aplicable.

Los servidores públicos pueden percibir el viático por gastos de residencia, si cumplen los presupuestos establecidos en los artículos 124 de la LOSEP, 273, 274 y 275 de su Reglamento, esto es si mediante declaración juramentada acreditan que para el ingreso al servicio público han trasladado su residencia personal y/o familiar a otra ciudad de otra provincia en la cual debe prestar sus servicios.

(…) En atención a los términos de su consulta se concluye que, las personas que cumpliendo los requisitos específicos han sido designados como servidores públicos en los términos del artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público y que para el ejercicio del respectivo cargo deban trasladar su residencia temporal a una provincia distinta de aquella en la que tienen su domicilio y residencia personal o familiar, pueden percibir el viático por gastos de residencia que establece el artículo 124 de esa Ley”.

A lo dicho en el pronunciamiento de la referencia, es oportuno agregar que, la norma técnica sobre el viático por gastos de residencia, a la que se refieren los artículos 124 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 273 de su Reglamento, que establezca los casos de excepción al reconocimiento de dicho beneficio, no ha sido aún expedida por el Ministerio del Trabajo, por lo que continúa aplicándose la Resolución No. 147 de la extinguida SENRES, que contiene el Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para los funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado, según ha manifestado la Viceministra del Servicio Público en el criterio institucional que fue citado en los antecedentes.

El artículo 3 de la citada Resolución No. 147, define a la compensación por residencia como “(...) el estipendio monetario o valor mensual que los funcionarios y servidores de las instituciones, entidades, organismos y empresas del Estado, reciben por concepto del traslado de su residencia y domicilio personal o familiar junto con el servidor, a otra ciudad en la cual debe prestar sus servicios, cuyo propósito es cubrir los gastos de vivienda”; y, agrega que, para la aplicación de esa resolución, “se entenderá por domicilio personal aquel en el que vive el funcionario o servidor; en cambio, domicilio familiar es aquel en el que vive la familia del funcionario o servidor”. La letra a) del artículo 5 ibídem, establece la forma de cálculo de la compensación por residencia; y, el artículo 6 prescribe el procedimiento que debe observar la Unidad de Administración de Recursos Humanos de cada institución, que consiste en que emita un “(...) informe previo al pago de la compensación por residencia sobre la base de la declaración juramentada efectuada por el funcionario o servidor, por medio de la cual se afirme que su domicilio personal y habitual lo tiene fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios, sin perjuicio de las verificaciones posteriores que estarán bajo su responsabilidad”.

La Disposición General Cuarta de la Resolución No. 147, sobre cuya aplicación trata la consulta, establece una excepción en virtud de la cual no se genera el derecho a la compensación o viático por gastos de residencia, en los siguientes términos:

“CUARTA.- Excepción del derecho de la compensación por residencia.- El servidor que obtuvo un nombramiento regular en una ciudad distinta a la de su residencia habitual y que al posesionarse del puesto aceptó las condiciones y requerimientos del cargo, lugar de trabajo y función que iba a desempeñar, tal condición no le acredita el derecho a esta compensación. Se exceptúa a los servidores de carrera a los cuales su partida se traslada a otra ciudad fuera de su residencia habitual, después de la emisión del Mandato 002”.

A los nombramientos regulares expedidos al amparo de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil, Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, la letra a) del artículo 17 de la vigente Ley Orgánica del Servicio Público los denomina nombramientos permanentes, que son aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previsto en esa Ley.

Del análisis jurídico que precede se desprende que, la Resolución No. 147 de la SENRES que contiene el Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado, no crea el derecho a la compensación por gastos de residencia, sino que se expidió para viabilizar la aplicación del Mandato Constituyente No. 2 cuyo artículo 5 estableció dicho viático.

Por lo expuesto y en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2 y la Disposición General Cuarta de la Resolución No.147, los servidores públicos de carrera, esto es aquellos designados luego de un procedimiento de selección, que obtuvieron su nombramiento regular y se posesionaron del puesto antes del 28 de enero de 2008, fecha en que se publicó el Mandato Constituyente No. 2, aceptaron las condiciones del cargo, incluido el lugar de trabajo y por tanto no tienen derecho al viático por gastos de residencia, a menos que con posterioridad a la expedición de la citada Resolución No. 147 publicada en el Registro Oficial No. 414 de 29 de agosto de 2008, se hubiere producido el traslado de la partida presupuestaria del servidor a una ciudad distinta, evento en el que se configuraría la excepción prevista por su Disposición General Cuarta.



El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas jurídicas. Es de exclusiva responsabilidad de los personeros de la respectiva entidad, la aplicación de las normas a los casos concretos, previa verificación del cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la ley y los reglamentos respectivos.

## C

### **CANCELACIÓN DE DERECHOS Y TARIFAS: SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES (SAYCE) Y LA FEDERACIÓN NACIONAL DE ARTISTAS PROFESIONALES DEL ECUADOR (FENARPE), PREVIO A LA ORGANIZACIÓN DE ESPECTÁCULOS PÚBLICOS**

**OF. PGE. N°:** 01418, 04-06-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RIOBAMBA

#### **CONSULTAS:**

1.- “¿Las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual y la Resolución No. 001-2012 del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), publicado en el Registro Oficial No. 653 de 5 de marzo de 2012, que establecen derechos y tarifas a ser cancelados a favor de la Sociedad General de Autores y Compositores (SAYCE) y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador (FENARPE), como requisito previo a la organización de espectáculos públicos, siguen vigentes o también han sido derogadas por la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 22, de 25 de junio de 2013, que de manera expresa deroga la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual, el artículo 16 y 31 de la Ley de Defensa Profesional de Artistas, y todas aquellas disposiciones de igual o menor jerarquía que creen preasignaciones a favor de SAYCE Y FENARPE?”.

2.- Tal derogación de derechos y tarifas a favor de SAYCE Y FENARPE, ¿debe aplicarse en la realización de espectáculos públicos que organice directamente el GAD Municipal de Riobamba a través de sus Departamentos de Cultura y Comité de Fiestas, o en los que realice el GAD municipal de Riobamba a través de empresarios de espectáculos públicos contratados específicamente para ello?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 22, 66 núms. 23 y 26; 226, 237 núm. 3, 298, 301 y 322.

Ley Orgánica de Comunicación, Disp. Derogatoria Segunda.

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

Ley de Propiedad Intelectual, Arts. 1, 3, 4, 5, 6, 22, 109, 110, 112, 115, 341 y 345.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Me refiero a su oficio No. 0314-ALC-2015 de 17 de abril de 2015, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 20 de abril del presente año, mediante el cual reformula los términos de

su consulta inicialmente planteada en oficio No. 202-ALC-2015 de 16 de marzo de 2015, recibido el 20 de marzo del presente año.

En la comunicación que contesto, al reformular la consulta se plantean dos preguntas relacionadas con la aplicación de la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, respecto de las normas de la Ley de Propiedad Intelectual que establecían derechos a favor de la Sociedad General de Autores y Compositores (SAYCE) y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador (FENARPE), como requisito previo a la organización de espectáculos públicos.

Respecto a su pedido inicial, 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, con oficio No. 00626 de 27 de marzo de 2015 e insistencia contenida en el oficio No. 00833 de 15 abril del presente año, este Organismo solicitó a la Entidad Edilicia que usted representa, reformular los términos de su consulta de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado, por parte de la Procuradora Síndica de la Municipalidad a su cargo.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 00627 de 27 de marzo de 2015 e insistencia contenida en oficio No. 00835 de 15 de abril de 2015, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME, pedido que fue atendido con oficio No. 293-DE-DNAJ-2015 de 14 de abril de 2015, suscrito por el Director Ejecutivo de dicha Asociación e ingresado a esta Institución el 20 de abril del presente año.

Adicionalmente, mediante oficio No. 00628 de 27 de marzo de 2015 e insistencia contenida en oficio No. 00834 de 15 de abril de 2015, se requirió el criterio del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, requerimiento que fue atendido mediante oficio No. IEPI-PR-2015-0154-OF de 27 de mayo de 2015, suscrito por el Director Ejecutivo del Instituto e ingresado en la Procuraduría General del Estado el 29 de mayo del año en curso.

El informe jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba, respecto de las consultas reformuladas, consta en el Memorando No. GADMR-AJ-2015-1467-M de 17 de abril de 2015, suscrito por la Procuradora Síndica, el mismo que se ha remitido adjunto al oficio que contiene la reformulación de las consultas.

Con los antecedentes que han quedado señalados, procedo a atender sus consultas, en el mismo orden en que han sido reformuladas en oficio No. 0314-ALC-2015 de 17 de abril de 2015.

#### PRIMERA CONSULTA

Como antecedente de su petición, en el oficio inicial de consulta No. 202-ALC-2015 de 16 de marzo de 2015, expresa lo siguiente:

“De la documentación que adjunto, vendrá en su conocimiento que el Comité Permanente de Fiestas del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba ha venido organizando espectáculos públicos especialmente con motivo de las celebraciones de las efemérides de la ciudad. Para la realización de estos espectáculos cuando se trata de eventos artísticos se ha cancelado previamente los derechos que corresponde a SAYCE para obtener la autorización de la Intendencia General de Policía de Chimborazo. Pero con la expedición de la Ley de Comunicación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 22, de 25 de junio de

2013, han quedado derogadas aquellas pre-asignaciones a favor de la Sociedad General de Autores y Compositores -SAYCE- y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador —FENARPE” (sic), por tanto el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Riobamba por esta disposición no se encuentra obligado a pagar los derechos de SAYCE. En este sentido se ha pronunciado Procuraduría Institucional a través de sus Abogados en diferentes comunicaciones ante requerimientos del Comité de Fiestas.

Por su parte SAYCE ha manifestado que no otorgarán ningún permiso ni autorización por no haber cancelado sus derechos que según ellos siguen vigentes, y de la misma manera la Intendencia General de Policía ha manifestado que no autorizará la celebración de ningún espectáculo público si el GAD Municipal no cancela los derechos de SAYCE”.

En el informe jurídico de la Procuradora Síndica de la Municipalidad consultante, contenido en el Memorando No. GADMR-AJ-2015-1467-M de 17 de abril de 2015, se señalan similares antecedentes a los expresados en el oficio inicial de consulta, transcrito al inicio del presente; y adicionalmente, se indica y concluye que:

“La Sociedad General de Autores y Compositores –SAYCE- y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador – FENARPE, a través de sus representantes en oficios Nos. 1542, de 24 de marzo del 2014; y, DJ-099-14, reclamando (sic) el pago de derechos de autor de acuerdo al pliego tarifario.

(...) En consecuencia, en tanto no se reforme o suprima la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, los derechos, tarifas o preasignaciones en favor de la Sociedad General de Autores y Compositores –SAYCE- y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador –FENARPE’, no se encuentran vigentes”.

Por su parte, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) cita el artículo 301 de la Constitución de la República y la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, y concluye con el siguiente criterio institucional:

“En aplicación a la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, publicado (sic) en el Suplemento del Registro Oficial No. 22, de fecha 25 de junio de 2013, la misma que se encuentra vigente, el GAD Municipal del cantón Riobamba, en relación a la organización de espectáculos públicos, no es procedente seguir cancelando los derechos de autor a favor del SAYCE y la FENARPE, para efectos de cumplir lo previsto en la ley citada”.

El Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, en el oficio No. IEPI-PR-2015-0154-OF, refiere como antecedente que:

“Mediante Oficio No. IEPI-PR-2014-0035-OF, de fecha 30 de enero de 2014, el Director Ejecutivo del IEPI se dirige al Ministro del Interior, Dr. José Serrano Salgado, con el fin de que se disponga a quien corresponda con el cumplimiento y respecto a los derechos de autor de las obras que son comunicadas públicamente en eventos, espectáculos y conciertos, toda vez que con el Memorando No. MDI-MDI-VSI-SSI-DCOP-2013-0272-M, dirigido a los Intendentes de policía, se inobservan las normas de Derecho de Autor y Derechos Conexos contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual las cuales se encuentran plenamente vigentes, puesto que sí es necesaria la autorización de la sociedad de gestión colectiva que representa los derechos de los autores y compositores de las obras que sean explotadas durante los mencionados eventos públicos, en este caso la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE”.

Como fundamentos jurídicos del criterio institucional, el Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, cita los artículos 22, 66 numerales 23 y 26, 226, 298 y 322 de la Constitución de la República, 1, 4, 5, 6, 22, 109, 110, 112, 115, 341 y 345 de la Ley de Propiedad Intelectual, así como los artículos 29 y 32 de su Reglamento General y efectúa el siguiente análisis jurídico:

“En base al artículo 66 numeral 26 de la Constitución de la República del Ecuador, se reconoce el derecho a la propiedad en todas sus formas y su acceso se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, así también el Art. 22 establece el ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, esto es beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales; el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual - IEPI, en base al artículo 3 de la Ley de Propiedad Intelectual es el organismo competente para propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender a nombre del Estado los derechos concernientes a la Propiedad Intelectual.

(...) Las sociedades de gestión colectiva están destinadas a la administración de los derechos patrimoniales que le son confiados, tal como se menciona en el artículo 109 de la Ley de Propiedad Intelectual, que define a las antedichas personas jurídicas como sociedades de derecho privado, sin fines de lucro, siendo voluntaria la afiliación por parte de sus socios para encomendar la gestión colectiva de sus derechos de autor o derechos conexos, por medio de mandato, (sic) Uno de los derechos encargados por el autor a las sociedades de gestión colectiva es el de precautelar el derecho patrimonial que deviene de la comunicación pública.

(...) La Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE, es una entidad de derecho privado, que tiene por objeto recaudar los derechos patrimoniales concernientes al repertorio nacional o extranjero que representan conforme el artículo 4 de su Estatuto, es decir que, SAYCE actúa como intermediario entre los usuarios y los autores y compositores, pues se encarga de recaudar los derechos patrimoniales por el uso de las obras cuyos derechos administra y esa recaudación va destinada al reparto de sus socios (autores-compositores) que mediante mandato o contratos de adhesión encargaron a SAYCE la gestión, ya que en la realidad resulta imposible que el autor vaya de lugar en lugar ejerciendo su derecho, es entonces SAYCE quien realiza ésta actividad otorgando una licencia en su representación.

(...) En lo relacionado a la derogatoria de la disposición transitoria sexta de la ley de Propiedad Intelectual, esta norma en ningún momento derogó ninguno de los derechos de autor, puesto que, los derechos patrimoniales de autores y compositores, no constituyen preasignaciones presupuestarias, sino recaudaciones por el uso o la explotación de las obras; además, la disposición transitoria de la Ley de Propiedad Intelectual estableció que la Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador SAYCE, podrá cobrar el derecho de comunicación pública mientras se conforma junto con ASOTEC una ventanilla única de cobro. Al respecto, debe mencionarse que ASOCTEC (sic) nunca se creó por lo que consecuentemente no se conformó la ventanilla única.

Entonces se puede ver que, la Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador SAYCE ha recaudado y recauda los valores correspondientes a comunicación pública en base al mandato que cada uno de sus socios le han entregado, puesto que el derecho de comunicación pública se encuentra establecido en el Art. 22 de la Ley de Propiedad Intelectual y su gestión no se encuentra fundamentada en la disposición transitoria que ha sido derogada por la Ley Orgánica de Comunicación.

(...) Por otra parte, se debe tener claro que la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador — FENARPE, es una organización gremial de derecho privado que defiende los derechos de artistas y se rige por la Ley de Defensa Profesional del Artista y sus propios Estatutos vigentes; sin embargo, en lo que respecta al funcionamiento de FENARPE, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual no es la institución competente para vigilar su funcionamiento y administración, toda vez que la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento regula a las sociedades de gestión colectiva entre ellas SAYCE, pero no a FENARPE que es una organización gremial”.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, el Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, en el oficio No. IEPI-PR-2015-0154-OF de 27 de mayo de 2015, expresa el siguiente criterio institucional:

“Por lo tanto, de conformidad con el análisis realizado se concluye que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Riobamba y todas las personas naturales o jurídicas en el Ecuador que realicen comunicación pública de obras, están obligadas a obtener la autorización por el uso y explotación de obras cuyos derechos son representados por la Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador — SAYCE, a excepción de aquellos casos que constituyan usos honrados que no necesitan de esta autorización descritos en la normativa de Propiedad Intelectual vigente”.

El artículo 22 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce el derecho a la capacidad creativa y la protección de los derechos derivados de la autoría de una producción, mientras que el artículo 322 *Ibidem* reconoce la propiedad intelectual. Dichas normas, en su orden establecen:

“Art. 22.- Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría”.

“Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad”.

La Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, a la que se refiere su consulta, establece lo siguiente:

“SEGUNDA.- Deróguense la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual, el artículo 16 y 31 de la Ley de Defensa Profesional de Artistas, y todas aquellas disposiciones de igual o menor jerarquía que creen preasignaciones a favor de la Sociedad General de Autores y Compositores -SAYCE- y la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador — FENARPE”.

A fin de atender la consulta, resulta pertinente considerar el contenido de las normas derogadas, cuyos textos eran los siguientes:

Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual.

“SEXTA.- Independientemente de la recaudación de los derechos patrimoniales por la respectiva sociedad de gestión, la recaudación de los derechos económicos por comunicación pública

realizado a través de cualquier medio, de obras musicales con o sin letra y dramático musicales, estará a cargo de una entidad única conformada por la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE y la Asociación de Productores de Fonogramas del Ecuador ASOTEC, entidad única que recaudará a título de gestión colectiva.

Hasta que entre en funcionamiento la entidad única recaudadora, la SAYCE continuará recaudando éstos derechos.

La entidad recaudadora única se conformará dentro de los sesenta días posteriores a la constitución del Consejo Directivo del IEPI”.

#### Ley de Defensa Profesional de los Artistas

“Art- 16.- En los contratos con artistas, conjuntos musicales y orquestas extranjeras, éstos directamente o a través de sus representantes o empresarios, como requisito previo a sus presentaciones deberán pagar los correspondientes derechos a la Federación de Artistas Profesionales del Ecuador; para lo cual se dictará el Reglamento que trata la disposición transitoria 1ra”.

“Art. 31.- Toda programación artística en la que participen únicamente artistas nacionales, estará exenta del pago de impuestos.

El empresario o empleados, pagará obligatoriamente a la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador, el valor correspondiente al 10% del monto total de las recaudaciones producidas”.

Del tenor de las normas derogadas se establece que, la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE y la Federación de Artistas Profesionales, según la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual y los artículos 16 y 31 de la Ley de Artistas Profesionales, recaudaban valores y derechos económicos, por lo que es necesario analizar el origen y la naturaleza de tales valores, conforme se verá más adelante.

Considerando que las indicadas normas han sido objeto de derogatoria expresa, introducida por la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, sobre cuya aplicación trata la consulta, es pertinente examinar los efectos de la derogación de las leyes.

De conformidad con el artículo 37 del Código Civil, la derogación de una ley puede ser expresa o tácita, total o parcial, sobre lo cual nos ilustran los tratadistas Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, en los siguientes términos:

“La derogación puede ser expresa o tácita. Hay derogación expresa cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior, y tácita cuando la ley nueva contiene disposiciones incompatibles con las de la antigua.

(...) Lo que caracteriza esencialmente a la derogación expresa es la mención que hace el legislador de las leyes que deroga. Esta cita puede hacerse en globo, como cuando se dice ‘quedan derogadas todas las leyes anteriores a ésta que versen sobre la misma materia’, o indicando una por una, como cuando se dice: ‘deróganse leyes 1, de fecha tanto, 2 de fecha tanto, etc.

(...) La derogación tácita se funda en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas, debe entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera.

(...) La derogación, en cuanto a su extensión, es total o parcial. La primera suprime por completo la ley antigua, sea que se limite a establecer la supresión, sea que la reemplace por otras disposiciones. La segunda suprime uno o más preceptos de la ley antigua, sustituyéndolos o no por otros; el resto queda vigente”.

De la cita de las normas derogadas, señaladas en la consulta, obsérvese que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual, no es la que da origen a los derechos cuya recaudación le corresponde a la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE, sino que se trata de una norma que establecía que la recaudación de los derechos económicos por comunicación pública realizado a través de cualquier medio, de obras musicales con o sin letra y dramático musicales, estaría a cargo de una entidad única conformada por la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE y la Asociación de Productores de Fonogramas del Ecuador ASOTEC, que estaría a cargo de recaudar tales valores, a título de gestión colectiva.

Al respecto, corresponde señalar que según expresa el Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual – IEPI, en el oficio No. IEPI-PR-2015-0154-OF “(...) debe mencionarse que ASOTEC nunca se creó por lo que consecuentemente no se conformó la ventanilla única”.

Cabe entonces determinar la naturaleza jurídica de los derechos cuya recaudación le compete por una parte, a la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE y que por otra le correspondía a la Federación de Artistas Profesionales, para lo cual es pertinente examinar la forma en que dichas entidades fueron constituidas y el origen de tales valores.

La Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE), se constituyó mediante Acuerdo Ministerial No. 1291 de 13 de marzo de 1973 y según el Acuerdo Ministerial No. 755, publicado en el Registro Oficial No. 847 de 6 de junio de 1979, se le otorgó personería jurídica como sociedad representativa de los creadores de música nacional popular o erudita con o sin letra, de los herederos y derechohabientes de los mismos, y de las sociedades autorales extranjeras con las cuales se encuentra vinculada mediante convenios de asistencia y representación recíproca. El artículo 2 del citado Acuerdo Ministerial, dispone:

“Art. 2.- La Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE), ‘será la única sociedad autorial en el Ecuador, en el género de la creación musical, y tendrá como atribuciones la percepción en todo el territorio de la República de los derechos económicos de Autor, emergentes de la utilización de las obras musicales y literarias musicalizadas, cualesquiera sea el medio y las modalidades, además de las previstas en los Arts. 26, 106 y más pertinentes de la Ley de Derechos de Autor.

Las personas físicas y jurídicas, nacionales o extranjeras que hayan de percibir esos derechos económicos para sí o para sus mandantes, deberán actuar siempre a través de la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE)”.

Adicionalmente, el Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual – IEPI, en su oficio No. IEPI-PR-2015-0154-OF de 27 de mayo de 2015, anteriormente citado, señala que SAYCE, se encuentra legalmente habilitada por la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del IEPI, para recaudar los derechos patrimoniales de nacionales y extranjeros

como producto de la comunicación pública que se realiza de su repertorio, incluidos aquellos derechos que se encuentran inmersos en los espectáculos públicos.

El artículo 22 de la Ley de Propiedad Intelectual, define lo que se entiende por comunicación pública de obras, como “(...) todo acto en virtud del cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar y, en el momento en que individualmente decidan, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, como en los siguientes casos: (...) g) La presentación y exposición públicas”.

Adicionalmente, el artículo 341 de la Ley de Propiedad Intelectual establece: “Art. 341.- Anunciada o de cualquier modo conocida la comunicación publicada de una obra legalmente protegida sin que se hubiere obtenido la autorización correspondiente, el titular de los derechos podrá solicitar a la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos que se la prohíba, lo cual será ordenado inmediatamente. Al efecto se presume que el organizador, empresario o usuario no cuenta con la debida autorización por la sola protesta de parte del titular de los derechos”.

El artículo 109 de la Ley de Propiedad Intelectual, establece la naturaleza jurídica de las sociedades de gestión colectiva, en los siguientes términos:

“Art. 109.- Son sociedades de gestión colectiva las personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, cuyo objeto social es la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor o derechos conexos, o de ambos.

La afiliación de los titulares de derechos de autor o de derechos conexos a una sociedad de gestión colectiva es voluntaria”.

De acuerdo con los artículos 110 y 112 de la Ley de Propiedad Intelectual, las sociedades de gestión colectiva están obligadas a administrar los derechos que les son confiados, sin menoscabar la facultad de los titulares de derechos para ejercerlos directamente; deben ser autorizadas por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y están sujetas a su vigilancia, control e intervención.

Finalmente, el artículo 116 de la Ley de Propiedad Intelectual prevé lo siguiente: “Art. 116.- Las sociedades de gestión colectiva establecerán las tarifas relativas a las licencias de uso sobre las obras o producciones que conformen su repertorio. Las tarifas establecidas por las sociedades de gestión colectiva serán publicadas en el Registro Oficial por disposición de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, siempre que se hubieren cumplido los requisitos formales establecidos en los estatutos y en este Capítulo para la adopción de las tarifas”.

Sobre dicha base normativa, mediante Resolución No. 001-2012-DNDAYDC, publicada en el Registro Oficial No. 653 de 5 de marzo de 2012, que se menciona en la consulta, el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual dispuso la publicación del nuevo pliego tarifario de la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE), aprobado por Resolución No. 002-2011 de la Asamblea General Extraordinaria de 2 de agosto de 2011, que contempla las tarifas que como derechos económicos por derechos de autor se deben cancelar a favor a la antes indicada Sociedad, por concepto de derechos de reproducción, distribución, sincronización, reproducción y comunicación pública.

Similares previsiones constan en los artículos 8, 19, 95 y 109 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, en tanto protegen los derechos de autor, reconocen el “derecho exclusivo de



explotar su obra en cualquier forma y de obtener por ello beneficios” y se confiere a las sociedades de autores, la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor y su recaudación.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que la legislación que reconoce y garantiza los derechos de autor, se encuentra vigente y la misma ha establecido la existencia de sociedades de gestión colectiva y en la especie la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE) tiene el carácter de sociedad de gestión colectiva, autorizada para administrar y recaudar las retribuciones económicas correspondientes a los derechos de autor, resultantes de la utilización pública de las obras de autores nacionales y extranjeros, en los términos de los artículos 109 y 110 de la Ley de Propiedad Intelectual, así como para establecer las tarifas de las licencias de uso público de obras musicales, de acuerdo con el artículo 116 *Ibidem*.

En consecuencia, las retribuciones económicas que recauda la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE) a nombre de los titulares de tales derechos, constituyen regalías a las que tienen derecho los autores de las obras por la utilización o difusión pública de sus obras.

Por otra parte, corresponde analizar la naturaleza de la Federación Nacional de Artistas Profesionales Ecuatorianos (FENARPE), que de acuerdo con el artículo 23 de la Ley de Defensa Profesional de Artistas, se constituyó “(...) como persona jurídica de derecho privado con las finalidades y la estructura que se determinan en sus estatutos, y conformada por las Asociaciones de Artistas Profesionales de las Provincias del País”.

La Ley de Defensa Profesional de los Artistas, disponía:

“Art- 16.- En los contratos con artistas, conjuntos musicales y orquestas extranjeras, éstos directamente o a través de sus representantes o empresarios, como requisito previo a sus presentaciones deberán pagar los correspondientes derechos a la Federación de Artistas Profesionales del Ecuador; para lo cual se dictará el Reglamento que trata la disposición transitoria 1ra”.

“Art. 31.- Toda programación artística en la que participen únicamente artistas nacionales, estará exenta del pago de impuestos.

El empresario o empleados, pagará obligatoriamente a la Federación Nacional de Artistas Profesionales del Ecuador, el valor correspondiente al 10% del monto total de las recaudaciones producidas”.

Conforme se evidencia de los artículos 16 y 31 (derogados) de la Ley de Defensa Profesional de Artistas, que fueron transcritos en los antecedentes, todo empresario o empleador debía pagar a la Federación Nacional de Artistas Profesionales Ecuatorianos, el valor correspondiente al 10% del monto total de las recaudaciones producidas en las programaciones artísticas, con la salvedad a favor de las programaciones en las que participen únicamente artistas nacionales. Es decir que, el artículo 16 de la Ley de Defensa Profesional de los Artistas, establecía un ingreso a favor de la Federación Nacional de Artistas Profesionales Ecuatorianos (FENARPE) que no se originaba en los derechos de autor, reconocidos nacional e internacionalmente, sino que simplemente obligaba al empresario a destinar el 10% de la recaudación del espectáculo a la indicada organización gremial.

Del análisis precedente, en atención a su consulta, se concluye que la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica de Comunicación, dejó expresamente sin vigencia la Disposición

Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual y los artículos 16 y 31 de la Ley de Artistas Profesionales del Ecuador, así como todas aquellas disposiciones de igual o menor jerarquía que creaban preasignaciones a favor de SAYCE Y FENARPE. No obstante, la derogatoria de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley de Propiedad Intelectual, en ningún momento ha dejado sin vigencia o derogado ninguno de los derechos de autor de obras musicales y sus derechos patrimoniales, los cuales no constituyen preasignaciones presupuestarias ya que son regalías a favor de los autores por el uso o la explotación pública de sus obras, que se recaudan por una sociedad de gestión colectiva en los términos de los artículos 110 y 112 de la Ley de Propiedad Intelectual.

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.

#### SEGUNDA CONSULTA

El numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República del Ecuador prevé que, le corresponde al Procurador General del Estado el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley en aquellos temas en que la ley no otorgue competencias a otras autoridades u organismos.

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

En aplicación de las disposiciones legales precedentes, 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.

Su consulta no está dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, 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, en cumplimiento de la normativa jurídica citada me abstengo de atender su solicitud.

#### **CÓDIGO DE TRABAJO: CAMBIO DE RÉGIMEN LABORAL**

**OF. PGE. N°:** 03750 de 30-11-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN CUYABENO

#### **CONSULTAS:**

“1.- ¿Se debe continuar pagando a los servidores del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Cuyabeno, sujetos al Código de Trabajo, sindicalizados o no, los beneficios establecidos en los literales a), b) y c), como son: subsidio familiar, subsidio por antigüedad, servicio de transporte respectivamente; y, el servicio de alimentación constante en el literal d) del Art. 5 del Acuerdo Ministerial No. MDT-2015-0054, emitido por el Ministerio de Trabajo, el

18 de marzo de 2015, en el que se expidieron los techos de negociación para la suscripción de contratos colectivos de trabajo, contratos individuales de trabajo y actas transaccionales para el año 2015, sin que exista suscrito un contrato colectivo de trabajo o que dichos beneficios no consten estipulados en los contratos individuales de trabajo que se encuentran vigentes?

2.- ¿En el otorgamiento de las vacaciones a los servidores que fueron cambiados de régimen laboral, de la Ley Orgánica del Servicio Público al Código de Trabajo, se debe considerar para el cálculo del derecho a gozar adicionalmente de un día de vacaciones por cada uno de los años excedentes al quinto año, desde la fecha de ingreso al servicio público o únicamente desde que se realizó el cambio de régimen al Código del Trabajo?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226, 229, 237 núm. 3 y 326 núm. 16.

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

Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 101.

Código del Trabajo, Art. 69.

Res. N° 017, R.O. N° 102 de 11-06-2007.

D.E. N° 1701, R.O. N° 592 de 18-05-2009, Art. 5.

A. M. N° 54, R.O.S. N° 491 de 30-04-2015.

D.E. N° 225, R.O. N 123 de 4 de febrero de 2010, Art. 1 núm. 1.1.1.5.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Respecto de la primera pregunta previamente transcrita, con oficio No. 02924 de 1 de octubre de 2015, este Organismo se abstuvo de emitir pronunciamiento, en virtud de que la misma no estaba dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, sino que trataba sobre una decisión de carácter administrativo de exclusiva responsabilidad de esa municipalidad.

Con relación a la segunda pregunta, en el oficio No. 02924 de 1 de octubre de 2015 se solicitó a la Municipalidad del Cantón Cuyabeno, reformularla conforme a los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República, 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma y con oficio No. 03272 de 26 de octubre de 2015, este Organismo insistió en el requerimiento antes referido; mismo que fuere atendido mediante oficio No. 671 A.C-GAD.MC-2015 de 9 de noviembre de 2015, ingresado el 10 de noviembre de 2015.

A fin de contar con mayores elementos para su análisis, con oficio No. 02925 de 1 de octubre de 2015, este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministro de Trabajo sobre su segunda consulta, y con oficio Nos. 03271 de 26 de octubre de 2015, este Organismo insistió en el citado requerimiento, mismo que fuere atendido por dicha Cartera de Estado mediante oficio No. MDT-DJTE-2015-00545-OF de 10 de noviembre de 2015, ingresado el 11 de noviembre del presente año, suscrito por el doctor Manolo Rodas Beltrán, Viceministro del Trabajo y Empleo.

Adicionalmente, mediante oficio No. 670-A.C-GAD.MC-2015 de 9 de noviembre de 2015, recibido el 10 de noviembre del presente año, la Municipalidad que usted representa formula una nueva consulta, sobre la materia respecto de la que trató la primera pregunta contenida en su oficio inicial No. 635-ALC-2015 de 23 de septiembre de 2015.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas, la primera planteada como nueva pregunta en oficio No. 670 A.C-GAD.MC-2015 de 9 de noviembre de 2015 y la segunda reformulada en oficio No. 671 A.C-GAD.MC-2015 de 9 de noviembre de 2015.

#### PRIMERA CONSULTA

La Constitución de la República en el artículo 237 numeral 3, dispone que corresponde al Procurador General del Estado el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

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

De acuerdo con el segundo inciso del citado artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, toda consulta deberá estar respaldada por el informe del Asesor Jurídico de la institución, con relación al tema objeto de la consulta.

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 sus artículos 2 y 4 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional

El artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 1701, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, que establece las limitaciones a la contratación colectiva en el sector público, confiere al Ministerio de Relaciones Laborales, actual Ministerio del Trabajo, atribución para controlar bajo su responsabilidad la aplicación y cumplimiento de las normas, regulaciones y criterios que ese Decreto establece.

Mediante Acuerdo No. 54, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 491 de 30 de abril de 2015, al que alude su consulta, el Ministro del Trabajo ha expedido los techos de negociación para la suscripción de contratos colectivos de trabajo, contratos individuales de trabajo y actas transaccionales para el año 2015.

De la lectura de los términos de la consulta, no aparece que esté dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de mis competencias previstas en el 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, sino que corresponde a una decisión administrativa de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, cuyo control compete al Ministerio del Trabajo de acuerdo con el artículo 5 del Decreto Ejecutivo 1701, motivo por el cual y con fundamento en la normativa jurídica citada me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, mediante oficio No. 02339 de 16 de junio de 2011, esta Procuraduría se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 101 de la Ley Orgánica del Servicio Público que confiere competencia al Ministerio del Trabajo (antes Ministerio de Relaciones Laborales), como ente rector, para expedir las regulaciones que establezcan los pisos y techos de las remuneraciones mensuales de los servidores de los gobiernos autónomos descentralizados.

Adicionalmente pongo en su conocimiento que en el portal institucional [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec) se encuentran a disposición del público, los pronunciamientos vinculantes emitidos por la Procuraduría General del Estado a través del Sistema de Consultas Absueltas, herramienta informática diseñada por esta Institución para facilitar su búsqueda y la obtención de los pronunciamientos emitidos a partir del año 2008.

## SEGUNDA CONSULTA

El criterio del Director de Gestión de Asesoría Jurídica de la Municipalidad consultante, contenido en informe jurídico No. 60-2015 GAD-MC de 6 de noviembre de 2015, cita entre otras normas los artículos 226 y 229 de la Constitución de la República, que establecen el principio de legalidad que rige en derecho público y el concepto de servidor público; y, el artículo 69 del Código del Trabajo que regula las vacaciones del personal sujeto a ese cuerpo normativo. Sobre dicha base concluye:

“(...) este Departamento Jurídico considera que si es procedente el día adicional solicitado fundamentado en el art. 69 del Código de Trabajo vigente en el tema vacaciones para los trabajadores que pasaron de LOSEP a Código del Trabajo ya que el trabajador no pierden (sic) sus derechos”.

Por su parte, el Viceministro del Trabajo y Empleo, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, invoca el numeral 2 del artículo 326 de la Constitución de la República que establece que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles; así como el numeral 1.1.1.5 del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 225, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010, que se refiere al personal que en función de la clasificación que efectúe el Ministerio de Trabajo, pase de ser servidores a obreros; y, el artículo 69 del Código del Trabajo, que regula las vacaciones de los trabajadores; y concluye:

“Si en función de la clasificación de servidor y obrero efectuada por el Ministerio del Trabajo, los/as servidores/as amparados por la Ley Orgánica de Servicio Público y/o las leyes que regulan la Administración Pública pasaron a regirse por el Código del Trabajo se deberá considerar el tiempo laborado en la misma institución para efectos del cálculo de vacaciones, jubilación, retiro, indemnización por despido, fondo de reserva, liquidaciones, según establece el Código del Trabajo conforme lo dispone el numeral 1.1.1.5, del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 225. En el caso específico, Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Cuyabeno deberá considerar para el cálculo del derecho que tiene el trabajador a gozar adicionalmente de un día de vacaciones por cada uno de los años excedentes al quinto año, desde la fecha que ingresó al servicio público”.

Al respecto es pertinente considerar que, en el artículo 229 de la Constitución de la República consta la definición genérica de servidor público; y, el tercer inciso de dicha norma constitucional establece la aplicación del Código del Trabajo respecto de los obreros del sector público, siendo el tenor del mismo el siguiente:

“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.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

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”.

La consulta por usted planteada, está referida al personal de servidores públicos de esa municipalidad, que luego de su ingreso al servicio público ha sido reclasificado por el Ministerio del Trabajo, pasando del régimen de la Ley Orgánica del Servicio Público al Código del Trabajo; es decir que la consulta se refiere a personas que actualmente tienen la calidad de obreros públicos, amparados por el Código del Trabajo de conformidad con el tercer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República.

En este sentido, es preciso señalar que el Ministerio del Trabajo tiene como competencia legal, efectuar la clasificación de los servidores y obreros públicos y los parámetros que se consideran para al efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 1701, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, que establece en el numeral 1.1.1 del artículo 1, lo siguiente:

#### “1.1.1 PARAMETROS DE CLASIFICACION DE SERVIDORES Y OBREROS

1.1.1.1.- Para efectos de la aplicación de lo previsto en este decreto, serán considerados como servidoras y servidores, aquellas personas que realicen actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, de conformidad a lo establecido en el número 16 del Art. 326 de la Constitución de la República, los que estarán sujetos a las leyes que regulan la administración pública; los trabajadores y trabajadoras, empleados y técnicos que de manera directa formen parte de los procesos operativos, productivos y/o de especialización industrial, en cada institución o empresa pública, serán considerados obreros regulados por el Código del Trabajo”.

(...) 1.1.1.4.- Por la naturaleza de las actividades que realizan, son trabajadores sujetos al Código del Trabajo: conserjes, auxiliares de enfermería, auxiliares de servicios, telefonistas, choferes, operadores de maquinaria y equipo pesado e industrial, ayudantes de las categorías indicadas en este numeral, guardias, personal de limpieza, mensajeros, técnicos en relación a las actividades descritas en este párrafo, recaudadores de recursos económicos del sistema de transporte y otros de similar naturaleza.

1.1.1.5.- Las personas que en función de la clasificación de servidor y obrero que realice el Ministerio de Relaciones Laborales, con sujeción a este decreto, pasen de ser considerados bajo el régimen del Código del Trabajo a ser servidores bajo el amparo de la LOSCCA y/o las leyes que regulan la Administración Pública, mantendrán los derechos que hubieren adquirido en la contratación colectiva en lo referente a remuneraciones, retiro y jubilación patronal, esta última siempre que hubieren laborado al menos 13 años en la misma institución, los mismos que se contabilizarán para efectos de ésta. Los derechos económicos que se mantendrán serán aquellos que no hayan sido eliminados o excluidos en virtud de este decreto ejecutivo, con los límites establecidos en los mandatos constituyentes. Para el caso de retiro para acogerse a la jubilación se aplicará un solo beneficio, o el establecido en el contrato colectivo o el que se pague en la institución pública, el que sea más favorable a la persona. Para el caso de personas que pasen de ser servidores a obreros, se considerará el tiempo laborado en la misma institución para

efectos del cálculo de vacaciones, jubilación, retiro, indemnización por despido, fondo de reserva, liquidaciones, según establece el Código del Trabajo”.

La parte final del subnumeral 1.1.1.5 del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1701, regula el caso específico de aquellas personas que como resultado de la clasificación efectuada por el Ministerio del Trabajo, pasen de ser servidores a obreros y por tanto queden sujetos Código del Trabajo a partir de la reclasificación, evento en el que se prevé que, para el cálculo de vacaciones, entre otras materias, se observe lo dispuesto en dicho Código.

Por su parte, el artículo 69 del Código del Trabajo, sobre cuya aplicación se refiere su consulta, trata sobre el derecho de los trabajadores a gozar vacaciones en forma anual, estableciendo el número de días que tiene derecho y los casos en que estos pueden aumentar, conforme el siguiente tenor:

“Art. 69.- Vacaciones anuales.- Todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables. Los trabajadores que hubieren prestado servicios por más de cinco años en la misma empresa o al mismo empleador, tendrán derecho a gozar adicionalmente de un día de vacaciones por cada uno de los años excedentes o recibirán en dinero la remuneración correspondiente a los días excedentes.

El trabajador recibirá por adelantado la remuneración correspondiente al período de vacaciones.

Los trabajadores menores de dieciséis años tendrán derecho a veinte días de vacaciones y los mayores de dieciséis y menores de dieciocho, lo tendrán a dieciocho días de vacaciones anuales.

Los días de vacaciones adicionales por antigüedad no excederán de quince, salvo que las partes, mediante contrato individual o colectivo, convinieren en ampliar tal beneficio”.

De la revisión del citado artículo, en su primer inciso se establece que todo trabajador tendrá derecho a gozar anualmente de un período ininterrumpido de quince días de descanso, incluidos los días no laborables.

Mientras que, de acuerdo con los incisos primero y cuarto del mismo artículo, los trabajadores que hubieren prestado servicios por más de cinco años al mismo empleador, tienen derecho a que, a su período anual de vacaciones se agregue un día adicional de vacación por cada año posterior al quinto año de servicio, los cuales no podrán exceder de quince, salvo que mediante contrato individual o colectivo las partes convinieren en ampliar tal beneficio.

De lo señalado, se puede evidenciar que las vacaciones adicionales por antigüedad, se reconocen a los trabajadores que cumplan los presupuestos establecidos por el artículo 69 del Código del Trabajo, esto es, que hubieren prestado servicios por más de cinco años al mismo empleador; en la forma y con los límites que esa norma prescribe, la cual también ampara a los obreros que forman parte del Sector Público, conforme lo establecido en la parte final del subnumeral 1.1.1.5 del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1701.

Adicionalmente, es pertinente considerar que, el mismo subnumeral 1.1.1.5 del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1701, prevé en forma expresa que, para el caso de personas que pasen de ser servidores públicos a obreros públicos, que es aquel al que alude la consulta, se considerará el tiempo laborado en la misma institución para efectos del cálculo de vacaciones,

jubilación, retiro, indemnización por despido, fondo de reserva y liquidaciones, mismo que se realizará al amparo de las disposiciones establecidas en el Código del Trabajo.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, el personal de las municipalidades que hubiere sido reclasificado por el Ministerio del Trabajo como obrero público y que cumpla con los requisitos establecidos por el artículo 69 del Código del Trabajo, es decir que hubiere prestado servicios por más de cinco años, tiene derecho a las vacaciones adicionales por antigüedad que esa norma legal establece, considerando al efecto el tiempo laborado en el sector público, según lo prescrito en el subnumeral 1.1.1.5 del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1701.

### **COMISIÓN DE MESA: ATRIBUCIÓN DEL CONCEJO CANTONAL**

**OF. PGE. N°:** 01159 de 13-05-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RUMIÑAHUI

#### **CONSULTA:**

“Según el artículo 60 letra t) de este Código, es atribución del Alcalde presidir e integrar la Comisión de Mesa. ¿En caso de excusa del ejecutivo de un GAD, según el artículo 335 del mismo cuerpo legal, quién es el competente para conocer y actuar dentro de la Comisión de Mesa en su lugar?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 76, 237 núm. 3, 253 y 254.

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

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 57 lit. r), 60 lit. t) y u), 90 lit. q) y r), 327, 332, 333, 335 y 336.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

Respecto de su pedido inicial, con oficio No. 00789 de 13 de abril de 2015, este Organismo solicitó a la Municipalidad de Rumiñahui reformular los términos de su consulta, a fin de que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, conforme a las atribuciones que confieren a esta Entidad los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República, 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; y, remitir el criterio del Procurador Síndico de esa Municipalidad sobre la consulta reformulada, lo que ha sido atendido con oficio No. GADMUR-A-2015-0109 de 20 de abril de 2015, ingresado el 30 de abril del presente año.

A fin de contar con mayores elementos de análisis sobre el tema materia de consulta, con oficio No. 00790 de 13 de abril de 2015, se requirió el criterio institucional del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas. Esta Procuraduría insistió en el referido requerimiento con oficio No. 00989 de 29 de abril de 2015.



Con oficio No. 298-DE-DNAJ-2015 de 21 de abril de 2015, ingresado el 5 de mayo del presente año, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas ha atendido los requerimientos de esta Procuraduría.

La consulta reformulada en oficio No. GADMUR-A-2015-0109 de 20 de abril de 2015, al que se ha hecho referencia al inicio, trata sobre la aplicación del artículo 335 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) y tiene el siguiente tenor:

“Según el artículo 60 letra t) de este Código, es atribución del Alcalde presidir e integrar la Comisión de Mesa. ¿En caso de excusa del ejecutivo de un GAD, según el artículo 335 del mismo cuerpo legal, quién es el competente para conocer y actuar dentro de la Comisión de Mesa en su lugar?”.

De acuerdo con los antecedentes referidos en el pedido inicial, la consulta tiene por objeto determinar cuál es la autoridad competente para nombrar al vocal integrante de la Comisión de Mesa que reemplace al Alcalde, una vez que éste se excusa por ser la autoridad denunciada, considerando al efecto que los otros dos miembros de la referida Comisión, son el Vicealcalde o Vicealcaldesa y un Concejal o Concejala designados por el Concejo Municipal.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en memorando No. GADMUR –A-2014 – 0048 de 17 de abril de 2015, refiere como antecedente que un grupo de ciudadanos ha presentado una denuncia “(...) orientada a obtener la remoción del Alcalde titular (...)”, la misma que ha sido remitida por la Secretaría a la Comisión de Mesa.

El referido informe cita entre otras normas, los artículos 76 y 253 de la Constitución de la República que establecen en su orden, las garantías del debido proceso y, que el Alcalde es la máxima autoridad administrativa del concejo cantonal y lo preside con voto dirimente. Invoca adicionalmente, las letras t) y u) del artículo 60 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, según las cuales es atribución del Alcalde presidir e integrar la Comisión de Mesa y suscribir sus actas; así como los artículos 332, 333 y 335 del mismo Código, que regulan las causales y el procedimiento de remoción del titular del Ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados; y, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“(...) en caso de que el Alcalde de esta Municipalidad se excuse de formar parte de la Comisión de Mesa, sea el subrogante, es decir el Vicealcalde quien conozca la causa y quien únicamente para este efecto convocará a un concejal que crea conveniente, para analizar si procede o no la calificación de la denuncia presentada”.

Por su parte, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, en el oficio al que se ha hecho referencia en los antecedentes, cita los artículos 253 y 254 de la Constitución de la República, que establecen la integración de los Concejos Municipales y de los Distritos Metropolitanos, así como la letra r) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que asigna al concejo municipal, atribución para conformar las comisiones permanentes. Sobre dicha base, concluye:

“Por lo expuesto y tomando en consideración las normas legales y constitucionales citadas, la autoridad competente para nombrar al vocal integrante de la Comisión de Mesa, en los casos en que no esté estipulado en la ordenanza de funcionamiento del Concejo Cantonal del GAD Municipal del cantón Rumiñahui, le corresponde al Concejo Municipal designar a un vocal para que en ese caso específico integre la Comisión de Mesa, en reemplazo de la autoridad cuestionada”.

De conformidad con los artículos 60 las letras t) y u) y 90 letras q) y r) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, le corresponde al Alcalde integrar y presidir la comisión de mesa, y suscribir las actas de dicha comisión.

Respecto de la conformación de las comisiones de los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 327 del citado Código, dispone en su primer inciso lo siguiente:

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

De la norma transcrita se desprende que la comisión de mesa tiene carácter permanente y que su conformación, funcionamiento y operación, como de las comisiones de los gobiernos autónomos descentralizados, debe ser regulada por los órganos normativos del respectivo gobierno, esto es por el concejo cantonal en el caso de las Municipalidades.

Es decir que, de acuerdo con el primer inciso del artículo 327 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, corresponde al Concejo Cantonal o Metropolitano, regular la conformación y funcionamiento de la Comisión de Mesa y al Alcalde integrarla y presidirla, según los artículos 60 las letras t) y u) y 90 letras q) y r) del mismo Código.

Por otra parte, el artículo 232 de la Constitución de la República, en su segundo inciso dispone que: “Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios”.

En concordancia, el artículo 336 reformado del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, que está ubicado en el Capítulo V “Remoción de autoridades de elección popular de los gobiernos autónomos descentralizados”, del Título VIII “Disposiciones Comunes y Especiales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados”, en la parte final de su segundo inciso prescribe:

“(…) En el evento de que la autoridad denunciada sea parte de la Comisión de Mesa, no podrá participar en la tramitación de la denuncia, en cuyo caso se convocará a otro de los miembros del órgano legislativo a que integre la Comisión”.

Según el tenor del artículo 336 del Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, la autoridad denunciada que sea parte de la Comisión de Mesa, está impedida de participar en la tramitación de la denuncia.

Del análisis jurídico que precede se desprende que, de conformidad con el artículo 327 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde al órgano normativo del respectivo gobierno autónomo, esto es al Concejo Cantonal en el caso de las Municipalidades, regular la conformación, funcionamiento y operación de la Comisión de Mesa; y que, según el tenor del artículo 336 del mismo Código, en caso de denuncia respecto de alguno de los integrantes de la Comisión de Mesa, corresponde al órgano legislativo, convocar a otro de sus miembros para integrar dicha Comisión.

En atención a los términos de la consulta se concluye que, en caso de excusa del Alcalde para integrar la Comisión de Mesa que conocerá una denuncia en contra de esa autoridad, de acuerdo con el artículo 336 de Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, compete al Concejo Cantonal como órgano legislativo, convocar a otro de los miembros del Concejo para que integre la Comisión de Mesa en reemplazo del Alcalde.

### **COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL ECUADOR: APLICACIÓN DE NORMATIVA JURÍDICA A SERVIDORES QUE RENUNCIAN A SUS PUESTOS**

**OF. PGE. N°:** 01221 de 19-05-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL ECUADOR

#### **CONSULTA:**

“Para la liquidación a los servidores civiles de la Comisión de Tránsito del Ecuador afiliados a la Caja de Cesantía, que renuncian a sus puestos, deben aplicarse las disposiciones de la Ley de la Caja de Cesantía y Mortuoria de Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, publicada en el Registro Oficial No. 910 del 8 de abril de 1988 o las disposiciones de la Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social y a la Ley del Banco del Instituto de Seguridad Social para la Administración de los Fondos Complementarios Previsionales Cerrados, publicada en el Registro Oficial No. 379 de 20 de noviembre del 2014?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República de Ecuador, Arts. 133 inc. final, 372 y 425.

Ley de la Caja de Cesantía y Mortuoria de Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, Arts. 1, 2, 3 lit. a), 4, 5 y 7.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial LOTTSV, Disp. Gen. Décima Sexta.

Ley de Seguridad Social, Art. 277, 304 y Disp. Gen. Segunda.

Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social, Art. 4-A inc. segundo.

Código Civil, Arts. 37 y 39.

Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, Art. 77.

Reglamento General de Administración del Fondo de Cesantía y Prestaciones Complementarias y Servicios Sociales de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas, Arts. 1, 18, 27 y 28.

Reglamento para la Entrega de la Prestación del Seguro de Cesantía General a Cargo del IESS y del Régimen Solidario de Cesantía a Cargo del Estado, Art. 283.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

Adjunto a su oficio de consulta No. CTE-DE-2015-088 de 27 de marzo de 2015, se remitió el oficio No. 0529-AJ-CTE de 27 de marzo de 2015, suscrito por el Asesor Jurídico de la Entidad y que contiene el informe jurídico respecto del asunto consultado, en el cual se expresa que la Comisión de Tránsito del Ecuador cuenta con una Caja de Cesantía para sus empleados civiles; y que, dicha Caja de Cesantía tiene su propio ordenamiento jurídico que es la Ley de la Caja de Cesantía y Mortuoria de Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, publicada en el Registro Oficial No. 910 del 8 de abril de 1988 y su Reglamento General de Administración del

Fondo de Cesantía y Mortuoria y Prestaciones Complementarias y Servicios Sociales de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas, expedido por el Consejo de Administración del mencionado Fondo, el 31 de octubre de 1991, que en copia certificada ha remitido a este Despacho en atención al requerimiento realizado por esta Procuraduría.

Añade el Asesor Jurídico de la Comisión de Tránsito de Ecuador, en su oficio No. 0529-AJ-CTE de 27 de marzo de 2015, que los artículos 14, 27 y 28 del antes citado Reglamento, determinan el objetivo, finalidades y el valor a recibir por sus afiliados al separarse definitivamente de la institución, de cinco veces el último sueldo básico que haya percibido el afiliado por cada año de servicio.

Adicionalmente, en el informe jurídico de la entidad consultante cita la Disposición General Décima Sexta de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (LOTTSV), el inciso segundo del artículo 4-A de la Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social y a la Ley del Banco del Instituto de Seguridad Social, 277 y Disposición General Segunda de la Ley de Seguridad Social y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Como puede observarse de lo analizado, existe una contraposición entre las normas legales que regulan lo atinente al procedimiento a adoptarse para el efectivo pago del fondo de cesantía de los servidores públicos afiliados a la Caja de Cesantía de la CTE. En efecto, de una parte constan las disposiciones de las leyes atinentes a la seguridad social, jubilación, cesantía y fondos complementarios, en tanto una ley orgánica, cual es la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, ha dejado en vigencia el Reglamento General de Administración del Fondo de Cesantía y Prestaciones Complementarias y Servicios Sociales de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador - CTE), cuerpo normativo este último que es el que establece, en cinco veces el último sueldo básico por cada año de servicio que haya percibido el servidor civil de la CTE, como el valor a recibir cuando tal servidor se separa definitivamente de la institución.

Frente a ello, y en aplicación del principio contenido en los artículos 133 inciso final y 425 de la Constitución de la República, en conexión con los artículos 37-39 del Código Civil, opino que, para la liquidación a los servidores de la Comisión de Tránsito del Ecuador afiliados a la Caja de Cesantía, que renuncian a sus puestos, deben aplicarse las disposiciones del Reglamento General de Administración del Fondo de Cesantía y Prestaciones Complementarias y Servicios Sociales de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador-CTE), pues su vigencia y aplicabilidad está respaldada por normas de superior jerarquía”.

El 8 de abril de 1988, en el Registro Oficial No. 910 se publicó la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), que en sus artículos 1, 2 y la letra a) del artículo 3 dispone lo siguiente:

“Art. 1.- Establécese un fondo especial a favor de los empleados civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas (actualmente Comisión de Tránsito del Ecuador), que queden cesantes o que fallecieron durante el ejercicio de sus funciones, que se denominará Fondo de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas” .

“Art. 2.- El Fondo de Cesantía y Mortuoria se capitalizará con los siguientes ingresos:

- a) La aportación anual no inferior al 1,5% del total del Presupuesto de la Comisión de Tránsito del Guayas para Cesantía, la que deberá constar obligatoriamente en dicho Presupuesto;
- b) La aportación de un porcentaje del sueldo de los empleados civiles, que no podrá ser inferior a 5% y que será descontado mensualmente por la Dirección Financiera de la Entidad”.

“Art. 3.- El fondo de Cesantía y Mortuoria servirá para cubrir los siguientes gastos:

- a) La Bonificación de Cesantía para los Empleados Civiles que hubieren laborado el tiempo mínimo de tres años, en forma continua e ininterrumpida en la Comisión de Tránsito del Guayas, contados desde la inscripción del respectivo nombramiento; y, (...)”.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley *Ibíd*em establece la creación y conformación del Consejo de Administración del Fondo de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas” (actualmente Comisión de Tránsito del Ecuador) y en su último inciso dispone:

“Art. 4.- (...) El Consejo de Administración podrá dictar las normas y reglamentos complementarios que se requieran para la administración y ejecución del Fondo de Cesantía y Mortuoria”.

Adicionalmente, el artículo 5 de la Ley antes indicada, prevé que: “Todos los pagos que se hagan con cargo a los dineros del Fondo de Cesantía y Mortuoria deberán estar autorizados por el Consejo de Administración, con sujeción a sus reglamentaciones”.

El artículo 1 del “Reglamento General de Administración del Fondo de Cesantía y Prestaciones Complementarias y Servicios Sociales de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas” (actualmente Comisión de Tránsito del Ecuador) que se aplica a partir del 1 de agosto de 2003 de acuerdo a la copia certificada que se ha remitido a esta Procuraduría, establece:

“Art. 1.- El Fondo de Cesantía y Mortuoria de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas, (actual Comisión de Tránsito del Ecuador) tiene por objeto proteger a los asegurados contra los riesgos originados en la cesantía y cubrir los gastos mortuorios de los Empleados Civiles que fallecieron en el desempeño de sus funciones y proteger a sus miembros de los riesgos de accidentes profesionales, invalidez, muerte y jubilación mediante el otorgamiento de prestaciones complementarias y predigación (sic) de servicios sociales”. (La frase en paréntesis me pertenece).

De otra parte, el mismo “Reglamento General de Administración del Fondo de Cesantía y Prestaciones Complementarias y Servicios Sociales de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas”, en cuanto al patrimonio del Fondo, en su artículo 18 dispone lo siguiente:

“Art. 18.- El Patrimonio de la Caja de Cesantía y Mortuoria, está constituido por:

- a) Los bienes, derechos y obligaciones de la Caja de Cesantía y Mortuoria que se encuentran integrados a su patrimonio al entrar en vigencia el presente Reglamento;
- b) El aporte mínimo del 3% de los ingresos efectivos anuales de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas, que constará en el respectivo presupuesto anual de la Institución (...)”.

De los artículos 1 y 2 de la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, 1 y 18 del “Reglamento General de Administración del Fondo de Cesantía y Prestaciones Complementarias y Servicios Sociales de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas”, antes citados se establece que el Fondo de Cesantía y Mortuoria en mención, es por su naturaleza un fondo complementario previsional cerrado, cuyo patrimonio se integra, entre otros rubros, por el aporte de la Comisión de Tránsito del Ecuador (antes Comisión de Tránsito del Guayas).

La Disposición General Décimo Sexta de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, determinó lo siguiente:

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

Con respecto a la Disposición General antes citada, esta Procuraduría mediante oficio No. 14785 de 18 de junio de 2010, con motivo de la consulta formulada por la Comisión de Tránsito del Guayas, respecto de la aplicación de la normativa expedida por la Superintendencia de Bancos y Seguros relativa a los Fondos de Cesantía, se pronunció en los siguientes términos:

“Como se puede observar, el legislador, a través de una Ley Posterior a la Ley de Seguridad Social, de manera expresa ratifica la vigencia del régimen legal especial que con relación a las prestaciones previsionales rige para el cuerpo de vigilancia y para los empleados civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas (actualmente Comisión de Tránsito del Ecuador)”.

Con fecha 29 de junio de 2012, a través del oficio No. 08568, con relación a la aplicación del Decreto Ejecutivo No. 172, relacionado con los fondos de jubilación complementaria y de cesantía privada, la Procuraduría General del Estado se pronunció en el siguiente sentido:

“Del análisis jurídico precedente, se establece que la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador fue creada por el artículo 77 de la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, actual Comisión de Tránsito del Ecuador, por lo que el ámbito del Decreto Ejecutivo No. 172, referido a las transferencias solidarias dispuestas en la indicada norma, no incluye a dicha Caja, según previó el Decreto Ejecutivo No. 1684 y en consecuencia, en atención a su primera consulta se concluye que no es procedente que la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador, pague una transferencia solidaria, ya que la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes de la Comisión de Tránsito del Ecuador confiere la pensión de jubilación complementaria por vejez y al ser un fondo creado por ley, no está regulado por el Decreto Ejecutivo No. 172.

Con los mismos fundamentos jurídicos y en armonía con lo señalado al atender su primera consulta, con relación a su segunda consulta se concluye que no es procedente que la Comisión de Tránsito del Ecuador, en aplicación del Art. 172 (entendemos que se refiere al Decreto No. 172), pague directamente a los jubilados por la Caja de Cesantía del Cuerpo de Vigilantes, la transferencia solidaria mensual, establecida en el indicado Decreto Ejecutivo No. 172”.

El artículo 372 de la Constitución de la República, prevé:

“Art. 372.- Los fondos y reservas del seguro universal obligatorio serán propios y distintos de los del fisco, y servirán para cumplir de forma adecuada los fines de su creación y sus funciones. Ninguna institución del Estado podrá intervenir o disponer de sus fondos y reservas, ni menoscabar su patrimonio.

Los fondos provisionales (sic) públicos y sus inversiones se canalizarán a través de una institución financiera de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; su gestión se sujetará a los principios de seguridad, solvencia, eficiencia, rentabilidad y al control del órgano competente”.

El artículo 304 reformado de la Ley de Seguridad Social, dispone:

“Art. 304.- INTEGRACION.- Integran el Sistema Nacional de Seguridad Social: el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), el Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL), las Unidades Médicas Prestadoras de Salud (UMPS), las personas jurídicas que administran programas de seguros complementarios de propiedad privada, pública o mixta, que se organicen según esta Ley”.

De las normas constitucional y legal antes citadas, se desprende que la Constitución de la República ha dispuesto que los fondos previsionales públicos y sus inversiones se canalicen a través de una institución financiera de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y que, la Ley reconoce los programas de seguros complementarios, ya sean de propiedad privada, pública o mixta.

El artículo 283 y el artículo innumerado añadido a continuación del mismo, de la Ley de Seguridad Social, que integra el Capítulo Tres denominado “Del Régimen de Transición” se refieren al seguro de cesantía en los siguientes términos:

“Art. 283.- Prestación por cesantía.- La prestación por cesantía consiste en la entrega de dinero al afiliado/da, por parte del IESS en los casos en los que éste lo requiera por encontrarse en situación de desempleo. El monto de la prestación estará dado por el fondo acumulado en la cuenta individual de cesantía del afiliado/a y podrá recibirse cuantas veces éste quede cesante, siempre que en cada oportunidad reúna los requisitos y condiciones señalados por la ley”.

“Art. ...- Requisitos para solicitar el Fondo de Cesantía.- Para solicitar el pago del Fondo de Cesantía, el afiliado/a deberá acreditar veinticuatro (24) aportaciones mensuales no simultáneas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y encontrarse cesante por un período de al menos sesenta días”

El artículo 284 de la misma Ley de Seguridad Social, dispone:

“Art. 284.- CUANTIA DE LA PRESTACION.- El Consejo Directivo del IESS regulará la cuantía de la prestación según el tiempo de imposiciones y los sueldos o salarios de aportación acreditados por el asegurado”.

Las disposiciones de la Ley de Seguridad Social antes citadas, establecen la prestación de cesantía a favor de los afiliados que acrediten veinticuatro (24) aportaciones mensuales al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), para la contingencia de desempleo por un lapso no menor a sesenta días. La cuantía de dicha prestación le compete normar al Consejo Directivo

del IESS, que en uso de tales atribuciones emitió el Reglamento para la Entrega de la Prestación del Seguro de Cesantía General a Cargo del IESS y del Régimen Solidario de Cesantía a Cargo del Estado, expedido mediante Resolución No. 392 del IESS, en sus artículos 1 y 2 prevé:

“Art. 1.- El asegurado tendrá derecho a la prestación del Seguro de Cesantía General, que consiste en el retiro total del fondo acumulado en su cuenta individual, cada vez que a la fecha del registro de la solicitud acredite al menos veinticuatro (24) aportaciones mensuales no simultáneas y demostrare una cesantía de al menos sesenta (60) días”.

“Art. 2.- El jubilado por vejez o el pensionista de invalidez del seguro general o por incapacidad permanente total o por incapacidad permanente absoluta de riesgos del trabajo, que se encontrare cesante, tendrá derecho al retiro total del fondo acumulado en su cuenta individual de cesantía, sin necesidad de cumplir con los requisitos de aportaciones o tiempo de espera.

Igual procedimiento se aplicará para los asegurados cesantes, con derecho a recibir prestaciones de jubilación o mejora por vejez o de pensiones de invalidez del seguro general o por incapacidad permanente total o incapacidad permanente absoluta de riesgos del trabajo”.

De las disposiciones de la Ley de Seguridad Social y del Reglamento para la Entrega de la Prestación del Seguro de Cesantía General a Cargo del IESS y del Régimen Solidario de Cesantía a Cargo del Estado, se desprende que tales normas regulan la prestación de la seguridad social general, a favor de los afiliados y asegurados cesantes que cumplen los presupuestos para acceder a la misma, distinta de aquellas que pueden prever los Fondos Previsionales Complementarios, que cubren prestaciones que la seguridad social general no contempla o mejoran aquellas previstas para los afiliados al seguro social universal.

Con relación al beneficio por cesantía, el artículo 7 de la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), dispone:

“Art. 7.- El beneficio de Cesantía consistirá en una cantidad de dinero que se pagará por cada año de servicio a la Institución que será determinado por el Consejo de Administración, a través del respectivo reglamento”.

En este contexto, y en sujeción a lo dispuesto en los artículos 4 y 7 de la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, los artículos 27 y 28 contenidos en el Título III, Capítulo I del “Reglamento General de Administración del Fondo de Cesantía y Prestaciones Complementarias y Servicios Sociales de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas” (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), expedido por el Consejo de Administración del Fondo de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas durante el año 2003, reguló el seguro de cesantía en los siguientes términos:

“Art. 27.- El Seguro de Cesantía es una prestación social que consiste en el pago de un valor, por una sola vez, al Asegurado que se separa de la Institución o en caso de fallecimiento, a sus familiares derechohabientes, al cumplir con los requisitos contemplados en la Ley. El Seguro de Cesantía constituye un respaldo económico que le permite al asegurado garantizar su estabilidad de su situación socio-económico”.



“Art. 28.- El valor de la Cesantía es igual a cinco veces el último sueldo básico percibido por el beneficiario por cada año completo de servicio Activo e ininterrumpido a la Institución y se hace efectivo cuando el Empleado Civil se separe de la misma”.

Como se puede apreciar, el artículo 27 del Reglamento General de Administración del Fondo de Cesantía y Prestaciones Complementarias y Servicios Sociales de los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador), antes citado, define al Seguro de Cesantía como una prestación social que consiste en el pago de un valor, por una sola vez, al asegurado que se separa de la Institución o en caso de fallecimiento, a sus familiares derechohabientes, al cumplir con los requisitos contemplados en la Ley.

El artículo 28 del mismo Reglamento, determina que el valor de la Cesantía es igual a cinco veces el último sueldo básico percibido por el beneficiario, por cada año completo de servicio activo e ininterrumpido a la Institución y se hace efectivo cuando el empleado civil se separe de la misma, lo cual representa una prestación adicional a la cesantía general a cargo del IESS, regulada por los artículos 283 y siguientes de la Ley de Seguridad Social y el “Reglamento para la Entrega de la Prestación del Seguro de Cesantía General a Cargo del IESS y del Régimen Solidario de Cesantía a Cargo del Estado”.

Del tenor de las normas de los artículos 1, 2, 3 letra a) y 7 de la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas (actual Comisión de Tránsito del Ecuador) antes citados, se desprende que la cesantía que regula dicho cuerpo normativo, a favor de los empleados civiles de la Comisión de Tránsito del Ecuador (anteriormente denominada Comisión de Tránsito del Guayas), es una prestación distinta de la cesantía general a cargo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

En consecuencia del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su consulta, se concluye que para la liquidación a los servidores civiles de la Comisión de Tránsito del Ecuador (antes Comisión de Tránsito del Guayas) afiliados a la Caja de Cesantía, que renuncian a sus puestos, son aplicables las disposiciones de la Ley de la Caja de Cesantía y Mortuoria de Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas, publicada en el Registro Oficial No. 910 del 8 de abril de 1988 y el reglamento que se encuentre en vigencia para la administración de dicho fondo.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y no constituye autorización u orden de pago, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante la liquidación y pago del fondo de cesantía a sus funcionarios.

#### **CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN: PERSONAL AUXILIAR DEL SERVICIO EXTERIOR**

**OF. PGE. N°:** 02315 de 13-08-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD HUMANA

#### **CONSULTA:**

“¿Es procedente efectuar el concurso de méritos y oposición para el personal auxiliar del servicio exterior en virtud de lo prescrito en el inciso 5 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, y artículo innumerado agregado luego del artículo 206 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior; de conformidad a las denominaciones de cada uno de los grupos

ocupacionales, efectuadas por el Ministerio de Trabajo según Acuerdo Ministerial 171 de 03 de septiembre de 2014?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 228 y 229.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 núm. 4, 5 lit. h), 65, 66, 68 y 83 lit. i); y, 180 de su Reglamento.

Ley Orgánica del Servicio Exterior, Arts. 3, 82, 206 y 207.

Reglamento de Personal Auxiliar del Servicio Exterior, Arts. 8, 18, 73, 74 y 132.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Arts. 2 lit. b) y 16 lit. b).

Estatuto Orgánico de Estructura Organizacional de Gestión por Procesos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, A.M N° 000098, R.O.S. N° 161 de 29-08-2014.

A.MRL N° 2014-0171, R.O. N° 332, de 12-09-2014, Art. 1.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender la consulta, con oficio No. 01862 de 9 de julio de 2015, este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio del Trabajo, que ha atendido dicho requerimiento con oficio No. MDT-VSP-2015-0618 de 23 de julio de 2015, ingresado el 24 de julio del presente año y suscrito por la ingeniera Paola Isabel Hidalgo Verdesoto, Viceministra del Servicio Público.

El criterio jurídico de la entidad consultante, contenido en dictamen No. 0099-DALGI-2015 de 1 de julio de 2015, remitido adjunto a la comunicación de consulta, suscrito por los señores Coordinador General Jurídico y Director de Asuntos Legales de Gestión Interna del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, refiere como antecedente que mediante Acuerdo Ministerial No. 000098 de 11 de agosto de 2014, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 161 de 29 de agosto de 2014, se expidió el Estatuto Orgánico de Estructura Organizacional de Gestión por Procesos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y que: “(...) con esta nueva estructura se requiere convocar a concurso público de méritos y oposición para llenar vacantes en las diferentes denominaciones y categorías del personal auxiliar del servicio exterior, donde pueden particular el público en general y el personal del servicio auxiliar de Cancillería”.

Se añade en el referido dictamen que, con Acuerdo Ministerial No. 171 de 3 de septiembre de 2014, el Ministerio de Relaciones Laborales (actual Ministerio del Trabajo), aprobó el cambio de denominación de puestos pertenecientes al personal diplomático y personal auxiliar del Servicio Exterior.

Como fundamentos jurídicos de la consulta, el criterio jurídico de la entidad consultante cita entre otras normas, los artículos 228 de la Constitución de la República, 3, 82, 206 e innumerado agregado a su continuación de la Ley Orgánica del Servicio Exterior, 3 y 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público, 8 y 18 del Reglamento de Personal Auxiliar del Servicio Exterior. Sobre dicha base normativa, se manifiesta y concluye lo siguiente:

“(...) de acuerdo con la actual Estructura Organizacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, para acceder a un puesto del personal del servicio auxiliar del Servicio Exterior, se debe efectuar el concurso de méritos y oposición de acuerdo a las nuevas denominaciones de cada uno de los grupos ocupacionales aprobadas por el Ministerio del trabajo”.

Por su parte, la Viceministra del Servicio Público, en el criterio institucional del Ministerio del Trabajo contenido en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, cita entre otras normas, los artículos 228 y 229 de la Constitución de la República, 3, 65, 66, 68 y 83 letra i) de la Ley Orgánica del Servicio Público, 3, 206 y 207 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior y expone:

“De lo expuesto se desprende que la Ley Orgánica del Servicio Exterior, hace una diferenciación en lo que es la carrera diplomática en puestos del servicio exterior, con los puestos técnicos, administrativos y honorarios. Tratándose de la carrera diplomática el artículo 74 (de la Ley Orgánica del Servicio Exterior) faculta la designación de este personal al Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana con sujeción a las disposiciones de esta Ley; y, el ingreso se lo efectúa a la sexta categoría como lo prescribe el artículo 81 de esa Ley”.

Respecto del personal auxiliar del servicio exterior, la Viceministra del Servicio Público añade:

“De otra parte con Acuerdo No. MRL-2014-0171, publicado en el Registro Oficial No. 332, de 12 de septiembre de 2014, esta Cartera de Estado reconoce al personal auxiliar como parte del Servicio Exterior Ecuatoriano, estableciendo las escalas remunerativas para el personal diplomático y personal auxiliar del servicio exterior y que se aprueba el cambio de denominación y revisión a la clasificación y valoración de los puestos pertenecientes al personal auxiliar del servicio exterior, asimilándolos a grupos ocupacionales, grado y remuneración dentro de la escala de remuneraciones mensuales unificadas de 20 grados.

(...) En razón de lo expuesto, es procedente efectuar el concurso de méritos y oposición para el personal auxiliar del servicio exterior conforme a las disposiciones establecidas en la normativa vigente. La UATH institucional será responsable de la ejecución de los concursos de méritos y oposición, en función de la relación entre los requerimientos establecidos en la descripción y el perfil de los puestos institucionales y las competencias de las y los aspirantes que se encuentren establecidos en el Manual Institucional de Puestos, acorde a las denominaciones que se describen en la (sic) escalas remunerativas para el personal auxiliar del servicio exterior emitida con el Acuerdo No. MRL-2014-0171 antes referido”.

La norma sobre cuya aplicación trata la consulta, es la contenida en el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 206 de la Ley Orgánica de Servicio Exterior, por la Ley No. 52, publicada en Registro Oficial No. 344 de 29 de agosto de 2006, que dispone:

“Art. ...- La carrera del personal auxiliar del Servicio Exterior comienza con la confirmación en las categorías más bajas de cada uno de los grupos ocupacionales y una vez cumplido lo siguiente:

a) Ingreso por concurso público de libre oposición y merecimiento;

y,

b) Confirmación en la carrera, previo informe favorable de la Comisión Calificadora de Personal al cumplirse el primer año ininterrumpido de servicios en la Institución”.

El Acuerdo No. 171 del Ministerio de Relaciones Laborales (actualmente Ministerio del Trabajo) de 3 de septiembre de 2014, al que alude la consulta, consta publicado en el Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014 y tiene por finalidad “Establecer las escalas remunerativas para el personal diplomático y personal auxiliar del servicio exterior que presten servicios en el Ecuador o en el exterior; y, establecer parámetros y fórmulas sobre los cuales se va a determinar los valores a recibir por concepto de gastos de residencia y gastos de representación cuando deban desplazarse a prestar sus servicios en el exterior”.

En cuanto se refiere al personal auxiliar del servicio exterior, el artículo 1 del Acuerdo Ministerial No. 171, dispone un cambio de denominación y revisión a la clasificación y valoración de puestos del personal auxiliar del servicio exterior. El tenor de la norma es el siguiente:

“Art. 1.- Aprobar el cambio de denominación y revisión a la clasificación y valoración de las siguientes clases de puestos pertenecientes al personal auxiliar del servicio exterior:

DENOMINACIÓN ACTUAL	DENOMINACIÓN ECUADOR Y EXTERIOR	ESCALA DE RMU DE 20 GRADOS		
		GRUPO OCUPACIONAL	GRADO	RMU
CANCILLER MAYOR O SU SIMILAR EN EL EXTERIOR	EXPERTO 2	SERVIDOR PÚBLICO 9	15	2034
CANCILLER 1 O SU SIMILAR EN EL EXTERIOR	EXPERTO 1	SERVIDOR PÚBLICO 8	14	1760
CANCILLER 2 O SU SIMILAR EN EL EXTERIOR	ESPECIALISTA 2	SERVIDOR PÚBLICO 7	13	1676
CANCILLER 3 O SU SIMILAR EN EL EXTERIOR	ESPECIALISTA 1	SERVIDOR PÚBLICO 6	12	1412
CANCILLER 4 O SU SIMILAR EN EL EXTERIOR	ANALISTA	SERVIDOR PÚBLICO 5	11	1212
ASISTENTE O SU SIMILAR EN EL EXTERIOR	ASISTENTE	SERVIDOR PÚBLICO DE APOYO 4	6	733

Para la aplicación de la escala remunerativa del personal auxiliar del Servicio Exterior, el Ministerio de Relaciones Laborales aprobará los perfiles de puestos bajo estas denominaciones que se encuentran sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Público.

Posterior a la aprobación de los perfiles de puestos del personal auxiliar del Servicio Exterior, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana elaborará un estudio de análisis ocupacional que permita comparar el perfil exigible con el perfil disponible de las y los servidores que se encuentran actualmente prestando sus servicios en la institución; el mismo que permitirá ubicar al personal dentro de las nuevas denominaciones de puestos y aplicar la escala remunerativa correspondiente, previo a la aprobación del Ministerio de Relaciones Laborales y el dictamen presupuestario emitido por el Ministerio de Finanzas.

Si luego del procedimiento descrito en el inciso anterior, existe personal que se encuentre sobrevalorado mantendrá su remuneración actual, hasta que llegue a cumplir con el perfil exigible”.

El artículo 228 de la Constitución de la República, que ha sido citado tanto por el informe jurídico de la entidad consultante, como por el criterio institucional del Ministerio del Trabajo, establece que el ingreso al servicio público se debe efectuar mediante concurso. El tenor de la norma es el siguiente:

“Art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora”.

De acuerdo con el artículo 229 de la Constitución de la República, son servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Similar disposición prevé el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, ubicado en el Capítulo Único del Título I, relativo a los principios, ámbito y disposiciones fundamentales del servicio público, dispone que dicha normativa es de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública. El numeral 1 de ese artículo incluye en el ámbito de aplicación de ese cuerpo normativo, a las dependencias de la Función Ejecutiva y por tanto entre ellas, al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana que integra el Ejecutivo según los artículos 2 letra b) y 16 letra b) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Por su parte, el cuarto párrafo posterior al numeral 4 del mencionado artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, confiere al Ministerio de Relaciones Laborales (actualmente Ministerio del Trabajo) competencia para regular lo relacionado con remuneraciones y supervisar los regímenes especiales de administración de personal, entre ellos el Servicio Exterior. El tenor de la norma es el siguiente:

“En razón de las especificaciones 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 la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas”.

La parte final del citado cuarto párrafo posterior al numeral 4 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, reitera que: “(...) se regulará por las disposiciones de este cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración (...)”.

Dentro de este contexto general, el artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, dispone lo siguiente:

“Art.- 83.- Servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público.- Exclúyase del sistema de la carrera del servicio público, a:

(...) i) Las servidoras y servidores sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Exterior”.

Sobre la base normativa citada, en pronunciamiento contenido en oficio No. 05537 de 20 de diciembre de 2011, en atención a una consulta formulada por el entonces Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración (actual Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana), la Procuraduría General del Estado concluyó sobre la aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público a los servidores que integran el personal administrativo de esa Cartera de Estado, manifestando lo siguiente:

“(…) debe entenderse que si bien los servidores de la carrera diplomática están excluidos de la carrera del servicio público, ello no significa que no sean parte del servicio público que comprende las instituciones establecidas en el Art. 3 de la LOSEP, entre las cuales se encuentra la Función Ejecutiva de la cual son parte los servidores de la carrera diplomática, en virtud de que su designación proviene del Ministro de Relaciones Exteriores, de conformidad con el Art. 74 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior. Lo dicho se corrobora, al disponer el Art. 132 de la referida Ley Orgánica, que los funcionarios del servicio exterior gozan de los derechos establecidos por la presente Ley, de los comunes a los funcionarios públicos determinados en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (actual Ley Orgánica del Servicio Público), así como de los reconocidos por otras leyes y por la práctica y el derecho internacional..

En el caso de servidores que pertenecen a carreras distintas a la del servicio público, además de las disposiciones generales establecidas por la LOSEP, se rigen por sus leyes específicas, que establecen requisitos también específicos para cada carrera (...).

Por la misma razón, tampoco se puede concluir, que a los servidores que pertenecen a carreras distintas a la del servicio público que regula la LOSEP, como los funcionarios del servicio exterior, sólo les son aplicables las disposiciones de la LOSEP contenidas en los capítulos 2 y 3 de su Título II, pues ello excluiría la aplicación de otros títulos de esa Ley, que también contienen normas generales, como por ejemplo el Título II que establece los deberes, derechos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos, o el Título XI que regula las remuneraciones e ingresos complementarios, entre otros.

De conformidad con el artículo 73 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior, quedan sometidos a las disposiciones que regulan la carrera diplomática los puestos del servicio exterior, de los que se excluyen los puestos técnicos, administrativos y honorarios, que según el segundo inciso del artículo 74 *ibídem*, están sujetos a la LOSCCA, actualmente sustituida por la LOSEP”.

Considerando que la actual consulta del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, se refiere específicamente al personal auxiliar del servicio exterior, a lo dicho en el pronunciamiento citado es pertinente agregar que, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior, prevé que integran el servicio exterior: el Ministerio de Relaciones Exteriores, las misiones diplomáticas y las oficinas consulares.

De acuerdo con el artículo 73 de la citada Ley, “Quedan sometidos a las disposiciones que regulan la carrera diplomática los puestos del servicio exterior y exclúyense de la misma los puestos técnicos, administrativos y honorarios”.

Respecto de la designación del personal del servicio exterior, no perteneciente a la carrera diplomática, el artículo 74 *ibídem*, prevé lo siguiente:

“Art. 74.- La designación del personal de carrera diplomática la hará el Ministro de Relaciones Exteriores con sujeción a la presente Ley.

La designación del personal del servicio exterior, no perteneciente a la carrera diplomática en puestos no incluidos en ella, la efectuará con sujeción a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y su Reglamento”.

El personal auxiliar del servicio exterior, según el cuarto inciso del artículo 106 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior, comprende “(...) a los funcionarios y empleados que, sin ser miembros de la carrera diplomática y sin pertenecer a las otras categorías indicadas anteriormente, presten servicios de índole administrativa o auxiliar en cualquiera de los órganos del Servicio Exterior”.

Toda vez que respecto del personal auxiliar del servicio exterior, el segundo inciso del artículo 74 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior, efectúa una remisión expresa a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, actualmente derogada y sustituida por la Ley Orgánica del Servicio Público, resulta pertinente considerar las previsiones que sobre el ingreso y ascenso del personal, contienen los artículos 65, 66 y 68 de esa Ley, que ha citado la Viceministra del Servicio Público, normas cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 65.- Del ingreso a un puesto público.- El ingreso a un puesto público será efectuado mediante concurso de merecimientos y oposición, que evalúe la idoneidad de los interesados y se garantice el libre acceso a los mismos.

El ingreso a un puesto público se realizará bajo los preceptos de justicia, transparencia y sin discriminación alguna. Respecto de la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad y de las comunidades, pueblos y nacionalidades, se aplicarán acciones afirmativas. El Ministerio de Relaciones Laborales implementará normas para facilitar su actividad laboral.

La calificación en los concursos de méritos y oposición debe hacerse con parámetros objetivos, y en ningún caso, las autoridades nominadoras podrán intervenir de manera directa, subjetiva o hacer uso de mecanismos discrecionales. Este tipo de irregularidades invalidarán los procesos de selección de personal”. (Lo resaltado me corresponde).

“Art. 66.- De los puestos vacantes.- Para llenar los puestos vacantes se efectuará un concurso público de merecimientos y oposición, garantizando a las y los aspirantes su participación sin discriminación alguna conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, esta Ley y su Reglamento. Estos concursos deberán ser ejecutados por las respectivas Unidades de Administración del Talento Humano”.

“Art. 68.- De los ascensos.- Los ascensos se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en el que se evaluará primordialmente la eficiencia de las servidoras y los servidores y, complementariamente, los años de servicio. Se deberá cumplir con los requisitos establecidos para el puesto”.

De las normas legales citadas se aprecia que, tanto el ingreso al servicio público como el ascenso en él, se debe efectuar mediante concurso público, sin ningún tipo de discriminación y con parámetros objetivos.

Por su parte, los artículos 18 y 19 del Reglamento de Personal Auxiliar del Servicio Exterior, que se han citado en el informe jurídico de la entidad consultante, regulan el ingreso de dicho personal mediante procedimiento de selección y concurso, cuando de acuerdo con el Escalafón no exista personal que reúna condiciones para ascender, reservando el concurso para llenar las vacantes que se produzcan en los niveles inferiores.

Sin embargo, es relevante señalar que el artículo 84 de la Constitución de la República establece las garantías normativas, señalando expresamente que: “(...) En ningún caso, la reforma de la

Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”; por lo que, es pertinente considerar que, el Reglamento de Personal Auxiliar del Servicio Exterior, previamente citado, fue expedido por el Ministro de Relaciones Exteriores mediante Acuerdo No. 476 publicado en el Registro Oficial No. 219 de 24 de noviembre de 1976, por lo que sus disposiciones ya no son aplicables, debido a que el marco constitucional del país fue cambiado, reconociendo derechos a los servidores públicos, como el ingreso a la carrera mediante concurso, sin discriminación alguna, materia desarrollada por los artículos 65, 66 y 68 de la Ley Orgánica del Servicio Público, siendo éstas las normas legales aplicables al presente caso.

De las normas citadas se aprecia que, de acuerdo con los artículos 73 y 74 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior, los miembros de la carrera diplomática están sujetos a esa Ley, mientras que el personal que presta servicios de índole administrativa o auxiliar en cualquiera de los órganos del Servicio Exterior sin ser miembro de la carrera diplomática, está sujeto además a la Ley Orgánica del Servicio Público.

De acuerdo con la letra h) del artículo 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público, constituye requisito para el ingreso “h) Haber sido declarado triunfador en el concurso de méritos y oposición, salvo en los casos de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción”. La letra d) del mismo artículo, se remite al Reglamento a esa Ley, para efectos de establecer los demás requisitos de ingreso, previendo lo siguiente: “d) Cumplir con los requerimientos de preparación académica y demás competencias exigibles previstas en esta Ley y su Reglamento”.

Por su parte, el artículo 180 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, para efectos del ingreso al servicio público se refiere al concurso abierto y lo define de la siguiente forma:

“180.- Concurso abierto.- El concurso abierto es el proceso mediante el cual se convoca a servidoras, servidores y personas ajenas a la institución, que reúnan los requisitos establecidos en la LOSEP y en las bases del concurso, dados a conocer a través de la convocatoria para que participen en los procesos selectivos a que hayan lugar en las instituciones del sector público, para llenar puestos vacantes.

La participación de las y los extranjeros residentes se regirá por las disposiciones establecidas en la LOSEP.”

Es decir que, los artículos 228 de la Constitución de la República, 74 segundo inciso de la Ley Orgánica del Servicio Exterior y letra h) del artículo 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público, concuerdan al establecer que el concurso constituye requisito de ingreso al servicio público; y por tanto, dicho requisito es aplicable al personal auxiliar del servicio exterior.

Los grupos ocupacionales, según la definición de esa expresión que consta en el informe jurídico de la entidad consultante, “(...) son categorías que permiten organizar a los servidores en razón a su formación, capacitación o experiencia reconocida”.

El artículo 1 del Acuerdo No. 171 del Ministerio de Relaciones Laborales (actualmente Ministerio del Trabajo), publicado en el Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014, transcrito en los antecedentes, aprueba el cambio de denominación, la clasificación y valoración de puestos pertenecientes al personal auxiliar del servicio exterior, estableciendo las remuneraciones que a cada uno de ellos corresponde.



El artículo innumerado agregado a continuación del artículo 206 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior, sobre cuya aplicación trata la consulta, que fue transcrito en los antecedentes, dispone que la carrera del personal auxiliar del Servicio Exterior, comienza una vez cumplido el requisito de ingreso por concurso público de libre oposición y merecimiento, y la confirmación en las categorías más bajas de cada uno de los grupos ocupacionales; y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Personal Auxiliar del Servicio Exterior, reiteran que se debe efectuar concurso abierto para llenar las vacantes del personal auxiliar del servicio exterior, que se produzcan en los niveles inferiores de un grupo ocupacional.

Sin embargo la Ley Orgánica del Servicio Público, también aplicable al personal auxiliar del servicio exterior, en sus artículos 5, 65 y 66 establece el concurso como requisito para el ingreso al servicio público, previendo expresamente que éste se efectúe sin discriminación alguna y con parámetros objetivos; y, el artículo 180 de su Reglamento expresamente prevé el procedimiento de concurso abierto, para llenar los puestos vacantes que se produzcan en las instituciones públicas, permitiendo la participación tanto de servidores como de personas ajenas a la institución, que reúnan los requisitos correspondientes.

Sobre la solución de conflictos normativos, el tratadista Carlos Santiago Nino, señala:

“Los juristas y los jueces utilizan, como dice Alf Ross, varias reglas para resolver los problemas de contradicción normativa.

Elas están constituidas, sobre todo, por los principios llamados *lex superior*, *lex especiales* y *lex posterior*.

El principio *lex superior* indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior (por ejemplo, una norma constitucional tiene prioridad sobre una ley).

*Lex posterior* estipula (sic) que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad. Este principio también tiene una aplicación muy general – tanto que sin él no sería posible la derogación de las normas de un sistema- (...).

El principio *lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de preferencia sea más general (...).

Muchos jueces y juristas pretenden que estos principios se aplican mecánicamente, como si las inconsistencias que ellos ayudan a solucionar nunca hubieran existido. Sin embargo, no puede otorgarse a estas reglas el carácter de leyes lógicas, puesto que su aplicación, como vimos, está sujeta a evaluaciones pragmáticas, que dan lugar a excepciones irregulares. Además, si bien hay cierta prelación entre estos principios – por ejemplo *lex superior* tiende a predominar sobre los restantes-, no hay reglas de segundo nivel para resolver mecánicamente los conflictos entre ellos (sobre todo entre *lex posterior* y *lex especiales*).’ ”

En nuestro ordenamiento jurídico, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece las reglas de solución de antinomias y prevé: “Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial o la posterior”.

Toda vez que la Ley Orgánica del Servicio Exterior y la Ley Orgánica del Servicio Público, son cuerpos normativos de igual rango, no es procedente la aplicación de la norma jerárquica

superior de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 425 de la Constitución de la República, por lo que es necesario recurrir a los demás criterios de solución de antinomias.

En este sentido, se debe precisar que la Ley Orgánica del Servicio Exterior, en el segundo inciso de su artículo 74 establece que el personal auxiliar del servicio exterior estará regulado por la LOSSCA, la cual fue derogada por la Ley Orgánica del Servicio Público, que además fue expedida con posterioridad a la Ley Orgánica del Servicio Exterior, por lo que es la ley aplicable ya que contiene las normas que regulan el procedimiento de selección mediante concurso público de méritos y oposición, que tienen el carácter de disposiciones posteriores y especiales para el tema objeto de la consulta.

Por tanto, en aplicación de los criterios de especialidad y posterioridad se concluye que, para reglar los concursos de méritos y oposición para el ingreso del personal auxiliar del servicio exterior, los artículos 3, 5, 65, 66 y 68 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevalecen respecto del artículo innumerado agregado a continuación del artículo 206 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior; y por tanto, no es aplicable la previsión de éste último en el sentido de limitar el ingreso de personal auxiliar del servicio exterior, únicamente a la categoría más baja de ese grupo ocupacional.

En consecuencia, producida una vacante en un puesto correspondiente al personal auxiliar del servicio exterior, en cualquiera de sus categorías, dicha vacante se debe llenar mediante concurso abierto, de acuerdo con las letras h) y d) del artículo 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 180 de su Reglamento, aplicables por la remisión expresa que efectúa el segundo inciso del artículo 74 de la Ley Orgánica del Servicio Exterior.

En atención a los términos de la consulta se concluye que, el ingreso del personal auxiliar del servicio exterior, esto es de los servidores que prestarán servicios de índole administrativa en los órganos del servicio exterior, en el país o fuera de él, en cualquiera de las categorías de ese grupo ocupacional, en las que se hubiere producido una vacante, se debe efectuar mediante concurso abierto de méritos y oposición, conforme a las nuevas denominaciones aprobadas por el Ministerio del Trabajo mediante el Acuerdo No. 171, publicado en el Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la Entidad a su cargo, efectuar los concursos conforme a los procedimientos de selección aplicables y verificar el cumplimiento de los requisitos legales específicos que correspondan.

### **CONSEJO DE EVALUACIÓN, ACREDITACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR: INDEPENDENCIA ADMINISTRATIVA, FINANCIERA**

**OF. PGE. N°:** 00020 de 21-01-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** CONSEJO DE EVALUACIÓN, ACREDITACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR

#### **CONSULTAS:**

1.- “¿La aplicación de la independencia administrativa, financiera y operativa que el artículo 171 de la Ley Orgánica de Educación Superior reconoce a favor del Consejo de Evaluación,

Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, excluye a este Consejo de las instituciones que, conforme al artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, forman parte de la Función Ejecutiva?”.

2.- “¿Considerando la naturaleza jurídica del Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior conforme a lo establecido en los artículos 353 de la Constitución de la República y 171 de la Ley Orgánica de Educación Superior, cómo debe entenderse y aplicarse la independencia administrativa, financiera y orgánica reconocida a favor de este Consejo?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República, Arts. 141, 237 núm. 3, 351 y 353.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 171, 174, 182 y 183.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Arts. 2 lit. h) y 7.

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

Res. N° 017, R.O N° 102 de 11-06-2007, Art. 2.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

##### **PRIMERA CONSULTA.-**

El criterio del Coordinador General de Asesoría Jurídica de la entidad consultante, contenido en documento sin número ni fecha, remitido adjunto al oficio que contesto, cita entre otras normas los artículos 351 y 353 de la Constitución de la República que regulan el sistema de educación superior, 171, 174, 182 y 183 de la Ley Orgánica de Educación Superior que se refieren al Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior y a la Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación y sus respectivas funciones; y, 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que establece su ámbito de aplicación. Sobre dicha base manifiesta:

“(…) La caracterización que el ordenamiento jurídico realiza del mismo exhibe con nitidez que, considerando sus funciones y competencias, el CEAACES es un Consejo de Estado que no depende de la Función Ejecutiva ni de otra Función del Estado, sin perjuicio de que el 50% de los integrantes de su máximo órgano de dirección sean designados por el Presidente de la República.

Lo indicado encuentra absoluto sustento en consideración a que la competencia de rectoría de la política pública en materia de educación superior que corresponde al Estado Central, se ejerce específicamente a través de la SENESCYT, organismo creado por Ley para tal fin; y, en tanto varias de las funciones que el CEAACES está llamado a ejercer por mandato constitucional y legal, son incompatibles con el ámbito de competencias de la Función Ejecutiva, en tanto los órganos y organismos que la integran tienen prohibición expresa de la Carta Fundamental del Estado para ejercerlas.

Finalmente, debe indicarse que aún de acuerdo a las normas generales de interpretación y solución de antinomias, la conclusión formulada subsiste en tanto la aplicación de los principios de jerarquía y especialidad permiten determinar que la configuración del CEAACES como órgano con independencia administrativa, financiera y operativa, deviene de disposiciones establecidas en la Constitución y la Ley Orgánica de Educación Superior, cuya supra ordenación al ERJAFE

obligan a aplicarlas en forma prevalente a fin de precaver la génesis de una posible paradoja jurídica en los términos que se dejan expuestos”.

El inciso segundo del artículo 141 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe que: “La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia, Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarias para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas”.

Respecto del ámbito de aplicación del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, su artículo 2 dispone lo siguiente:

“Art. 2.- AMBITO.- Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

- a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;
- b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;
- c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado; y,
- ch) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.

Los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.

La organización, funcionamiento y procedimiento de las otras administraciones públicas; de las Funciones Legislativa, Judicial y Electoral; y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva se regulan por sus leyes y reglamentos especiales.

En cualquier caso en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente estatuto”.

Concordante, el artículo 7 del referido Estatuto, dispone:

“Art. 7.- DE LA ADMINISTRACION PUBLICA INSTITUCIONAL.- La Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad.

En forma expresa deberá indicarse su organización y el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual se adscriben, el que ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisonal, sin perjuicio de la autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes”.

De acuerdo con los artículos 2 antepenúltimo inciso y 7 del citado Estatuto, la administración pública institucional se integra por entidades creadas por o en virtud de una ley, con

personalidad jurídica y patrimonio propio diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad; entre otras, según la letra ch) del artículo 2, aquellas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.

De las normas jurídicas hasta aquí citadas, se evidencia que para que una persona jurídica del sector público forme parte de la administración pública institucional de la Función Ejecutiva, en los términos indicados en las normas contenidas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Que sus órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central; y,
- b) Que a dichas personas jurídicas del sector público autónomas en su ley de creación se les haya encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de la Administración Pública Central bajo los principios de especialidad y variedad, la cual comprende: la Presidencia y Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas y los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que aquellas personas jurídicas del sector público que han sido creadas en virtud de una ley, a las que se les ha otorgado personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización, control y funcionamiento de los servicios públicos propios de la Función Ejecutiva bajo los principios de especialidad y variedad; y, cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integren la Administración Pública Central, forman parte de la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 2 letra ch) y 7 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de una norma. No es competencia de la Procuraduría General del Estado, la determinación de las entidades de derecho público que forman parte de la Administración Pública Institucional, por lo cual la aplicación a casos particulares del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, es de exclusiva responsabilidad de las máximas autoridades de las entidades consultantes.

#### SEGUNDA CONSULTA.-

La Constitución de la República, en el numeral 3 del artículo 237 dispone que corresponde al Procurador General del Estado el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

De conformidad con los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, corresponde al Procurador absolver consultas jurídicas con carácter de vinculantes,

sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público.

En aplicación de las normas legales precedentes, esta Procuraduría emitió la Resolución No. 017 de 29 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que en su artículo 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional

De la lectura de los términos de la consulta, no aparece que esté dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de mis competencias previstas en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo que me abstengo de atenderla.

### **CONTRAGARANTÍA PERSONAL O REAL: RÉGIMEN ESPECIAL ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO**

**OF. PGE. N°:** 03868 de 10-12-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE SERVICIOS AEROPORTUARIOS Y GESTIÓN DE ZONAS FRANCAS Y RÉGIMENES ESPECIALES

#### **CONSULTAS:**

“¿Es exigible por parte de las compañías de SEGUROS SUCRE S.A. y ROCAFUERTE SEGUROS, siendo estas entidades del sector público, a la Empresa Pública Metropolitana de Servicios Aeroportuarios y Gestión de Zonas Francas y Regímenes Especiales, la contragarantía personal o real, de conformidad con el artículo 43 del Código Orgánico Monetario y Financiero; aún y cuando, el artículo 73 de la LOSNCP prevé que en los contratos que se suscriban de conformidad con el Régimen Especial entre entidades del sector público no serán exigibles las garantías?”

“Cuál sería la forma de otorgamiento de la contragarantía, considerando que los recursos públicos no son susceptibles de gravamen por su naturaleza, y las contragarantías personales serían inviables por cuanto los personeros del sector público en sus actos se encuentran investidos de la competencia en razón de sus funciones y no actúan con carácter de personal”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226, 237 núm. 3, 424 y 425.

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

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1, 2 núm. 8, 73, 74, 75, 76; y, 101, 102, 107 del Reglamento.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 4.

Código Orgánico Monetario y Financiero, Art. 43, Disp. Trans. Trigésima Primera y Disp. Gen. Décima Octava.

Ley General de Seguros, Arts. 3 y 43.

Código Civil, Arts. 31 y 2238.

Código de Comercio, Arts. 1, 2 y 3 núm. 7

## **PRONUNCIAMIENTOS:**

En virtud de que la segunda pregunta no trataba sobre la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, según las competencias que confieren a esta Entidad los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República, 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, con oficio No. 02627 de 10 de septiembre de 2015, este Organismo solicitó a la empresa pública consultante reformular dicha pregunta, lo que se ha contestado mediante oficio No. EPMSA-GJ-0159-2427-15 de 16 de septiembre de 2015, ingresado el 17 de septiembre del presente año.

A fin de contar con mayores elementos de análisis sobre el tema objeto de consulta, mediante oficios Nos. 02628 y 02629 de 10 de septiembre de 2015, la Procuraduría General del Estado solicitó los criterios institucionales del Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública y del Superintendente de Bancos, e insistió en dichos requerimientos mediante oficios Nos. 02892 y 02893 de 28 de septiembre de 2015.

El Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, ha remitido su criterio institucional mediante oficio No. SERCOP-DG-2015-0584-OF de 28 de septiembre de 2015. La Superintendencia de Bancos no ha dado atención a los requerimientos de este Organismo.

Considerando que la Disposición Transitoria Trigésima Primera del Código Orgánico Monetario y Financiero, promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014, confirió el plazo de un año contado desde su publicación, para que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, asuma las competencias que ese Código y sus reformas introdujeron a la Ley General de Seguros, que hasta entonces correspondían a la Superintendencia de Bancos, a fin de contar con mayores elementos de análisis sobre el tema materia de consulta, con oficio No. 03339 de 30 de octubre de 2015, este Organismo requirió el criterio institucional de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; e insistió en el referido requerimiento, mediante oficio No. 03651 de 20 de noviembre de 2015, sin que se haya recibido respuesta hasta la presente fecha.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas en el orden en que han sido formuladas, la primera en oficio No. EPMSA-GJ-0154-2354-15 de 7 de septiembre de 2015 y la segunda reformulada en oficio No. EPMSA-GJ-0159-2427-15 de 16 de septiembre de 2015.

## **PRIMERA CONSULTA**

En el informe jurídico de la empresa pública consultante, contenido en memorando No. EPMSA-GJ-0419-5524-15 7006 de 4 de septiembre de 2015, el Gerente Jurídico de esa empresa refiere como antecedente que “A efectos de contratar la garantía aduanera exigida a la EPMSA, en su calidad de Administradora de la Zona Franca, la Gerencia de Zona Franca y ZEDE, como unidad requirente, dentro del proceso de contratación realizó su investigación previa al proceso en cuestión con las compañías SEGUROS SUCRE S.A. y ROCAFUERTE SEGUROS, entidades en las cuales el Estado tiene participación del al menos el 50%; todo ello con miras a aplicar el régimen especial previsto en la LOSNCP. Sin embargo las compañías mencionadas argumentaron que la EPMSA debía presentar la contragarantía respectiva, de conformidad con el artículo 43 del Código Orgánico Monetario y Financiero”.

Como fundamentos jurídicos de la consulta, el referido informe cita entre otros, los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República que establecen la supremacía de la Constitución de la República y el orden jerárquico de aplicación de las normas; 4 de la Ley Orgánica de Empresas

Públicas que define a esas empresas como personas jurídicas de derecho público; 2 numeral 8 y artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establecen la aplicación del régimen especial para aquellas contrataciones que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público y los exoneran del otorgamiento de garantías; y, 107 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece los procedimientos aplicables para la contratación de seguros.

Con respecto al artículo 43 del Código Orgánico Monetario y Financiero, cuyo segundo inciso dispone que el afianzado está obligado a entregar a favor de la entidad de seguros las contragarantías que respalden el riesgo asumido, el informe jurídico de la empresa pública consultante manifiesta que:

“De acuerdo a la normativa enunciada, en especial el artículo 43 del Código Orgánico Monetario y Financiero Libro III Ley General Seguros, precepto que no establece excepción alguna para la presentación de contragarantía por parte de entidades de derecho público, la EPMSA, tendría la obligación de rendir contragarantía (...).

Por otra parte, la extensión de contragarantías personales, en especial el ‘Pagaré’, modalidad propuesta por la compañía de seguros consultada, constituiría una obligación personal que asumiría el servidor que suscriba la misma, en nuestro caso la Gerente General, en su calidad de representante legal de la Empresa Pública. El ‘Pagaré’, que de ser procedente se suscribiría, constituiría un título ejecutivo y considerando que dicho título por su naturaleza, compromete a su firmante de manera personal, no sería procedente, por cuanto los servidores públicos actuamos vestidos del poder público en razón del cargo que desempeñamos, más no podría constituirse una obligación de carácter personal para el servidor suscribiente. Es así que, las garantías personales, en nuestra opinión, no serán la modalidad correcta para cumplir con la obligación establecida en el artículo 43 del COMYF.

(...) el artículo 73 de la LOSNCP, dispone que las entidades públicas no se exigirán, entre sí, garantías, siendo esta normativa especial al caso que nos ocupa. En nuestro criterio, no deberían ser exigidas las contragarantías entre entidades del sector público, en atención al artículo citado de la LOSNCP, como ley orgánica y especial para los procesos de contratación pública, teniendo en cuenta que las contragarantías reales versarían sobre recurso público y las personales estaría respondiendo directamente el servidor otorgante”.

Por su parte, el criterio institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, contenido en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, cita los artículos 226 de la Constitución de la República que establece el principio de legalidad, 43 de la Ley General de Seguros, 1 y 2 numeral 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 107 de su Reglamento General. Dicho informe cita una definición doctrinaria de garantía, según la cual se trata de “ ‘(...) un aval que presenta el oferente a la Administración para garantizar el fiel cumplimiento del contrato administrativo. Esta caución, garantía o aval respalda la ejecución plena y debida del contrato administrativo.’ (Jorge Enrique Romero Pérez, *Derecho administrativo especial: contratación administrativa*, pág. 132)”; y, sobre su base manifiesta:

“De esta manera, se puede decir que para la contratación de seguros entre una entidad del sector público y una empresa aseguradora que cuente con más del 50% de capital público podrá acogerse al Régimen Especial de contratación interadministrativa, es decir una contratación directa conforme lo establece la normativa antes citada.



(...) De lo mencionado en líneas anteriores, y en el ámbito de aplicación de la LOSNCP, los artículos 73, 74, 75 y 76 establecen los tipos de garantías y las formas en las que los contratistas deben presentarlas antes de la suscripción de los contratos correspondientes. (...)

(...) Cabe señalar que el tercer inciso del artículo 73 dispone que no serán aplicables las garantías establecidas en la ley para los contratos a los que se refiere el número 8 del artículo 2 de la misma, es decir entre entidades públicas.

Además, en cuanto a la presentación de contragarantías personales o reales, cuya materia y aplicación escapa del ámbito de competencia de este Servicio, los servidores públicos actúan a nombre del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas en relación a lo dispuesto por el artículo 226 de la Constitución previamente citado, por lo que no deberían actuar personalmente como garantes en el ejercicio de sus funciones. (...).

En base a lo antes expuesto, se puede establecer que las entidades contratantes no se encuentran obligadas a la prestación de garantías, pues esta figura de aval se establece para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contratista durante la ejecución contractual, según lo previsto en los artículos 73, 74 75 y 76 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ya mencionados”.

Para atender la consulta es pertinente examinar como antecedentes la naturaleza jurídica de las empresas de seguros, de las fianzas y del contrato de seguro, materias reguladas por la Ley General de Seguros y el Código de Comercio; y, por otra parte, el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a fin de establecer el régimen jurídico aplicable a la contratación de seguros de fianzas, que es el tema objeto de consulta.

De acuerdo con la Disposición General Décima Octava del Código Orgánico Monetario y Financiero, que establece la estructura de ese cuerpo normativo, la Ley General de Seguros se incorporó como Libro III de ese Código.

El primer inciso del artículo 3 de la Ley General de Seguros, dispone que: “Son empresas que realicen operaciones de seguros las compañías anónimas constituidas en el territorio nacional y las sucursales de empresas extranjeras, establecidas en el país, en concordancia con lo dispuesto en la presente Ley y cuyo objeto exclusivo es el negocio de asumir directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas”.

Los artículos 31 y 2238 del Código Civil definen a los términos caución y fianza, de la siguiente forma:

“Art. 31.- Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca”.

“Art. 2238.- Fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.

La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador”.

Por su parte, el numeral 7 del artículo 3 del Código de Comercio, incluye al seguro entre los actos de comercio, ya sea que una sola de las partes o todas las que intervengan en dicho acto sean

comerciantes; y, los artículos 1, 2 y 3 del Título XVII de ese Código definen al contrato de seguro, establecen sus elementos esenciales, así como los conceptos de solicitante, asegurador y beneficiario, en los siguientes términos:

“Art. 1.- El seguro es un contrato mediante el cual una de las partes, el asegurador, se obliga, a cambio del pago de una prima, a indemnizar a la otra parte, dentro de los límites convenidos, de una pérdida o un daño producido por un acontecimiento incierto; o a pagar un capital o una renta, si ocurre la eventualidad prevista en el contrato”.

Art. 2.- Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- 1.- El asegurador;
- 2.- El solicitante;
- 3.- El interés asegurable;
- 4.- El riesgo asegurable;
- 5.- El monto asegurado o el límite de responsabilidad del asegurador, según el caso;
- 6.- La prima o precio del seguro; y,
- 7.- La obligación del asegurador, de efectuar el pago del seguro en todo o en parte, según la extensión del siniestro.

A falta de uno o más elementos, el contrato de seguro es absolutamente nulo.

Art. 3.- Para los efectos de esta Ley, se considera asegurador a la persona jurídica legalmente autorizada para operar en el Ecuador, que asume los riesgos especificados en el contrato de seguro; solicitante a la persona natural o jurídica que contrata el seguro, sea por cuenta propia o por la de un tercero determinado o determinable que traslada los riesgos al asegurador; asegurado es la interesada en la traslación de los riesgos; y, beneficiario, es la que ha de percibir, en caso de siniestro, el producto del seguro.

Una sola persona puede reunir las calidades de solicitante, asegurado y beneficiario”.

De las normas citadas se desprende que de acuerdo con el artículo 3 de la Ley General de Seguros, por su constitución como sociedades anónimas, las empresas de seguros son personas jurídicas de derecho privado; dicho carácter se mantiene aun cuando el Estado o las entidades del sector público sean accionistas únicos o mayoritarios de dichas empresas; el objeto y giro específico del negocio de las empresas de seguros, consiste según la misma norma, en asumir riesgos en base a primas. Y que, según el numeral 7 del artículo 3 del Código de Comercio y el artículo 1 de su Título XVII, el seguro es un acto de comercio y por tanto el contrato de seguro tiene naturaleza mercantil y está sujeto a ese Código y a las disposiciones de la Ley General de Seguros.

En el pronunciamiento contenido en el oficio No. 05518 de 19 de diciembre de 2011, al atender la consulta formulada por la Empresa Provincial de Vivienda EP, esta Procuraduría analizó la naturaleza jurídica de las sociedades anónimas en las que el Estado tiene mayoría accionaria en los siguientes términos “ (...) Es imperativo señalar que el hecho de que las acciones de una institución financiera, cuya especie societaria es una compañía anónima, pertenezcan al Estado, no implica un cambio en su naturaleza jurídica privada, convirtiéndole en una institución pública.”; este criterio también es aplicable a las empresas de seguros que se encuentran en idénticas condiciones.

Por otra parte, el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación que tengan por objeto la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las entidades sujetas a su ámbito de aplicación. En tal contexto y materia, su artículo 2 señala las contrataciones que están sujetas a régimen especial, entre ellas las siguientes:

“Art. 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

(...) 8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí.

También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.

El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.

La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director General o la Directora del Servicio Nacional de Contratación Pública.

9. Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios; y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo; (...).”

Según su tenor, el tercer inciso del numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el régimen especial de contratación se aplica respecto de empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias, respecto de contrataciones que correspondan al giro específico del negocio de la respectiva empresa.

Mientras que la primera parte del numeral 9 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se refiere específicamente a las contrataciones que efectúen las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios, y se aplica en armonía con los artículos 101 y 102 del Reglamento General a esa Ley, ubicados en la Sección XI de ese Reglamento, que se titula “INSTITUCIONES FINANCIERAS Y DE SEGUROS DEL ESTADO” que disponen lo siguiente:

“Art. 101.- Contrataciones del giro específico de su negocio.- Las contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios que celebren las Instituciones Financieras y de Seguros en

las que el Estado o sus Instituciones son accionistas únicos o mayoritarios están reguladas por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley General de Seguros y demás disposiciones legales pertinentes y autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros (actualmente Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros), sin que les sea aplicables las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General”.

“Art. 102.- Contrataciones distintas al giro específico del negocio.- Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, diferentes a aquellas relacionadas con el giro específico de sus negocios que celebren las instituciones financieras y de seguros en las que el Estado o sus Instituciones son accionistas únicos o mayoritarios, se deberán llevar a cabo siguiendo los procedimientos generales o especiales contemplados en su normativa propia y específica”.

De las normas citadas se aprecia que, los artículos 2 numeral 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 101 de su Reglamento General y 3 de la Ley General de Seguros, establecen un régimen especial aplicable a las contrataciones que respecto al giro específico de su negocio, efectúen las empresas de seguros en las que el Estado es accionista único o mayoritario. Mientras que, el otorgamiento de avales a los que se refiere la consulta, no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues es materia sujeta a la Ley General de Seguros.

Por su parte, el artículo 73 de la referida Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que han citado tanto el informe jurídico de la empresa pública consultante como el criterio institucional del Servicio de Contratación Pública, establece las formas de garantías que los contratistas pueden rendir a favor de las entidades contratantes en los contratos a los que se refiere esa Ley.

El párrafo posterior al numeral 5 del citado artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que: “No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley”. Es decir que se exonera de la obligación de exigir garantías establecidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en los contratos sujetos a esa Ley, que celebre el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias, debiéndose entender que dicha exoneración procede en los contratos cuyo objeto corresponda a aquel que constituye el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establecido en su artículo 1 (obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría).

Sobre esto último es importante considerar que las garantías a las que se refiere el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son aquellas que tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contratista respecto de la entidad contratante, en aquellos contratos cuyo objeto esté incluido en el ámbito de aplicación de esa Ley (obras, bienes y servicios).

En consecuencia, la exoneración del otorgamiento de garantías que prevé el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se refiere exclusivamente a aquellas que afianzan el buen uso del anticipo y el fiel cumplimiento del contrato, que son las garantías reguladas por ese cuerpo normativo en sus artículos 74 y 75, respectivamente.

Del análisis jurídico hasta aquí efectuado se desprende que, la Ley General de Seguros es el cuerpo normativo que establece el régimen jurídico aplicable a los contratos de seguro, inclusive respecto de aquellas cuyo accionista único o mayoritario sea el Estado Ecuatoriano, esto en razón de la remisión expresa que a ese cuerpo normativo realiza el artículo 101 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Adicionalmente es oportuno considerar que mediante oficio No. 20103 de 23 de diciembre de 2014, dirigido a la empresa pública a su cargo, este Organismo se pronunció sobre las garantías aduaneras que en su calidad de administradora de zona especial de desarrollo, debe rendir de acuerdo con el artículo 89 del Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

En este contexto, el artículo 43 de la Ley General de Seguros, sobre cuya aplicación trata la consulta, dispone:

“Art. 43.- La empresa de seguros, dentro de su actividad, está facultada, previa autorización del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, para otorgar mediante la emisión de pólizas, por cuenta de terceros, a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, fianzas o garantías cuyo otorgamiento no esté prohibido por ley.

El afianzado está obligado a entregar a favor de la entidad de seguros, las contragarantías personales o reales que respalden el riesgo asumido.

El afianzado podrá ceder en favor de la empresa de seguros sus derechos para el cobro de valores por el anticipo a recibir, así como por las liquidaciones por planillas a emitirse por los trabajos realizados tanto del contrato garantizado como de otros a los que tuviere derecho.

La falta de pago de la prima no suspende ni termina los efectos de la garantía.

También podrá convenir que en caso de que los beneficiarios del sector público ordenen la renovación de las garantías, las primas correspondientes sean pagadas por éstos con cargo a los valores que tengan retenidos a sus contratistas.

La empresa de seguros podrá convenir que el pago de la prima por la emisión o renovación de la póliza, lo realice el solicitante, el afianzado o el asegurado.

El recibo o factura de prima, debidamente certificado por la empresa de seguros, constituye título ejecutivo”.

La consulta tiene por finalidad determinar si la obligación del afianzado de entregar contragarantías a favor de la aseguradora, que consta establecida en forma general por el segundo inciso del artículo 43 de la Ley General de Seguros, es aplicable y exigible a una empresa pública que contrata un seguro de riesgos o fianza con una aseguradora cuyo accionista único o mayoritario es el Estado.

El artículo 43 de la Ley General de Seguros, que fue transcrito en los antecedentes, está ubicado en el Capítulo IX que trata “Del régimen de fianzas otorgadas por las entidades de seguros”; y, establece en su primer inciso que las empresas de seguros están facultadas para otorgar fianzas o garantías cuyo otorgamiento no esté prohibido por la ley.

El inciso segundo del artículo 43 de la Ley General de Seguros, se refiere al afianzado sin establecer distinción para el caso en que éste sea una persona natural o una persona jurídica pública o privada y le impone la obligación de otorgar una contragarantía en beneficio de la empresa de seguros. No puede entenderse entonces que en el caso de una persona jurídica, el afianzado sea su representante legal.

En el caso de las instituciones públicas que requieran una fianza, a dichas entidades corresponde la calidad de afianzadas y no a la persona natural que obra a su nombre y que actúa en representación de la entidad, como su máxima autoridad o representante legal.

Por otra parte, según el tenor del artículo 43 de la Ley General de Seguros, esa norma constituye una exigencia general para la emisión de fianzas o garantías pues ese cuerpo normativo no ha previsto ninguna excepción, como sí lo hace expresamente el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto de las garantías previstas en dicha ley.

Del análisis jurídico que precede se desprende que, según los artículos 3 de la Ley General de Seguros y 101 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Ley General de Seguros es el cuerpo normativo que establece el régimen jurídico específico aplicable a los contratos de seguros y a las contragarantías que el afianzado debe otorgar en beneficio de la aseguradora, lo que determina la inaplicabilidad del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece exoneraciones a la obligación de rendir las garantías de buen uso del anticipo y del fiel cumplimiento del contrato, establecidas y regladas por dicha ley exclusivamente.

En atención a los términos de la consulta se concluye que, de acuerdo con el tenor del segundo inciso del artículo 43 de la Ley General de Seguros, la obligación del solicitante de un seguro de fianza o afianzado, de otorgar una contragarantía en beneficio de la empresa aseguradora, constituye una regla general respecto de la que dicha Ley no ha previsto excepción, por lo que es aplicable a las empresas públicas que contraten una fianza o garantía con una empresa de seguros cuyo accionista único o mayoritario es el Estado o sus instituciones.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y no constituye orden o autorización para contratar fianzas y otorgar contragarantías, pues no es facultad de la Procuraduría General del Estado determinar las competencias administrativas de las Instituciones que forman parte del Sector Público.

## SEGUNDA CONSULTA

La Constitución de la República en el artículo 237 numeral 3, dispone que corresponde al Procurador General del Estado el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

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

En aplicación de las normas legales precedentes, esta Procuraduría emitió la Resolución No. 017 de 29 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que en

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

De la lectura de los términos de su consulta reformulada, se evidencia que la misma no está dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, 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, en cumplimiento de la normativa jurídica citada, me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

## **CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO: TIEMPO PARA LA APROBACIÓN DE INFORMES**

**OF. PGE. N°:** 00827 de 15-04-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

### **CONSULTAS:**

“1. Si de conformidad con el Art. 118 del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, el ‘...*plazo*...’ de 180 días señalado en la parte inicial del Art. 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, reformado por el Código Orgánico Integral Penal, debe entenderse en realidad como término, es decir, días hábiles, tanto más que en la propia norma citada, más adelante y al referirse al tiempo que se concede al Contralor General para la aprobación de los informes, en forma expresa se refiere que éste es un término y no un plazo”.

“2. Si, como consecuencia de la consulta que antecede, el término de treinta días para que el informe sea aprobado por parte del Contralor General del Estado, o su Delegado, debe contarse a partir de que haya concluido aquel de ciento ochenta días concedido por la ley para la ejecución de la auditoría”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 204, 212 núm. 2.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 26.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 118 y la Disposición General Tercera.

Reglamento de Responsabilidades, Art. 27.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

#### **PRIMERA CONSULTA**

A la consulta se han acompañado dos informes de la Coordinación Jurídica de la Contraloría General del Estado, el primero contenido en memorando No. 060CJ-GJ de 25 de febrero de 2014 y el segundo consta en memorando No. 045 CJ de 19 de marzo de 2015.

En el informe jurídico contenido en memorando No. 045 DJ de 19 de marzo de 2015, la Coordinación Jurídica de la Contraloría General del Estado cita los artículos 26 reformado de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 118 y la Disposición General Tercera del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y concluye:

“Al referirse el Art. 26 sustituido por el COIP por una parte a plazo (180 días para la ejecución de la auditoría); y, por otra a término (30 días para aprobación del informe por parte del Contralor General; y dado que las 2 situaciones, esto es, la ejecución de la auditoría y la revisión y aprobación de los informes derivados de aquellas se ejecutan en días laborables, de conformidad con el Art. 118 del ERJAFE que regula el procedimiento administrativo, la que es plenamente aplicable al caso de la Contraloría General del Estado en virtud del Decreto Ejecutivo No. 618 de 17 de marzo de 2015, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, domingos y los días declarados festivos”.

El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que regula el procedimiento de auditoría gubernamental, fue modificado por la Disposición Reformativa Décimo Segunda del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Inicialmente, el texto del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado tenía el siguiente tenor:

“Art. 26.- Informes de auditoría y su aprobación.- Los informes de auditoría gubernamental, en sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado y serán tramitados en los plazos establecidos en la ley y los reglamentos correspondientes, los mismos que desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe, como regla general, no excederán de un año. Los informes, luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado y enviados a las máximas autoridades de las instituciones del Estado examinadas”.

Mientras que, el texto reformado del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, sobre cuya aplicación trata la consulta es el siguiente:

“Art. 26.- Informes de auditoría y su aprobación.- Los informes de auditoría gubernamental, en sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado. Estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe, en el plazo máximo de ciento ochenta días improrrogables. Los informes, luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado en el término máximo de treinta días improrrogables y serán enviados a las máximas autoridades de las instituciones del Estado examinadas de manera inmediata”.

De los textos transcritos se desprende que, inicialmente la norma establecía un solo plazo de un año para el procedimiento de auditoría, que corría desde la expedición de la orden de trabajo hasta la aprobación del informe por el Contralor General del Estado.

Mientras que la norma reformada, divide el procedimiento de auditoría en dos fases diferenciadas y continuas; y, asigna a cada una de ellas un periodo de tiempo específico en el que cada etapa se debe desarrollar: la primera un “plazo de 180 días” para la instrucción del procedimiento de auditoría como tal, desde la emisión de la orden de trabajo hasta la elaboración del respectivo informe; y, la segunda un “término de 30 días”, para la aprobación del informe de auditoría por parte del Contralor General del Estado o su delegado.



La consulta tiene por finalidad establecer la forma en que deben ser calculados los periodos de tiempo que el artículo 26 reformado de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece para cada fase del procedimiento de auditoría; y, al efecto se argumenta que, tratándose de un procedimiento en sede administrativa, los términos y plazos se deben calcular en días hábiles, considerando la aplicación supletoria de las normas contenidas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, conforme a la Disposición General Tercera de dicho cuerpo normativo.

De los antecedentes referidos se desprende que, la inteligencia de la norma sobre cuya aplicación trata su consulta, debe considerar que regula el procedimiento de auditoría gubernamental a través del cual la Contraloría General del Estado ejerce sus competencias constitucionales de control, de cuyos resultados se pueden derivar distintos tipos de responsabilidades de acuerdo con el numeral 2 del artículo 212 de la Constitución de la República, entre ellas indicios de responsabilidad penal.

No obstante, dicho procedimiento al ser sustanciado y resuelto por una entidad pública que de acuerdo con el inciso final del artículo 204 de la Constitución de la República, forma parte de la Función de Transparencia y Control Social, no tiene el carácter de proceso judicial sino que se trata de un procedimiento administrativo.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, su Reglamento y el Reglamento de Responsabilidades, no contienen norma alguna que regule la forma en que deben ser contabilizados los plazos y términos en el procedimiento administrativo de auditoría gubernamental a cargo de ese Organismo; y, salvo el artículo 27 del Reglamento de Responsabilidades que prevé que: “La prueba deberá ser actuada de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil Codificado”, dichos cuerpos normativos tampoco determinan las normas aplicables en forma supletoria o subsidiaria, al procedimiento administrativo de auditoría gubernamental.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 618 de 17 de marzo de 2015 se expidió una reforma al Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, por medio del cual se establece como Disposición General Tercera la siguiente:

“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.”

Considerando la inexistencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de una Ley, Código o cuerpo normativo que regule en forma general el procedimiento administrativo aplicable por las instituciones del sector público, resulta pertinente considerar que, la Disposición General Tercera del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), previamente transcrita, autoriza la aplicación supletoria de sus disposiciones a 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.

Es decir que, de acuerdo con la citada Disposición General Tercera del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), ese Estatuto es aplicable en forma subsidiaria, a falta de normas expresas que regulen el procedimiento administrativo específico a cargo de las instituciones que integran el sector público.

El artículo 118 del citado Estatuto, regula el cómputo de términos y plazos de los procedimientos administrativos, previendo lo siguiente:

“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”.

El artículo 26 reformado de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece que el proceso de auditoría se integra de dos fases, perfectamente diferenciadas según se analizará al atender su segunda consulta, cada una de las fases de dicho procedimiento administrativo se debe desarrollar dentro del respectivo periodo de tiempo que el legislador ha establecido para el efecto en días.

De conformidad con la Disposición General Tercera del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, sus normas son aplicables supletoriamente a las entidades del sector público y de acuerdo con el artículo 118 de dicho Estatuto, en los procedimientos administrativos en que los plazos o términos se señalen en días, se entiende que éstos son hábiles y por tanto se excluye en su cómputo los sábados, domingos y feriados.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, tanto el periodo de tiempo de 180 días señalado en la parte inicial del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, reformado por el Código Orgánico Integral Penal, como el de 30 días que prevé la parte final de esa norma para la aprobación del informe de auditoría por parte del Contralor o su delegado, de conformidad con el numeral 1 del artículo 118 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), subsidiariamente aplicable a los procedimientos administrativos, deben ser considerados únicamente como días útiles o laborables.

#### SEGUNDA CONSULTA

“2. Si, como consecuencia de la consulta que antecede, el término de treinta días para que el informe sea aprobado por parte del Contralor General del Estado, o su Delegado, debe contarse a partir de que haya concluido aquel de ciento ochenta días concedido por la ley para la ejecución de la auditoría”.

El informe del Coordinador Jurídico de la entidad consultante constante en memorando No. 045 CJ de 19 de marzo de 2015, fue transcrito al atender su primera consulta.

El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría, inicialmente estableció el plazo de un año para el procedimiento de auditoría gubernamental, que se inicia con la orden de trabajo y concluye con la aprobación del informe por el Contralor General o su delegado y su notificación a las entidades y personas sujetas al control.

Mientras que, la reforma introducida por el Código Orgánico Integral Penal, cuyo texto fue incluido al atender su primera consulta, establece dos fases en el procedimiento de auditoría gubernamental, cada una con el respectivo periodo de tiempo en que se debe desarrollar: la primera de 180 días para la sustanciación del procedimiento de auditoría, contado desde la emisión de la orden de trabajo hasta la suscripción del informe de auditoría por el Director del área correspondiente; y, la segunda de 30 días para la aprobación del informe por el Contralor General del Estado, que corre desde que dicha autoridad conoce del informe de auditoría, hasta que lo aprueba y dispone su notificación.

Es decir que, se trata de un procedimiento que la reforma introducida por el Código Orgánico Integral Penal ha dividido en dos fases claramente diferenciadas, la de sustanciación y la de aprobación, que se deben desarrollar una después de la otra, estableciendo un período de tiempo específico e improrrogable para cada una de ellas.

Por lo expuesto en atención a los términos de su segunda consulta se concluye que, el término de treinta días que establece la parte final del artículo 26 reformado de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, para que el informe de auditoría sea aprobado por parte del Contralor General del Estado o su Delegado, se debe contar desde que el informe de auditoría, suscrito por el director de la unidad administrativa respectiva, haya sido puesto en conocimiento del Contralor General del Estado o su delegado.

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

#### **CONVENIO INSTITUCIONAL: AUTORIZACIÓN DEL CONCEJO CANTONAL**

**OF. PGE. N°:** 03751 de 30-11-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN LOGROÑO

#### **CONSULTA:**

“¿Si al amparo de lo que dispone el literal k del art. 50 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (sic) (COOTAD) es obligación del prefecto provincial obtener la autorización del consejo para firmar convenios cuando se compromete el patrimonio de la institución?”.

#### **BASES LEGALES:**

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

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

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

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 49, 50 lit. k), 60 lit. n), 70 lit. l), 90 lit. n), 322 y 414.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

Mediante oficio No. 327-AL-2015 de 1 de octubre de 2015, ingresado el 1 de octubre del presente año, en su calidad de Alcalde y Consejero del Gobierno Provincial, formuló a la Procuraduría General del Estado una consulta relacionada con las atribuciones del Ejecutivo del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial.

Con oficio No. 03105 de 12 de octubre de 2015, este Organismo solicitó a la Municipalidad de Logroño que reformule su consulta, de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, de acuerdo con los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República, 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En la misma comunicación se le solicitó adicionalmente, que remita el criterio jurídico del Procurador Síndico Municipal, respecto de la consulta reformulada.

A fin de contar con mayores elementos de análisis del tema objeto de consulta, mediante oficio No. 03106 de 12 de octubre de 2015, esta Entidad requirió el criterio institucional del Presidente del Consorcio de Gobiernos Provinciales del Ecuador (CONGOPE); y, con oficio No. 03505 de 11 de noviembre de 2015, se insistió en dicho requerimiento, que ha sido atendido por el doctor Edwin Miño, Director Ejecutivo de esa entidad asociativa, mediante oficio No. DEC-000138-Of de 11 de noviembre de 2015, ingresado el 13 de noviembre del presente año.

La norma sobre cuya aplicación trata la consulta, es la contenida en el artículo 50 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que en su letra k) prescribe:

“Art. 50.- Atribuciones del prefecto o prefecta provincial.- Le corresponde al prefecto o prefecta provincial:

(...)

k) Suscribir contratos, convenios e instrumentos que comprometan al gobierno autónomo descentralizado provincial, de acuerdo con la ley. Los convenios de crédito o aquellos que comprometan el patrimonio institucional requerirán autorización del consejo provincial, en los montos y casos previstos en las ordenanzas provinciales que se dicten en la materia”.

El criterio del Procurador Síndico de la Municipalidad del cantón Logroño, contenido en oficio No. 162- PSGADMCL – 15 de 26 de octubre de 2015, cita el artículo 50 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; y, sobre dicha base normativa, expone y concluye que:

“De la normativa expuesta se desprende que cuando se trata de convenios que comprometen el patrimonio institucional; es decir, no solo cuando se trata de recursos económicos sino también, inmuebles, maquinaria y todo aquellos (sic) que implica o constituye patrimonio del Gobierno Provincial, es obligación del consejo conceder la autorización al prefecto para que firme los convenios, observando para ello los casos y los montos que se haya reglamentado a través de la ordenanza.

En el caso de que el consejo no haya emitido disposición alguna sobre los casos y montos en los cuales el prefecto debe obtener la autorización del órgano legislativo, se debe propender a que se establezca la correspondiente normativa; sin embargo de aquello considero que mientras se emita la ordenanza, el prefecto debe obtener la autorización del correspondiente consejo provincial, toda vez que los recursos del estado no pierden su calidad bajo ninguna circunstancia de acuerdo a lo que dispone el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”.

Por su parte, el Director Ejecutivo del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, remite adjunto a su oficio No. DEC-000138-Of, de 11 de noviembre de 2015, el memorando No. DAJ-2015-364-M de 19 de octubre de 2015, suscrito por el Director de Asesoría de esa entidad asociativa, quien cita el artículo 49 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que confiere al Prefecto el carácter de primera autoridad del Ejecutivo del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial; y, con respecto a la letra k) del artículo 50 de ese Código, materia de la consulta, manifiesta:

“Por lo expuesto a criterio de esta Dirección el prefecto no puede suscribir convenios que involucren patrimonio institucional sin autorización del Consejo Provincial, teniendo en cuenta que debe existir la respectiva ordenanza que establezca los lineamientos para acceder a dichos convenios tal como lo establece el artículo 50 en la parte final del literal k)”.

El criterio del Director Ejecutivo del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, sobre el tema de consulta, tiene el siguiente tenor:

“Si bien el Prefecto o Prefecta Provincial es la primera autoridad del Ejecutivo del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial, elegido en binomio con el viceprefecto o viceprefecta por votación popular, el literal k) del artículo 50 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), determina expresamente que dicha autoridad sólo podrá suscribir convenios de crédito o aquellos que comprometan el patrimonio institucional con autorización del consejo.

Por lo expuesto, a criterio de esta institución, la ley es clara en cuanto a las condiciones para suscribir convenios por parte del Ejecutivo del Gobierno Provincial”.

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

Respecto al patrimonio de los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 414 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone lo siguiente:

“Art. 414.- Patrimonio.- Constituyen patrimonio de los gobiernos autónomos descentralizados los bienes muebles e inmuebles que se determinen en la ley de creación. los que adquieran en el futuro a cualquier título, las herencias, legados y donaciones realizadas a su favor, así como, los recursos que provengan de los ingresos propios y de las asignaciones del presupuesto general del Estado.

Los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, metropolitanos y municipales transferirán, previo acuerdo con los respectivos gobiernos autónomos descentralizados parroquiales, los bienes inmuebles necesarios para su funcionamiento, así como los bienes de uso público existentes en la circunscripción territorial de la respectiva parroquia rural”.

Es decir que de acuerdo con el artículo 414 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, el patrimonio de cada gobierno autónomo descentralizado, se integra por todos los bienes, muebles e inmuebles, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, asignaciones y en general todos los derechos que pertenecen a esas entidades y que constituyen recursos públicos en los términos del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Por su parte, el artículo 50 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece las atribuciones del Prefecto del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial; y, la letra k) de ese artículo, que fue transcrita en los antecedentes y sobre cuya aplicación trata la consulta, asigna al Prefecto competencia para suscribir contratos, convenios e instrumentos que correspondan al gobierno provincial, previendo en su parte final que, los convenios de crédito o aquellos que comprometan el patrimonio institucional requerirán autorización del consejo provincial, en los montos y casos previstos en las ordenanzas provinciales que se dicten en la materia.

Según el tenor de la disposición legal materia de consulta, corresponde al Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial, reglar mediante ordenanza, los montos y casos en que el Prefecto requiera autorización del Consejo como órgano colegiado, para la suscripción de convenios de crédito o de aquellos que comprometan el patrimonio institucional.

Los artículos 60 letra n), 70 letra l) y 90 letra n), entre otros del mismo Código, imponen idéntica obligación a los ejecutivos de los Gobiernos Autónomos Municipal, Metropolitano y Parroquial, respectivamente, es decir a los Alcaldes y Presidentes de Juntas Parroquiales, quienes deben contar con la autorización de los órganos legislativos del respectivo nivel de gobierno, para comprometer el patrimonio institucional, en la forma y montos que establezcan las respectivas Ordenanzas.

Del análisis jurídico previamente efectuado se desprende que, para comprometer bienes o recursos que integren el patrimonio del gobierno autónomo descentralizado provincial, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, asigna atribuciones tanto al Prefecto como ejecutivo provincial, a quien autoriza la suscripción de dichos convenios, como al Consejo como órgano colegiado de legislación y fiscalización de ese nivel de gobierno, asignándole expresamente a éste último, atribución para autorizar aquellos convenios que comprometan el patrimonio institucional, en la forma y montos que se establezcan mediante Ordenanza, la misma que debe ser aprobada observando el procedimiento previsto por el artículo 322 del citado Código Orgánico.

Por lo expuesto, en atención a los términos de la consulta se concluye que, de acuerdo con la letra k) del artículo 50 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), para la firma de convenios que comprometan el patrimonio de la institución, el prefecto provincial debe solicitar y obtener la autorización del Consejo Provincial, en los casos y montos que se establezcan por la Ordenanza que ese órgano legislativo debe expedir conforme a esa norma.

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 de las Instituciones que forman parte del Sector Público.

### **CUERPO DE BOMBEROS: DESIGNACIÓN DE SEGUNDO JEFE EN FORMA VOLUNTARIA**

**OF. PGE. N°:** 02184 de 29-07-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** CUERPO DE BOMBEROS DEL CANTÓN YANTZAZA

#### **CONSULTA:**

“(…) sino (sic) existe inconveniente alguno en nombrar una persona voluntaria para que realice las funciones de Segundo Jefe (sin remuneración y a tiempo según la disponibilidad); Basándome en lo que establece el Art. 37 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana (del voluntariado)”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 66 núm. 17 y 97.

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

Ley de Defensa contra Incendios, Arts. 6, 7, 9, 10, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20 y 21.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Arts. 2, 37 y 38.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Art. 140 inc. final.

Ordenanza de Administración y Funcionamiento del Cuerpo de Bomberos Municipal de Yantzaza, Arts. 15, 19 y 20.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

En forma previa a atender su consulta y de conformidad con el segundo inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 05467-LJ de 24 de abril de 2015 e insistencia contenida en oficio No. 05556-LJ de 14 de mayo de 2015, el Director Regional de Loja le solicitó remitir en texto independiente, el criterio jurídico debidamente fundamentado por el asesor jurídico o abogado de esa entidad, relacionado con la consulta, lo que fue atendido con oficio No. 096-CBCY de 1 de junio de 2015, ingresado a la referida Dirección Regional el 5 de junio y recibido en este Despacho el 17 de junio del presente año.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, con oficios Nos. 01574 y 1575 de 18 de junio de 2015, esta Procuraduría solicitó el criterio jurídico institucional del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas y del Presidente del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, respectivamente. Con oficios Nos. 01837 y 01838 de 8 de julio de 2015, se insistió en dichos requerimientos.

Mediante oficio No. 2071-C.P.C.S.-2015 de 8 de julio de 2015, ingresado el 10 de julio del presente año, el señor Fernando Cedeño Rivadeneira, Presidente del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social a esa fecha, ha remitido el criterio institucional de esa Entidad, sobre el tema materia de consulta; sin que el Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas haya atendido hasta la presente fecha el requerimiento mencionado en el párrafo precedente.

En el oficio de consulta se refiere como antecedente que la persona que ocupaba el cargo de Segundo Jefe del Cuerpo de Bomberos renunció y que, “(...) no contamos con recursos económicos para sufragar el sueldo del Segundo Jefe”.

El informe jurídico de la entidad consultante, contenido en oficio sin número de 19 de mayo de 2015, suscrito por el Asesor Jurídico del Cuerpo de Bomberos de Yantzaza, cita entre otras normas, los artículos 18 y 19 de la Ley de Defensa contra Incendios que se refieren a la designación del Primer y Segundo Jefe de los Cuerpos de Bomberos; el artículo 15 de la Ordenanza de Administración y Funcionamiento del Cuerpo de Bomberos Municipal de Yantzaza, que confieren atribución al Alcalde para nombrar y remover al Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos Municipal; y los artículos 37 y 38 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, que define al voluntariado como una forma de participación social y actividad de servicio social; y, sobre dicha base normativa, manifiesta y concluye lo siguiente:

“(...) es el criterio del suscrito asesor jurídico, que cualquier decisión de parte de su Autoridad con respecto a nombrar el Segundo Jefe del Cuerpo de Bomberos, a una persona voluntaria y sin remuneración, debe hacerse mediante previo convenio entre el representante ejecutivo del GAD Municipal de Yantzaza, el Jefe del Cuerpo de Bomberos de Yantzaza, y un representante del colectivo, teniendo en cuenta que existe bomberos rentados y bomberos voluntarios (...).

Es necesario hacer incapié (sic) que si bien el Segundo Jefe no percibirá remuneración alguna, con base a la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, estimo que la designación del Segundo Jefe del Cuerpo de bomberos, debe hacerse, por decisión bilateral, es decir el Primer Jefe del Cuerpo de bomberos y el señor Alcalde del GAD Municipal de Yantzaza, a efectos de evitar algún vicio de formalidad en la designación”.

Por su parte, el entonces Presidente del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en la comunicación a la que se hizo referencia en los antecedentes, invoca los artículos 2, 37 y 38 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, que establecen su ámbito de aplicación, la definición de voluntariado y la obligación de suscribir convenios entre las organizaciones sociales y las instancias del Estado, para apoyar tareas de voluntariado.

Invoca adicionalmente, entre otras normas, los artículos 6, 7, 9, 10, 13, 14, 17 y 18 de la Ley de Defensa contra Incendios que confieren a los cuerpos de bomberos carácter de entidades de derecho público cuya representación legal corresponde al Primer Jefe; regulan la forma en que se integran los consejos de administración y disciplina de los cuerpos de bomberos y las competencias de dichos consejos; establecen la clasificación de los bomberos en voluntarios y rentados, los rangos y jerarquía de los oficiales; y, los artículos 19 y 20 de la Ordenanza de Administración y Funcionamiento del Cuerpo de Bomberos Municipal de Yantzaza, que prevén que en caso de ausencia del Primer Jefe, el segundo lo reemplazará y establece las atribuciones del Jefe del Cuerpo de Bomberos.

Sobre la base normativa previamente descrita, el entonces Presidente del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, manifiesta y concluye lo siguiente:

“3.1. El voluntariado, se encuentra reconocido en el Art. 37 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, es una actividad de servicio social y de participación social, por el cual, la ciudadanía y las organizaciones sociales en diversos temas de interés público pueden establecer acuerdos con las autoridades de diversos niveles de gobierno para participar de manera voluntaria y solidaria en la ejecución de programas, proyectos y obra pública, en el marco de los planes institucionales.



3.2. En estos convenios específicos, tal como lo establece el Art. 38 de la Ley de la materia, se establecerán las condiciones de la labor solidaria sin relación de dependencia. Tampoco podrán constituirse en mecanismos de precarización de trabajo ni afectar derechos de los ciudadanos.

(...) 3.4. No se puede utilizar la figura de voluntariado como mecanismo de precarización del trabajo, ya que tal como consta en el oficio No. 074-CBCY de 15 de abril de 2015 suscrito por el Tcnel (B) Ruthsbel Morocho E., Jefe del Cuerpo de Bomberos del Cantón Yantzaza y dirigido al Director Regional de Loja, Procuraduría General del Estado, se busca nombrar como Jefe Segundo utilizando la figura del voluntariado no remunerado para no cancelarle al Jefe Segundo su remuneración.

#### CONCLUSIÓN:

No procede utilizar la figura de voluntariado para nombrar al Jefe Segundo del Cuerpo de Bomberos del cantón Yantzaza, ya que al hacerlo es una forma de precarización del Trabajo”.

Para atender la materia de consulta es pertinente considerar que, el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República, prohíbe el trabajo gratuito o forzoso; y, respecto del voluntariado, el segundo inciso del artículo 97 de la Constitución de la República lo reconoce como una forma de participación social.

Concordantes, los artículos 37 y 38 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, definen al voluntariado en la siguiente forma:

“Art. 37.- El voluntariado.- El Estado reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social, como una actividad de servicio social y participación libre de la ciudadanía y las organizaciones sociales en diversos temas de interés público, con independencia y autonomía del Estado. La ciudadanía y las organizaciones sociales también podrán establecer acuerdos con las autoridades de los diversos niveles de gobierno para participar de manera voluntaria y solidaria en la ejecución de programas, proyectos y obra pública, en el marco de los planes institucionales.

Art. 38.- Protección al voluntariado.- Los acuerdos que se realicen entre las organizaciones sociales y las instancias del Estado involucradas para apoyar tareas de voluntariado se establecerán en convenios específicos, en los cuales se fijarán las condiciones de la labor solidaria, sin relación de dependencia. Las distintas formas de voluntariado no podrán constituirse en mecanismos de precarización del trabajo, formas ocultas de proselitismo político, ni afectar los derechos ciudadanos”.

Respecto de la participación ciudadana en materia de defensa contra incendios, la Sexta Disposición General de la Resolución No. 10 del Consejo Nacional de Competencias, ha previsto que: “Todos los niveles de gobierno garantizarán la participación ciudadana activa y permanente en la elaboración de planes y políticas para desarrollar la competencia de prevención, protección, socorro y extinción de incendios”.

Es decir que según las normas citadas, el Estado reconoce al voluntariado como una forma de servicio social y participación de la ciudadanía y las organizaciones sociales, en los temas de interés público y específicamente en la elaboración de planes en materia de prevención y extinción de incendios, previéndose al efecto que pueda instrumentarse dicho mecanismo de participación social, mediante acuerdos entre las organizaciones sociales y las instancias del

Estado involucradas, en los cuales se fijan las condiciones de la labor solidaria, sin relación de dependencia. No obstante, la parte final del artículo 38 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, prohíbe en forma expresa que el voluntariado constituya mecanismo de precarización del trabajo, en virtud de que el numeral 17 del artículo 66 de la Constitución de la República, prohíbe el trabajo gratuito o forzoso.

Por otra parte, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 326 de la Carta Constitucional, los bomberos prestan el servicio público de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, cuya gestión compete a las municipalidades, según el numeral 13 del artículo 264 *Ibidem*.

Por su parte, el inciso final del artículo 140 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización prescribe que:

“La gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, que de acuerdo con la Constitución corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, se ejercerá con sujeción a la ley que regule la materia. Para tal efecto, los cuerpos de bomberos del país serán considerados como entidades adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, quienes funcionarán con autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa, observando la ley especial y normativas vigentes a las que estarán sujetos”.

Sobre esta materia, con idéntica base normativa a la previamente citada, en pronunciamiento contenido en oficio No. 03806 de 20 de septiembre de 2011, sobre el carácter especial de la Ley de Defensa contra Incendios, concluí que: “(...) la Ley de Defensa contra Incendios, es la ley especial a la que en esa materia se remite el inciso tercero del artículo 140 del COOTAD”.

De acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Defensa contra Incendios, “Integran los cuerpos de bomberos: los bomberos voluntarios, los rentados y los conscriptos, y el personal técnico, administrativo y de servicios”; y, los artículos 14 y 15 *Ibidem*, prescriben:

“Art. 14.- Bomberos voluntarios son los que prestan sus servicios sin percibir remuneración, y se clasifican en activos, pasivos, asimilados y honorarios.

Art. 15.- Bomberos rentados son los que prestan sus servicios mediante remuneración.

El título imprime el carácter de profesional permanente al bombero rentado en cualquier función que desempeñe, y le concede el derecho de figurar en el Escalafón del respectivo cuerpo de bomberos. El Reglamento determinará los casos en que el bombero pierde este derecho”.

En lo que tiene relación con el grado y funciones del Segundo Jefe de los Cuerpos de Bomberos, el artículo 7 de la Ley de Defensa contra Incendios prevé que, los Consejos de Administración y Disciplina de esas entidades se integran, entre otros miembros por “(...) El Segundo Jefe del Cuerpo, cuando exista tal Jefe”; y la letra a) del artículo 17 *Ibidem*, prescribe que al Segundo Jefe de los Cuerpos de Bomberos corresponde el grado de Oficial Superior.

Respecto del escalafón al que están sujetos los Bomberos y sus ascensos, los artículos 19, 20 y 21 de la misma Ley, prescriben:

“Art. 19.- El reclutamiento, las altas, las bajas, los ascensos y las reincorporaciones se regirán, además, por el reglamento correspondiente.

El segundo Jefe, los jefes de brigada, los oficiales subalternos y el personal de tropa, serán nombrados por el Primer Jefe respectivo.

Art. 20.- Los cuerpos de bomberos llevarán un Escalafón y la hoja de servicios del personal.

Art. 21.- Los ascensos se harán de grado en grado, cumplidos los requisitos correspondientes siempre que exista vacante dentro del Escalafón”.

De las normas citadas se aprecia que, de acuerdo con los artículos 17 letra a) y 20 de la Ley de Defensa contra Incendios, el Segundo Jefe del Cuerpo de Bomberos es un Oficial Superior, al que le corresponde grado jerárquico y mando respecto del personal de esa Institución; es decir que, se trata de un bombero rentado profesional en los términos de los artículos 13 y 15 de esa Ley, que forma parte del escalafón de los bomberos y debe ascender al puesto de Segundo Jefe al cumplir los requisitos reglamentarios pertinentes.

Mientras que, de acuerdo con los artículos 97 de la Constitución de la República, 37 y 38 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana el voluntariado es una forma de participación social, una actividad de servicio social y participación de la ciudadanía y las organizaciones sociales en diversos temas de interés público, que se instrumentan mediante acuerdos con las autoridades de los diversos niveles de gobierno, pero se prohíbe expresamente que el voluntariado constituya un mecanismo de precarización del trabajo.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 17 letra a) de la Ley de Defensa contra Incendios, el Segundo Jefe de un Cuerpo de Bomberos debe ser un Oficial Superior, seleccionado de entre los bomberos que integren el escalafón; y por tanto, el voluntariado social que regula el artículo 37 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, no es el mecanismo jurídico que habilite la designación de una persona para que realice dichas funciones.

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

## D

### **DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA: REVERSIÓN DE LA EXPROPIACIÓN**

**OF. PGE. N°:** 02231 de 05-08-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE URBANIZACIÓN Y VIVIENDA, EMUVI EP

#### **CONSULTAS:**

1.- “¿Si una empresa pública municipal, no destinare el bien expropiado a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública, dentro del plazo de un año, contado desde la fecha de notificación de tal declaratoria, de conformidad a lo establecido en el artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, existe un plazo para que

el propietario del bien declarado de utilidad pública, ejerza su derecho a solicitar la reversión del mismo; prescribe el derecho de reversión?”.

2.- ¿El propietario de un bien declarado de utilidad pública por una empresa pública municipal, puede renunciar a su derecho de reversión, establecido en el artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 66 núm. 29, lit. d), 184 núm. 2 y 323.

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

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 447, 454 y 459.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 34 núm. 2.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 65.

Código de Procedimiento Civil, Arts. 781, 782, 783 y 804.

Código Civil, Art. 11.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Me refiero a su oficio No. 098-EMUVI.EP-GR-2015 de 18 de mayo de 2015, ingresado a la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Cuenca, el 18 de mayo de 2015, remitido mediante oficio No. 02209-AZ de 19 de mayo de 2015, y recibido en este Despacho el 20 de mayo del presente año, en el cual usted solicitó en su parte pertinente que: “(...) se nos indique si existe algún pronunciamiento previo respecto a la segunda inquietud establecida en el oficio No. 084-EMUVI.EP-GR-2015 de 23 de abril de 2015 o en caso de no existir, quisiéramos conocer su valioso pronunciamiento al respecto”.

Su consulta fue inicialmente presentada a través del oficio No. 084-EMUVI.EP-GR-2015 de 23 de abril de 2015, ingresado a la Dirección Regional del Azuay, Cañar y Morona Santiago, en la ciudad de Cuenca el 23 de abril de 2014, remitido a este Despacho mediante oficio No. 02180-AZ de 30 de abril de 2015 y recibido en la misma fecha, en el cual usted formuló dos consultas relacionadas con la reversión de un bien inmueble declarado de utilidad pública por una empresa pública municipal.

La Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 01162 de 13 de mayo de 2015, en atención a su primera consulta remitió copias de los pronunciamientos Nos. 17251 de 9 de mayo de 2014 y 01136 de 12 de mayo de 2015, relativos al proceso de expropiación de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados y la reversión de los inmuebles declarados de utilidad pública.

De manera previa a atender su requerimiento constante en el oficio No. 098-EMUVI.EP-GR-2015, de 18 de mayo de 2015, en el oficio No. 01315 de 26 de mayo del presente año, este organismo le solicitó remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por el Director Jurídico de la Entidad a su cargo, respecto del objeto de cada una de las dos preguntas contenidas en su segunda consulta.

Con oficio No. 109-EMUVI.EP-GR-2015 de 5 de junio de 2015, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 8 de junio del año en curso, la empresa pública a su cargo atendió el requerimiento formulado por este Organismo.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 01314 de 26 de mayo de 2015 e insistencia constante en el oficio No. 01494 de 12 de junio de 2015, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME, respecto del tema de consulta, lo cual fue atendido a través del oficio No. 470-DE-DNAJ-2015 de 5 de junio de 2015, suscrito por el Director Ejecutivo de dicha entidad asociativa e ingresado a la Procuraduría General del Estado el 24 de junio del presente año, en el que se citan como fundamentos jurídicos el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como los artículos 447, 454 y 459 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, entre otros.

El informe jurídico de la entidad consultante se ha remitido como anexo al oficio No. 109-EMUVI.EP-GR-2015 de 5 de junio de 2015 y consta en el memorando No. 119-EMUVI.EP-AJ-2015 de 4 de junio de 2015, suscrito por el Director Jurídico de la Empresa Pública Municipal de Urbanización y Vivienda de Cuenca EMUVI EP, en el que se señalan como fundamentos jurídicos, entre otros, los artículos 184 número 2 y 323 de la Constitución de la República, artículos 447, 453, 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, artículo 34 número 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 782, 783 y 804 del Código de Procedimiento Civil, artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y artículo 11 del Código Civil.

Adicionalmente, en el informe jurídico de la entidad consultante se cita la conclusión del pronunciamiento emitido por la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 01136 de 12 de mayo de 2015, así como varios conceptos doctrinarios de tratadistas de Derecho Administrativo.

Con los antecedentes expuestos procedo a atender las dos preguntas que forman parte de la segunda consulta, originalmente planteada mediante oficio No. 084-EMUVI.EP-GR-2015 de 23 de abril de 2015, en el orden que han sido formuladas.

#### PRIMERA PREGUNTA

En el informe jurídico contenido en el memorando No. 119-EMUVI.EP-AJ-2015 de 4 de junio de 2015, suscrito por el Director Jurídico de la Empresa Pública Municipal de Urbanización y Vivienda de Cuenca EMUVI EP, respecto de la primera pregunta de la segunda consulta, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En vista del análisis realizado, el propietario del bien declarado de utilidad pública, una vez que hayan transcurrido los plazos establecidos en los artículos 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización o de ser el caso, los plazos establecidos en el artículo 804 del Código de Procedimiento Civil, tendrá de conformidad con el último inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el plazo de 5 años para proponer la demanda para hacer valer su derecho a la reversión del bien, declarado en utilidad pública (o expropiado de ser el caso), transcurrido el mismo, prescribirá su derecho”.

En el oficio 470-DE-DNAJ-2015 de 5 de junio de 2015, con relación a la primera parte de la segunda consulta formulada por usted, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME, expresa el siguiente criterio institucional:

“Si bien es cierto que la norma legal no establece un término para la prescripción del derecho de reversión, sí se menciona en el artículo 454 del COOTAD que dentro del plazo de un año,

contado desde la fecha de notificación de tal declaratoria, el propietario podrá pedir su reversión en la forma que establece la ley; y, las normas del código civil determinan de manera general que la prescripción que extingue derechos ajenos, como es el caso del de expropiación, exige solamente cierto lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones”.

La Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado con relación a la normativa que deben observar las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados para proceder a la declaratoria de utilidad pública y ulterior expropiación de bienes inmuebles, tal como consta del pronunciamiento No. 01136 de 12 de mayo de 2015, dirigido a la Empresa Pública Metropolitana de Hábitat y Vivienda, en el cual concluí que:

“En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el penúltimo inciso del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y segundo inciso del artículo 447 reformado del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, las expropiaciones que efectúen las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, se rigen por el procedimiento de declaratoria de utilidad pública reglado por ese Código Orgánico”.

Su interrogante se refiere a la aplicación del artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que dispone:

“Art. 454.- Reversión.- En cualquier caso en que el gobierno autónomo descentralizado no destinare el bien expropiado a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública, dentro del plazo de un año, contado desde la fecha de la notificación de tal declaratoria, el propietario podrá pedir su reversión en la forma establecida en la ley.

De igual manera, podrá solicitar la reversión en el caso que el gobierno autónomo descentralizado no hubiere, dentro del mismo plazo, cancelado el valor del bien siempre que no haya sentencia de por medio”.

Adicionalmente, según consta del pronunciamiento contenido en el oficio No. 17251 de 9 de mayo de 2014, dirigido al Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Pichincha, que ya fue remitido a la Entidad consultante mediante oficio No. 01162 de 13 de mayo de 2015, en lo que respecta a la reversión de un bien expropiado, al atender la quinta consulta señalé lo siguiente:

“La reversión se define como: ‘1. Restitución de las cosas al estado anterior. 2. Retracto. 3. Devolución de una propiedad a su dueño anterior./ R., DERECHO DE: 1. El que tiene el dueño a que se le restituya en ciertos casos un bien expropiado u ocupado temporalmente por decisión de autoridad’.

(...) De conformidad con el artículo 447 del COOTAD, la resolución de declaratoria de utilidad pública o interés social debe expresar obligatoriamente el fin al que se destinará el inmueble que se expropia; el incumplimiento de dicha finalidad, en el plazo de un año contado desde la notificación de la declaratoria de utilidad pública o interés social, da lugar a que el ex propietario pueda solicitar la reversión, esto es la restitución del inmueble expropiado, según prescribe el artículo 454 del COOTAD.

El artículo 804 del Código de Procedimiento Civil, al que se ha referido el criterio institucional de la AME, también prevé la posibilidad de que al no destinarse el inmueble al objeto que motivó la expropiación, el ex propietario puede solicitar la reversión (...).

(...) En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 454 del COOTAD, el ex propietario del inmueble expropiado puede solicitar la reversión, si dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la declaratoria de interés social que establece esa norma, el gobierno autónomo descentralizado no destina el inmueble expropiado a los fines expresados en la respectiva declaratoria de utilidad pública, es decir si no hubiere aprobado un proyecto específico de urbanización y vivienda de interés social, pues aquello configuraría el incumplimiento del destino para que se expropió, que es el presupuesto jurídico establecido en el artículo 454 del COOTAD, para que proceda la reversión”.

La potestad expropiatoria de la administración por la cual se le priva de la propiedad a un particular, tiene como eje la denominada “causa expropiandi”, respecto de la cual los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, comentan:

“Este elemento de la potestad expropiatoria es capital: la expropiación ha de legitimarse en una causa precisa, tasada y estimada por la Ley, según veremos, lo que excluye cualquier uso libre de dicha potestad por la Administración.

(...) Lo primero que hay que notar es que el fin de la expropiación no es la mera ‘privación’ en que ésta consiste, sino el destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien (...).

(...) En virtud de esta nota la expropiación forzosa se nos presenta como un instrumento y no como un fin, como un elemento dentro de una operación de poder público que la supera y trasciende. Toda expropiación singular ha de servir a esa finalidad instrumental, sin lo cual carecerá de causa”.

De la cita doctrinaria se evidencia que, en el evento de que la Administración Pública incumpla el destino para el cual se expropió el bien, la expropiación pierde lo que se denomina su causa y en consecuencia el ex propietario del inmueble expropiado puede solicitar la reversión. En el caso del artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, antes citado, la norma ha previsto el plazo de un año desde la notificación con la declaratoria de utilidad pública o el caso de que en el mismo plazo no se pague el precio, para que el ex propietario puede solicitar la reversión del bien “en la forma establecida en la ley”, sin señalar a qué ley se refiere ni si existe un plazo para que ex propietario del bien declarado de utilidad pública, ejerza su derecho.

En consecuencia, es importante analizar la naturaleza de la reversión, también denominada “retrocesión”, sobre la cual el tratadista Roberto Dromi ilustra:

“Desde el punto de vista formal, la acción de retrocesión es el medio jurídico procesal por el que el propietario de un bien expropiado –por procedimiento contencioso o por avenimiento– pretende su recuperación, por destino distinto o por destino frustrado a la utilidad pública primeramente invocada en la ley expropiatoria (...). La retrocesión no sólo podrá lograrse por acción judicial, sino también mediante avenimiento o gestión administrativa.

Sustancialmente, la retrocesión es el derecho del expropiado al reintegro del bien del que ha sido privado por causa de utilidad pública, restituyendo, a su vez, el importe de la indemnización recibida, cuando dentro del plazo fijado no se cumple el destino que determinó la expropiación”.

Con relación al tema Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández exponen:

“Dogmáticamente, debe calificarse el fenómeno de la reversión como un fenómeno de ‘invalidez sucesiva’ sobrevenida a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa; precisamente porque la causa expropiandi se configura como el destino a que se afecta el bien expropiado tras la expropiación, resulta normal su consideración *ex post*. Lo peculiar de esta invalidez sobrevenida es que sus efectos se producen *ex nunc*, es decir, que no condena la validez originaria con que la expropiación fue realizada. No hay, pues, anulación de la expropiación, sino mera cesación de sus efectos, resolución de la misma, la cual se habilita mediante una retransmisión de signo contrario a la inicial, mediante una devolución recíproca de prestaciones (...) que es precisamente la llamada reversión.

(...) Por su objeto, el derecho de reversión es un derecho real de adquisición referible al bien expropiado, que como tal puede incluso anteponerse a otros derechos reales, en el Registro de la Propiedad (...).”

En cuanto a la legitimación activa y pasiva y el procedimiento aplicable a la reversión, Roberto Dromi señala que: “(...) la titularidad de la acción de retrocesión corresponde al propietario expropiado y a sus sucesores universales y singulares” y “(...) El trámite procesal de la retrocesión se rige, en lo pertinente, por las reglas del juicio de expropiación”.

Respecto del trámite Manuel María Díez, señala:

“(...) Así como la expropiación tiene sus procedimientos, también la retrocesión admite la utilización de dos tipos diversos de trámites: prejudicial y judicial. (...) la retrocesión podrá lograrse tanto por acción judicial como por avenimiento o gestión administrativa. Es posible pues, que una expropiación llevada a cabo por juicio expropiatorio quede sin efecto merced a la retrocesión obtenida por avenimiento o a la inversa.

## 7. Órgano competente

Si el expropiado no logra satisfacción en sede administrativa a su pretensión de obtener la restitución del bien que le fuera desapoderado – ya sea porque el expropiante dejó transcurrir el plazo de seis meses luego de la intimación fehaciente sin asignar destino alguno al bien o si no inició los trabajos o no los mantuvo conforme a los planes de la obra aprobados o, si en última instancia, denegó expresa o tácitamente el reclamo administrativo previo – quedará habilitada la instancia judicial.

¿Ante qué órgano judicial debe radicarse la demanda por retrocesión? (...) Si la expropiación ha seguido el procedimiento extrajudicial –avenimiento- la demanda deberá interponerse ante el juez que hubiera sido competente de haber existido juicio expropiatorio (...). En el otro caso, es decir, si la expropiación se ha consumado mediante juicio, la demanda se entablará –por la conexidad que existe entre ambos procesos- ante el mismo juzgado que intervino en el juicio expropiatorio (...).

Reafirmando esa conexidad que existe entre la expropiación y la retrocesión, el art. 47 dispone que el procedimiento aplicable y la naturaleza de la litis serán las establecidas para el juicio expropiatorio”.

El Código de Procedimiento Civil, si bien fue derogado por la Disposición Derogatoria Primera del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015, a la fecha de elaboración de este pronunciamiento, se encuentra



todavía vigente en virtud de lo establecido por la Disposición Final Segunda del referido Código Orgánico.

En lo referente al juicio de expropiación, la Disposición Transitoria Segunda del Código Orgánico General de Procesos, ha previsto que los procedimientos de expropiación seguirán sustanciándose de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil en lo que no contravenga a las normas del indicado Código Orgánico, una vez que éste entre en vigencia y hasta que se expida la ley que regule la materia administrativa.

La disposición del artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que es una norma especial para tales gobiernos, confiere el plazo de un año contado desde la fecha de notificación de la declaratoria de utilidad pública para destinar el bien expropiado a los fines expresados en la referida declaratoria, caso contrario el propietario puede solicitar la reversión de dicho bien; igualmente, los gobiernos autónomos descentralizados están facultados para cancelar el valor del bien expropiado dentro del mismo plazo, siempre que no haya sentencia de por medio.

El juicio de expropiación, reglado por la Sección 19a. “Del juicio de expropiación”, artículos 781 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, es un juicio especial, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 782, 789 y 791 del mismo Código, que en su orden prescriben:

“Art. 782.- La tramitación del juicio de expropiación sólo tiene por objeto determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de precio de la cosa expropiada, siempre que conste que se trata de expropiación por causa de utilidad pública”.

“Art. 789.- En este juicio no se admitirá incidente alguno y todas las observaciones de los interesados se atenderán y resolverán en la sentencia”.

“Art. 791.- El juez dictará sentencia dentro de ocho días de presentado el informe pericial, y en ella se resolverá únicamente lo que diga relación al precio que deba pagarse y a los reclamos que hayan presentado los interesados”.

Para fijar el precio el juez no está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, ni por las municipalidades”.

En el evento de que deba requerirse la reversión por vía judicial, procede citar la norma general del artículo 804 del Código de Procedimiento Civil que dispone:

“Art. 804.- Si la cosa expropiada no se destinare al objeto que motivó la expropiación, dentro de un período de seis meses, contados desde que se hizo la última notificación de la sentencia, o no se iniciaren los trabajos dentro del mismo plazo, el dueño anterior puede readquirirla, consignando el valor que se pagó por la expropiación, ante el mismo juez y el mismo proceso.

La providencia que acepte la readquisición, se protocolizará e inscribirá, para que sirva de título”.

Conforme he mencionado previamente, cuando los gobiernos autónomos descentralizados no han destinado el bien expropiado a los fines determinados en la declaratoria de utilidad pública, dentro del plazo legal, procede la reversión del bien. El plazo legal aplicable a los gobiernos autónomos descentralizados es el plazo especial de un año, que ha dispuesto el artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Para determinar el tiempo de prescripción de la acción de reversión, que también es materia de su primera pregunta, cabe tener presente la naturaleza de la acción de reversión o retrocesión. Al respecto, Miguel Marienhoff expresa:

“La acción de retrocesión que le compete a quien fue titular del bien o cosa que se expropió, a fin de obtener su reintegro, es de naturaleza “real”, no personal.

(...) La correcta calificación jurídica de la acción de retrocesión es trascendente, pues ello permitirá aplicar los debidos principios para resolver los diversos problemas que puedan presentarse. Así, por ejemplo, para definir lo relacionado con la ‘prescripción’ de esa acción corresponderá tener en cuenta los principios correspondientes a las acciones ‘reales’ y en modo alguno a las ‘personales’ ”.

Nuestra legislación ha previsto un procedimiento especial para el juicio de expropiación; la acción de reversión o readquisición del bien expropiado de conformidad con el artículo 804 del Código de Procedimiento Civil que fue citado previamente, se sustancia ante el mismo juez y dentro del mismo proceso de expropiación, según ha concluido la Sala de lo Civil Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia en sentencias Nos. 252-2010 y 253-2010 publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 416 de 25 de marzo de 2013 y No. 23 de 16 de julio de 2013 respectivamente, en los que se expone: “(...) este Tribunal ha manifestado su criterio en el sentido que en el juicio de expropiación no solamente se discute la cantidad de dinero que debe pagarse por concepto del predio expropiado, sino también lo relativo al área o extensión a expropiarse, sus linderos, la situación de terceros arrendatarios o poseedores, los gravámenes que puedan pesar sobre el bien expropiado, la readquisición, etc.; por todo ello, estima que los juicios de expropiación son de conocimiento y admiten el recurso de casación (...)”

La Corte Suprema de Justicia, según consta del Repertorio de Jurisprudencia, en el que se cita la consulta efectuada a dicha Corte, contenida en Resolución de 26 de octubre de 1966, publicada en la Gaceta Judicial No. 13, Serie X, se ha pronunciado en el sentido de que la acción para la readquisición del bien expropiado constituye un incidente del juicio de expropiación. Concordante con lo anterior, en el mismo Repertorio de Jurisprudencia, en la consulta publicada en la Gaceta Judicial No. 10 de la Serie XI, página 1504, se señala:

“Que los reclamos previstos en los Arts. 864 y 865 del CPC, (corresponden a los artículos 803 y 804 del actual Código de Procedimiento Civil), tendiente a obtener que se declare sin lugar la expropiación o referente a la readquisición de la cosa expropiada, en su orden, constituyen INCIDENTES (...)”.

En lo referente a la prescripción de la acción de reversión o readquisición del bien expropiado, el Código de Procedimiento Civil no establece plazo específico para que se produzca su prescripción; motivo por el cual hay que remitirse y observar lo dispuesto en el Título XL del Código Civil que al tratar sobre la prescripción, la define como un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Según se analizó previamente, el artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé el momento y los presupuestos legales en que se origina el derecho del expropietario del bien expropiado de solicitar su reversión sin embargo, en la citada norma no se establece el plazo que tendría el expropietario para proponer la acción de reversión; de igual manera, si bien el Código de Procedimiento Civil ha dispuesto un

procedimiento especial para el juicio de expropiación y el artículo 804 *Ibídem* prevé la reversión del bien expropiado, dichos cuerpos legales no contienen normas expresas sobre la prescripción de dicha acción.

El Título XL, Parágrafo 3o. del Código Civil regla la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales y la norma general sobre la prescripción de acciones, está establecida en el artículo 2415 del Código Civil, que dispone lo siguiente:

“Art. 2415.- Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años; y convertida en ordinaria, durará solamente otros cinco”.

Si bien el procedimiento del juicio de expropiación es especial y la acción de reversión o retrocesión se sustancia como un incidente ante el mismo juez, cuando no hay una previsión particular para la prescripción de una acción, se aplica la prescripción de la acción ordinaria que es la vía general, tal como lo ha expresado la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en el fallo publicado en la Gaceta Judicial No. 5, Serie 16, de 16 de abril de 1996:

“SEXTA: No procediendo la acción principal de reivindicación, debe entrarse a examinar la subsidiaria de pago del precio de la cosa expropiada. Al respecto se observa: (...) c) No habiendo señalado la ley un plazo especial para la prescripción de ese derecho creditorio, la pretensión de pago del precio o de la indemnización, prescribe en diez años, conforme al Art. 2439 del Código Civil (...) (artículo 2415 de la Codificación del Código Civil vigente)”.

Por lo expuesto, en base del análisis jurídico precedente y en atención a los términos de su primera consulta, se concluye que el propietario del bien declarado de utilidad pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 804 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 2415 del Código Civil, puede solicitar por vía judicial la reversión del bien que le fue expropiado, dentro del plazo de diez años contados a partir del vencimiento del año posterior de la notificación de la declaratoria de utilidad pública, por parte del gobierno autónomo descentralizado, cuando de acuerdo a lo prescrito en el artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dentro del plazo de un año dicho bien no haya sido destinado a los fines expresados en la declaratoria de utilidad pública.

## SEGUNDA PREGUNTA

En lo que atañe a la segunda pregunta, en el oficio 470-DE-DNAJ-2015 de 5 de junio de 2014, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas AME, cita el artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, artículo 3 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículos 11, 2414, 2415 y 2424 del Código Civil y concluye con el siguiente criterio institucional:

“Aclarando que el derecho de reversión es un derecho conferido por una Ley y no por la Constitución, el propietario de un bien declarado de utilidad pública por una empresa pública municipal, puede renunciar a su derecho de reversión, establecido en el art. 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 11 del Código Civil”.

En el informe jurídico contenido en el memorando No. 119-EMUVI.EP-AJ-2015 de 4 de junio de 2015, suscrito por el Director Jurídico de la Empresa Pública Municipal de Urbanización y Vivienda de Cuenca EMUVI EP, con relación a la segunda pregunta de su consulta, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En vista del análisis realizado, al ser el derecho a la reversión un derecho subjetivo, patrimonial, en virtud del artículo 11 del Código Civil, el propietario de un bien declarado de utilidad pública por una empresa pública municipal, puede renunciar a su derecho de reversión, establecido en el artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

En el artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, citado al atender la pregunta anterior, ni tampoco en los artículos 781 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se establece expresamente la posibilidad de que renunciar al derecho de reversión del inmueble expropiado.

Del contexto del informe jurídico de la entidad consultante, se desprende que la pregunta está referida al caso en que el propietario expropiado sea una persona natural o una persona jurídica de derecho privado.

La letra d) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República, que integra el Capítulo Sexto “Derechos de libertad”, prevé que ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

Sobre la renuncia de derechos, Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, señalan lo siguiente:

“La renuncia es una declaración unilateral del titular de un derecho subjetivo por el cual se despoja de éste; lo abandona sin traspasarlo a otro sujeto. Constituye causa de extinción de un derecho por la sola voluntad de su titular.

(...) No debe confundirse la renuncia de un derecho con su no ejercicio: la primera significa el despojarse del derecho; el segundo solo entraña un estado pasivo. Y así existen derechos concedidos por leyes que el individuo puede no poner en ejercicio, pero que en manera alguna está facultado para renunciar; por ejemplo, la facultad de testar, el derecho de pedir rescisión del contrato de compraventa por lesión enorme, etc.

(...) La renuncia de un derecho puede ser expresa o tácita. La primera se hace formalmente, de modo terminante y manifiesto. La segunda resulta de actos del renunciante que revelan su intención de abandonar el derecho, porque son incompatibles con su ejercicio”.

El Código Civil en su artículo 11, dispone:

“Art. 11.- Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”.

Como se observa de la norma del derecho civil antes citada, ésta exige dos presupuestos para que proceda la renuncia de un derecho:

- a) Que el derecho a renunciarse sea únicamente de interés individual.
- b) Que dicha renuncia no esté prohibida por la ley.

Respecto del primer presupuesto, según quedó señalado al atender su primera pregunta, el derecho a la reversión o retrocesión de un inmueble expropiado, es un derecho patrimonial de carácter real y en consecuencia se ubica en la órbita del interés individual o particular, no del interés colectivo. En lo concerniente al segundo presupuesto, la disposición legal precitada exige que no esté prohibida la renuncia del derecho y nuestra legislación, específicamente el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no contiene prohibición de renuncia al derecho de reversión.

En forma concordante, respecto a la renuncia al derecho de reversión, dentro la sentencia emitida por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, dentro del expediente de casación No. 174 en el juicio especial de expropiación que fue publicada en el Registro Oficial No. 666 de 19 de septiembre de 2002, en su considerando quinto manifiesta que: “ (...) Nuestro ordenamiento legal, en consonancia con la norma constitucional, ha establecido que el titular de un derecho conferido por las leyes puede renunciar al mismo, con tal que sólo mire al interés del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia, conforme lo establece el artículo 11 del Código Civil. No se halla prohibida en disposición legal alguna la renuncia del derecho de readquisición que el artículo 815 de la vigente codificación del Código de Procedimiento Civil reconoce a favor del propietario de un bien expropiado, y este derecho mira tan solo al interés del mismo (...)”.

En consecuencia, con fundamento en el artículo 11 del Código Civil y en atención a los términos de su consulta, se concluye que el ex propietario de un bien declarado de utilidad pública por una empresa pública municipal, siendo una persona natural o una persona jurídica de derecho privado, puede renunciar a su derecho de reversión, establecido en el artículo 454 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

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

#### **DIRECTORIO DE LA AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN ELÉCTRICA ARCONEL: TRÁMITES A LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS DE REVISIÓN, EXPEDIDOS CONELEC**

**OF. PGE. N°:** 02491 de 31-08-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE ELECTRICIDAD, ARCONEL

#### **CONSULTA:**

“¿Es competencia del Directorio de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad, ARCONEL, según lo establecido en la Transitoria Novena, inciso tercero de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, el conocimiento y tramitación de recursos de Revisión de actos Administrativos, emanados por el extinto Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, interpuestos posteriormente a la publicación de la mencionada normativa?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 225.

Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, Arts. 14, 15, núms. 1, 2 y 3, 17 núm. 8 y Disp. Trans. Segunda y Novena.

Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Arts. 11, 12, 18 inc. 1, 3, 4; y, 5, 15 lit. n), 19 de su Reglamento.

Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Art. 13 lit. a), i), j), k) y q (derogada)

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Arts. 69, 84, 87, 98 y 178 lits. a), b), c) y d).

Estatuto sobre el Recurso Extraordinario de Revisión, Art. 178

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

Mediante oficio No. ARCONEL-DE-2015-0354-OF de 5 de marzo de 2015, e ingresado en este Organismo el 6 de marzo de 2015, presentó una consulta relacionada con la competencia del Directorio de la Agencia Nacional de Regulación Eléctrica ARCONEL, para conocer recursos extraordinarios de reposición.

Con oficio No. 00391 de 11 de marzo de 2015 e insistencia contenida en el oficio No. 00681 de 1 de abril de 2015, la Procuraduría General del Estado le solicitó reformular los términos de su consulta constante en el oficio No. ARCONEL-DE-2015-0354-OF de 5 de marzo de 2015, con relación a la inteligencia y aplicación de una norma jurídica y remitir en texto independiente el criterio jurídico institucional, lo cual fue atendido parcialmente mediante oficio No. ARCONEL-DE-2015-0592-OF de 2 de abril de 2015.

Mediante oficio No. 00752 de 9 de abril de 2015, la Procuraduría General del Estado insistió a fin de que se reformulen los términos de la consulta inicialmente planteada por la Agencia que usted representa, habiendo recibido respuesta a través del oficio No. ARCONEL-DE-2015-0666-OF de 16 de abril de 2015, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 17 de abril de 2015, suscrito por la Directora Ejecutiva Encargada de la Entidad que usted representa.

En virtud de que los términos de la consulta constante en el oficio No. ARCONEL-DE-2015-0666-OF de 16 de abril de 2015 no estaban reformulados sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, esta Procuraduría, a través del oficio No. 01001 de 30 de abril de 2015, se abstuvo de emitir el pronunciamiento solicitado por la entidad a su cargo y dispuso el archivo de la consulta, al amparo del artículo 6 de la Resolución No. 017, 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.

Posteriormente, según consta del oficio No. ARCONEL-DE-2015-1229-OF de 28 de julio de 2015, que atiendo, la entidad a su cargo reformuló la consulta hacia la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, lo que hace procedente la reactivación del trámite, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Resolución No. 017, añadido mediante la indicada Resolución No. 121.

De manera previa a atender el requerimiento de la Agencia a su cargo y a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 00392 de 11 de marzo de 2015, se solicitó el criterio institucional del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, habiendo recibido respuesta a través del oficio No. MEER-DM-2015-0109-OF de 25 de marzo de 2015, ingresado el 26 de marzo del presente año, suscrito por el titular de dicha Cartera de Estado, al que se adjunta el memorando No. MEER-CGJ-2015-0135-ME, de 25 de marzo de 2015, suscrito por el Coordinador General Jurídico del indicado Ministerio.

El informe jurídico de la entidad consultante consta en el memorando No. ARCONEL-PG-2015-695-M de 14 de julio de 2015, suscrito por el Procurador de la Agencia de Regulación y Control

de Electricidad y remitido como anexo del oficio No. ARCONEL-DE-2015-1229-OF, de 28 de julio de 2015, en el que se citan como fundamentos jurídicos el artículo 14, artículo 15, numerales 1, 2 y 3, artículo 17 numeral 8 y tercer inciso de la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica; y, los artículos 87, 98 y 178 letras a), b), c) y d) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“(…) Los elementos que generaron duda en el análisis previamente establecido, se basa en la aplicación entre el artículo 98 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el cual determina, que los errores de hecho o matemáticos manifiestos, pueden ser rectificadas por la misma autoridad que emanó el acto, al respecto, a criterio de esta Procuraduría, (de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad ARCONEL) el Directorio de ARCONEL al no haber emanado los actos administrativos sujetos a revisión, sería incompetente para conocer y tramitar los Recursos de Revisión interpuestos.

Por otro lado, la Disposición Transitoria Novena, inciso tercero de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 418, de 16 de enero de 2015, determina que todos los procesos administrativos, judiciales y arbitrales, que se encuentren en trámite en el Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, serán asumidos por el ARCONEL, a partir de la fecha de su integración; al respecto, cabe resaltar que al interponerse los Recursos Extraordinarios de Revisión posteriormente a la creación del ARCONEL, no sería aplicable el inciso tercero de la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, ya que los mencionados recursos no fueron INICIADOS por parte del CONELEC.

El criterio institucional consta en Memorando No. ARCONEL-PG-2015-191-M de 27 de febrero de 2015, y determina lo siguiente:

*“Esta Procuraduría (de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad ARCONEL) considera que el Recurso Extraordinario de Revisión se encuentra interpuesto ante una Entidad diferente a la que emitió el acto materia de los Recursos, por tanto, incompetente para tramitar los mismos”.* (La frase en paréntesis me corresponde)

El Coordinador General Jurídico del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, en el memorando No. MEER-CGJ-2015-0135-ME de 25 de marzo de 2015, cita los artículos 11 y 12 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico; el artículo 15 de su Reglamento; los artículos 9, 15 numerales 3 y 12 y Disposiciones Transitorias Segunda y Novena de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica; y los artículos 84 y 178 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y manifiesta en su parte correspondiente que:

“(…) Conforme se desprende del documento de Reforma Democrática del Estado, en su página 18, al referirse a la Organización del Ejecutivo en 7 sectores de coordinación y reformas instituciones (sic) en cada uno de ellos, en su párrafo segundo, se dice:

‘A partir de un análisis particular de sus funciones, competencias y atribuciones se procedió, en primer lugar, a agrupar este conjunto de entidades sobre los 7 sectores de coordinación: 1) Sectores Estratégicos; ....(sic) En segundo lugar, se han planteado y se vienen implementando reformas a las entidades analizadas con base en los siguientes criterios:

*Desaparecen o se fusionan aquellas entidades con facultad de rectoría ya que este campo es exclusivo de los ministerios sectoriales y los Consejos Sectoriales de Política;*

*Son asumidas o se convierten en agencias de regulación y control aquellas entidades con facultades de regulación,...*

(...)

c.4 Otro aspecto a considerar, son las Disposiciones Transitorias Segunda y Novena de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, posibilitan que el ARCONEL continúe conociendo los trámites, ya que para el procedimiento administrativo que se vino desarrollando ante el CONELEC luego de la emisión de la Resolución de Revocatoria de los proyectos fotovoltaicos, donde el administrado ha recurrido a su derecho de interponer los recursos administrativos que le asisten, presentó los Recursos de Reposición contra las mencionadas resoluciones, mismos que fueron negados, luego interpuso el Recurso de Apelación ante el recurso de reposición, mismos que también fueron negados y hoy presenta los Recursos (sic) Extraordinario de Revisión a dichas resoluciones dictadas por el CONELEC, en este sentido se debe entender que es una suerte derivada de los otros recursos, que corresponden a un mismo trámite, responde a un procedimiento administrativo que tiene continuidad, secuencia y corresponde a una serie reglada de actos emanados por una resolución de CONELEC, por tanto al señalar en la disposición novena que los procesos administrativos, judiciales y arbitrales, que se encuentren en trámite en el Consejo Nacional de Electricidad, serán asumidos por ARCONEL, a partir de la fecha de su integración, es aplicable. Aquí existe un proceso administrativo que tiene continuidad y que se encuentra en trámite y debe ser conocido por la ARCONEL.

(...)

En base a las normas citadas y el análisis antes expuesto, es criterio de esta Coordinación General Jurídica, que la Agencia de Regulación y Control de Electricidad – ARCONEL, es competente para continuar conociendo el Recurso Extraordinario de Revisión, bajo lo expuesto en el presente documento en especial a lo dispuesto en las transitorias segunda y novena de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica”.

La consulta se refiere a la competencia de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad ARCONEL, para conocer y resolver sobre los recursos extraordinarios de revisión que han sido interpuestos ante la Agencia, por las resoluciones del Consejo Nacional de Electricidad CONELEC.

El artículo 225 de la Constitución de la República, determina la integración del sector público y en el numeral 3 señala que el mismo comprende, entre otras entidades “Los organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado”.

El artículo 12 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, actualmente derogada por la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, preveía en la estructura del sector eléctrico al Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, como una persona jurídica de derecho público con patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa, a la que le correspondía ejercer “(...) todas las actividades de regulación y control definidas en esta Ley”

Las letras a, i, j, k y q del artículo 13 de la derogada Ley de Régimen del Sector Eléctrico, preveía entre otras funciones del Consejo Nacional de Electricidad CONELEC, las siguientes:



“Art. 13.- Funciones y Facultades.- El CONELEC tendrá las siguientes funciones y facultades:

a) Regular el sector eléctrico y velar por el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y demás normas técnicas de electrificación del país de acuerdo con la política energética nacional;

(...) i) Convocar y participar en procedimientos de selección para el otorgamiento de concesiones y adjudicar los contratos correspondientes;

j) Resolver la intervención, prórroga o caducidad y la autorización para la cesión o el reemplazo de la concesiones, en los casos previstos en la Ley;

k) Regular el procedimiento para la aplicación de las sanciones que corresponden por violación de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, asegurando que las partes ejerzan debidamente su derecho a la defensa sin perjuicio del derecho de ellas de acudir a los órganos jurisdiccionales competentes;

(...)q) Ejercer las demás atribuciones que establezca esta Ley y su reglamentación”.

En forma concordante, los artículos 5 y 15 letra n) del Reglamento General de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico vigentes hasta el 16 de enero de 2015, prescribían:

“Art.- 5.- Delegación.- El Estado, por intermedio del CONELEC podrá, mediante el otorgamiento de concesiones, permisos y licencias, y en los términos previstos en las leyes y reglamentos pertinentes, delegar a otros sectores de la economía, la generación, transmisión, así como la distribución y comercialización de la energía eléctrica, salvaguardando el interés nacional”.

“Art.- 15.- Objetivos, funciones y facultades del CONELEC.- El CONELEC planificará, regulará, controlará al sector eléctrico, y otorgará concesiones y permisos y licencias previstos en la ley; para cumplir sus objetivos principales ejecutará las siguientes actividades:

(...) n) Otorgar concesiones, permisos y licencias para la instalación de nuevas unidades de generación de energía, de conformidad a lo que señale el reglamento respectivo; (...)”

Según refiere el informe jurídico que se acompaña al oficio que atiendo, el Director Ejecutivo del extinto Consejo Nacional de Electricidad CONELEC, expidió varias resoluciones, que según se señala en los antecedentes del memorando No. ARCONEL-PG-2015-695-M de 14 de julio de 2015, contenido en el informe jurídico de la entidad consultante y en el oficio No. ARCONEL-DE-2015-0354-OF de 5 de marzo de 2015, fueron objeto de impugnación a través de los respectivos recursos de reposición y apelación, que fueron atendidos o resueltos por el Director Ejecutivo y el Directorio del CONELEC respectivamente.

La Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, estableció un nuevo marco jurídico para el sector eléctrico y con relación a la estructura institucional de dicho sector, en su artículo 9 dispone lo siguiente:

“Art. 9.- Estructura institucional.- El sector eléctrico estará estructurado en el ámbito institucional, de la siguiente manera:

1. Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, MEER;
2. Agencia de Regulación y Control de Electricidad, ARCONEL;

3. Operador Nacional de Electricidad, CENACE; y,
4. Institutos especializados”.

La citada ley en su artículo 14, establece la naturaleza jurídica de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad ARCONEL, que es una institución de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía administrativa, técnica, económica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Electricidad y Energía Renovable; constituida como un organismo técnico administrativo encargado del ejercicio de la potestad estatal de regular y controlar las actividades relacionadas con el servicio público de energía eléctrica y el servicio de alumbrado público general, precautelando los intereses del consumidor o usuario final.

Entre las atribuciones y deberes de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad ARCONEL, los numerales 3, 11 y 12 del artículo 15 de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, prevén lo siguiente:

“(…) 3. Controlar a las empresas eléctricas, en lo referente al cumplimiento de la normativa y de las obligaciones constantes en los títulos habilitantes pertinentes, y otros aspectos que el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable defina;

(…) 11. Tramitar, investigar y resolver las quejas y controversias que se susciten entre los participantes del sector eléctrico, dentro del ámbito de su competencia, de conformidad con la regulación que para el efecto se expida, cuyas resoluciones serán de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio;

12. Conocer, tramitar y resolver sobre los incumplimientos e imponer las, sanciones por las infracciones a la presente ley, a sus reglamentos, títulos habilitantes y demás normativa aplicable en materia de energía eléctrica”.

Como se puede apreciar, las facultades de regulación y control del sector eléctrico, que eran responsabilidad del Consejo Nacional de Electricidad CONELEC, durante la vigencia de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, son de competencia de la Agencia de Regulación y Control de Electricidad ARCONEL, de acuerdo a lo establecido en los artículos 14 y 15 de la referida Ley Orgánica.

Además, es pertinente observar que de acuerdo a lo dispuesto en la disposición derogatoria de la Ley Ibídem, las disposiciones contenidas en el Reglamento General de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico que no sean contrarias a las de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, se encuentran vigentes hasta que se expida el nuevo reglamento general. El tenor de la referida disposición es el siguiente:

#### “DEROGATORIAS

Deróguense todas las normas legales de igual o menor jerarquía que se opongan o no guarden conformidad con las disposiciones de esta ley.

En particular, derogase las siguientes normas:

(…)

- El Reglamento General de la Ley de Régimen de Sector Eléctrico, publicado en el Segundo Registro Oficial Suplemento No. 401 de 21 de noviembre de 2006, y todas sus reformas, en lo que se opongan a la presente ley y hasta que se expida el reglamento general de ésta”.

En este contexto, en lo referente a la competencia del Consejo Nacional de Electricidad para conocer recursos interpuestos en contra de los actos administrativos emitidos en uso sus facultades conferidas por ley, el artículo 18 del Reglamento a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico en sus incisos 1, 3 y 4 establecía:

“Art. 18.- De la jurisdicción y controversias.- Toda solicitud dirigida al CONELEC por los particulares deberá ser resuelta en los términos previstos en los artículos 28, 30 o 31 de la Ley de Modernización del Estado Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, salvo que la Ley de Régimen del Sector Eléctrico o este reglamento previere un término o una competencia diferente.

(...) Los actos administrativos emanados por el CONELEC que produzcan efectos jurídicos directos, podrán ser impugnados por los afectados, en Sede Administrativa, de conformidad con lo previsto en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en lo que fuere aplicable.

Sin perjuicio de lo determinado en el párrafo anterior, no será necesario agotar la vía administrativa, la misma que será optativa. Quedan facultados los afectados para proceder a impugnar judicialmente tales actos administrativos ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo”.

El artículo 19 del Reglamento *Ibidem*, en lo referente a las funciones del Directorio del CONELEC determinaba en su letra v) “conocer en segunda instancia y resolver sobre las apelaciones y controversias conocidas y resueltas por el Director Ejecutivo”.

De las normas citadas se puede evidenciar que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 18 y la letra v) del artículo 19 del Reglamento a la Ley de Régimen Eléctrico, se confirió al Directorio del CONELEC facultad para conocer y resolver sobre los recursos resueltos por el Director Ejecutivo de esa entidad.

En uso de la facultad referida en el párrafo precedente, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 de la derogada Ley de Régimen del Sector Eléctrico, le correspondía al Directorio del Consejo Nacional de Electricidad en su calidad de máxima autoridad, conocer en Sede Administrativa desde su inicio hasta su culminación, las impugnaciones de las resoluciones que hubiere emitido al conocer en segunda instancia de las controversias que fueron conocidas y resueltas por el Director Ejecutivo del CONELEC, observando para el efecto las disposiciones contenidas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva referentes al procedimiento administrativo, incluida la interposición del recurso extraordinario de revisión.

El artículo 69 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, consagra el derecho de impugnación como una garantía fundamental del derecho administrativo, en los siguientes términos:

“Art. 69.- IMPUGNACION.- Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.

En todo caso, quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera

directa. No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación, administrativa previa la misma que será optativa”.

El artículo 178 del Estatuto sobre el Recurso Extraordinario de Revisión, prescribe:

“Art. 178.- Recurso extraordinario de revisión.- Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes:

- a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;
- b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;
- c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,
- d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b), y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en este artículo.

El órgano competente para conocer el recurso de revisión deberán pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido”.

De la lectura del artículo 178 del Estatuto *Ibídem*, se determina que la competencia para conocer y resolver el recurso extraordinario de revisión, corresponde a los ministros de Estado así como a otros órganos unipersonales o colegiados, cuando en ellos se configura el carácter de máxima autoridad de la entidad, que en el caso de una agencia de regulación y control es su directorio según la parte final de la letra a) del artículo 10.1 del mismo Estatuto.

Los recursos administrativos constituyen parte integrante del procedimiento administrativo, conforme ilustra Roberto Dromi, al manifestar:

“(…) 2. Procedimiento y voluntad administrativa. El procedimiento es el conducto por el que transita en términos de derecho la actuación administrativa. (…)

Específicamente el procedimiento administrativo indica las formalidades y trámites que deben cumplir la Administración (en el ejercicio de la función administrativa) y los administrados (en su gestión de tutela individual con participación colaborativa en el ejercicio de la función administrativa).

Así se distinguen dos etapas procedimentales: una primera, de formación de la voluntad administrativa, de origen unilateral o bilateral, de efectos individuales o generales; y otra de fiscalización, control e impugnación, que comienza cuando la primera concluye. La participación de los administrados se realiza en los dos momentos. En el primero por medio de vistas, peticiones, observaciones, etc., y en el segundo por medio de reclamaciones y recursos administrativos. Es de la esencia del procedimiento administrativo regular la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa, ya sea a través del ejercicio del derecho de petición o del ejercicio del derecho de recurrir. Comprende tanto el procedimiento que regula la formulación del acto (constitutivo) como su cuestionamiento y fiscalización (impugnativo)”.

Según la cita doctrinaria indicada en el párrafo precedente, los procesos o procedimientos administrativos se conforman de etapas en las que se incluyen varios trámites y actuaciones administrativas, entre las que constan los recursos administrativos y que los administrados se encuentran facultados a impugnar la voluntad administrativa, a través del ejercicio del derecho de petición o del derecho de recurrir que les asiste.

Por su parte, el inciso tercero de la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, prescribe lo siguiente:

“(…) Los procesos administrativos, judiciales y arbitrales, que se encuentren en trámite en el Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, serán asumidos por el ARCONEL, a partir de la fecha de su integración”.

En lo referente a las atribuciones expresas y poderes implícitos, es pertinente analizar el criterio doctrinario señalado por Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández:

#### “B) ATRIBUCIÓN EXPRESA Y PODERES INHERENTES O IMPLÍCITOS

La atribución de potestades de la Administración tiene que ser, en primer término, expresa. La exigencia de una explicitud en la atribución legal no es más que una consecuencia del sentido general del principio, que requiere un otorgamiento positivo sin el cual la Administración no puede actuar; *lege silente*, la Administración carece de poderes, pues no tiene otros que los que la Ley le atribuye.

Ahora bien, esta exigencia debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo (...)

De lo hasta aquí expuesto, se puede evidenciar que el inciso tercero de la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica, expresamente dispone a la Agencia de Regulación y Control de Electricidad asumir desde la fecha de su integración los procesos administrativos, judiciales y arbitrales, que se encuentren en conocimiento del extinto Consejo Nacional de Electricidad CONELEC, incluidos los recursos de los procesos en trámite que se pudieran interponer dentro de los plazos establecidos por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Si bien la disposición transitoria antes citada, no hace referencia a los recursos que por actos administrativos emitidos por el CONELEC, se hubieren presentado ante la Agencia de Regulación y Control de Electricidad ARCONEL, es evidente que el concepto de procesos administrativos

“que se encontraban en trámite” en el CONELEC, incluye los recursos administrativos para impugnar los actos administrativos emitidos por dicho Consejo.

Por lo expuesto, con base en el análisis jurídico precedente y de acuerdo con lo prescrito en el inciso tercero de la Disposición Transitoria Novena de la Ley Orgánica del Servicio Público de Energía Eléctrica y en atención a los términos de su consulta, se concluye que es jurídicamente procedente que el Directorio de la Agencia Nacional de Regulación Eléctrica ARCONEL, conozca y dé trámite a los recursos extraordinarios de revisión, expedidos por el extinto Consejo Nacional de Electricidad CONELEC e interpuestos posteriormente a la publicación de la mencionada normativa. Lo dicho sin perjuicio del derecho que le asiste al administrado de impugnar en vía judicial los actos y resoluciones de la administración pública.

Es responsabilidad de la entidad consultante la verificación de los presupuestos jurídicos exigidos por la ley, para la admisión del recurso extraordinario de revisión y la resolución que sobre ellos adopte.

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 de las instituciones que conforman el sector público.

#### **DIRECTORIO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS: EMISIÓN DE LA NORMATIVA INTERNA, DETERMINACIÓN DE REMUNERACIONES PERSONAL DEL NIVEL JERÁRQUICO SUPERIOR**

**OF. PGE. N°:** 02784 de 22-09-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL MANCOMUNADA DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL Y DEPURACIÓN Y APROVECHAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES SANEAMIENTO AGUAPEN-EP

#### **CONSULTA:**

“(…) Si la Empresa Pública Municipal Mancomunidad de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales de los cantones de Santa Elena, Salinas y la Libertad para el servicio público de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y depuración y aprovechamiento de aguas residuales de las zonas urbanas y rurales de los cantones de la provincia de Santa Elena Aguapen-Ep, está sujeta también a lo dispuesto mediante Decreto Ejecutivo No. 601, del 24 de febrero del 2015, y bajo que disposición general se debería regir en caso de estar sujetos al decreto”.

#### **BASES LEGALES:**

De manera previa a atender el requerimiento de la Empresa Pública a su cargo y a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 01952 de 14 de julio de 2015 e insistencia contenida en el oficio No. 02191 de 30 de julio de 2015, se solicitó el criterio institucional del Ministerio del Trabajo, habiendo recibido respuesta a través del oficio No. MDT-VSP-2015-0686 de 11 de agosto de 2015, ingresado el 13 de agosto del presente año, suscrito por la Viceministra del Servicio Público

En el memorando No. AGUAPEN E.P.-AJ-2015-0481-A de 22 de junio de 2015, adjunto al oficio No. AGUAPEN-GG-0630-2015 el 27 de agosto de 2015 remitido a este Organismo en la misma

fecha, el Director de Asesoría Jurídica de la Empresa Pública a su cargo enuncia los artículos 292, 326 numeral 2 y 427 de la Constitución de la República; artículos 3 numeral 4 y 56 de la Ley Orgánica del Servicio Público; artículos 113, 136 y 153 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público; artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; artículos 2, 11 letras a), l) y p) y 20 letra k) del Estatuto de Constitución de AGUAPEN-EP; y, Disposición General Cuarta y Quinta del Acuerdo Ministerial 0040 del Ministerio del Trabajo, y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Consecuentemente es criterio de esta Dirección de Asesoría Jurídica acoger lo indicado en la disposición general (sic) CUARTA del Acuerdo Ministerial en referencia, en que se indica: “*Los Gobiernos Autónomos Descentralizados y sus entidades, se regularán por los Acuerdos del Ministerio del Trabajo que fijen pisos y techos remunerativos, de conformidad con el artículo 3 de la LOSEP*”. Al remitirnos al artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, en el último inciso se indica: “... *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*”, es decir por la condición de Empresa Pública nos debemos regir a lo señalado por la mencionada Ley Orgánica, misma que en su artículo 17, segundo inciso nos establece que el Directorio expedirá las normas internas de administración de talento humano, en la que se regulará entre otras cosas, las remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas; otorgando con ello la potestad al Directorio para que sea éste quien determine las remuneraciones. Criterio que también está recogido en el Estatuto de Constitución de la Empresa Aguapen-E.P. en donde se establece como atribución del Directorio conocer y aprobar los niveles salariales de las y los servidores de la Empresa Pública.”.

Por su parte, mediante oficio No. MDT-VSP-2015-0686 de 11 de agosto de 2015, la Viceministra del Servicio Público cita el artículo 229 de la Constitución, los artículos 4 y 100 de la Ley Orgánica del Servicio Público y los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y concluye con el siguiente criterio:

“Sobre la base del referido Decreto, este Ministerio con Acuerdo No. MDT-2015-0040, publicado en el Quinto Suplemento del Registro Oficial No. 448, de 28 de febrero del 2015, emite la escala de remuneración mensual unificada para las y los dignatarios, las autoridades y las y los funcionarios que ocupen puestos comprendidos en el nivel jerárquico superior, determinando los valores para cada uno de los grados como así aparece en su artículo 1. El artículo 4 manda a ajustar los valores de la remuneración mensual unificada incluidos a los que laboren bajo contratos de servicios ocasionales; en tanto que en la Disposición General Tercera, se encuentra especificado a quienes se excluyen de la aplicación del Decreto Ejecutivo No. 601.

(...)

Asimismo, la Disposición General Quinta del citado Acuerdo No. 0040, determina que en aquellas instituciones, organismos y entidades del Estado que por su peculiaridad tengan escalas de remuneraciones mensuales unificadas propias, se ajustarán las remuneraciones mensuales unificadas de sus dignatarios, autoridades y funcionarios que ocupen puestos comprendidos en el nivel jerárquico superior, disminuyéndoles en los porcentajes que allí se señalan.

De lo expuesto se observa que, tanto el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 601 como la Tercera Disposición General del Acuerdo No. 0040 ya citados, han excluido expresamente de su aplicación a determinados servidoras y servidores de entes estatales, no así para aquellas instituciones que por sus peculiaridades cuentan con escalas de remuneraciones mensuales

unificadas propias, las cuales deben ajustar las remuneraciones mensuales unificadas de sus puestos directivos.

Por tanto, y de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, corresponde al Directorio de la Empresa Pública Municipal Mancomunidad de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales de los Cantones de Santa Elena, Salinas y la Libertad para el Servicio Público de Agua Potable, Alcantarillado Sanitario y Pluvial y Depuración y Aprovechamiento de Aguas Residuales de Las Zonas Urbanas y Rurales de los Cantones de la Provincia de Santa Elena Aguapen-EP, al ser una entidad que pertenece al sector público, adoptar como referencia lo establecido en leyes y normas que regulan la administración pública, para la regulación de remuneración de servidores de libre designación y remoción mediante la emisión de normativa interna, acogiendo los parámetros normativos establecidos en el Decreto Ejecutivo Nro. 601 y el Acuerdo Ministerial Nro. 40.

En consecuencia, el Ministerio del Trabajo realizará un control ex post de las Empresas Públicas, sobre la aplicación de la normativa que regula a la administración pública en materia de remuneraciones, a través de firmas externas especializadas en auditorías del recurso humano y remuneraciones”.

La Constitución de la República, en su artículo 315 establece la facultad de crear 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 el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

En lo concerniente a la determinación de los servidores públicos, el artículo 229 de la Constitución *Ibidem* prescribe que son servidores públicos “todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.

Cabe agregar que según el inciso final del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público: “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”; y, que el personal de esas entidades está excluido del sistema de la carrera del servicio público, de acuerdo con la letra k) del artículo 83 de la citada LOSEP.

Es decir que, las personas que laboran en las empresas públicas, sujetas al régimen específico reglado por esa Ley tienen el carácter de servidores públicos en los términos establecidos en el artículo 229 de la Constitución de la República.

Por su parte, la Ley Orgánica de Empresas Públicas en su artículo 9 numerales 4, 5, 7 y 16, sobre las atribuciones del Directorio señala:

“Art. 9.- ATRIBUCIONES DEL DIRECTORIO.- Son atribuciones del Directorio las siguientes:  
(...)

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;  
(...)
7. Aprobar y modificar el Orgánico Funcional de la Empresa sobre la base del proyecto presentado por el Gerente General;  
(...)
16. Las demás que le asigne esta Ley, su Reglamento General y la reglamentación interna de la empresa”.

De igual manera, el artículo 17 de la citada Ley Orgánica, en lo relacionado a la fijación de los niveles remunerativos para los funcionarios de las empresas públicas, establece lo siguiente:

“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. 14861 de 27 de septiembre de 2013, al atender la segunda consulta formulada por el Consejo Provincial de Pichincha, referente a la aplicación del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios manifestó en su parte pertinente que:

“El inciso final del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), que establece el ámbito de aplicación de esa Ley, para el caso de las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, prescribe que se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica del Empresas Públicas.

Concordante, la letra k) del artículo 83 de la referida LOSEP, excluye del sistema de la carrera del servicio público al personal de las empresas sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas.  
(...)

Por lo expuesto, con fundamento en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), que en su último inciso determina que las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio se rigen por el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, así como de los artículos 17 y 20 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que norman la administración del talento humano en éstas, se concluye que las empresas públicas tienen la potestad de establecer sus escalas remunerativas, conforme a las normas y principios previstos en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la LOSEP y las demás normas que regulan la administración pública, sin perjuicio de que el Ministerio de Relaciones Laborales (actual Ministerio de Trabajo) a través de personas naturales o jurídicas especializadas, realice el control posterior correspondiente”.

Por otra parte, el Presidente de la República, de conformidad a sus potestades legales, emitió el Decreto Ejecutivo No. 601, mediante el cual se estableció un reajuste de remuneraciones del personal del nivel jerárquico superior de las instituciones públicas, que en sus artículos 2 y 6, dispone lo siguiente:

“Art. 2.- A fin de precautelar la adecuada prestación de los servicios que presta el Estado a la población, el ajuste de remuneraciones determinadas en el presente Decreto Ejecutivo no afectará a las unidades operativas de los sectores de salud, educación, seguridad; y, jueces fiscales y defensores públicos”.

“Art. 6.- En el plazo máximo de hasta sesenta días las empresas públicas remitirán al Ministerio de Trabajo la documentación que fuere requerida por éste para estructurar las auditorias ex post previstas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Para este efecto el Ministerio de Trabajo elaborara los instrumentos técnicos correspondientes”.

En forma concordante con lo dispuesto en el citado Decreto Ejecutivo, el Ministerio del Trabajo expidió el Acuerdo Ministerial No. MDT-2015-0040 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 448 de 28 de febrero de 2015, mediante el cual emitió las escalas del Nivel Jerárquico Superior del servicio público, estableciendo expresamente en su Disposición General Cuarta y Sexta, lo siguiente:

“CUARTA.- Los Gobiernos Autónomos Descentralizados y sus entidades, se regularán por los Acuerdos del Ministerio del Trabajo que fijen pisos y techos remunerativos, de conformidad con el artículo 3 de la LOSEP”.

“SEXTA.- El Ministerio del Trabajo efectuará el control del cumplimiento del presente Acuerdo; y en caso de incumplimiento, lo comunicará inmediatamente a la Contraloría General del Estado, a efectos de que determine las responsabilidades a que hubiere lugar”.

De las normas citadas, se establece que en base a la potestad establecida en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el órgano competente para fijar los niveles y escalas remunerativas de los funcionarios del nivel jerárquico superior en las empresas públicas, es su Directorio.

En este contexto, es pertinente observar que el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 601 excluye expresamente de su aplicación a las clases de puestos comprendidos en el nivel jerárquico superior de las unidades operativas de los sectores de salud, educación, seguridad, jueces,

fiscales, y defensores públicos; y en forma concordante con fundamento en el referido Decreto Ejecutivo, el Ministerio del Trabajo al emitir la escala de remuneración mensual unificada para los dignatarios, las autoridades y funcionarios que ocupan puestos comprendidos en el nivel jerárquico superior mediante Acuerdo Ministerial No. MDT-2015-0040, en su Disposición General Tercera determina que se excluyen de la aplicación del Decreto Ejecutivo a las clases de puestos comprendidos en el nivel jerárquico superior de los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional y Comisión de Tránsito del Ecuador, de la carrera docente de las Universidades y Escuelas Politécnicas públicas o bajo el régimen de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, de la carrera Jurisdiccional, de la carrera Fiscal o carrea de la Defensoría y de la carrera diplomática del Servicio Exterior, así como las autoridades de las Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas.

La Disposición General Quinta del Acuerdo citado en el párrafo precedente prescribe que: “En que aquellas instituciones, organismos y entidades del Estado que por su particularidad, tengan escalas de remuneraciones mensuales unificadas propias, se ajustarán a las remuneraciones mensuales de sus dignatarios, autoridades y funcionarios que ocupen puestos comprendidos en el nivel jerárquico superior (...)”, disminuyéndolas en los porcentajes determinados en esa disposición.

Finalmente, es pertinente observar que al tenor de la Disposición General Cuarta del Acuerdo Ministerial No. MDT-2015-040 tanto los Gobiernos Autónomos Descentralizados como sus entidades, dentro de las que se encuentran incluidas las empresas públicas creadas por esos gobiernos autónomos, se deben sujetar a los pisos y techos remunerativos expedidos por el Ministerio del Trabajo.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta y del análisis jurídico hasta aquí efectuado se concluye que, corresponde al Directorio de las empresas públicas creadas por los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales, mediante la emisión de la normativa interna pertinente, determinar las remuneraciones mensuales unificadas del personal del nivel jerárquico superior ajustándolas de acuerdo con los parámetros normativos establecidos en el Decreto Ejecutivo No. 601 y el Acuerdo Ministerial No. MDT-2015-0040.

Lo dicho sin perjuicio de la obligación que tienen las empresas públicas de remitir al Ministerio del Trabajo, la documentación que fuere requerida para estructurar las auditorías ex post establecidas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas de acuerdo a lo prescrito en el artículo 6 del Decreto Ejecutivo No. 601 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 452 de 5 de marzo de 2015.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas jurídicas, y no constituye autorización, orden o disposición alguna de fijación remunerativa de los funcionarios que ocupan puestos directivos de las empresas públicas siendo ésta responsabilidad exclusiva de la entidad consultante.

## E

### **EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO: PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DEL AGUA Y SANEAMIENTO**

**OF. OGE. N°:** 02492 de 31-08-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO

#### **CONSULTA:**

“¿De acuerdo a lo previsto en los artículos 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; 7 letra b) de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua; y, 6 del Reglamento a la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua ¿Qué figura debería utilizar la EPMAPS a efecto de asociarse, con una persona jurídica pública o privada nacional o extranjera, legalmente domiciliada en el país, con el objeto de construir las Plantas de Tratamiento de aguas residuales que se generan en el Distrito Metropolitano de Quito, así como operar y mantener los citados proyectos, considerando que la Empresa no cuenta con la disponibilidad económica-financiera suficiente para llevar a cabo el mismo; y, sobre todo que se trata de un asunto prioritario para quienes habitan en esta circunscripción territorial?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 35, 264 núm. 4), 313, 315, 316 y 318.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 55 lit. d), 275 y 283

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 4, 9 núms. 3, 14 y 16; y, 30.

Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, Arts. 3, 5, 6 lits. a) y b), 7 lit. b), 11, 35 lit. c), 37, 38, 80 y Disp. Trans. Quinta; y, 6, 44 y 45 de su Reglamento.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

La consulta inicial, contenida en oficio No. 179 de 30 de junio de 2015, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 1 de julio del mismo año, tenía por objeto determinar la pertinencia de que esa empresa pública, en ejercicio de su capacidad asociativa, constituya una compañía de economía mixta con el objeto de construir, operar y mantener plantas de tratamiento de aguas residuales, considerando que esa empresa pública no cuenta con la capacidad económica y financiera suficiente para llevar a cabo dicho proyecto.

De manera previa a atender su solicitud inicial, con oficio No. 01863 de 9 de julio de 2015 e insistencia constante en oficio No. 02108 de 24 de los mismos mes y año, esta Procuraduría le requirió reformular los términos de su consulta hacia la inteligencia o aplicación de normas legales, lo cual fue atendido por la Empresa a su cargo, mediante el oficio No. EPMAPS-GG-2015-208 de 29 de julio de 2015.

Con la finalidad de contar con mayores elementos de análisis para atender su requerimiento, mediante oficio No. 01864 de 9 de julio de 2015 e insistencia contenida en el oficio No. 02109 de 24 de julio de 2015, se solicitó el criterio institucional de la Secretaría Nacional del Agua, lo

cual fue atendido por dicha institución a través del oficio No. SENAGUA-SA.1-2015-0331-O de 23 de julio de 2015, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 27 de julio del año en curso.

En el oficio por el que se reformula la consulta, citado al inicio, se refiere como antecedentes que la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, cuenta con los diseños definitivos para el desarrollo de varios proyectos que viabilicen el tratamiento de aguas residuales, cuya ejecución "(...) implica una inversión muy importante, misma que no puede ser asumida en su totalidad por la EPMAPS; sin embargo, al ser un proyecto prioritario para toda la comunidad del Distrito Metropolitano de Quito, se ha analizado la posibilidad de contar con un socio estratégico privado para la constitución de una sociedad de economía mixta, que se encargará de la construcción, operación y mantenimiento de los proyectos de tratamiento de aguas residuales".

El informe jurídico de la entidad consultante, que ha sido remitido como anexo al oficio que atiende, consta en el memorando No. EPMAPS-GJ-2015-382 de 20 de julio de 2015, suscrito por el Gerente Jurídico de esa Empresa Pública, quien cita entre otras normas, los artículos 275 y 283 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD); artículos 4, 9 numerales 3, 14 y 16; y, 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; así como, los artículos 7 letra b), 11, 37, 38 y Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, y 6 de su Reglamento. Sobre dicha base normativa, concluye con el siguiente criterio jurídico:

"Por lo tanto, de conformidad con el análisis efectuado y de la normativa citada, es criterio jurídico de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento, que la figura que debería utilizar la EPMAPS a efecto de asociarse, con una persona jurídica pública o privada nacional o extranjera, legalmente domiciliada en el país, con el objeto de construir las Plantas de Tratamiento de aguas residuales que se generan en el Distrito Metropolitano de Quito, así como operar y mantener los citados proyectos, es la de una sociedad de economía mixta, para cuya constitución se observará el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico nacional, el que deberá contar con la autorización previa del Directorio de la Empresa. Esta figura asociativa, permitirá el pleno desarrollo de las actividades propias del objeto de la Empresa, lo que redundará en beneficio de la comunidad y el ambiente, cuyo bienestar constituye el fin mismo del Estado".

Por su parte, el criterio institucional de la Secretaría Nacional del Agua, contenido en memorando No. SENAGUA-CGJ.4-2015-0712-M, de 23 de julio de 2015, suscrito por el Coordinador General Jurídico de la referida Secretaría, remitido como anexo al oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, cita los artículos 3 y 80 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua y expresa el siguiente criterio institucional:

"Luego de revisado el texto precitado, se constata que en el mismo se hace referencia a '*Tratamiento de aguas residuales*', de conformidad a lo establecido en el Art. 80 de la LORHUyA (sic), la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento EPMAPS, en caso de haber sido creada para cumplir con dicha función, se encontraría facultada para realizar el tratamiento de las aguas residuales que corresponden al Gobierno Autónomo Descentralizado.

Cabe señalar además, que el artículo arriba citado establece como competencia de la Autoridad Nacional Ambiental, el control de los vertidos en coordinación de la Autoridad Única del Agua y de los Gobiernos Autónomos Descentralizados acreditados en el manejo ambiental.

En cuanto a si la EPMAPS se encuentra facultada para constituir una empresa de compañía mixta (sic), la figura legal que pudiera utilizar para el cumplimiento de lo establecido en la precitada norma, me permito señalar que la misma deberá estar acorde a lo establecido en la normativa vigente para la materia, sobre la cual la Secretaría del Agua no es el órgano competente para pronunciarse”.

Con relación a la capacidad asociativa de las empresas públicas, el artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas prevé:

“Art. 35.- CAPACIDAD ASOCIATIVA.- Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del Artículo 316 de la Constitución de la República.

Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y se requerirá concurso público, y para perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio.

No requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional.

Para el caso de empresas públicas encargadas de la gestión del agua, se estará a lo dispuesto en el Artículo 318 de la Constitución de la República”.

El citado artículo otorga amplia capacidad asociativa a las empresas públicas, puesto que les reconoce la facultad de constituir cualquier tipo de asociación y señala los parámetros fundamentales para que las mismas puedan asociarse. No obstante lo anterior, en su inciso final, dispone imperativamente que para el caso de empresas públicas encargadas de la gestión del agua, se estará a lo dispuesto en el artículo 318 de la Constitución de la República, de lo cual se evidencia que en materia de gestión del agua, las empresas públicas están sujetas a un marco jurídico especial, según se analiza a continuación.

En lo que respecta al procedimiento de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta establecido en el segundo inciso del artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas este Organismo se pronunció mediante oficio No. 06885 de 8 de marzo de 2012.

Por otra parte, de conformidad con los artículos 264 numeral 4 de la Constitución de la República, y 55 letra d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es competencia exclusiva de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley.

En materia de prestación de servicios públicos, el artículo 315 de la Constitución de la República, establece la capacidad del Estado para constituir empresas públicas orientadas a la gestión de los sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Adicionalmente dispone que para la prestación de servicios públicos, las empresas públicas que participen en empresas de economía mixta, siempre tendrán mayoría accionaria. Por su parte, el artículo 316 Ibídem, permite la participación en servicios públicos a empresas mixtas en las cuales el Estado tenga mayoría accionaria, en los términos previstos en la ley. El tenor de esa norma es el siguiente:

“Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”.

Respecto de la gestión de los servicios públicos, en sentencia No. 001-12-SIC-CC publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 629 de 30 de enero de 2012, la Corte Constitucional ha interpretado los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, en los siguientes términos:

“Que está claro entonces, que la administración, regulación y control de los sectores estratégicos y de los servicios públicos, corresponde exclusivamente al Estado, mientras que la gestión de éstos corresponde prioritariamente a las empresas públicas, secundariamente a las compañías de economía mixta en las que el Estado tenga mayoría accionaria, y excepcionalmente a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria.

(...) Corresponde al Estado constituir 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; estas empresas públicas, por poseer personalidad jurídica y autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, estarán dirigidas por sus respectivas autoridades, y podrán delegar la participación en el sector estratégico y en la prestación de servicios públicos a empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria y, excepcionalmente, a la iniciativa privada, conforme lo resuelto en la Sentencia Interpretativa No. 0006-09-SIC-CC del 1 de octubre de 2009”.

Es decir que, según las sentencias interpretativas de la Corte Constitucional, para la gestión de servicios públicos el Estado puede recurrir en primer lugar a las empresas públicas, luego a las compañías de economía mixta en las que el Estado tenga mayoría accionaria; y, solo por excepción a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, que para el efecto requieren delegación.

Respecto del servicio público de saneamiento, el segundo inciso del artículo 318 de la Constitución de la República prevé en forma expresa que, será prestado únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias. El tenor de la norma, es el siguiente:

“Art. 318.- El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua.

La gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. El servicio público de saneamiento, el abastecimiento de agua potable y el riego serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias.

El Estado fortalecerá la gestión y funcionamiento de las iniciativas comunitarias en torno a la gestión del agua y la prestación de los servicios públicos, mediante el incentivo de alianzas entre lo público y comunitario para la prestación de servicios.

El Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento del agua con fines productivos por parte de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley”.

Los artículos 5 y 6 letras a) y b), y 35 letra c) de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, reiteran las previsiones del artículo 318 de la Constitución de la República, en el sentido de que el agua constituye sector de control exclusivo del Estado, que la prestación del servicio público de saneamiento y agua potable es pública o comunitaria; y, que está prohibida toda forma de privatización y delegación al sector privado de la gestión del agua o de alguna de las competencias en esa materia. El tenor del artículo 6 es el siguiente:

Art. 6.- Prohibición de privatización. Se prohíbe toda forma de privatización del agua, por su trascendencia para la vida, la economía y el ambiente; por lo mismo esta no puede ser objeto de ningún acuerdo comercial, con gobierno, entidad multilateral o empresa privada nacional o extranjera.

Su gestión será exclusivamente pública o comunitaria. No se reconocerá ninguna forma de apropiación o de posesión individual o colectiva sobre el agua, cualquiera que sea su estado.

En consecuencia, se prohíbe:

- a) Toda delegación al sector privado de la gestión del agua o de alguna de las competencias asignadas constitucional o legalmente al Estado a través de la Autoridad Única del Agua o a los Gobiernos Autónomos Descentralizados;
  - b) La gestión indirecta, delegación o externalización de la prestación de los servicios públicos relacionados con el ciclo integral del agua por parte de la iniciativa privada;
  - c) Cualquier acuerdo comercial que imponga un régimen económico basado en el lucro para la gestión del agua;
  - d) Toda forma de mercantilización de los servicios ambientales sobre el agua con fines de lucro;
  - e) Cualquier forma de convenio o acuerdo de cooperación que incluya cláusulas que menoscaben la conservación, el manejo sustentable del agua, la biodiversidad, la salud humana, el derecho humano al agua, la soberanía alimentaria, los derechos humanos y de la naturaleza;
- Y,
- f) El otorgamiento de autorizaciones perpetuas o de plazo indefinido para el uso o aprovechamiento del agua.

El inciso final del artículo 80 de la misma Ley Orgánica, prevé que es responsabilidad de los gobiernos autónomos municipales, el tratamiento de las aguas servidas y desechos sólidos, para evitar la contaminación de las aguas de conformidad con la ley.

De las disposiciones citadas se desprende que, el agua constituye patrimonio nacional y sector de control exclusivo del Estado; que de acuerdo con los artículos 318 de la Constitución de la República y 35 letra c) de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, la gestión del agua y la prestación del servicio público de saneamiento es exclusivamente pública o comunitaria y de competencia



de las municipalidades según el artículo 80 *Ibidem*, por lo que los artículos 6 letras a) y b) de la misma Ley, prohíben toda delegación al sector privado de la gestión del agua, así como la gestión indirecta por parte de la iniciativa privada.

Sin embargo, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, admite como excepción que la iniciativa privada y la economía popular y solidaria puedan participar en las actividades relacionadas a la gestión del agua, para el desarrollo de los subprocesos de la administración del servicio público, cuando la autoridad competente no tenga las condiciones técnicas o financieras para ejecutarlos. Al efecto, el artículo 6 reformado del Reglamento a la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, prevé:

“Art. 6.- De los Subprocesos.- Los subprocesos de la administración del servicio público del agua comprenden aquellas actividades relacionadas con la provisión de agua potable y saneamiento ambiental, en los términos indicados en el artículo 37 de la ley.

A los efectos de lo mencionado en el artículo 7 de la Ley, se entiende por servicio público del agua el que prestan los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales de suministro de agua potable y de tratamiento de aguas residuales.

La iniciativa de la economía popular y solidaria o la iniciativa privada, podrán participar en dichos subprocesos siguiendo los parámetros constitucionales, cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal no tenga las condiciones técnicas o financieras para hacerlo por sí mismo o a través de una empresa mixta en la que el Estado tenga la mayoría accionaria”.

Del tenor de la norma reglamentaria citada se aprecia que, el tratamiento de aguas residuales constituye uno de los subprocesos de la administración del servicio público de agua, cuya gestión corresponde ejecutar al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal por sí mismo o a través de una empresa mixta en la que el Estado tenga la mayoría accionaria; y que, sólo cuando éstas entidades no tengan las condiciones técnicas o financieras para ejecutarlos, por excepción podrá participar la economía popular y solidaria o la iniciativa privada.

Los artículos 44 y 45 del Reglamento a la Ley de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del agua, reiteran que cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal no pueda suministrar el servicio de agua potable y saneamiento, en condiciones de continuidad y seguridad a todo su ámbito jurisdiccional o a alguna parte del mismo, podrá participar por excepción, la economía popular y solidaria o la iniciativa privada, debiendo en tal caso la respectiva Municipalidad solicitar a la Autoridad Única del Agua que emita las directrices respectivas.

Del análisis jurídico efectuado y en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 316 y 318 de la Constitución de la República, las sentencias interpretativas de esas normas por la Corte Constitucional, y los artículos 7 letra b) de la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua y 6 reformado de su Reglamento, en materia de prestación del servicio público del agua y saneamiento, el Estado puede recurrir a tres niveles de gestión: directa por la respectiva municipalidad o empresa pública; luego a las empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria; y, solo por excepción a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria.

De acuerdo con la parte final del tercer inciso del artículo 6 reformado del Reglamento a la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, la excepción que permite la gestión de subprocesos del servicio público del agua, por la iniciativa privada o a la economía

popular y solidaria, se configura en el caso en el que la municipalidad no cuente con las condiciones técnicas o financieras para la gestión del servicio público, por sí misma o a través de una empresa mixta en la que el Estado tenga la mayoría accionaria.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas y no constituye orden o autorización a la entidad consultante, para constituir una empresa de economía mixta u optar por otra forma de gestión.

## **EMPRESAS PÚBLICAS: SUSCRIPCIÓN DE CONVENIO, DIRECTORIO, PRESIDENCIA**

**OF. PGE. N°:** 02114 de 24-07-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE SANTA ANA DE COTACACHI

### **CONSULTAS:**

“1.- ¿Quién preside el directorio de una empresa pública creada por un gobierno autónomo descentralizado municipal por pedido de un gobierno autónomo descentralizado parroquial rural conforme se determina en el literal i) del Art. 67 del COOTAD?

2.- En aplicación de lo dispuesto en el Art. 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y en aplicación del principio de coordinación y corresponsabilidad establecido en el literal c) del Art. 3 del COOTAD ¿Mediante convenio se puede establecer que la presidencia del directorio de una empresa pública creada por un GAD municipal a solicitud de un GAD parroquial rural, sea ejercida por quien presida el GAD parroquial rural?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 3 núm. 5, 226, 227, 260, 267 numeral 4, 315 y 319.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Arts. 3 lits. c) y e), 54 lits. a) y h), 57 lit. j), 64 lits. a) y g) y 67 lits. f) e i).

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 4, 5 núms. 1 y 2; y, 8

Código Civil, Arts. 18 núms. 1 y 4.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Me refiero al oficio No 454-GADMSAC-A-2015 de 22 de junio de 2015, ingresado el 22 de junio del presente año a la Procuraduría General del Estado, a través del cual la Alcaldesa Subrogante del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de su representación, formuló dos consultas relacionadas con la presidencia del directorio de una empresa pública creada por un GAD municipal a solicitud de un GAD parroquial rural.

Entre los antecedentes que constan en el oficio de consulta, se exponen los siguientes:

“El Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial Rural de Quiroga, del cantón Santa Ana de Cotacachi, Provincia de Imbabura, mediante resolución decide implementar la Empresa Pública ‘EMPU-G QUIROGA PRODUCTIVA E.P.’ con el objetivo de potenciar la diversificación de

actividades económicas, productivas, solidarias y rentables de la población, hombres y mujeres para el mejoramiento de su nivel de vida (...).

En este contexto y en aplicación de lo determinado en el literal i) del Art. 67 del COOTAD, se remite al GAD Municipal de Santa Ana de Cotacachi un proyecto de ordenanza a efecto de crear la Empresa Pública 'EMPU-G QUIROGA PRODUCTIVA E.P.'.

El proyecto de ordenanza se remitió para su análisis a la Comisión Permanente de Planificación y Presupuesto del Concejo Municipal.

La Comisión Permanente de Planificación y Presupuesto, una vez analizado el proyecto de ordenanza, solicita a la Alcaldía, elevar a consulta de la Procuraduría General del Estado a efecto de determinar quien preside el directorio de una Empresa Pública Parroquial creada por el Concejo Municipal, petición que es de igual manera solicitada por el Concejo Municipal es sesión ordinaria de fecha 17 de junio del presente año”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender las consultas planteadas, mediante oficios Nos. 01661 y 01662 de 25 de junio de 2015, este Organismo solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatoriana – AME y del Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador – CONAGOPARE, en su orden, los cuales fueron atendidos por las citadas entidades asociativas, mediante oficios Nos. 768-DE-DNAJ-2015 de 8 de julio de 2015 y 363-15-BA-GO-CONAGOPARE de 15 de julio de 2015, ingresados en este Organismo el 10 y 15 de julio de 2015, respectivamente.

El informe jurídico de la entidad consultante ha sido remitido como anexo al oficio que atiendo y consta en el memorando No. GADMSAC-PS-2015-215-M de 19 de junio de 2015, suscrito por el Procurador Síndico Municipal.

Con los antecedentes señalados, procedo a atender las consultas planteadas de manera conjunta, puesto que refieren a un mismo tema.

#### PRIMERA Y SEGUNDA CONSULTAS

En el informe jurídico del Gobierno Autónomo Municipal de Santa Ana de Cotacachi, se citan como fundamentos jurídicos, los artículos 1, 3 numeral 5, 226, 227, 260, 267 numeral 4, 315 y 319 de la Constitución de la República; cita además los artículos 3 letras c) y e), 54 letras a) y h), 57 letra j), 64 letra a) y g) y 67 letras f) e i) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD; y, los artículos 5 numeral 2) y 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Al amparo de las normas previamente referidas, el Procurador Síndico Municipal de la entidad consultante, concluye con el siguiente criterio jurídico, respecto de las dos consultas planteadas:

“Con la base legal expuesta es de mi criterio que por territorialidad y mejor acercamiento con la población, la Presidencia del Directorio de la Empresa Pública 'EMPU-G QUIROGA PRODUCTIVA E.P.' debe recaer en el Presidente de la Junta Parroquial Rural de Quiroga, debiendo para ello, en aplicación de los principios de coordinación, corresponsabilidad y complementariedad establecidos para las entidades del sector público y determinados en la Constitución y la ley y del Art. 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, suscribir un convenio entre el Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial Rural de Quiroga y el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Santa Ana de Cotacachi a efecto de estipular que la presidencia

del Directorio de la Empresa Pública ‘EMPU-G QUIROGA PRODUCTIVA E.P.’ sea ejercida por quién desempeñe la calidad de Presidenta o Presidente de la Junta Parroquial Rural de Quiroga”.

A través del oficio No. 768-DE-DNAJ-2015 de 8 de julio de 2015, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, con fundamento en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, expresa con relación a las dos consultas que han sido planteadas, el siguiente criterio institucional:

“Por lo cual en respuesta a las consultas formuladas, y tomando en consideración las normas legales citadas, quién (sic) podrá ejercer la Presidencia del Directorio de una Empresa Pública creada por un gobierno autónomo descentralizado municipal será la Alcaldesa o el Alcalde o su respectivo delegado; el mismo que deberá ser funcionario o funcionaria del GAD; de conformidad a lo establecido en el art (sic) 8 de la ley Orgánica de Empresas Públicas, la misma que se encuentra vigente”.

De su parte, el Presidente Nacional del Consejo Nacional de Gobierno Parroquiales Rurales del Ecuador en el oficio No. 363-15-BA-GO-CONAGOPARE cita los artículos 5 letra i) y 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y con relación a la primera consulta, y señala como criterio institucional el siguiente:

“En este marco, se puede colegir con claridad que, si un GAD Parroquial Rural, requiere la creación de una empresa pública y, cuenta con la aceptación del GAD Municipal respectivo, significa también que formará parte de dicha ‘empresa’, es decir, tendrá la calidad de accionista en el porcentaje que el GAD Parroquial lo resuelva en apego al Literal h) del Art. 67; con lo cual cumple el precepto legal de que, la empresa está siendo creada por más de un Gobierno Autónomo Descentralizado”.

En lo que respecta a la segunda consulta, el Presidente Nacional del Consejo Nacional de Gobierno Parroquiales Rurales del Ecuador, con base en los artículos 5 letra i) y 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y expresa como criterio institucional el siguiente:

“De acuerdo con las normas citadas en la pregunta anterior, se establece la pertinencia de la creación de empresas públicas en las que tengan participación más de un Gobierno Autónomo Descentralizado, cuanto más si para el caso de los Gobiernos Parroquiales, son éstos los que solicitan su constitución.

Dicho esto, nos remitiremos a la disposición del Art. 8 de la LOEP, que de manera taxativa dispone que en tratándose de empresas creadas por más de un gobierno autónomo descentralizado, la presidencia del directorio estará a cargo de la Autoridad designada por los representantes legales de dichos gobiernos; visto de otro modo, son los representantes legales de los GADs que resuelven la creación de una empresa pública, a quienes les corresponde, en consenso, adoptar la decisión de designar al Presidente del Directorio.

Con lo expuesto y sin necesidad de profundizar en el análisis, es criterio del CONAGOPARE que, no habiendo limitantes, es perfectamente viable que las partes puedan designar al Presidente del Directorio de una Empresa Pública, en la persona del Representante Legal del GAD Parroquial Rural correspondiente; aspecto que no obsta para que, mediante convenio o por delegación de conformidad con la ley, se pueda llegar al mismo fin”.

La facultad del Estado de constituir 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, se halla establecida en el artículo 315 de la Constitución de la República.

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, define a dichas entidades como personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión; y, en cuanto a su constitución, los numerales 1 y 2 del artículo 5 *Ibíd*em prescriben:

“Art. 5.- CONSTITUCION Y JURISDICCION.- La creación de empresas públicas se hará:

1. Mediante decreto ejecutivo para las empresas constituidas por la Función Ejecutiva;
2. Por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados”.

Como se puede apreciar, la creación de empresas públicas por parte de los gobiernos autónomos descentralizados, se efectúa mediante acto normativo, en el cual deben constar los requisitos que determina la Ley y todas aquellas disposiciones relativas a los objetivos, competencias y estructura fundamental de la empresa.

De su parte, el artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determina entre las atribuciones del Concejo Municipal las siguientes:

“Art. 57.- Atribuciones del concejo municipal.- Al concejo municipal le corresponde:

a) El ejercicio de la facultad normativa en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado municipal, mediante la expedición de ordenanzas cantonales, acuerdos y resoluciones;

(...) j) Aprobar la creación de empresas públicas o la participación en empresas de economía mixta, para la gestión de servicios de su competencia u obras públicas cantonales, según las disposiciones de la Constitución y la ley. La gestión de los recursos hídricos será exclusivamente pública y comunitaria de acuerdo a las disposiciones constitucionales y legales”.

De conformidad con la letra a) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde al Concejo Municipal ejercer la facultad legislativa cantonal a través de ordenanzas y las normas emitidas por el concejo constituyen una manifestación de su autonomía política, conforme prevé el inciso segundo del artículo 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

El artículo 67 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece entre otras atribuciones de la Junta Parroquial Rural, las que a continuación transcribo:

“Art. 67.- Atribuciones de la junta parroquial rural.- A la junta parroquial rural le corresponde:

a) Expedir acuerdos, resoluciones y normativa reglamentaria en las materias de competencia del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural conforme este Código;

(...) f) Proponer al concejo municipal proyectos de ordenanzas en beneficio de la población;

(...) h) Resolver su participación en la conformación del capital de empresas públicas o mixtas creadas por los otros niveles de gobierno en el marco de lo que establece la Constitución y la ley;

(...) i) Solicitar a los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos, municipales y provinciales la creación de empresas públicas del gobierno parroquial rural o de una mancomunidad de los mismos, de acuerdo con la ley”.

Al tenor de la cita previa de los artículos 57 y 67 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, se evidencia que los gobiernos autónomos descentralizados municipales tienen potestad legal para expedir ordenanzas y aprobar la constitución de empresas públicas municipales, mientras que los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales no se hallan facultados para expedir ordenanzas ni para crear empresas públicas, sino que para tales fines deben solicitarlo al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal al que pertenecen.

Adicionalmente, al contrastar las normas de las letras h) e i) del artículo 67 del COOTAD, se evidencia que dicho Código ha previsto dos supuestos, el primero cuando un gobierno autónomo descentralizado parroquial participa en una empresa pública creada por otros niveles de gobierno, los cuales se encuentran facultados a crear empresas públicas por sí mismo; y, el segundo supuesto que es cuando pretende constituir una empresa pública en la que participe exclusivamente un gobierno autónomo descentralizado parroquial o una mancomunidad de aquellos.

El directorio de las empresas públicas es el cuerpo colegiado encargado de establecer las políticas y metas de cada empresa, de conformidad con las previsiones del artículo 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y su conformación está determinada en el artículo 7 de la referida Ley Orgánica que en su letra b), respecto de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados dispone:

“Art. 7.- INTEGRACION.- El Directorio de las empresas estará integrado por:

(...) b) Para el caso de las empresas públicas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados o para las creadas entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, el Directorio estará conformado por el número de miembros que se establezca en el acto normativo de creación, el que también considerará los aspectos relativos a los requisitos y período. En ningún caso el Directorio estará integrado por más de cinco miembros.

Para el caso de los directorios de las empresas públicas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados, sus miembros serán preferentemente los responsables de las áreas sectoriales y de planificación del gobierno autónomo descentralizado relacionado con el objeto de la empresa pública. El acto normativo de creación de una empresa pública constituida por gobiernos autónomos descentralizados podrá prever que en la integración del Directorio se establezca la participación de representantes de la ciudadanía, sociedad civil, sectores productivos, usuarias o usuarios de conformidad con lo que dispone la ley”.

Del artículo 7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se establece que es competencia de la autoridad que expide el acto de creación de las empresas públicas determinar los aspectos relacionados con la conformación del Directorio.

En el contexto previamente indicado, con relación a la presidencia del directorio de las empresas públicas, el artículo 8 de la Ley Orgánica de la materia dispone:

“Art. 8.- PRESIDENCIA DEL DIRECTORIO.- En las empresas públicas creadas por la Función Ejecutiva, las funciones de Presidenta o Presidente del Directorio las ejercerá el Ministro del ramo correspondiente o su delegada o delegado permanente. En las empresas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados, la Presidenta o el Presidente serán la Alcaldesa o el Alcalde, la Prefecta o Prefecto, la Gobernadora o Gobernador Regional, o su respectivo delegado, quien deberá ser una funcionaria o funcionario del gobierno autónomo descentralizado. En el caso de empresas creadas por más de un gobierno autónomo descentralizado, la presidencia del Directorio estará a cargo de la autoridad que designen los representantes legales de dichos gobiernos. En las empresas creadas entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, la presidencia la ejercerá quien sea elegido de entre los miembros principales del Directorio. (El resaltado me corresponde)

La Presidenta o Presidente del Directorio tendrá las atribuciones que se establezca en el acto de creación y en la normativa interna de la Empresa”.

En lo que atañe a los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no hace referencia al caso particular de las empresas públicas creadas a petición de un GAD parroquial, por parte de un GAD municipal, sino que de manera general determina que en las empresas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados, la Presidencia del Directorio le corresponde a la máxima autoridad ejecutiva de cada uno de los niveles de gobierno que allí se indican. Es decir que, al gobierno autónomo descentralizado que emite el acto normativo de creación de una empresa pública, le compete el ejercicio de la Presidencia del Directorio, sin excepciones.

Lo anteriormente expuesto, guarda armonía con el hecho de que según la letra a) el artículo 67 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, antes citado, los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales no tienen potestad legal para emitir ordenanzas, ya que dicha facultad normativa le corresponde ejercer a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, al tenor de la letra a) del artículo 57.

Con relación a la interpretación de la Ley, las reglas 1 y 4 del artículo 18 del Código Civil prevén:

“1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;

(...) 4. 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.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

Entre los principios que rigen el accionar de los gobiernos autónomos descentralizados, la letra c) del artículo 3 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece:

“Art. 3.- Principios.- El ejercicio de la autoridad y las potestades públicas de los gobiernos autónomos descentralizados se regirán por los siguientes principios:

c) Coordinación y corresponsabilidad.- Todos los niveles de gobierno tienen responsabilidad compartida con el ejercicio y disfrute de los derechos de la ciudadanía, el buen vivir y el desarrollo de las diferentes circunscripciones territoriales, en el marco de las competencias exclusivas y concurrentes de cada uno de ellos.

Para el cumplimiento de este principio se incentivará a que todos los niveles de gobierno trabajen de manera articulada y complementaria para la generación y aplicación de normativas concurrentes, gestión de competencias, ejercicio de atribuciones. En este sentido, se podrán acordar mecanismos de cooperación voluntaria para la gestión de sus competencias y el uso eficiente de los recursos”.

El principio antes citado determina la coordinación, así como la aplicación articulada y complementaria de normativas concurrentes, gestión de competencias y ejercicio de atribuciones, lo cual concuerda con el principio constitucional establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República que determina que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias tienen el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Carta Constitucional.

Del análisis jurídico precedente se evidencia que, les corresponde a gobiernos autónomos descentralizados municipales a través del concejo municipal, expedir la respectiva ordenanza de creación de una empresa pública de un gobierno autónomo descentralizado parroquial, en virtud de lo dispuesto en la letra i) del artículo 67 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, en concordancia con el numeral 2 del artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la letra a) del artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Por lo expuesto y en atención a los términos de su primera consulta, se concluye que en aquellos casos de creación de empresas públicas en las que interviene un solo gobierno autónomo descentralizado parroquial, la Presidenta o el Presidente del Directorio de la Empresa, será el Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal que emite la correspondiente ordenanza de creación, o su respectivo delegado, quien deberá ser una funcionaria o funcionario del gobierno autónomo descentralizado municipal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 5 y en los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

En lo concerniente a su segunda consulta, en armonía con los términos en que esta Procuraduría ha concluido al atender su primera consulta y en atención al orden jerárquico de aplicación de las normas, dispuesto en el artículo 425 de la Constitución de la República, no es jurídicamente posible que a través de la suscripción de un convenio se modifique la disposición contenida en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que ha sido objeto de análisis por parte de esta Procuraduría.

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.



## **EMPRESAS PÚBLICAS: PROCEDIMIENTOS DE EXPROPIACIÓN**

**OF. PGE. N°:** 01136 de 12-05-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE HABITAT Y VIVIENDA

### **CONSULTA:**

“¿Es válida la aplicación del artículo 58 de la LOSNCP y el artículo 62 del Reglamento General a la LOSNCP para los procedimientos de expropiaciones de las Empresas Públicas, en este caso Empresas Públicas Metropolitanas?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225 núm. 4, 237 núm. 3, 315, 323 y 4225.  
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.  
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 58; y, 62 del Reglamento General.  
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 1, 4, 5 núm. 2 y 34 núm. 2.  
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, Art. 3 núm. 1.  
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 446 y 447.  
Código Civil, Art. 12.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Mediante oficio No. DJ-EPMHV 0490/015 de 12 de marzo de 2015, ingresado el 13 de marzo del presente año, formuló a la Procuraduría General del Estado una consulta relacionada con los procedimientos de declaratoria de utilidad pública de esa empresa pública.

Con oficio No. 00569 de 20 de marzo de 2015, este Organismo le solicitó reformular los términos de la consulta, de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, conforme a los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República, 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; en el mismo oficio se solicitó remitir el informe jurídico sobre la consulta reformulada.

A fin de contar con mayores elementos de análisis sobre el tema materia de consulta, mediante oficio No. 00570 de 20 de marzo de 2015, se solicitó el criterio institucional del Presidente de la Asociación de Municipalidades.

Mediante oficio No. DJ-EPMHV 0672/015 de 27 de marzo de 2015, ingresado el 30 de marzo del presente año, la empresa pública reformula la consulta en los siguientes términos:

“¿Es válida la aplicación del artículo 58 de la LOSNCP y el artículo 62 del Reglamento General a la LOSNCP para los procedimientos de expropiaciones de las Empresas Públicas, en este caso Empresas Públicas Metropolitanas?”.

Al referido oficio se ha acompañado como anexo, el informe del Director Jurídico de la empresa pública consultante, contenido en memorando No. 061-DJ-2015 de 10 de marzo de 2015.

La empresa pública consultante ha remitido un alcance a sus comunicaciones previamente referidas, contenido en oficio No DJ-EPMHV 0815/015 de 10 de abril de 2015, ingresado en la misma fecha, en el que se refiere al pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 03253 de 16 de agosto de 2011, que se revisará más adelante al analizar la consulta.

Con oficio No. 00737 de 8 de abril de 2015, este Organismo insistió en el requerimiento extendido al Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, que ha sido atendido con oficio No. 202-DE-DNAJ-2015 de 6 de abril de 2015, recibido el 20 de abril del presente año.

El informe del Director Jurídico de la empresa pública consultante refiere como antecedente que: “Existen dos procedimientos que prevé la ley para Declarar de Utilidad Pública o interés social bienes inmuebles, el COOTAD y la LOSCP (...)”, y cita los artículos 446 y siguientes del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como los artículos 1 y 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 62 de su Reglamento; y, sobre dicha base concluye:

“Con los antecedentes expuestos, las Empresas Públicas se encuentran facultadas y deben aplicar, con la finalidad de cumplir su objeto de creación y prestar los servicios públicos que les han sido encomendados de manera eficiente, dicho procedimiento contemplado en la LOSNPC y su Reglamento General”.

Por su parte, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades, en la comunicación a la que se hizo referencia en los antecedentes, cita además de las normas ya referidas en el informe jurídico de la entidad consultante, los artículos 225 numeral 4 y 323 de la Constitución de la República, que en su orden incluyen en el sector público a las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados, y que autoriza a las entidades públicas la expropiación de bienes por razones de utilidad pública o de interés social y nacional; y concluye:

“Por lo expuesto, tomando en consideración las normas constitucionales, legales y reglamentarias pertinentemente citadas, y que todas las instituciones del sector público actúan en resultado de una potestad estatal donde ejercen solamente las competencias y derechos que les sean atribuidas, el criterio de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas ‘AME’, es que son aplicables tanto las normas mencionadas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, así como las del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

Para atender su consulta resulta pertinente considerar que el primer inciso del artículo 315 de la Constitución de la República, dispone 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”.

En concordancia, el primer inciso del artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las define como entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión.

El numeral 2 del artículo 5 de la citada Ley Orgánica de Empresas Públicas, prevé que las empresas públicas constituidas por los gobiernos autónomos descentralizados, se crean mediante acto normativo legalmente expedido.

Toda vez que la consulta está relacionada con la aplicación de las normas que regulan el procedimiento de declaratoria de utilidad pública para la adquisición de inmuebles, por parte de una empresa pública creada por un gobierno autónomo descentralizado, resulta pertinente considerar que el numeral 2 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas dispone que en todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría que realicen las empresas públicas, se sujetan a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables.

Con respecto a la adquisición de inmuebles por parte de las instituciones del sector público, el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el procedimiento general aplicable, previendo en su décimo inciso para el caso de las municipalidades, que el procedimiento expropiatorio se regulará por su propia ley, al tenor de la siguiente norma:

“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”.

En concordancia, el artículo 62 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone:

“Art. 62.- Declaratoria de utilidad pública.- Salvo disposición legal en contrario, la declaratoria de utilidad pública o de interés social sobre bienes de propiedad privada será resuelta por la máxima autoridad de la entidad pública, con facultad legal para hacerlo, mediante acto motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará. Se acompañará a la declaratoria el correspondiente certificado del registrador de la propiedad.

Las personas jurídicas de derecho privado sujetas a la Ley y a este Reglamento General como entes contratantes podrán negociar directamente la adquisición de inmuebles dentro de los parámetros establecidos en la ley. Si se requiriera una expropiación, deberán solicitarla a la autoridad pública del ramo correspondiente al que pertenezcan.

La resolución será inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón en el que se encuentre ubicado el bien y se notificará al propietario. La inscripción de la declaratoria traerá como consecuencia que el registrador de la propiedad se abstenga de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo el que sea a favor de la entidad que declare la utilidad pública”.

Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, regula el procedimiento aplicable a las expropiaciones que requieran efectuar los gobiernos autónomos descentralizados; y, respecto de las empresas públicas de esos gobiernos, el artículo 447 de ese Código, que posteriormente fue reformado como se verá más adelante, inicialmente preveía lo siguiente:

“Art. 447.- Declaratoria de utilidad pública.-

(...) Las empresas públicas o mixtas de los gobiernos autónomos descentralizados que requirieren la expropiación de bienes inmuebles, la solicitarán a la máxima autoridad ejecutiva correspondiente, con los justificativos necesarios”.

Sobre esta materia, en pronunciamiento contenido en oficio No. 02822 de 15 de julio de 2011, en atención a una consulta formulada por la Empresa Pública Municipal de Aseo EMAC EP de Cuenca, se manifestó lo siguiente:

“En virtud de que la materia sobre la que versa su consulta está regulada por leyes de igual rango, cabe puntualizar que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización fue expedido con posterioridad a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y que el COOTAD, en el artículo 447 regula el procedimiento de expropiación de inmuebles por parte de los gobiernos autónomos descentralizados, ha incluido una norma en la que regula expresamente el caso de expropiaciones requeridas por las empresas públicas o mixtas de los gobiernos autónomos municipales, disponiendo que éstas deberán solicitar tales expropiaciones a la máxima autoridad ejecutiva correspondiente, es decir al Alcalde, en el caso de una empresa pública municipal.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, se concluye que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 447 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, al ser la EMAC EP una Empresa Pública Municipal, corresponde a la Gerente de la Empresa solicitar al Alcalde de la ciudad, que emita la resolución para la declaratoria de utilidad pública de un bien inmueble necesario para el cumplimiento de los fines de la Empresa”.

Con posterioridad a dicho pronunciamiento, el segundo inciso del artículo 447 del citado Código, fue reformado en el siguiente sentido:

“Art. 447.- Declaratoria de utilidad pública.-

(...) 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”.

La materia sobre la que versa su consulta, es el procedimiento de declaratoria de utilidad pública que las empresas públicas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados deben observar para la adquisición de inmuebles y está regulada por dos leyes de igual rango, que son la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, lo que impide aplicar el principio de jerarquía normativa establecido por el artículo 425 de la Constitución de la República, por lo que corresponde atender al principio de especialidad.

Sobre la especialidad, como regla de interpretación de las normas, tratan los artículos 3 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y 12 del Código Civil, que en su orden disponen:

Art. 3, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales.- “Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”.

Art. 12 del Código Civil.- “Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales”.

A fin de aplicar el principio de especialidad, respecto de la materia sobre la que trata la consulta, es pertinente considerar el ámbito establecido en cada uno de los cuerpos legales en conflicto.

Así, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone lo siguiente:

“Art. 1.- AMBITO.- Las disposiciones de la presente Ley regulan la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresa públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República”.

Por su parte, el artículo 1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, determina lo siguiente:

“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”.

De las normas transcritas se desprende que, la Ley Orgánica de Empresas Públicas regula aspectos relacionados con la constitución, organización, tributarios y otros referidos a las empresas públicas, entre ellos los relacionados con las contrataciones de obras, bienes y servicios que las empresas públicas desarrollen, remitiéndose al efecto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establece el régimen jurídico general aplicable para efectuar dichas contrataciones; mientras que el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, establece el régimen jurídico específicamente aplicable a los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados, lo que da lugar a que las normas de ese Código Orgánico tengan el carácter de normas especiales para tales gobiernos y sus empresas públicas.

Adicionalmente, cabe considerar al efecto la previsión del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que fue citada en los antecedentes y que en materia de contratación de obras, bienes y servicios que efectúen dichas empresas, se remite a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo artículo 58 que regula en forma general el procedimiento de adquisición de inmuebles por las instituciones sujetas a su ámbito de aplicación, prevé expresamente en su penúltimo inciso, que las municipalidades observarán el procedimiento expropiatorio establecido por su propia ley, esto es por el actual Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el penúltimo inciso del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y segundo inciso del artículo 447 reformado del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y

Descentralización, las expropiaciones que efectúen las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, se rigen por el procedimiento de declaratoria de utilidad pública reglado por ese Código Orgánico.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y prevalece respecto de otros que sobre la misma materia hubiere expedido este Organismo con anterioridad. La aplicación de las normas a los casos específicos es de exclusiva responsabilidad de las respectivas empresas públicas.

### **EMPRESAS PÚBLICAS: COMPENSACIÓN POR RETIRO VOLUNTARIO Y BONIFICACIÓN POR DESAHUCIO**

**OF. PGE. N°: 03702 de 25-11-2015**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS, EPMTMP

#### **CONSULTAS:**

- 1.- “¿El personal que se encuentra bajo régimen laboral de la LOEP y presenta la renuncia voluntaria, se le debe cancelar el Desahucio, de acuerdo a la reforma laboral del 20 de abril de 2015? De ser afirmativa la respuesta, ¿esto modificaría los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado con oficios Nos. OF PGE. No.: 19356 de 29-10-2014, OF. PGE. No.: 13275, de 20-05-2013 y OF. PGE. No.: 11004, de 11-12-2012?”.
- 2.- “¿Es procedente cancelar, adicionalmente, a los servidores de la empresa que se acogen a la compensación por retiro voluntario contenida en el Art. 23 de la LOEP, la bonificación por desahucio?”.
- 3.- “¿Al personal de la empresa sujeto al Código de Trabajo, a más de la bonificación contemplada en el Art. 12 del Contrato Colectivo, vigentes (sic), se les debe cancelar la bonificación por desahucio contemplada en el Art. 185 del Código de Trabajo?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 237 núm. 3 y 326.  
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.  
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 17, 18, 19, 23 y 33.  
Código del Trabajo, Arts. 169 núm. 2, 184, 185 y 545 núm. 5.  
Ley No. 0, R.O.S. N° 483 de 20-04-2015.  
D.E. N° 1701, R.O. N° 592 de 18-05-2009, Art. 5.  
Res. N° 017, R.O. N° 102 de 11-06-2007, Art. 2.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Mediante oficio No. EPMTMPQ-GJ-1179 15 de 17 de septiembre de 2015, ingresado el 18 de septiembre del presente año, la Empresa Pública Metropolitana de Transporte de Pasajeros EPMTMP formuló a la Procuraduría General del Estado, una consulta compuesta por tres preguntas relacionadas con las bonificaciones por terminación de relación laboral de servidores

de carrera y obreros de esa entidad, previstas en el Código del Trabajo y en la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Con oficio No. 02827 de 24 de septiembre de 2015, este Organismo le solicitó reformular los términos de su primera pregunta, de manera que trate sobre la inteligencia y aplicación de una norma jurídica y remitir sobre dicha pregunta, el criterio jurídico que prevé el inciso segundo de artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

Mediante oficio No. 03145 de 14 de octubre de 2015, esta Entidad insistió en el requerimiento referido en el párrafo que precede, mismo que fuere atendido con oficio No. EPMPQ-GJ-1394 15 de 4 de noviembre de 2015, ingresado en este Despacho el 5 de noviembre del presente año.

A fin de contar con mayores elementos que permitan atender sus consultas, con oficio No. 02828 de 24 de septiembre de 2015, este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministro del Trabajo, considerando las reformas introducidas al Código del Trabajo y la Ley Orgánica de Empresas Públicas por la expedición de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar; y con oficio No. 03146 de 14 de octubre de 2015, se insistió en dicho pedido, sin haber recibido respuesta hasta la presente fecha.

Con estos antecedentes, a continuación me permito atender sus consultas en forma individual, la primera reformulada y contenida en el oficio No. EPMPQ-GJ-1394 15 de 4 de noviembre de 2015, y las dos restantes contenidas en su oficio inicial de consulta No. EPMPQ-GJ-1179 15 de 17 de septiembre de 2015.

#### PRIMERA CONSULTA

El informe del Gerente Jurídico de la entidad consultante, contenido en memorando No. GJ-2015-722 de 20 de octubre de 2015, el cual fuere remitido adjunto al oficio de reformulación de la consulta, reproduce los fundamentos jurídicos expuestos en el memorando No. GJ-2015-554 de 18 de agosto de 2015, remitido como anexo a la comunicación inicial de consulta. En sus informes, se citan entre otras normas el artículo 326 de la Constitución de la República, cuyo numeral 16 dispone lo siguiente:

“Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

(...)16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo”.

Los referidos informes invocan adicionalmente los artículos 17, 18, 19 y 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que establecen el régimen jurídico aplicable a sus servidores y obreros, y las modalidades de vinculación de ese personal; así como el artículo 23 de la misma Ley que establece una bonificación en beneficio de los servidores u obreros de las empresas públicas, que terminen la relación laboral por retiro voluntario; y, por otra parte, los artículos 184 y 185 del Código del Trabajo que definen al desahucio y establecen las bonificaciones a ser canceladas por dicho concepto, respecto del personal sujeto al régimen laboral.

Finalmente, el Gerente Jurídico de la empresa pública consultante, se refiere a los pronunciamientos que ha expedido la Procuraduría General del Estado, sobre la aplicación del



artículo 185 del Código del Trabajo, que establece la bonificación por desahucio, concluyendo lo siguiente:

“Conforme a la normativa citada y acogiendo los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado con carácter vinculante, esta Gerencia Jurídica se ratifica en el criterio jurídico emitido con memorando No. GJ-2015-554, de 18 de agosto de 2015, concluyendo que ‘En atención a los términos de su consulta se concluye que, la renuncia aceptada por la empresa pública del servidor que no ocupe los puestos comprendidos en la escala de remuneraciones del nivel jerárquico superior, configura terminación de la relación laboral por acuerdo entre *las partes* y por tanto no da lugar al reconocimiento de la bonificación por desahucio establecida en el artículo 185 del Código del Trabajo’.

Aclarando que, los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, a criterio de esta Gerencia Jurídica, no han sido modificados por la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 483 de 20 de Abril del 2015, con la cual se reformó lo relacionado al desahucio, establecido en el Código del Trabajo; debido a que como se señaló anteriormente, la supletoriedad de la norma Código del Trabajo a lo establecido en la Ley Orgánica de Empresas Públicas no aplica, ya que no corresponde el pago de desahucio para personal sometido a LOEP”.

Es pertinente considerar como antecedente que, sobre el régimen jurídico aplicable a los servidores de las empresas públicas, tomando en consideración la sentencia No. 007-11-SCN-CC de la Corte Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 482 de 1 de julio de 2011 y el análisis de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, esta Procuraduría mediante pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 11004 y 11163 de 11 y 20 de diciembre de 2012, 13275 de 20 de mayo de 2013, 14861 de 27 de septiembre de 2013, 16958 de 11 de abril de 2014 y 19356 de 29 de octubre de 2014, los cuales también han sido citados por el Gerente Jurídico de la empresa pública consultante, reiteradamente ha señalado, lo siguiente:

“Por tanto, conforme a los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la sentencia de la Corte Constitucional previamente transcrita, el personal de empleados y obreros de las empresas públicas se encuentran sujetos al régimen laboral establecido en el Código del Trabajo, salvo el caso del personal con nombramiento de libre designación y remoción, quienes no tienen relación laboral, según prescribe el numeral 1 del citado artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”. (La cita corresponde al pronunciamiento contenido en oficio No. 19356 de 29 de octubre de 2014).

Respecto de la aplicación de los artículos 184 y 185 del Código del Trabajo, que regulan la bonificación por desahucio, los pronunciamientos de este Organismo a los que antes se ha hecho referencia, contienen el análisis de los textos normativos antes de la reforma introducida por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, expedida en abril de 2015.

En este sentido, en el pronunciamiento contenido en oficio No. 19356 de 29 de octubre de 2014, expedido antes de las reformas al Código del Trabajo antes señaladas, este Organismo concluyó lo siguiente:

“Del análisis jurídico efectuado se desprende que, sin perjuicio de que según el artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la administración del talento humano de esas entidades se rige por las normas que expida el Directorio, según el artículo 33 de la citada Ley, el Código del Trabajo constituye norma supletoria en esa materia siempre que no contrarie los principios

rectores de la administración del talento humano de las empresas establecidos en el artículo 20 *Ibidem*.

En tal contexto, la renuncia de un servidor de carrera de una empresa pública una vez aceptada, da lugar a que la relación laboral termine por acuerdo de las partes, según el numeral 2 del artículo 169 del Código del Trabajo; esto es, por una causal distinta del desahucio al que se refiere el numeral 9 de esa norma.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, la renuncia del servidor aceptada por la empresa pública, configura terminación de la relación laboral por acuerdo entre las partes y por tanto no da lugar al reconocimiento de la bonificación por desahucio establecida en el artículo 185 del Código del Trabajo. Dicha bonificación se deberá liquidar cuando la empresa pública hubiera sido notificada por un inspector del trabajo, con la solicitud de desahucio formulada por el trabajador en los términos de los artículos 184 y 545 numeral 5 de ese cuerpo normativo.

La aplicación supletoria de las disposiciones del Código del Trabajo que prevé el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no da lugar a la acumulación de los beneficios económicos que cada uno de esos cuerpos normativos establece; en consecuencia, en caso de finiquitarse una relación laboral, el servidor de una empresa pública no podrá percibir simultáneamente la bonificación por desahucio que prevé el artículo 185 del Código del Trabajo y la bonificación por retiro voluntario que establece el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pues no se puede duplicar el beneficio que el servidor percibe por su cesación. En consecuencia, el pago de una bonificación excluye el de otra”.

La referida reforma introducida al Código del Trabajo por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, justifica un nuevo análisis de la materia relacionada con el desahucio, y al efecto se considera pertinente citar los textos normativos vigentes a partir de la reforma introducida en abril de 2015, a fin de percibir su sentido y alcance:

“Art. 184.- Desahucio.- Es el aviso por escrito con el que una persona trabajadora le hace saber a la parte empleadora que su voluntad es la de dar por terminado el contrato de trabajo, incluso por medios electrónicos. Dicha notificación se realizará con al menos quince días del cese definitivo de las labores, dicho plazo puede reducirse por la aceptación expresa del empleador al momento del aviso.

También se pagará la bonificación de desahucio en todos los casos en los cuales las relaciones laborales terminen de conformidad al numeral 2 del artículo 169 de éste Código.

El desahucio se notificará en la forma prevista en el capítulo "De la Competencia y del Procedimiento.

Art. 185.- Bonificaciones por desahucio.- En los casos de terminación de la relación laboral por desahucio, el empleador bonificará al trabajador con el veinticinco por ciento del equivalente a la última remuneración mensual por cada uno de los años de servicio prestados a la misma empresa o empleador. Igual bonificación se pagará en los casos en que la relación laboral termine por acuerdo entre las partes.

El empleador, en el plazo de quince días posteriores al aviso del desahucio, procederá a liquidar el valor que representan las bonificaciones correspondientes y demás derechos que le

correspondan a la persona trabajadora, de conformidad con la ley y sin perjuicio de las facultades de control del Ministerio rector del trabajo”.

Previo a realizar el análisis de los artículos reformados antes citados, es preciso señalar que en la reforma al artículo 169 del Código del Trabajo, tampoco se incluye a la renuncia como una causa de terminación de la relación individual de trabajo; por lo cual, se mantiene el criterio manifestado por esta institución en pronunciamiento contenido en el oficio No. 19356 de 29 de octubre de 2014, en el que se concluyó sobre esta figura que: “(...) de ser presentada por el trabajador y aceptada por el empleador, la relación de trabajo termina por acuerdo de las partes según el numeral 2 del artículo 169 del Código del Trabajo”.

Adicionalmente es oportuno distinguir la renuncia en la forma en que ha sido descrita en el párrafo que precede, como causa de terminación de la relación laboral cuando es aceptada por el empleador, de la renuncia voluntaria a la que se refiere su segunda consulta, establecida por el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el contexto de un programa implementado por la respectiva empresa, para estimular a sus servidores a cesar acogiendo a dicho mecanismo.

Al analizar los artículos 184 y 185 previamente citados, es necesario aclarar que antes de la reforma, para que el desahucio opere como una causa de terminación de la relación laboral, éste podía ser solicitado tanto por el empleador o por el trabajador, decisión que debía ser notificada a la otra parte a través del inspector del trabajo, siendo este funcionario público también el encargado de realizar la respectiva liquidación de esta bonificación.

Con la reforma realizada a dichos artículos, actualmente el desahucio puede ser solicitado únicamente por el trabajador, quien debe notificar directamente este particular al empleador para que este último, elabore la liquidación correspondiente al trabajador, incluida la bonificación establecida en el artículo 185 del Código del Trabajo. Es decir que las normas en actual vigencia, ya no prevén la intervención del inspector del trabajo para notificar del desahucio al empleador, ni para practicar la liquidación de la bonificación respectiva.

Asimismo, en lo relacionado a la cuantía de la bonificación por desahucio contenida en la reforma al artículo 185 del Código del Trabajo, esta no varía en su forma de cálculo, sino que la hace extensiva para el trabajador cuando la terminación de la relación laboral se da por mutuo acuerdo de las partes, situación que antes no era considerada en nuestra legislación.

Por lo antes expuesto, en atención a los términos de su primera pregunta reformulada se concluye que, a partir de la promulgación y vigencia de las reformas introducidas a los artículos 184 y 185 del Código del Trabajo por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 483 de 20 de abril de 2015, en el caso de la presentación de la renuncia por parte del personal que se encuentra bajo el régimen laboral de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es decir, los servidores de carrera y obreros, la relación laboral termina al tenor del numeral 2 del artículo 169 del Código del Trabajo, con lo cual, el trabajador tiene el derecho a recibir el pago de la bonificación por desahucio.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y no constituye orden de pago, siendo competencia de la Entidad a su cargo, verificar en los casos particulares el cumplimiento de los requisitos legales, así como determinar las indemnizaciones que correspondan en el caso de la presentación y aceptación de renuncias por parte de sus trabajadores.

## SEGUNDA CONSULTA

Sobre la base normativa que fue citada al atender su primera consulta, el Gerente Jurídico de la empresa pública consultante, concluye con respecto a la segunda pregunta, lo siguiente:

“La aplicación supletoria de las disposiciones del Código del Trabajo que prevé el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no da lugar a la acumulación de los beneficios económicos que cada uno de esos cuerpos normativos establece; en consecuencia, en caso de finiquitarse una relación laboral, el servidor de una empresa pública no podrá percibir simultáneamente la bonificación por desahucio que prevé el artículo 185 del Código del Trabajo y la bonificación por retiro voluntario que establece el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, pues no se puede duplicar el beneficio que el servidor percibe por su cesación. En consecuencia, el pago de una bonificación excluye el de otra”.

En lo relacionado a la aplicación de la bonificación por desahucio contenida en los artículos 184 y 185 del Código del Trabajo, la misma fue analizada al atender su primera consulta, en la que se concluyó que, de acuerdo con las reformas introducidas a esos artículos por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar y a partir de su promulgación, la terminación de la relación laboral mediante acuerdo entre las partes, determina el reconocimiento del pago de la bonificación por desahucio.

Por su parte, el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, también fue reformado por el artículo 65 de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar; sin embargo este artículo modifica el valor sobre el cual se debe calcular la bonificación por retiro voluntario a que tienen derecho los servidores de carrera y obreros de las empresas públicas, quedando el texto de la siguiente manera:

“Art. 23.- RETIRO VOLUNTARIO.- Los servidores u obreros de las empresas públicas que terminen la relación laboral por retiro voluntario, recibirán el pago de un monto de hasta siete salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, y hasta un máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado, a partir del año 2015, de conformidad con el salario básico unificado vigente al 1 de enero del 2015. El Reglamento General de esta Ley establecerá los requisitos para los programas de retiro voluntario”.

Según su tenor, de acuerdo con la reforma introducida al artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, a partir del año 2015 el cálculo de la compensación o bonificación por renuncia voluntaria se debe efectuar considerando el salario básico unificado vigente al 1 de enero de ese año. La norma reformada conserva el piso y techo del beneficio, en un monto de hasta siete salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, y hasta un máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado.

Además, en el pronunciamiento contenido en el oficio No 02471 de 27 de agosto de 2015, al atender la consulta formulada por la Empresa Pública Municipal de Agua Potable Alcantarillado de Santo Domingo EMAPA-SD, esta Procuraduría dentro del análisis correspondiente al artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, manifestó en su parte pertinente que: “El artículo previamente citado establece una compensación por ‘retiro voluntario’, aplicable a los servidores u obreros de las empresas públicas que terminen su relación laboral en forma voluntaria, en el contexto de programas de retiro voluntario implementados por la respectiva empresa pública; y por tanto, como un estímulo para que el servidor se acoja a la jubilación. La norma se remite al Reglamento General de esa Ley para determinar los requisitos para dichos

programas. No obstante, resulta pertinente considerar que, el Reglamento al que se remite esa norma, no ha sido expedido aún”.

Y, en el pronunciamiento contenido en oficio No. 19356 de 29 de octubre de 2014, que fue transcrito al atender su primera consulta, se examinó que la aplicación supletoria de las disposiciones del Código del Trabajo que prevé el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no da lugar a la acumulación de los beneficios económicos que cada uno de esos cuerpos normativos establece, sino que por el contrario dichas bonificaciones son excluyentes entre sí.

Los fundamentos en que se motivó el análisis efectuado en el referido pronunciamiento no han variado, pues como queda expuesto, la reforma introducida al artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas se limita a modificar la base de cálculo de la bonificación por retiro voluntario.

Del análisis que precede, en atención a su segunda consulta se concluye que, respecto de los servidores de carrera y obreros de una empresa pública, cuya cesación se hubiere producido en el contexto de un programa de retiro voluntario, que hubieren percibido la bonificación que por tal concepto establece el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, no procede que adicionalmente se les cancele la bonificación por desahucio establecida por los artículos 184 y 185 reformados del Código del Trabajo, pues no se puede duplicar el beneficio que el servidor percibe por su cesación, por lo que el pago de una bonificación excluye el de la otra.

Finalmente, es pertinente reiterar que según se analizó al atender su primera consulta, la renuncia del trabajador una vez aceptada por el empleador, da lugar a que la relación de trabajo termine por acuerdo de las partes, según el numeral 2 del artículo 169 del Código del Trabajo y el análisis efectuado en mi pronunciamiento contenido en oficio No. 19356 de 29 de octubre de 2014; por lo que dicha renuncia es distinta de la renuncia voluntaria que da lugar al pago de la bonificación establecida por el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que como ha queda expuesto se produce como parte de un programa de retiro voluntario de servidores, implementado por la respectiva empresa pública, para estimular a sus servidores a cesar acogiéndose a dicho mecanismo.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y no constituye orden de pago, siendo competencia de la Entidad a su cargo, establecer las condiciones y los programas de retiro voluntario para los servidores de carrera y obreros de la empresa pública.

### TERCERA CONSULTA

La Constitución de la República, en el artículo 237 numeral 3 dispone que corresponde al Procurador General del Estado el asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.

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

En aplicación de las normas legales precedentes, esta Procuraduría emitió la Resolución No. 017 de 29 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que en su artículo 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional.

El artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 1701, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, que establece las limitaciones a la contratación colectiva en el sector público, confiere al Ministerio de Relaciones Laborales, actual Ministerio del Trabajo, atribución para registrar contratos colectivos, sus revisiones y actas transaccionales, así como para controlar bajo su responsabilidad la aplicación y cumplimiento de las normas, regulaciones y criterios que ese Decreto establece.

De la lectura de los términos de la consulta, no aparece que esté dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de mis competencias previstas en el 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, sino que trata sobre el contenido de cláusulas de un contrato colectivo, cuyo control compete al Ministerio del Trabajo de acuerdo con el artículo 5 del Decreto Ejecutivo 1701, motivo por el cual y con fundamento en la normativa jurídica citada me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

#### **ENTIDADES O EMPRESAS PÚBLICAS: ADJUDICACIÓN GRATUITA DE BIENES DECOMISADOS DECLARADOS EN ABANDONO**

**OF. PGE. N°:** 02485 de 28-08-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** CORREOS DEL ECUADOR CDE E.P.

#### **CONSULTA:**

“¿Es aplicable lo dispuesto en el artículo 203 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), con respecto a que es procedente la adjudicación gratuita a favor de las empresas públicas?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 25, 225 núm. 3) y 315.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Arts. 121, 123, 142, 143, 203 y 218 lit. i).

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 2, 4, 39 y 40.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Arts. 1 y 2.

Ley de Compañías, Art. 1.

Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera, Arts. 251 y 252.

D.E. N° 651, R.O.S. N° 490 de 29-04-2015, Art. 251.

Res. N° SENA-E-DGN-2012-0238-RE, R.O. N° 785 de 10-09-2012, Arts. 3, 11 y 14.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

A fin de contar con mayores elementos de juicio que permitan atender la consulta, con oficio No. 01949 de 14 de julio de 2015, este Organismo solicitó el criterio institucional del Director General del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador e insistió en dicho requerimiento con

oficio No. 02200 de 31 de julio de 2015. Este requerimiento fue atendido mediante oficio No. SENA-E-DGN-2015-0757-OF de 5 de agosto de 2015, recibido el 7 de agosto del presente año, suscrito por el economista Pedro Xavier Cárdenas Moncayo, Director General del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador.

El informe jurídico de la entidad consultante, contenido en memorando No. CDE EP-2015-DNAPC-262-JC de 29 de junio de 2015, suscrito por el abogado Pablo Mera Rodríguez, Director Nacional de Asesoría, Patrocinio y Coactivas, cita los artículos 425 de la Constitución de la República que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas; 203 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, 251 y 252 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera del Código de Producción y sobre dicha base normativa manifiesta y concluye lo siguiente:

“El Art. 251 del El Reglamento al Título Facilitación Aduanera del Código de Producción, (sic) excepciona a las empresas públicas de un procedimiento previo específico, el cual es: Que puedan determinar los bienes que necesitan para la adjudicación gratuita.

Lo dispuesto en el artículo mencionado en el párrafo anterior, no excluye que a las empresas públicas se les pueda otorgar la adjudicación gratuita a través de Director Distrital del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, tal como hacen mención el Art. 203 del COPCI y el Art. 252 del Reglamento al Título Facilitación Aduanera del Código de Producción.

En caso de duda, se deberá tomar en cuenta que prevalece lo señalado en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones sobre su reglamento.

#### CONCLUSIÓN:

Por tal razón, esta Dirección Nacional concluye que, la adjudicación gratuita otorgada a empresas públicas, es procedente de acuerdo a lo dispuesto El Art. (sic) 203 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), en donde claramente se establece que la adjudicación gratuita puede otorgarse a empresas del sector público. (...).”

Por su parte, el Director General del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, manifiesta:

“En términos generales, el Art. 203 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones permite adjudicar gratuitamente las mercancías que se encuentren en abandono expreso o definitivo, así como las declaradas en decomiso administrativo o judicial, aún aquellas respecto de las cuales se hubiere iniciado un proceso de subasta pública, a favor de organismos y empresas del sector público, incluida la administración aduanera, cuando estas así lo requieran para el cumplimiento de sus fines. Asimismo, permite la adjudicación gratuita a favor de las instituciones de asistencia social, beneficencia, educación o investigación sin fines de lucro que las requieran para el cumplimiento de sus fines, de acuerdo a su objeto social.

A este propósito, es necesario explicar que de acuerdo al Art.3 de la Resolución No. SENA-E-DGN-2012-0238-RE de fecha 03 de julio de 2012, las empresas públicas excepcionalmente no pueden ser sujetos de adjudicación gratuita, cuando realicen actividades económicas, participando del mercado junto con el sector privado.

Como podemos observar la normativa aduanera contempla la excepción de no adjudicar gratuitamente la mercancía extranjera a las empresas públicas, por cuanto pretende mitigar una

posible ventaja ilegítima que podrían obtener las empresas públicas al recibir un tipo de donación que otras empresas privadas que realizan el mismo tipo de actividades económicas no podrán obtener; pues como sabemos, sólo las instituciones privadas de educación o investigación sin fines de lucro pueden participar en el procedimiento de adjudicación gratuita.

(...) En resumen, la restricción jurídica existe para actividades económicas que ejecutan las empresas públicas, no relacionadas a la asistencia social, beneficencia, educación o investigación, que podrían afectar la libre competencia cuando participa del mercado con instituciones privadas que no podrán obtener dicho beneficio, siendo ese el origen de la restricción establecida mediante acto normativo emitido por el Director General”.

Es pertinente considerar como antecedente de la consulta que, de conformidad con el numeral 3 del artículo 225 de la Constitución de la República, el sector público se integra por: “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”.

Por su parte, el artículo 315 de la Constitución de la República, dispone 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”.

Conforme al artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas dichas empresas son entidades que pertenecen al Estado, tienen el carácter de personas jurídicas de derecho público y realizan actividades económicas con sujeción a los principios reglados por el artículo 3 *Ibidem*, que dispone:

“Art. 3.- PRINCIPIOS.- Las empresas públicas se rigen por los siguientes principios:

1. Contribuir en forma sostenida al desarrollo humano y buen vivir de la población ecuatoriana;
2. Promover el desarrollo sustentable, integral, descentralizado y desconcentrado del Estado, y de las actividades económicas asumidas por éste.
3. Actuar con eficiencia, racionalidad, rentabilidad y control social en la exploración, explotación e industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables y en la comercialización de sus productos derivados, preservando el ambiente;
4. Propiciar la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, universalidad, accesibilidad, regularidad, calidad, continuidad, seguridad, precios equitativos y responsabilidad en la prestación de los servicios públicos;
5. Precautelar que los costos socio-ambientales se integren a los costos de producción; y,
6. Preservar y controlar la propiedad estatal y la actividad empresarial pública”.

Según el artículo 39 de la misma Ley, las empresas públicas “(...) deberán propender que a través de las actividades económicas que realicen se generen excedentes o superávit, los que servirán para el cumplimiento de los fines y objetivos previstos en el artículo 2 de esta Ley”; y, de acuerdo con el artículo 40 *Ibidem*, “(...) se reconoce la existencia de empresas públicas constituidas exclusivamente para brindar servicios públicos, en las cuales haya una preeminencia en la búsqueda de rentabilidad social (...)”.

De las normas que se han citado, se desprende que de acuerdo con los artículos 225 numeral 3, y 315 de la Constitución de la República, 4, 39 y 40 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las empresas públicas son entidades del sector público, creadas 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 asumidas por el Estado, cuya gestión está orientada principalmente a la producción de rentabilidad social, sin perjuicio de la obtención de excedentes o superávit destinado al cumplimiento de sus fines y objetivos.

Es decir que, las empresas públicas tienen una naturaleza jurídica distinta de las empresas mercantiles sujetas al derecho privado, pues éstas últimas persiguen fines de lucro mediante la obtención de utilidades, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Compañías que dispone: “Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”.

Toda vez que algunas empresas públicas desarrollan actividades económicas en las que participan del mercado junto con el sector privado, resulta pertinente considerar el objeto y ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que según sus artículos 1 y 2, incluye a las personas jurídicas públicas en tanto realicen actividades económicas, en la medida en que éstos puedan producir efectos perjudiciales en el mercado.

El artículo 203 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, sobre cuya aplicación trata la consulta, autoriza a la administración aduanera a efectuar la adjudicación gratuita de mercancías que han sido objeto de abandono o decomiso, “(...) a favor de organismos y empresas del sector público, incluida la administración aduanera, cuando éstas así lo requieran para el cumplimiento de sus fines”. El tenor de la referida norma es el siguiente:

“Art. 203.- De la Adjudicación Gratuita.- Procede la adjudicación gratuita de las mercancías que se encuentren en abandono expreso o definitivo, de aquellas declaradas en decomiso administrativo o judicial, aún de aquellas respecto de las cuales se hubiere iniciado un proceso de subasta pública, dentro de los términos y las disposiciones contenidas en el presente Código, su reglamento y demás normas del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, a favor de organismos y empresas del sector público, incluida la administración aduanera, cuando éstas así lo requieran para el cumplimiento de sus fines. Las mercancías de prohibida importación solo podrán donarse a instituciones públicas, siempre que sirvan específicamente para las actividades institucionales, o destruirse.

Adicionalmente, procede la adjudicación gratuita a favor de las instituciones de asistencia social, beneficencia, educación o investigación sin fines de lucro que las requieran para el cumplimiento de sus fines, de acuerdo a su objeto social, en los casos y con las condiciones que se prevean en el Reglamento al presente Código”.

De la norma transcrita se aprecia que, la adjudicación gratuita que ella dispone, procede exclusivamente respecto de las mercancías que se encuentren en estado de abandono expreso o definitivo y de aquellas declaradas en decomiso, que se definen por los artículos 121, 123, 142, 143 y 218 letra i) del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Para efectos de establecer los términos de la adjudicación gratuita de las mercaderías abandonadas o decomisadas, el citado artículo 203 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, se remite a las disposiciones del mismo Código, su Reglamento, así como a las normas del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; es decir que, confiere al SENA atribución para regular los términos en que procede la adjudicación gratuita.

El Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, trata en su Capítulo XI sobre el abandono de las mercancías y en el Capítulo XII “Subasta Pública, Adjudicación Gratuita”, establece el procedimiento aplicable para la adjudicación gratuita de mercancías declaradas en abandono o decomiso.

El artículo 251 del citado Reglamento, que invoca el informe jurídico de la entidad consultante, fue derogado en forma expresa por el artículo 33 de Decreto Ejecutivo No. 651, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 de 29 de abril de 2015. Dicha norma, ubicada en el Capítulo XII “Subasta Pública, Adjudicación Gratuita”, disponía:

“Art. 251.- Procedimiento Previo.- Previo a la subasta pública el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador publicará durante cinco días, en su portal electrónico oficial, el listado de las mercancías que están en condiciones de ser subastadas, a fin de que las entidades del sector público, excepto las empresas públicas, y las instituciones privadas de asistencia social, beneficencia, educación o investigación sin fines de lucro puedan determinar los bienes que necesitan a fin de ser adjudicadas gratuitamente.

Para la adjudicación se dará prioridad a las instituciones del sector público, y dentro de éstas a su vez, se respetará el orden de presentación de la solicitud.

De no existir instituciones interesadas respecto a los bienes publicados, o las requirentes no hayan retirado las mercancías adjudicadas, se procederá con la subasta pública”.

Por su parte el artículo 252 de dicho Reglamento, con respecto a la adjudicación gratuita de las mercancías declaradas en abandono o decomiso, dispone lo siguiente:

“Art. 252.- Adjudicación gratuita.- La adjudicación gratuita será otorgada por el Director Distrital del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador de la respectiva jurisdicción, considerando como beneficiarios a personas jurídicas públicas o privadas de asistencia social, beneficencia, educación o investigación sin fines de lucro que se encuentren debidamente registradas en el Ministerio responsable de la política social del Estado. La adjudicación de las mercancías se realizará en función del objeto social de cada institución. Su procedimiento y requisitos serán determinados por la Directora o Director del Servicio Nacional de Aduanas.

Procede la adjudicación gratuita en los siguientes casos:

- a) Para las mercancías que se encuentren en abandono expreso o definitivo, de aquellas declaradas en decomiso administrativo o judicial;
- b) Las mercancías de prohibida importación únicamente a favor de instituciones públicas, siempre que sirvan específicamente para las actividades institucionales, o destruirse;
- c) Las mercancías no autorizadas para la importación y que no hayan sido reembarcadas conforme lo previsto en el presente reglamento; y,
- d) Animales vivos que no atenten a la salud pública o el ambiente”.

Del tenor de la norma reglamentaria transcrita, se desprende que ésta prescribe que podrán ser beneficiarios de la adjudicación gratuita, por una parte las personas jurídicas públicas y por otra, las personas jurídicas privadas de asistencia social, beneficencia, educación o investigación sin fines de lucro. La misma norma reglamentaria confiere al Director del Servicio Nacional de Aduanas, atribución para establecer el procedimiento y requisitos para la adjudicación gratuita de mercancías. Es decir que la norma reglamentaria reitera en lo principal, las previsiones que

en similar sentido están contenidas en el artículo 203 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

La norma reglamentaria determina además los tipos de mercancías que pueden ser objeto de adjudicación gratuita y dispone que ésta, se realice por el Director Distrital del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador de la respectiva jurisdicción “(...) en función del objeto social de cada institución”.

Por su parte, la Resolución No. SENA-E-DGN-2012-0238-RE de 3 de julio de 2012, del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, establece el “Procedimiento general de adjudicación gratuita, subasta pública y destrucción” de mercancías declaradas en abandono y decomiso. El octavo considerando de dicha Resolución invoca el artículo 203 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, cuyo texto fue transcrito en los antecedentes, que confiere a esa entidad atribución para expedir las normas que regulen la adjudicación gratuita de mercancías declaradas en abandono o decomiso.

La Resolución No. SENA-E-DGN-2012-0238-RE, en sus artículos 3, ubicado en el Capítulo I “Normas Generales”, 11, 14 y 15 ubicados en el Capítulo II “Adjudicación Gratuita”, dispone lo siguiente:

“Artículo 3.- Empresas públicas: Las empresas públicas que realicen actividades económicas, participando del mercado junto con el sector privado, no gozarán de los privilegios que se le conceden a las demás entidades del sector público en el marco de la presente resolución”.

“Artículo 11.- Beneficiarios: Las entidades que consten en el catastro de entidades públicas, así como las privadas de asistencia social, beneficencia, educación o investigación sin fines de lucro, podrán participar del procedimiento de adjudicación gratuita, según las reglas establecidas en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, el Reglamento a su Libro V y la presente resolución”.

“Artículo 14.- Publicación: Previo al inicio del proceso de adjudicación gratuita, el SENA-E efectuará una convocatoria pública adjuntando el listado de las mercancías que serán adjudicadas, a fin de que las entidades registradas puedan acercarse a reconocerlas. Este periodo de reconocimiento durará diez días hábiles, luego del cual el SENA-E publicará las mercancías aptas para ser adjudicadas durante 5 días hábiles, a fin de que las entidades registradas puedan realizar los requerimientos respectivos según sus fines institucionales. Estas publicaciones se efectuarán a través de la página web oficial del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador. Los requerimientos podrán ser por la totalidad de los bienes enunciados o únicamente por una parte de ellos, pero en uno u otro caso la entidad ganadora obtendrá la totalidad de bienes requeridos.

La Dirección Distrital del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador correspondiente, analizará la adecuación de las solicitudes con los fines institucionales del respectivo requirente y su orden de ingreso. Se tomará en cuenta el orden de ingreso de las solicitudes dando prioridad a las entidades del sector público y contando únicamente las solicitudes válidas que se adecuen a los fines institucionales de la entidad pública o privada requirente. De no haber observaciones a las solicitudes presentadas, el proceso se resolverá en cuatro días hábiles.”

“Artículo 15.- Objeciones a la descalificación: Cuando el requerimiento de una entidad pública o privada fuere desestimado por falta de pertinencia con los fines institucionales, ésta tendrá dos días hábiles para presentar objeciones, plazo que se contabilizará desde la notificación de la

desestimación. Si las aclaraciones fueren fundadas, el requirente depuesto será reintegrado al proceso recobrando el orden de presentación de su solicitud inicial.

Una vez concluido el análisis de las observaciones planteadas oportunamente, el Director Distrital expedirá el acta de adjudicación, en la que se motivará suficientemente la aceptación o rechazo de las objeciones presentadas por los participantes. Esta acta será publicada en el portal web oficial de la Aduana del Ecuador”.

De acuerdo con el artículo 3 de la Resolución No. 238 del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, las empresas públicas que realicen actividades económicas en las que participen en el mercado junto con el sector privado, no pueden ser beneficiarias de adjudicación directa de mercancías declaradas en abandono o decomiso. Es decir que la exclusión que dicha norma establece, se refiere únicamente a aquellas empresas públicas que realicen actividades económicas en las que participe también el sector privado y por tanto, no se extiende a las empresas públicas que gestionen sectores estratégicos o presten servicios públicos. Dicha exclusión, según el criterio institucional del SENA E existe para actividades económicas que ejecutan las empresas públicas, “(...) que podrían afectar la libre competencia cuando participa del mercado con instituciones privadas que no podrán obtener dicho beneficio (...)”.

Por ello, el artículo 11 de la Resolución No. 238 del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, reitera las previsiones de los artículos 203 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y 252 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera para el Comercio, del Libro V del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones que incluyen a las instituciones y empresas públicas, entre los beneficiarios de la adjudicación directa de mercaderías abandonadas o decomisadas, junto con las entidades privadas de asistencia social, beneficencia, educación o investigación sin fines de lucro, sin que implique una contradicción con el artículo 3 de la misma Resolución 238.

Del análisis jurídico que precede se aprecia que, los artículos 203 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y 252 del antes citado reglamento, incluyen expresamente a las empresas públicas entre las entidades del Estado que pueden ser beneficiarias de la adjudicación directa de mercancías, que hubieran sido declaradas en abandono o decomiso y confieren expresamente al Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, atribución para expedir las disposiciones que regulen los términos, esto es las condiciones en que procede la adjudicación directa de dichas mercancías.

Los artículos 11 y 14 de la Resolución No. 238 expedida por el SENA E, en ejercicio de su atribución para establecer las normas que regulen la adjudicación gratuita de mercancías declaradas en abandono o decomiso, prevén expresamente que su Dirección Distrital debe analizar en cada caso, las solicitudes con fines institucionales de las entidades que participen en dicho procedimiento, a fin de determinar que éstas efectivamente se adecúen a los objetivos de la respectiva institución beneficiaria, debiendo dar prioridad a las entidades del sector público (incluidas por tanto las empresas públicas).

En atención a los términos de la consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 203 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, 251 del Reglamento al Título de la Facilitación Aduanera del Código Orgánico de la Producción, y 11 de la Resolución No. 238 del Servicio Nacional de Aduanas, es jurídicamente procedente adjudicar en forma gratuita los bienes decomisados o declarados en abandono, a entidades o empresas públicas, cuando dichos bienes sirvan para el cumplimiento de los cometidos estatales específicos de la entidad y guarden armonía con el objetivo empresarial contenido en el instrumento de creación de la

respectiva empresa pública; con la excepción establecida por el artículo 3 de la citada Resolución No. 238, que excluye de dicho beneficio a las empresas públicas que realicen actividades económicas, participando del mercado junto con el sector privado.

El presente pronunciamiento se limita únicamente a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva del Servicio Nacional de Aduanas la determinación en cada caso concreto, de la procedencia de la adjudicación directa de mercancías declaradas en abandono o decomiso, así como la determinación de si la empresa pública participa o no en el mercado junto con el sector privado.

## G

### **GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS: GARANTÍAS A EMPRESAS PÚBLICAS PARA OBTENCIÓN DE CRÉDITO**

**OF. PGE. N°:** 00045 de 10-02-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE CUENCA

#### **CONSULTA:**

“Si al tenor de lo dispuesto en el Art. 60, letra n) del COOTAD, y considerando lo dispuesto en el Art. 2 de la ‘Ordenanza que Regula la Celebración de Contratos, Convenios e Instrumentos que comprometan el Patrimonio Institucional’; puede o no el alcalde del GAD Municipal de Cuenca, garantizar a una empresa pública municipal la obtención de un crédito, requiriendo para el efecto la autorización o no del Concejo Municipal, para la suscripción de dicha garantía”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225 y 237 núm. 3.

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

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 4, 5 núm. 2, 9 núms. 5 y 9; 10, 42 y 44.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 59, 60 lits. a) y n); 212, 267 y 277.

Ordenanza que regula la celebración de contratos, convenios e instrumentos que comprometan el patrimonio institucional, Art. 2.

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 34 inc. cuarto, 59 inc. segundo, 60 núm. 1; 123 y 125.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

La consulta se formuló inicialmente con oficio No. 2868 de 19 de noviembre de 2014, ingresado a la Dirección Regional de la Procuraduría General del Estado en Azuay el 19 de noviembre de 2014, y recibido en este Despacho el 25 de noviembre de 2014; y, mediante oficio No. 19754 de 28 de noviembre de 2014, este Organismo se abstuvo de atenderla por no estar referida a la inteligencia o aplicación de una norma, según el ámbito de competencias de esta Entidad, previstas en los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República, 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

Con oficio No. 3155 de 9 de diciembre de 2014, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 15 de diciembre de 2014, la Municipalidad de Cuenca solicitó la reconsideración de la abstención contenida en oficio No. 19754 y replanteó la consulta; no obstante, mediante oficio No. 19996 de 16 de diciembre de 2014, esta Entidad solicitó a la Municipalidad de Cuenca, reformular los términos de la consulta respecto a la inteligencia o aplicación de una norma y remitir en texto independiente el criterio jurídico del Procurador Síndico sobre la consulta reformulada, que contenga un análisis de las normas aplicables y la posición institucional. Con oficio No. 20201 de 7 de enero de 2015, se insistió en dicho requerimiento, que fue atendido mediante oficio No. 0078 de 9 de enero de 2015, referido en los antecedentes.

A fin de contar con mayores elementos de análisis sobre el tema materia de consulta, mediante oficio No. 19997 de 16 de diciembre de 2014, este Organismo requirió el criterio institucional del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas. Con oficio No. 20202 de 7 de enero de 2015, se insistió en dicho requerimiento, que ha sido atendido mediante oficio No. 003-P-2015 de 8 de enero de 2015, recibido el 9 de enero del presente año.

El informe del Procurador Síndico contenido en oficio sin número de 8 de enero de 2015, refiere como antecedente que la Empresa Pública Municipal de Urbanización y Vivienda de Cuenca (EMUVI EP), está gestionando un crédito con el Banco del Estado y que “El Banco del Estado requiere que el GAD Municipal de Cuenca garantice el endeudamiento de la Empresa EMUVI EP (...)”.

El citado informe invoca entre otras normas, los artículos 59 y 60 letras a) y n) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que confieren al Alcalde el carácter de primera autoridad del ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado municipal, su representante legal, y atribución para suscribir instrumentos que comprometan a la municipalidad, previendo que los convenios de crédito o aquellos que comprometan el patrimonio institucional requerirán autorización del Concejo. Sobre dicha base, el Procurador Síndico argumenta y concluye que:

“(...) la misión de la Empresa EMUVI EP está en relación con las funciones del GAD Municipal de Cuenca y por lo tanto forma parte del GAD Municipal de Cuenca, tanto más que de acuerdo al Art. 225 de la Constitución de la República las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos forman parte del sector público; sin que el reconocimiento como una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica y administrativa y de gestión, pueda ser entendido que no forma parte del GAD Municipal de Cuenca.

(...) Por el análisis realizado es procedente en derecho que el Concejo Municipal de Cuenca, conforme el Artículo 60 del COOTAD, autorice al señor Alcalde de Cuenca, garantice el endeudamiento que la Empresa Pública Municipal de Urbanización y Vivienda de Cuenca EMUVI EP, está gestionando con el Banco del Estado por un valor de USD. 3.457.286,10; recursos destinados al financiamiento del proyecto ‘ADQUISICIÓN DEL TERRENO PARA EL EMPLAZAMIENTO DEL PROYECTO DE VIVIENDA SOLIDARIA PARA LA CIUDAD DE CUENCA ETAPA I’, toda vez que se está en el monto y caso previsto en el Art. 2 de la ‘ORDENANZA QUE REGULA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS, CONVENIOS E INSTRUMENTOS QUE COMPROMETAN EL PATRIMONIO INSTITUCIONAL”.

Por su parte, el Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, cita entre otras normas el artículo 44 de la Ley Orgánica

de Empresas Públicas que regula el nivel de endeudamiento de esas entidades, así como la Ordenanza que regula la suscripción de instrumentos que comprometan el patrimonio institucional de la Municipalidad de Cuenca y manifiesta:

“En conclusión, el Gobierno Municipal del Cantón Cuenca está en plena capacidad de buscar y viabilizar los mecanismos de financiamiento y garantías de ser el caso, para ser efectivo el derecho al acceso a la vivienda.

(...) El Municipio aprueba una ordenanza por la cual le permite o reglamenta la facultad del Alcalde a suscribir convenios de crédito y todos aquellos contratos, convenios e instrumentos que comprometan el patrimonio institucional y que no estén, determinados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por sumas que no superen el 0.12 del presupuesto de la Municipalidad, en caso contrario requerirá autorización del Concejo Municipal; la aplicación de la disposición es clara en el caso materia de la consulta”.

Según refiere el oficio inicial de consulta, la Empresa Pública Municipal de Urbanización y Vivienda de Cuenca fue creada por acto normativo de ese gobierno autónomo.

La consulta tiene por propósito determinar, si las Municipalidades están jurídicamente facultadas para garantizar el endeudamiento de sus empresas públicas, por lo que para el análisis del tema corresponde examinar además de las disposiciones del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que han invocado tanto la entidad consultante como la Asociación Ecuatoriana de Municipalidades, las contenidas en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que es el cuerpo normativo que regula el endeudamiento público, así como la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

De acuerdo con los artículos 4 y 10 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dichas entidades pertenecen al Estado y tienen el carácter de “(...) personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión”; la representación legal de la empresa corresponde a su Gerente General.

La creación de empresas públicas por los gobiernos autónomos descentralizados, mediante acto normativo se prevé por los artículos 277 del COOTAD y 5 numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

De acuerdo con el artículo 212 del COOTAD, “Los actos, contratos y procedimientos del endeudamiento público de los gobiernos autónomos descentralizados se regirán por los preceptos de la Constitución y de las normas establecidas en la ley que regule las finanzas públicas, y se someterán a las reglas fiscales y de endeudamiento público análogas a las del presupuesto general del Estado”. Según el artículo 267 del citado Código Orgánico, los presupuestos de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, son anexos del presupuesto general del respectivo gobierno y deben contener las partidas para cubrir amortización e intereses de los préstamos; dicha norma dispone:

“Art. 267.- De las empresas públicas.- Los presupuestos de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, sean de servicios públicos o de cualquier otra naturaleza, se presentarán como anexos en el presupuesto general del respectivo gobierno; serán aprobados por sus respectivos directorios y pasarán a conocimiento del órgano legislativo correspondiente. Entre los egresos constarán obligatoriamente las partidas necesarias para cubrir el servicio de intereses y amortización de préstamos”.

De acuerdo con los artículos 267 del COOTAD y 9 numerales 5 y 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, compete al Directorio de la respectiva empresa pública, la aprobación del presupuesto de la empresa, así como autorizar la contratación de créditos.

Los artículos 42 y 44 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, confieren a esas entidades atribución para adoptar las formas de financiamiento que estimen pertinentes para cumplir sus fines y objetivos empresariales, entre ellas la contratación de créditos, previendo para ese caso que el nivel de endeudamiento de las empresas, se regulará conforme a la capacidad de pago de la empresa o del gobierno autónomo descentralizado. Al respecto, el citado artículo 44 dispone:

“44.- ENDEUDAMIENTO DE LAS EMPRESAS.- El nivel de endeudamiento de las empresas públicas se regulará en observancia los Planes Nacional y Local de Desarrollo y con sujeción a las políticas que, de conformidad con la ley, emita el Comité de Deuda Pública y a los requisitos y límites legales que permitan mantener niveles de endeudamiento acordes a la capacidad real de pago del Estado, de la empresa pública o del gobierno autónomo descentralizado, respectivamente”.

Por su parte, según los artículos 34 cuarto inciso y 59 segundo inciso del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados y sus empresas públicas se rigen por sus propios planes de inversión, formulados en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y priorizados por el Directorio de la respectiva empresa, según el numeral 1 del artículo 60 *Ibidem*.

De acuerdo con el artículo 123 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el endeudamiento público comprende la deuda pública de todas las entidades del sector público, provenientes entre otras fuentes de los contratos de mutuo; y, según el tercer inciso de esa norma, “Para el caso de las empresas públicas se excluyen todos los contratos de mutuo del tipo crédito con proveedores que no requieran garantía soberana”.

El artículo 125 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, regula los límites al endeudamiento para los gobiernos autónomos descentralizados, y dispone:

“Art. 125.- Límites al endeudamiento para gobiernos autónomos descentralizados.- Para la aprobación y ejecución de sus presupuestos, cada gobierno autónomo descentralizado deberá observar los siguientes límites de endeudamiento:

1. La relación porcentual calculada en cada año entre el saldo total de su deuda pública y sus ingresos totales anuales, sin incluir endeudamiento, no deberá ser superior al doscientos por ciento (200%); y,
2. El monto total del servicio anual de la deuda, que incluirá la respectiva amortización e intereses, no deberá superar el veinte y cinco por ciento (25%) de los ingresos totales anuales sin incluir endeudamiento.

Se prohíbe a las instituciones públicas y privadas conceder créditos a los gobiernos autónomos descentralizados que sobrepasen estos límites, debiendo estos últimos someterse a un plan de fortalecimiento y sostenibilidad fiscal que será aprobado por el ente rector de las finanzas públicas”.

Es atribución del Alcalde, según la letra n) del artículo 60 del COOTAD, “n) Suscribir contratos, convenios e instrumentos que comprometan al gobierno autónomo descentralizado municipal,



de acuerdo con la ley. Los convenios de crédito o aquellos que comprometan el patrimonio institucional requerirán autorización del Concejo, en los montos y casos previstos en las ordenanzas cantonales que se dicten en la materia”.

Del análisis jurídico efectuado se desprende que, de acuerdo con el artículo 9 numeral 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, corresponde al Directorio de la respectiva empresa pública, aprobar su presupuesto; el artículo 267 del COOTAD prevé que el presupuesto de las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados, constituye anexo del presupuesto del respectivo gobierno autónomo; que el artículo 125 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece los límites de endeudamiento de los gobiernos autónomos; y, que el artículo 44 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece una relación entre el nivel de endeudamiento de las empresas públicas y el límite de endeudamiento del respectivo gobierno autónomo descentralizado, con la finalidad de que dichos gobiernos puedan respaldar el servicio de la deuda de sus empresas.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 44 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y 125 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, los gobiernos autónomos descentralizados pueden garantizar el endeudamiento de sus empresas públicas, pues según esas normas dicho endeudamiento debe ir acorde a la capacidad real de pago de la empresa pública o del gobierno autónomo descentralizado y adicionalmente debe observar el límite de endeudamiento del respectivo gobierno autónomo descentralizado. De conformidad con la letra n) del artículo 60 del COOTAD, corresponde al Alcalde suscribir los instrumentos que comprometan el patrimonio del gobierno autónomo descentralizado municipal, entre ellos las garantías que afiancen los créditos de las empresas públicas municipales, debiendo observar al efecto las respectivas Ordenanzas que establezcan los montos y casos, en que el Ejecutivo cantonal requiera autorización del Concejo.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. Es de exclusiva responsabilidad de las respectivas entidades públicas resolver los casos particulares.

Los términos y condiciones de los créditos y las respectivas garantías que llegaren a contratar la respectiva empresa pública y a avalar la municipalidad, son de exclusiva responsabilidad de esas entidades.

## I

### **INSTITUTO NACIONAL DE PATRIMONIO CULTURAL: INMUEBLES NO INVENTARIADOS, DELIMITACIÓN DE CENTRO HISTÓRICO**

**OF. PGE. N°:** 00466 de 16-03-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN RIOBAMBA

#### **CONSULTA:**

“¿En amparo a lo dispuesto en el artículo 13 y 39 de la Ley de Patrimonio Cultural, en las intervenciones de inmuebles no inventariados pero que se encuentran dentro de la delimitación de Centro Histórico se requiere aprobación del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 3 núm. 7, 260, 264 núm. 8, 276 núm. 7), 377 y 379.

Ley de Patrimonio Cultural, Arts. 4, 7, 13, 14, 15; y, 39 de su Reglamento.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 4 lit. e), 55, 144 y 154.

Ordenanza No. 001-2006 para el Control y Administración del Centro Histórico y el Patrimonio Cultural Edificado en la Ciudad de Riobamba, Art. 12.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

Como antecedentes de su consulta, expresa lo siguiente:

“En amparo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Patrimonio Cultural en los inmuebles inventariados previo la autorización municipal se requiere la aprobación del Instituto (sic) de Patrimonio Cultural, no así para los inmuebles No inventariados pero que se hallan dentro de la delimitación de Centro Histórico que únicamente se necesita el informe técnico emitido por la Dirección de Gestión de Patrimonio y de la Comisión de Centro Histórico esto en amparo a lo que determina el artículo 12 de la Ordenanza No. 001-2006 para el Control y Administración del Centro Histórico y el Patrimonio Cultural Edificado en la Ciudad de Riobamba, aprobada el 19 de enero de 2006”.

A fin de contar con mayores elementos para atender su consulta, mediante oficios Nos. 00168 y 00169 de 4 de febrero de 2015, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio institucional del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural y del Ministerio de Cultura y Patrimonio, respectivamente; se insistió en dichos requerimientos con oficios Nos. 00188 y 00189 de 24 de febrero de 2015.

El informe de la Procuradora Síndica de la Municipalidad consultante, contenido en memorando No. GADMR-AJ-2015-0285-M de 22 de enero de 2015, cita el artículo 144 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como el artículo 12 de la Ordenanza No. 001-2006 para el Control y Administración del Centro Histórico y el Patrimonio Cultural Edificado de la ciudad de Riobamba, aprobada el 19 de enero de 2006; y, sobre dicha base manifiesta:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ordenanza No. 001-2006 para el Control y Administración del Centro Histórico y el Patrimonio Cultural Edificado de la Ciudad de Riobamba, aprobada el 19 de enero de 2006, contempla que para las intervenciones en los inmuebles no inventariados pero que se encuentran dentro de la delimitación de Centro Histórico no se requiere aprobación del Instituto de Patrimonio Cultural; ya que para cuyo efecto bastará el informe técnico emitido por la Dirección de Gestión Patrimonial dirigido a la Comisión de Centro Histórico previo a la Resolución que adoptare el Concejo Municipal; no así para los inmuebles que se encuentran catalogados como Bienes Patrimoniales que obligatoriamente se necesita la aprobación del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural en sujeción a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Patrimonio Cultural”.

Por su parte, la Directora Ejecutiva del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, mediante oficio No. 0180-DE-2015-INPC de 20 de febrero de 2015, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 25 de febrero del presente año, atiende el requerimiento de este Organismo

manifestando que lo realiza “En atención al oficio No. 169 de 04 de Febrero de 2015, enviado el señor Ministro de Cultura y Patrimonio, y dando contestación a la sumilla inserta en el referido documento (...)”. Con fundamento en los artículos 3 numeral 7 de la Constitución de la República, 144 y 154 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y 4, 13, 14 y 15 de la Ley de Patrimonio Cultural, además del artículo 39 del Reglamento General a la ley citada en último término, expresa el siguiente criterio institucional:

“De la normativa indicada en el presente oficio, se precisa la obligación de precautelar los bienes pertenecientes al patrimonio Cultural; y en cuanto al caso concreto de la consulta elevada a la Procuraduría General del Estado no se restringe únicamente a los bienes inventariados sino al Centro Histórico en su integralidad. Es importante definir que dentro del expediente técnico de la declaratoria, y tal como consta en el acuerdo ministerial, se definió un área de primer orden e influencia a fin de resguardar el área protegida.

Con estos antecedentes, le corresponde al Instituto Nacional de Patrimonio Cultural en atención a sus funciones, intervenir obligatoriamente en los bienes inmuebles inventariados y no inventariados que se encuentren dentro del área protegida: el Centro Histórico y su área de influencia.

En cuanto a la Ordenanza No. 001-2006 conforme el Art. 15 de la Ley de Patrimonio Cultural, la misma deberá obtener el visto bueno del INPC”.

El numeral 7 del artículo 3 de la Constitución de la República, entre los deberes primordiales del Estado prevé el de “Proteger el patrimonio natural y cultural del país” y en concordancia con aquello, el numeral 1 del artículo 380 *Ibidem* entre las responsabilidades que se le asignan al Estado en esta área, consta la siguiente:

“1. Velar, mediante políticas permanentes, por la identificación, protección, defensa, conservación, restauración, difusión y acrecentamiento del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza histórica, artística, lingüística y arqueológica, de la memoria colectiva y del conjunto de valores y manifestaciones que configuran la identidad plurinacional, pluricultural y multiétnica del Ecuador”.

El numeral 8 del artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador, entre las competencias exclusivas que asigna a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, prevé la de “Preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines”; y, el inciso final de la misma norma dispone que tales gobiernos “En el ámbito de sus competencias y territorio, y en uso de sus facultades, expedirán ordenanzas cantonales”.

Adicionalmente, el numeral 7 del artículo 276 de la citada Constitución establece entre los objetivos del régimen de desarrollo el siguiente: “Proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio; recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural”.

Por su parte, con relación al sistema nacional de cultura, la Constitución de la República del Ecuador establece lo siguiente:

“Art. 377.- El sistema nacional de cultura tiene como finalidad fortalecer la identidad nacional; proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales; incentivar la libre creación artística y la producción, difusión, distribución y disfrute de bienes y servicios culturales; y

salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural. Se garantiza el ejercicio pleno de los derechos culturales”.

En lo que atañe al patrimonio cultural del país, el artículo 379 de la referida Constitución dispone que:

“Art. 379.- Son parte del patrimonio cultural tangible e intangible relevante para la memoria e identidad de las personas y colectivos, y objeto de salvaguarda del Estado, entre otros:

1. Las lenguas, formas de expresión, tradición oral y diversas manifestaciones y creaciones culturales, incluyendo las de carácter ritual, festivo y productivo.
2. Las edificaciones, espacios y conjuntos urbanos, monumentos, sitios naturales, caminos, jardines y paisajes que constituyan referentes de identidad para los pueblos o que tengan valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico o paleontológico.
3. Los documentos, objetos, colecciones, archivos, bibliotecas y museos que tengan valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico o paleontológico.
4. Las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas.

Los bienes culturales patrimoniales del Estado serán inalienables, inembargables e imprescriptibles. El Estado tendrá derecho de prelación en la adquisición de los bienes del patrimonio cultural y garantizará su protección. Cualquier daño será sancionado de acuerdo con la ley”.

Del tenor de las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador, hasta aquí citadas, se evidencia que la misma establece la protección y respeto del patrimonio cultural del Ecuador y en tal contexto prevé que le corresponde al Estado velar, mediante políticas permanentes, por la identificación, protección, defensa, conservación, restauración, difusión, acrecentamiento y salvaguarda del patrimonio cultural, aspecto que también es contemplado como uno de los objetivos del régimen de desarrollo.

Además, el número 8 del artículo 264 de la Constitución ha incluido entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la de preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico y cultural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines.

El artículo 260 de la Constitución vigente, determina que el ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno, mientras que el artículo 226 de la misma norma suprema impone a las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, 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.

De otra parte, la letra e) del artículo 4 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, entre los fines de los gobiernos autónomos descentralizados prevé “(...) la recuperación, preservación y desarrollo de la memoria social y el patrimonio cultural”.

En armonía con lo expuesto y con el número 8 del artículo 264 de la Constitución de la República del Ecuador, previamente citado, la letra h) del artículo 55 del Código Orgánico en mención, determina entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados

municipales, la de preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines.

En cuanto a la competencia de preservar, mantener y difundir el patrimonio cultural, el artículo 144 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que ha citado en su informe la Procuradora Síndica de la entidad consultante, dispone:

“Art. 144.- Ejercicio de la competencia de preservar, mantener y difundir el patrimonio cultural.- Corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, formular, aprobar, ejecutar y evaluar los planes, programas y proyectos destinados a la preservación, mantenimiento y difusión del patrimonio arquitectónico, cultural y natural, de su circunscripción y construir los espacios públicos para estos fines.

Para el efecto, el patrimonio en referencia será considerado con todas sus expresiones tangibles e intangibles. La preservación abarcará el conjunto de acciones que permitan su conservación, defensa y protección; el mantenimiento garantizará su sostenimiento integral en el tiempo; y la difusión procurará la propagación permanente en la sociedad de los valores que representa.

Cuando el patrimonio a intervenir rebase la circunscripción territorial cantonal, el ejercicio de la competencia será realizada de manera concurrente, y de ser necesario en mancomunidad o consorcio con los gobiernos autónomos descentralizados regionales o provinciales.

Además los gobiernos municipales y distritales podrán delegar a los gobiernos parroquiales rurales y a las comunidades, la preservación, mantenimiento y difusión de recursos patrimoniales existentes en las parroquias rurales y urbanas.

Los gobiernos autónomos descentralizados municipales podrán, mediante convenios, gestionar concurrentemente con otros niveles de gobierno las competencias de preservación, mantenimiento y difusión del patrimonio cultural material e inmaterial.

Será responsabilidad del gobierno central, emitir las políticas nacionales, salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural y natural, por lo cual le corresponde declarar y supervisar el patrimonio nacional y los bienes materiales e inmateriales, que correspondan a las categorías de: lenguas, formas de expresión, tradición oral y diversas manifestaciones y creaciones culturales; las edificaciones, espacios y conjuntos urbanos, monumentos, sitios naturales, caminos, jardines y paisajes que constituyan referentes de identidad para los pueblos o que tengan valor histórico, artístico, arqueológico, etnográfico o paleontológico; los documentos, objetos, colecciones, archivos, bibliotecas y museos; las creaciones artísticas, científicas y tecnológicas: entre otras; los cuales serán gestionados de manera concurrente y descentrada.

Los gobiernos autónomos descentralizados provinciales podrán hacer uso social y productivo de los recursos culturales de su territorio, a efectos de cumplir su competencia de turismo en el marco del fomento productivo.

Los bienes declarados como patrimonios naturales y culturales de la humanidad se sujetarán a los instrumentos internacionales.

Cuando los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos o municipales declaren patrimonio histórico a edificaciones que requieran ser expropiadas, deberán pagar a los propietarios el valor comercial de dicho bien, conforme lo establecido en este Código, y harán

constar en el presupuesto del ejercicio económico del año siguiente, los valores necesarios y suficientes para cumplir con la restauración del bien declarado patrimonio histórico de la ciudad. De no observarse estas disposiciones la resolución quedará sin efecto y él o los propietarios podrán hacer de ese bien, lo que más les convenga, sin afectar su condición patrimonial”.

Como se observa, el artículo 144 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, prevé que corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, formular, aprobar, ejecutar y evaluar los planes, programas y proyectos destinados a la preservación, mantenimiento y difusión del patrimonio arquitectónico y cultural de su cantón y que es responsabilidad del gobierno central, emitir las políticas nacionales, salvaguardar la memoria social y el patrimonio cultural, por lo cual le corresponde declarar y supervisar el patrimonio nacional, competencia que le corresponde al Instituto de Patrimonio Cultural y que concuerda con la potestad que le confiere la letra j) del artículo 7 de la Ley de Patrimonio Cultural, transcrita en líneas anteriores.

De su parte, el artículo 4 de la Ley de Patrimonio Cultural establece entre las atribuciones del Instituto de Patrimonio Cultural, las siguientes:

“Art. 4.- El Instituto de Patrimonio Cultural, tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Investigar, conservar, preservar, restaurar, exhibir y promocionar el Patrimonio Cultural en el Ecuador; así como regular de acuerdo a la Ley todas las actividades de esta naturaleza que se realicen en el país;
- b) Elaborar el inventario de todos los bienes que constituyen este patrimonio ya sean propiedad pública o privada;
- c) Efectuar investigaciones antropológicas y regular de acuerdo a la Ley estas actividades en el País;
- d) Velar por el correcto cumplimiento de la presente Ley; y,
- e) Las demás que le asigne la presente Ley y Reglamento”.

Respecto de los bienes que integran el patrimonio cultural del país, el artículo 7 de la Ley de Patrimonio Cultural, dispone lo siguiente:

“Art. 7.- Declárense bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural del Estado los comprendidos en las siguientes categorías:

- a) Los monumentos arqueológicos muebles e inmuebles, tales como: objetos de cerámica, metal, piedra o cualquier otro material pertenecientes a la época prehispánica y colonial; ruinas de fortificaciones, edificaciones, cementerios y yacimientos arqueológicos en general; así como restos humanos, de la flora y de la fauna, relacionados con las mismas épocas;
- b) Los templos, conventos, capillas y otros edificios que hubieren sido construidos durante la Colonia; las pinturas, esculturas, tallas, objetos de orfebrería, cerámica, etc., pertenecientes a la misma época;
- c) Los manuscritos antiguos e incunables, ediciones raras de libros, mapas y otros documentos importantes;
- d) Los objetos y documentos que pertenecieron o se relacionan con los precursores y próceres de la Independencia Nacional o de los personajes de singular relevancia en la Historia Ecuatoriana;
- e) Las monedas, billetes, señas, medallas y todos los demás objetos realizados dentro o fuera del País y en cualquier época de su Historia, que sean de interés numismático nacional;
- f) Los sellos, estampillas y todos los demás objetos de interés filatélico nacional, hayan sido

- producidos en el País o fuera de él y en cualquier época;
- g) Los objetos etnográficos que tengan valor científico, histórico o artístico, pertenecientes al Patrimonio Etnográfico;
  - h) Los objetos o bienes culturales producidos por artistas contemporáneos laureados, serán considerados bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural del Estado a partir del momento de su defunción, y en vida, los que han sido objeto de premiación nacional; así como los que tengan treinta años o más de haber sido ejecutados;
  - i) Las obras de la naturaleza, cuyas características o valores hayan sido resaltados por la intervención del hombre o que tengan interés científico para el estudio de la flora, la fauna y la paleontología; y,
  - j) En general, todo objeto y producción que no conste en los literales anteriores y que sean producto del Patrimonio Cultural del Estado tanto del pasado como del presente y que por su mérito artístico, científico o histórico hayan sido declarados por el Instituto, bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural, sea que se encuentren en el poder del Estado, de las instituciones religiosas o pertenezcan a sociedades o personas particulares.

Cuando se trate de bienes inmuebles se considerará que pertenece al Patrimonio Cultural del Estado el bien mismo, su entorno ambiental y paisajístico necesario para proporcionarle una visibilidad adecuada; debiendo conservar las condiciones de ambientación e integridad en que fueron construidos. Corresponde al Instituto de Patrimonio Cultural delimitar esta área de influencia”.

Del artículo antes citado, se desprende que la Ley de la materia declara como parte del patrimonio cultural del Estado, a varios bienes de distintos tipos y categorías. Entre los inmuebles constan los monumentos arqueológicos pertenecientes a la época prehispánica y colonial, ruinas de fortificaciones, edificaciones, cementerios y yacimientos arqueológicos en general, templos, conventos, capillas y otros edificios que hubieren sido construidos durante la Colonia.

De manera adicional a los bienes inmuebles indicados en el párrafo precedente, que el artículo 7 de la Ley de Patrimonio Cultural determina que conforman el Patrimonio Cultural, la letra j) del mismo artículo establece que integra el Patrimonio Cultural Nacional, todo objeto y producción que no conste en los literales anteriores del indicado artículo y que sea producto de Patrimonio Cultural del Estado, tanto del pasado como del presente y que por su mérito artístico, científico o histórico hayan sido declarados por el Instituto de Patrimonio Cultural como bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural, sea que se encuentren en el poder del Estado, de las instituciones religiosas o pertenezcan a sociedades o personas particulares y que al tratarse de bienes inmuebles se considerarán pertenecientes al Patrimonio Cultural del Estado el inmueble en sí mismo, así como su entorno ambiental y paisajístico.

En dicho contexto, el inciso final del citado artículo 7 de la Ley de Patrimonio Cultural asigna al Instituto de Patrimonio Cultural, atribución para delimitar el “área de influencia” de los inmuebles que tuvieren el carácter de bienes patrimoniales, necesaria para proporcionarle una visibilidad adecuada, debiendo conservar las condiciones de ambientación e integridad en que fueron construidos.

En lo que respecta a los bienes patrimoniales, los artículos 13, 14 y 15 de la Ley de Patrimonio Cultural, en su orden, prevén lo siguiente:

“Art. 13.- No puede realizarse reparaciones, restauraciones ni modificaciones de los bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural sin previa autorización del Instituto.

Las infracciones de lo dispuesto en este artículo acarrearán sanciones pecuniarias y prisión de hasta un año. Si como resultado de estas intervenciones se hubieran desvirtuado las características de un bien cultural el propietario estará obligado a restituirlo a sus condiciones anteriores, debiendo el Instituto, imponer también una multa anual hasta que esta restitución se cumpla. Las multas se harán extensivas a los contratistas o administradores de obras, autores materiales de la infracción, pudiendo llegar inclusive hasta la incautación.

Art. 14.- Las municipalidades y los demás organismos del sector público no pueden ordenar ni autorizar demoliciones, restauraciones o reparaciones de los bienes inmuebles que pertenezcan al Patrimonio Cultural del Estado sin previo permiso del Instituto, siendo responsable de la infracción el funcionario que dio la orden o extendió la autorización, quien será penado con la multa que señale la Ley.

Art. 15.- Las municipalidades de aquellas ciudades que posean Centros Históricos, conjuntos urbanos o edificios aislados cuyas características arquitectónicas sean dignas de ser preservadas deberán dictar ordenanzas o reglamentos que los protejan y que previamente hayan obtenido el visto bueno por el Instituto de Patrimonio Cultural.

Si los planes reguladores aprobados por dichas municipalidades atenten contra estas características, el Instituto exigirá su reforma y recabará el cumplimiento de este artículo”.

En lo principal, de los artículos 13, 14 y 15 de la Ley de Patrimonio Cultural, se establece que no cabe la realización de reparaciones, restauraciones ni modificaciones de los bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural sin autorización previa del Instituto de Patrimonio Cultural. Tampoco las municipalidades y demás organismos del sector público pueden ordenar ni autorizar demoliciones, restauraciones o reparaciones de los bienes inmuebles que pertenezcan al Patrimonio Cultural del Estado sin previo permiso de dicho Instituto; y, los municipios de aquellas ciudades que posean Centros Históricos, conjuntos urbanos o edificios aislados cuyas características arquitectónicas sean dignas de ser preservadas, deberán dictar ordenanzas o reglamentos que los protejan, previo visto bueno por el Instituto de Patrimonio Cultural.

Adicionalmente, en virtud de que su consulta se relaciona con la intervención o ejecución de obras en inmuebles ubicados en el Centro Histórico del cantón, cabe citar el artículo 39 del Reglamento General a la Ley de Patrimonio Cultural, que prescribe:

“Art. 39.- Si la ejecución de una obra de cualquier índole puede causar daño o afectar a un bien perteneciente al Patrimonio Cultural de la Nación, a su área de influencia o a los Centros Históricos de las ciudades que lo posean, el Director Nacional de Patrimonio Cultural solicitará a los Municipios o entidades públicas o privadas, la suspensión de la obra y, si fuere necesario, su derrocamiento. En caso de que la obra haya destruido elementos de un bien perteneciente al Patrimonio Cultural de la Nación o que formen parte de un entorno ambiental, éstos deberán ser restituidos”.

El Ministerio de Cultura y Patrimonio, mediante Acuerdo Ministerial No. 035, declaró como bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural del Estado a varios inmuebles de la ciudad de Riobamba y estableció un área central o de primer orden y un área de influencia, dentro de los límites que se establecen en el artículo primero de dicho Acuerdo, que en su artículo segundo dispone lo siguiente:



“Artículo segundo.- Las áreas declaradas por este instrumento, descritas en el artículo anterior, deberán estar protegidas por la respectiva ordenanza municipal del cantón Riobamba, a partir de la expedición del presente acuerdo ministerial, con el asesoramiento y previo visto bueno del Instituto de Patrimonio Cultural”.

Del análisis jurídico efectuado se desprende que, de acuerdo con el artículo 144 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde a las municipalidades formular y aprobar planes, programas y proyectos destinados a la preservación, mantenimiento y difusión del patrimonio arquitectónico y cultural de su circunscripción y construir los espacios públicos para estos fines, mientras que al gobierno central compete declarar y supervisar el patrimonio, las edificaciones, espacios y conjuntos urbanos, monumentos y sitios que tengan valor histórico, artístico o arqueológico, competencia que ejerce a través del Instituto de Patrimonio Cultural.

Según los artículos 7 inciso final y 15 de la Ley de Patrimonio Cultural, corresponde al Instituto de Patrimonio Cultural, delimitar el “área de influencia” que configura el entorno ambiental y paisajístico de los inmuebles que pertenecen al patrimonio cultural del Estado; y, recabar de las municipalidades, la preservación de las características arquitectónicas de los centros históricos, conjuntos urbanos y edificios patrimoniales.

En tal contexto, los artículos 13 y 14 de la Ley de Patrimonio Cultural y 39 de su Reglamento, prohíben realizar reparaciones, restauraciones o modificaciones de bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural o ubicados en su área de influencia, sin previa autorización del Instituto de Patrimonio Cultural.

En atención a los términos de la consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 13 y 14 de la Ley de Patrimonio Cultural y 39 de su Reglamento, las intervenciones en inmuebles, inventariados o no como patrimonio cultural, que consistan en obras a ser ejecutadas en zonas de Centros Históricos calificadas por el Instituto de Patrimonio Cultural como área de influencia de bienes del Patrimonio Cultural del Estado, requieren aprobación previa de ese Instituto. En consecuencia, según prescribe el artículo 14 de la Ley de Patrimonio Cultural, las municipalidades podrán otorgar sus permisos una vez que la intervención se hubiere autorizado por el Instituto de Patrimonio Cultural.

Tanto el Instituto de Patrimonio Cultural como el Gobierno Autónomo Descentralizado consultante, deberán coordinar acciones, en cumplimiento de las previsiones de los artículos 226 y 260 de la Constitución de la República que en su orden establecen el principio de coordinación de acciones y el ejercicio concurrente de la gestión y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno.

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

#### **INVERSIONES PARA EMPRENDIMIENTOS: EMPRESAS DE ECONOMÍA MIXTA**

**OF. PGE. N°:** 00444 de 13-03-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** PREFECTURA DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA

## CONSULTAS:

“1. Si el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece que podrán realizar INVERSIONES EN OTROS EMPRENDIMIENTOS, para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar metas (Sic) de productividad y eficiencia en sus actividades, puede la Empresa Pública de Desarrollo Productivo y Agropecuario del Sur (DEPROSUR E.P.), invertir en empresas de economía mixta o incursionar en proyectos públicos — privados sin contar con la mayoría accionaria, toda vez que no es un sector estratégico?”.

“2. Sobre la base de lo que establece el artículo 42, FORMAS DE FINANCIAMIENTO, puede la Empresa Pública de Desarrollo Productivo y Agropecuario del Sur (DEPROSUR E.P.), adoptar nuevas formas de financiamiento para cumplir sus fines y objetivos empresariales, generando de esta forma incentivar a nuevos emprendimientos a grupos productivos de la provincia de Loja, en el ámbito de sus competencias, es decir puede asociarse con empresas privadas con el objeto de generar nuevos emprendimientos como son producción de abonos, insumos agrícolas, etc.?”.

## BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226, 263, 313, 315, 316 y 318.

Código de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Art. 282.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 2 núm. 9, 4, 35, 36, 37, 39 y 42.

Ordenanza Sustitutiva de Constitución de la Empresa Pública de Desarrollo Productivo y Agropecuario del Sur, Arts. 3 y 4.

## PRONUNCIAMIENTOS:

Anexo al oficio de consulta, se ha remitido copia certificada del informe jurídico contenido en el memorando No. 879-DPS-2014 de 25 de noviembre de 2014, suscrito por el Procurador Síndico del Gobierno Provincial, en el cual se citan los artículos 226, 315 y 316 de la Constitución de la República; los artículos 2 numeral 9, 4, 35, 36, 37, 39 y 42 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; y, los artículos 3 y 4 de la Ordenanza Sustitutiva de Constitución de la Empresa Pública de Desarrollo Productivo y Agropecuario del Sur.

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

### PRIMERA CONSULTA

El artículo 35 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone:

“Art. 35.- CAPACIDAD ASOCIATIVA.- Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del Artículo 316 de la Constitución de la República.

Todo proceso de selección de socios privados para la constitución de empresas de economía mixta debe ser transparente de acuerdo a la ley y se requerirá concurso público, y para

perfeccionar la asociación no se requerirá de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio.

No requerirán de concursos públicos los procesos de asociación con otras empresas públicas o subsidiarias de éstas, de países que integran la comunidad internacional.

Para el caso de empresas públicas encargadas de la gestión del agua, se estará a lo dispuesto en el Artículo 318 de la Constitución de la República”.

La norma transcrita reconoce la capacidad asociativa de las empresas públicas y en dicho contexto, el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al que se refiere su consulta, prevé:

“Art. 36.- INVERSIONES EN OTROS EMPRENDIMIENTOS.- Para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos de sus actividades, las empresas públicas gozarán de capacidad asociativa, entendida ésta como la facultad empresarial para asociarse en consorcios, alianzas estratégicas, conformar empresas de economía mixta en asocio con empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, constituir subsidiarias, adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras y en general optar por cualquier otra figura asociativa que se considere pertinente conforme a lo dispuesto en los Arts. 315 y 316 de la Constitución de la República.

Las empresas públicas ecuatorianas podrán asociarse con empresas estatales de otros países, con compañías en las que otros Estados sean directa o indirectamente accionistas mayoritarios. En todos estos casos se requerirá que el Estado ecuatoriano o sus instituciones hayan suscrito convenios de acuerdo o cooperación, memorandos o cartas de intención o entendimiento.

En general los acuerdos asociativos e inversiones previstas en el inciso anterior deberán ser aprobados mediante resolución del Directorio en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales presentados mediante informe motivado y no requerirán de otros requisitos o procedimientos que no sean los establecidos por el Directorio para perfeccionar la asociación o inversiones, respectivamente.

Las inversiones financieras y en los emprendimientos en el exterior serán autorizadas por el respectivo Directorio de la Empresa Pública”.

Con relación al tema materia de consulta, el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prevé que para ampliar sus actividades, acceder a tecnologías avanzadas y alcanzar las metas de productividad y eficiencia en todos los ámbitos de sus actividades, las empresas públicas pueden asociarse en consorcios, alianzas estratégicas, conformar empresas de economía mixta en asocio con empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras, constituir subsidiarias, adquirir acciones y/o participaciones en empresas nacionales y extranjeras y en general optar por cualquier otra figura asociativa, bajo las premisas que al respecto establece la Constitución de la República.

Los artículos 315 y 316 de la Constitución de la República del Ecuador, a los que nos remite el artículo 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en su orden, disponen lo siguiente:

“Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

Art. 316.- El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”.

La norma constitucional del artículo 315 determina que el Estado puede constituir empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales, así como para el desarrollo de otras actividades económicas y que la ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos; mientras que, el artículo 316 de la misma Carta Magna, permite la delegación para participar en los sectores estratégicos y servicios públicos, a empresas en las que el Estado tenga mayoría accionaria.

De su parte, la Corte Constitucional emitió la Sentencia No. 1, en la que interpretó los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República.

En dicha sentencia la Corte efectuó el siguiente análisis jurídico:

“A partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, el régimen de la prestación de servicios públicos y sectores estratégicos, como por ejemplo, las telecomunicaciones, se modifica, puesto que conforme el artículo 313, el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos. Este derecho prioritario del Estado comprende la gestión de los sectores estratégicos, que evidentemente implica la operación de los mismos, lo cual concuerda con el artículo 315 de la Norma Fundamental, que delimita la creación de empresas públicas tanto para la gestión de sectores estratégicos como para la prestación de servicios públicos, entre otros aspectos, tales como el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas estando las telecomunicaciones, comprendidas en estos dos ámbitos, es decir, son un sector estratégico y constituyen un servicio público. En consecuencia, las empresas públicas prestarán servicios públicos, en uso del derecho prioritario señalado en la Constitución de la República, pero siempre bajo los términos y condiciones que los órganos competentes del Estado determinen; pudiendo aquellas, a su vez, constituir empresas de economía mixta en las cuales tengan mayoría accionaria”.

Como se puede observar de la cita anterior, la máxima instancia constitucional ha establecido claramente que, el artículo 315 de la Constitución de la República, prevé la creación de empresas públicas, entre otras actividades, para la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos; y, que a su vez dichas empresas públicas pueden constituir empresas de economía mixta que deben contar con mayoría accionaria del Estado. Este requisito se ratifica en el artículo 316 de la Constitución de la República, que dispone que el Estado puede delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria.

De las disposiciones contenidas en los artículos 315 inciso cuarto y 316 de la Constitución de la República, así como del análisis de la Corte Constitucional contenido en la Sentencia No. 1, previamente transcritos, se establece que para la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos, es mandatorio el requisito de que el sector público tenga mayoría accionaria en las empresas de economía mixta que constituya.

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas define a tales empresas, así como también a las empresas subsidiarias y filiales y las agencias y unidades de negocio, en los siguientes términos:

“Art. 4.- DEFINICIONES.- Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, 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.

Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria.

Las empresas filiales son sucursales de la empresa pública matriz que estarán administradas por un gerente, creadas para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.

Las Agencias y Unidades de Negocio son áreas administrativo - operativas de la empresa pública, dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la referida empresa, que no gozan de personería jurídica propia y que se establecen para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada”.

Del inciso primero de la disposición legal antes citada, se desprende que las empresas públicas son personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, que se pueden crear para destinarlas a los siguientes objetos: la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

Cabe advertir que las expresiones “el desarrollo de otras actividades económicas” y “en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado”, que en su orden emplean los artículos 315 de la Constitución de la República y 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas,

al referirse al objetivo para el que se pueden crear las empresas públicas, implica que la actividad de dichas empresas debe guardar relación con las atribuciones que la Constitución y la Ley otorgan a los distintos estamentos del Estado, por lo que en el contexto de la consulta, corresponde citar las competencias establecidas a favor de los gobiernos autónomos provinciales en el artículo 263 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 42 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

La Constitución de la República prevé como competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, las siguientes:

“Art. 263.- Los gobiernos provinciales tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las otras que determine la ley:

1. Planificar el desarrollo provincial y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, cantonal y parroquial.
2. Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas.
3. Ejecutar, en coordinación con el gobierno regional, obras en cuencas y micro cuencas.
4. La gestión ambiental provincial.
5. Planificar, construir, operar y mantener sistemas de riego.
6. Fomentar la actividad agropecuaria.
7. Fomentar las actividades productivas provinciales.
8. Gestionar la cooperación internacional para el cumplimiento de sus competencias.

En el ámbito de sus competencias y territorio, y en uso de sus facultades, expedirán ordenanzas provinciales”.

De su parte, el artículo 282 del del Código de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone:

“Art. 282.- Empresas de economía mixta.- Los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial, metropolitano o municipal podrán delegar la gestión para la prestación de servicios públicos o para el desarrollo de otras actividades o emprendimientos, a empresas de economía mixta, siempre que la selección del socio se realice mediante concurso público de acuerdo con la ley que regula las empresas públicas. Exceptuase la dotación de los servicios públicos de agua y riego los cuales sólo pueden ser prestados por entidades públicas, comunitarias o en alianza público comunitaria.

En las empresas de economía mixta en que participan los gobiernos autónomos descentralizados, deberá el sector público poseer al menos el cincuenta y un por ciento del paquete accionario de la empresa.

El directorio de la empresa que se constituya estará integrado en la forma prevista en su estatuto y en la Ley de Empresas Públicas. La presidencia corresponderá al titular del ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado o su representante, independientemente de su porcentaje de aportes al capital social de la empresa”.

Para el caso de las empresas de economía mixta en las que participen los Gobiernos Autónomos Descentralizados, el inciso segundo del artículo 282 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, contiene una previsión especial que determina que en todas las empresas de economía mixta en que participen los gobiernos

autónomos descentralizados, deberá el sector público poseer al menos el cincuenta y un por ciento del paquete accionario de la empresa.

Del análisis que precede se desprende que, de acuerdo con los artículos 315 inciso cuarto, 316 de la Constitución de la República y 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es mandatoria la exigencia de participación mayoritaria del sector público en toda forma de gestión de sectores estratégicos y/o la prestación de servicios públicos.

Adicionalmente, por disposición del artículo 282 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en todas las empresas de economía mixta en que participen los gobiernos autónomos descentralizados, deberá el sector público poseer al menos el cincuenta y uno por ciento del paquete accionario de la empresa.

Sin embargo, ni la Constitución de la República, ni los cuerpos normativos previamente referidos, han previsto que las empresas públicas de los gobiernos autónomos descentralizados que participen en cualquier otra forma de asociación, consorcio o alianza estratégica, para intervenir en el desarrollo de actividades económicas distintas y no vinculadas con sectores estratégicos o la prestación de servicios públicos, deban contar con mayoría accionaria.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 315 y 316 de la Constitución de la República, el inciso segundo del artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y por mandato del inciso segundo del artículo 282 del Código Orgánico de Organización Territorial, Administración y Descentralización, en las empresas de economía mixta en que participan los gobiernos autónomos descentralizados, deberá el sector público poseer al menos el cincuenta y un por ciento del paquete accionario de la empresa. Dicha exigencia no es aplicable para las demás formas asociativas previstas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que se conformen para actividades distintas a la gestión de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos que le corresponden a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, en el ámbito de las competencias exclusivas que les asigna el artículo 263 de la Constitución de la República.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad del Directorio de las Empresas Públicas la decisión de intervenir en cualquiera de las formas asociativas previstas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, así como la determinación de su porcentaje de participación.

## SEGUNDA CONSULTA

Los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, citados al atender su primera consulta, respecto de los cuales esta Procuraduría se ha pronunciado mediante oficios Nos. 01388 de 14 de abril de 2011, 10100 de 9 de octubre de 2012 y 17402 de 21 de mayo de 2014, determinan la capacidad asociativa de las empresas públicas.

Por su parte, el artículo 42 de la misma Ley Orgánica, al que se refiere su consulta, prevé lo siguiente:

“Art. 42.- FORMAS DE FINANCIAMIENTO.- Las empresas públicas sus subsidiarias y filiales podrán adoptar las formas de financiamiento que estimen pertinentes para cumplir sus fines y objetivos empresariales, tales como: ingresos provenientes de la comercialización de bienes y prestación de servicios así como de otros emprendimientos; rentas de cualquier clase que produzcan los activos, acciones, participaciones; acceso a los mercados financieros, nacionales

o internacionales, a través de emisión de obligaciones, titularizaciones, contratación de créditos; beneficio de garantía soberana; inyección directa de recursos estatales, reinversión de recursos propios; entre otros. Para el efecto se requerirá la resolución favorable del Directorio de la empresa y el cumplimiento de los requisitos previstos en esta y otras leyes, así como en la normativa aplicable, en función de la naturaleza del financiamiento al que se acceda.

Las empresas públicas dedicadas a la exploración, explotación o comercialización de recursos naturales no renovables, o al transporte y la refinación de hidrocarburos, podrán emitir certificados de contenido crediticio, cuyo monto de emisión estará en función de la proyección de ingresos futuros derivados de la actividad de la empresa pública. Su inscripción en el catastro de mercado de valores estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Mercado de Valores”.

Del tenor del artículo 42 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se desprende que tanto las empresas públicas, como sus subsidiarias y filiales, previa resolución favorable del Directorio de la empresa y el cumplimiento de los requisitos previstos en esta y otras leyes, así como en la normativa aplicable, en función de la naturaleza del financiamiento al que se acceda, pueden adoptar las formas de financiamiento que estimen pertinentes para cumplir sus fines y objetivos empresariales, tales como: ingresos provenientes de la comercialización de bienes y prestación de servicios así como de otros emprendimientos, rentas de cualquier clase que produzcan los activos, acciones, participaciones, acceso a los mercados financieros, nacionales o internacionales.

Con relación a la disposición citada, al atender la segunda consulta formulada por HIDROZACHIN E.P., en el pronunciamiento contenido en el oficio signado con el No. 01388 de 14 de abril de 2011, concluí que:

“(…) En consecuencia, el financiamiento al que las empresas públicas pueden recurrir según el artículo 42 de la misma Ley, tampoco puede ser destinado a la inversión en actividades que la empresa pública no desarrolle en forma directa”.

La limitación de las actividades de las empresas públicas al cumplimiento de los objetivos y fines que la Constitución de la República otorga a los distintos niveles de gobierno, se señala en la parte considerativa de la sentencia interpretativa de la Corte Constitucional, referente a los artículos 313, 315 y 316 de la Constitución de la República, citada al atender su primera consulta, en la que se indica:

“Obviamente que las empresas públicas que se crearen por la Constitución o la ley, delimitarán su campo de acción y el cumplimiento de sus objetivos y fines respetando el ejercicio de competencias que la misma Carta Magna otorga a los distintos niveles de gobierno, contenidas en el Capítulo Cuarto (Régimen de Competencias) del Título V (Organización Territorial del Estado) de la Constitución (artículo 261 y siguientes)”.

Adicionalmente, cabe considerar que en derecho público rige el principio de legalidad, consagrado 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 conformidad con el análisis jurídico precedente, se desprende que las empresas públicas, al amparo de las previsiones de los artículos 35, 36 y 42 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas,



pueden adoptar las formas de financiamiento que estimen pertinentes para cumplir sus fines y objetivos empresariales.

En consecuencia, en atención a los términos de su consulta, se concluye que una empresa pública en la que participen del GADS puede asociarse con empresas privadas para generar otros emprendimientos, siempre que el objetivo de tal asociación esté comprendido dentro de los fines para los cuales fue creada, que constan establecidos en el acto jurídico de creación o sus eventuales reformas y que rigen la vida jurídica de cada empresa pública, así como de las competencias exclusivas que les corresponden a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, según el artículo 263 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 42 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

El presente pronunciamiento no constituye interpretación constitucional, puesto que tal atribución es privativa de la Corte Constitucional, en los términos de los artículos 429 y 436, numeral 1), que determinan que la indicada Corte es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, sino que conforme ha analizado la máxima instancia jurisdiccional, según consta de la página 8 de la Sentencia No. 003-12-SIA-CC de 21 de junio de 2012, el juicio de inteligencia de las normas realizado por el Procurador General del Estado, en base al artículo 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado debe ser meramente legal, sin embargo dicho pronunciamiento puede basarse en normativa constitucional, sin que lo dicho signifique realizar una interpretación de normas constitucionales.

## J

### **JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA: SUMATORIA DE PENSIONES CON APORTACIONES DEL IESS**

**OF. PGE. N°:** 03159 de 15-10-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

#### **CONSULTAS:**

1.- “Para la determinación del valor a pagar en concepto de pensión complementaria de jubilación en favor de los ex docentes de las instituciones de educación superior, ¿ha de aplicarse lo dispuesto en los decretos legislativos expedidos por el H. Congreso Nacional en 1953 y cuyo contenido fue recogido en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior que prescriben que la cuantía de tal pensión complementaria se establecerá en función del promedio de los tres últimos años de servicio, o se observará el límite previsto en la Disposición Transitoria Décima Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior en el sentido de que tal pensión complementaria no podrá ser mayor a la pensión de jubilación que pague el IESS y que la sumatoria de estas dos pensiones no podrá ser mayor a la remuneración promedio de los últimos tres años como personal académico?”.

2.- “En el caso de que su respuesta señale que deberán observarse los límites previstos en la Disposición Transitoria Décima Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, ¿desde cuándo (sic) deberá observarse tal particular?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 37, 355 y 349  
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 70 y 84.  
Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 70, 166, Disp. Trans. Décimo Novena y Disp. Derogatoria Quinta.  
Código Civil, Art. 18.  
Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, Arts. 1, 2 y Disp. Trans. Décimo Tercera.  
D.L. N° s/n, R.O. N° 380 de 03-12-1953, Art. 9, Disp. Trans. Décima Novena  
D.L. N° s/n, R.O. N° 404 de 02-01-1954, Art. 9.  
D.E. N° 865, R.O.S. N° 526 de 02-09-2011, Disp. Trans. Décima Novena .

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Me refiero al oficio No. R-1323-2015 de 4 de junio de 2015 ingresado a esta Procuraduría el 9 de junio del presente año, suscrito por la Rectora encargada de la Universidad Técnica de Ambato, por medio del cual formuló dos consultas relacionadas al pago por concepto de pensión complementaria, en favor de los ex docentes de las instituciones de educación superior.

Con oficio No. 01518 de 16 de junio de 2015 e insistencia contenida en el oficio No. 01784 de 3 de julio de 2015, la Procuraduría General del Estado solicitó remitir en texto independiente el criterio legal debidamente fundamentado por el Procurador General de la Universidad Técnica de Ambato, respecto del objeto de las consultas formuladas, que contenga un análisis de las normas y posición jurídica institucional en la que se concluya en base a dicho análisis.

En virtud de que la Universidad consultante, no atendió el requerimiento mencionado en el párrafo precedente, este Organismo mediante oficio No. 02087 de 22 de julio de 2015, al amparo del artículo 6 de la Resolución No. 017, sustituido por el artículo 1 de la Resolución No. 121 de 28 de julio de 2010, dispuso el archivo de las consultas.

Mediante oficio No. R-1882-2015 de 11 de agosto de 2015, ingresado el 17 de agosto del presente año, en su calidad de Rector de la Universidad Técnica de Ambato, remite el criterio jurídico del Procurador General de la Institución a su cargo contenido en el oficio No. UTA-P-437-2015 de 27 de abril de 2015, lo que hace procedente la reactivación del trámite, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Resolución No. 017, añadido mediante la indicada Resolución No. 121.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 02508 de 2 de septiembre de 2015 e insistencia constante en el oficio No. 02747 de 18 de septiembre del presente año, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Consejo de Educación Superior, respecto de los temas de consulta, lo cual fue atendido a través del oficio No. CES-CES-2015-0108-CO de 25 de septiembre de 2015, suscrito por el Presidente Subrogante de dicho Consejo e ingresado a esta Procuraduría el 28 de septiembre del presente año.

En el oficio de consulta así como en el criterio legal de la entidad consultante contenido en el oficio No. UTA-P-437-2015 de 27 de abril de 2015, se citan como fundamentos jurídicos los Decretos Legislativos de 22 de octubre y 7 de noviembre de 1953 y las Disposiciones Transitorias Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior y Décima Tercera del Reglamento de

Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, y en dicho informe se manifiesta que:

“Como puede advertirse de la lectura de las disposiciones transcritas, podría aparecer que entre ellas existe una contradicción, pues el Decreto Ley de 1953 establece la cuantía del beneficio en la ‘diferencia entre el último sueldo mensual que hubiere percibido el profesor y la jubilación otorgada por la Caja de Pensiones’ y, en el caso de los profesores universitarios que recibirán ‘...una suma igual al promedio de los tres últimos años de servicios. La Caja de Pensiones pagará la jubilación en la cuantía que le corresponda, y la diferencia será a cargo del presupuesto de la respectiva Universidad.’, mientras que el Reglamento de Escalafón establece límites al monto de la pensión complementaria en función del monto de pensión de jubilación que otorga el IESS y el valor de la remuneración mensual promedio de los últimos tres años, lo que impone una cuestión en cuanto a qué disposición legal ha de aplicarse y con qué oportunidad”.

Sobre dicha base el Procurador General de la Universidad Técnica de Ambato, en su informe jurídico concluye con el siguiente criterio:

“Como consecuencia de lo expuesto, se concluye que, en la medida en que la Disposición de la Ley Orgánica de Educación Superior no reforma el Decreto Ley de 1953, ni el artículo 9 del Decreto Ley emitido con posterioridad el mismo año, cualquier disposición reglamentaria que modifique lo expresado en la Ley carecería de valor; determinado lo cual, en tanto en cuanto las normas del ordenamiento jurídico nacional rigen para los (sic) posterior, tampoco cabría que se pretenda aplicar la norma reglamentaria que limita la concesión del beneficio de la pensión complementaria de jubilación ni desde su expedición, ni mucho menos desde la expedición de la Ley Orgánica de Educación Superior, por lo que si las universidades han venido pagando a sus docentes el valor íntegro del promedio de su remuneración de los tres últimos años, aun cuando ello signifique un valor mayor al límite establecido en el Reglamento de Escalafón esto es solamente hasta dos veces el valor de la pensión de jubilación del IESS, aún con posterioridad a la expedición de este Reglamento, estarían haciéndolo legalmente, pues ello estaría conforme tanto a los Decretos Ley de 1953 como a la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior”.

En el oficio No. CES-CES-2015-0108-CO de 25 de septiembre de 2015, suscrito por el Presidente Subrogante del Consejo de Educación Superior se citan como fundamentos jurídicos los artículos 37 y 349 de la Constitución de la República, artículos 70, 166, Disposición Transitoria Décimo Novena y Disposición Derogatoria Quinta de la Ley Orgánica de Educación Superior, artículos 1, 2 y Disposición Transitoria Décimo Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, así como los Decretos Legislativos de 22 de octubre y 7 de noviembre de 1953.

El Presidente Subrogante del Consejo de Educación Superior en su análisis puntualiza que el Decreto Legislativo de 22 de octubre de 1953, publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, estableció en su artículo 1 el beneficio de una pensión auxiliar a cargo de la respectiva universidad, a favor de los profesores universitarios jubilados por la Caja de Pensiones, siempre que hubieren completado 30 años de servicios en instituciones educativas y tuvieran por lo menos cincuenta y cinco años de edad, no así el Decreto Legislativo de 7 de noviembre de 1953, publicado en el Registro Oficial No. 404 de 2 de enero de 1954, el cual a criterio de dicho funcionario, en su artículo 9, regula lo concerniente a la jubilación ordinaria. En el referido informe se manifiesta:

“De lo indicado, a nuestro criterio, sin que constituya interpretación alguna, el artículo 9 del Decreto Ejecutivo expedido el 7 de noviembre de 1953, publicado en el Registro Oficial No. 404 de 2 de enero de 1954, no regula lo concerniente a la jubilación complementaria, sino más bien lo relativo a la jubilación ordinaria”.

Concluye el Director Subrogante del Consejo de Educación Superior, con el siguiente criterio jurídico:

“A efecto de la determinación del valor a pagar en concepto de pensión complementaria de jubilación en favor de los ex docentes de las universidades y escuelas politécnicas, se deberá observar lo establecido en las Disposiciones Transitorias Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, Décimo Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, de acuerdo con los criterios contenidos en las mismas.

(...)

En consecuencia, hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES), esto es el 12 de octubre de 2010, el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas públicas que se beneficiaba de los fondos de pensión complementaria creados mediante el Decreto Legislativo de 1953, continuarán percibiéndolo en los términos y condiciones indicados en dicho Decreto Legislativo; y, a partir de la expedición de la LOES, el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, a tal efecto, se sujeta a lo establecido en las Disposiciones Transitorias Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, Décimo Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

(...)

En aplicación de lo prescrito en el último inciso de la Disposición Transitoria Décima Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, a efecto del cálculo y el pago de la pensión complementaria, dicho instrumento normativo rige a partir de la entrada en vigencia de la LOES, esto es el 12 de octubre de 2010”.

Con los antecedentes expuestos, atiendo sus consultas en el orden en que fueron formuladas:

#### PRIMERA CONSULTA:

El artículo 84 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé que los docentes e investigadores de las universidades se rigen por la Ley de Educación Superior, en función de lo previsto en el artículo 355 de la Constitución de la República, en los siguientes términos:

“Art. 84.- Carrera Docente.- El personal docente comprendido en todos los niveles y modalidades gozará de estabilidad, actualización, formación continua, mejoramiento pedagógico y académico, percibirá una remuneración justa de acuerdo a la profesionalización, desempeño y méritos académicos. Estarán sujetos a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio. Así como los docentes e investigadores de las universidades que se regirán por la Ley de Educación Superior, en función a lo consagrado en el Artículo 355 de la Constitución. En el caso de las y los servidores que prestan sus servicios en calidad de Técnicos Docentes, estarán regulados por esta Ley”.

La Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010, en su artículo 70 segundo inciso dispone que: “Los profesores o profesoras e investigadores o investigadoras de las universidades y escuelas politécnicas públicas son servidores públicos sujetos a un régimen propio que estará contemplado en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que fijará las normas que rijan el ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación (...)”.

A fin de analizar la aplicación de las disposiciones Transitorias Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior y Décima Tercera del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor de Educación Superior, que son materia de sus consultas, es necesario remitirnos a los Decretos Legislativos de 1953.

Mediante Decreto Legislativo de 22 de octubre de 1953 publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, en su artículo 1 se estableció el derecho a favor de los profesores universitarios jubilados por la Caja de Pensiones, a recibir una pensión auxiliar con cargo al presupuesto de la Universidad respectiva, cuyo valor fue determinado como la diferencia entre el último sueldo mensual que hubiere percibido el profesor y la jubilación otorgada por la Caja de Pensiones.

Posteriormente, se expidió el Decreto Legislativo de 7 de noviembre de 1953, publicado en el Registro Oficial No. 404 de 2 de enero de 1954, mediante el cual se autoriza al Ministro de Educación Pública y al Gerente de la Caja de Pensiones, celebrar un contrato de seguro adicional a fin de que esta última proporcione a los maestros, entre ellos los de educación superior, prestaciones mayores o condiciones más favorables que las señaladas en los Estatutos de la Caja de Pensiones para el seguro obligatorio. El mencionado Decreto en su artículo 9 establece:

“Art. 9.- Los profesores universitarios que tuvieren a lo menos treinta años de servicios, de los cuales, a lo menos veinte se hayan dedicado a la enseñanza Superior, tendrán derecho a jubilarse con una suma igual al promedio de los tres últimos años de servicios. La Caja de Pensiones pagará la jubilación en la cuantía que le corresponda, y la diferencia será a cargo del Presupuesto de la respectiva Universidad”.

De la lectura de la disposición antes citada, se desprende que la misma no solo supeditaba a los profesores universitarios el acceso al beneficio ahí establecido en cuanto a los años dedicados a la enseñanza superior, sino que mejoraba las condiciones de cálculo del derecho de pensión complementaria, al establecer como monto una suma igual al promedio de los tres últimos años de servicios.

El Decreto Legislativo de 22 de octubre de 1953, fue expresamente derogado por la Disposición Derogatoria Quinta de la Ley Orgánica de Educación Superior, la que versa del siguiente tenor:

“Quinta.- Se derogan todas las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley, así como también los siguientes artículos del Decreto Legislativo del año 1953 en la parte pertinente a ‘Los Profesores universitarios jubilados por la Caja de Pensiones, tendrán derecho a una pensión auxiliar con cargo al presupuesto de la Universidad respectiva:

1. Art. 1o.- Los profesores universitarios jubilados por la Caja de Pensiones, tendrán derecho a una pensión auxiliar a cargo del Presupuesto de la Universidad respectiva, siempre que hubieren

completado treinta años de servicios en Instituciones Educativas y tuvieren por lo menos cincuenta y cinco años de edad.

La pensión auxiliar será la diferencia entre el último sueldo mensual que hubiere percibido el profesor y la jubilación otorgada por la Caja de Pensiones.

2. Art. 2o.- Los profesores universitarios jubilados por el Estado con pensiones inferiores a setecientos sucres, tendrán derecho a que desde enero de mil novecientos cincuenta y cuatro se les pague el doble de su actual pensión”.

Como se ha analizado, los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo de 22 de octubre de 1953, publicado en el Registro Oficial No. 380 de 3 de diciembre de 1953, fueron derogados por la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica de Educación Superior citada en el párrafo que precede, no así el artículo 9 del Decreto Legislativo 7 de noviembre de 1953, publicado en el Registro Oficial No. 404 de 2 de enero de 1954.

Respecto al beneficio de la pensión complementaria la referida Ley Orgánica en su disposición Transitoria Décima Novena, prevé:

“Décima Novena.- Jubilación Complementaria.- Los fondos de pensión complementaria creados al amparo del Decreto Legislativo de 1953 que estableció la pensión auxiliar para el personal académico de las universidades y escuelas politécnicas, continuarán generando este beneficio con recursos del Estado en los términos indicados en el aludido Decreto Legislativo, para los actuales beneficiarios.

Los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la vigencia de esta Ley o los que lo hicieren hasta diciembre de 2014, recibirán este beneficio”.

De lo hasta aquí expuesto se observa que pese a la derogatoria de los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo de 22 de octubre de 1953, efectuada por la Disposición Derogatoria Quinta de la Ley Orgánica de Educación Superior, la Disposición Transitoria Décima Novena de esa misma Ley Orgánica, establece que los profesores de las universidades y escuelas politécnicas públicas (actuales beneficiarios) continuarán recibiendo este beneficio en los términos establecidos en el Decreto Legislativo de 1953, es decir el expedido el 7 de noviembre de 1953, el cual no fue derogado por la Ley Orgánica de Educación Superior y que se expidió con posterioridad al que creo este beneficio.

Adicionalmente, la referida Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, estableció que los profesores e investigadores de las instituciones públicas del Sistema de Educación Superior, que se hubieren acogido a la jubilación patronal antes de la expedición de esa Ley Orgánica o hasta diciembre de 2014, recibirán también este beneficio.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 865, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 526 de 2 de septiembre de 2011, se expidió el Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Superior, cuya disposición transitoria Décima Novena establece que:

“Décima Novena.- El Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior normará lo relacionado con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima Novena de la Ley.

Hasta que se expedida el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, las jubilaciones que se produzcan a partir de la expedición de este reglamento se sujetarán a las disposiciones de la LOSEP.

El Estado no financiará ninguna jubilación complementaria de un trabajador que renuncie luego del 31 de diciembre del 2014”.

Por su parte, el artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior, establece expresamente la sujeción de los profesores e investigadores de las universidades y escuelas politécnicas en lo concerniente al ingreso, promoción, estabilidad, evaluación, perfeccionamiento, escalas remunerativas, fortalecimiento institucional, jubilación y cesación de dichos funcionarios públicos, a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación.

El Consejo de Educación Superior en ejercicio de la atribución conferida por el antes mencionado artículo 70 de la Ley Ibídem, mediante Resolución No. RCP-SO-037-No.265-2012 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 881 de 29 de enero de 2013, expidió inicialmente el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el mismo que ha sido objeto de varias reformas; su Codificación en actual vigencia, consta publicada en el Registro Oficial No. 197 de 7 de marzo de 2014.

La Codificación del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, en su artículo 2 determina su ámbito de aplicación en los siguientes términos: “El presente Reglamento se aplica al personal académico que presta sus servicios en las universidades y escuelas politécnicas, públicas y particulares; institutos superiores técnicos, tecnológicos y pedagógicos, públicos y particulares; y, conservatorios superiores de música y artes, públicos y particulares.”

A fin de regular lo previsto en la Disposición Décima Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior, en concordancia con lo establecido en la Disposición Transitoria Décimo Novena de su Reglamento General, respecto a la pensión complementaria, el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior prevé en su Décima Tercera Disposición Transitoria, lo siguiente:

“DECIMA TERCERA.- Los miembros del personal académico de las universidades y escuelas politécnicas públicas, que tuvieren al menos treinta años de servicio, de los cuales al menos veinte se hayan dedicado a la docencia en educación superior, y que se jubilaran hasta el 31 de diciembre de 2014, tendrán el derecho a recibir la pensión complementaria establecida en la disposición transitoria décima novena de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Para el cálculo de la pensión complementaria establecida en la disposición transitoria décima novena de la Ley Orgánica de Educación Superior no se considerarán la o las bonificaciones funcionales o remuneraciones por cargos administrativos ni de autoridades que hubiere desempeñado el miembro del personal académico titular.

El valor de esta pensión complementaria será la diferencia entre la remuneración promedio de los últimos tres años como personal académico y el valor que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social le otorgue por pensión de jubilación. En ningún caso esta pensión podrá ser mayor a la pensión de jubilación que pague el IESS. La sumatoria de estas dos pensiones no podrá ser superior a la remuneración promedio de los últimos tres años como personal académico.

Las universidades y escuelas politécnicas públicas pagarán los montos correspondientes a la compensación por jubilación voluntaria u obligatoria, así como por pensión complementaria, calculados de conformidad con este Reglamento, al personal académico que se haya acogido a dichos beneficios desde la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior hasta la expedición de este Reglamento y que no haya recibido los pagos correspondientes por esos conceptos”.

En oficio No. 11302 de 4 de enero de 2013, al atender la segunda pregunta de la consulta planteada por la Escuela Politécnica de Chimborazo referente a los requisitos que los docentes universitarios deben cumplir para acceder a la jubilación complementaria, respeto al cálculo de la misma concluí en los siguientes términos:

“Al atender su primera consulta se citó el artículo 9 del Decreto Legislativo de 1954 que establece tanto los requisitos como la forma de determinar el monto de la jubilación complementaria de los docentes de los establecimientos de educación superior.

Por tanto, en armonía con lo analizado al atender su primera pregunta se concluye que, hasta que se publique el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el cálculo de la jubilación docente se deberá efectuar conforme a la parte final del artículo 9 del Decreto Legislativo de 1954, es decir que será igual al promedio de la remuneración que el docente hubiere percibido durante los tres últimos años de servicios; el IESS cancelará la pensión de jubilación que corresponda conforme a la Ley de Seguridad Social y la Universidad la diferencia o complemento respectivo”.

El artículo 18 del Código Civil dispone que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Por lo expuesto, de conformidad a lo establecido en el artículo 70 de la Ley Orgánica de Educación Superior y en virtud del análisis de la Disposición Transitoria Décimo Novena de la Ley Orgánica de Educación Superior y Disposición Transitoria Décimo Novena de su Reglamento General, en atención a los términos de su primera consulta se concluye que, para los docentes universitarios beneficiarios de la pensión complementaria a la fecha de la expedición de la Ley Orgánica de Educación Superior y hasta antes de la expedición del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor de Educación Superior, el cálculo de la mencionada pensión se debía sujetar a lo previsto en la Disposición Transitoria Décimo Novena de dicha Ley Orgánica, que se remite al Decreto Legislativo de 1953 publicado en el Registro Oficial No. 404 de 2 de enero de 1954, cuyo artículo 9 reguló el acceso a la referida pensión determinando los requisitos y su forma de cálculo, previendo que los docentes tendrán derecho a jubilarse con una suma igual al promedio de los tres últimos años de servicios, sin ningún tipo de límites, y estableciendo que la Caja de Pensiones (actual IESS) pagará la jubilación que corresponda y la diferencia estará a cargo del presupuesto de la respectiva Universidad.

En el caso de los docentes que se hayan jubilado cumpliendo con los requisitos establecidos para el efecto, a partir de la expedición del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor de Educación Superior y hasta diciembre de 2014, la forma de cálculo y montos máximos del beneficio materia de estudio, se regirá por la Disposición Décima Tercera de la Codificación de ese Reglamento y los límites por ella establecidos, es decir que para establecer el promedio de remuneraciones no se considerarán las bonificaciones funcionales o remuneraciones por cargos administrativos ni de autoridades que hubiere desempeñado el docente; y, el valor de la jubilación complementaria corresponderá a la diferencia entre la remuneración promedio de los últimos tres años como personal académico y el valor que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad



Social le otorgue por pensión de jubilación; en ningún caso esta pensión podrá ser mayor a la pensión de jubilación que pague el IESS y la sumatoria de estas dos pensiones no podrá ser superior a la remuneración promedio de los últimos tres años como personal académico.

#### SEGUNDA CONSULTA:

Como señalé al atender su primera consulta, para los profesores universitarios que se hayan jubilado cumpliendo los requisitos requeridos para el efecto, a partir de la expedición del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor de Educación Superior aprobado mediante Resolución RPC-SO-037-No.265-2012 de 31 de octubre de 2012, reconsiderada con Resolución RPC-SO-038-No.266-2012 de 7 de noviembre de 2012, Reglamento que fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 881 de 29 de enero de 2013, la forma de cálculo del monto de la pensión complementaria se regirá a lo establecido en la Disposición Décima Tercera del vigente Reglamento antes mencionado, observando los montos máximos a pagar.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y no constituye autorización u orden de pago, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares, así como la verificación de los requisitos y la normativa aplicable para el pago de la compensación complementaria.

### JUBILACIÓN PATRONAL: RUBROS QUE LO CONFORMAN

**OF. PGE. N° 02471 de 27-08-2015**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE SANTO DOMINGO, EPMAPA-SD

#### CONSULTAS:

“La Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Santo Domingo, enmarcada en lo establecido en el Art. 22, de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, debería cancelar la Jubilación Patronal a los ex trabajadores que han prestados (sic) sus servicios por 25 años, la pensión jubilar mensual vitalicia a los servidores y trabajadores que decidan acogerse a la jubilación patronal, a más de la liquidación por jubilación correspondiente, estipulado en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, y/o artículo 216 del Código del Trabajo:

¿Se debe reconocer valores por jubilación patronal de conformidad con el artículo 216 del Código del Trabajo, a más de la indemnización prevista en el artículo 8 del Mandato constituyente numero 2?, tomando en cuenta que el artículo 22 de la Ley de Empresas Públicas, prohíbe el aporte de recursos de la empresa pública o sus subsidiarias, filiales, agencias unidades de negocio a fondos de cesantía o jubilación distintos a los que se entreguen al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Sería legal que la EPMAPA-SD, cancele la pensión jubilar mensual vitalicia a los servidores bajo el régimen de la LOEP, calificados por el Ministerio de Relaciones Laborales que decidan acogerse a la jubilación patronal, a más de la liquidación por jubilación correspondiente, estipulado en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, y/o artículo 216 del Código del Trabajo?.

¿Cómo Empresa, cuál de las liquidaciones le corresponde entregar al personal (Servidores y Trabajadores) que decida acogerse a la jubilación patronal:

- 1) La establecida en el artículo 216 del Código del Trabajo;
- 2) La prevista en el artículo 8, del mandato constituyente 2;
- 3) Las dos liquidaciones antes referidas?, a pesar que esto sobrepase los límites en el mandato constituyente No. 2”.

SEGUNDA CONSULTA:

“La Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Santo Domingo debe entregar uniformes a los ex trabajadores y/o jubilados teniendo en cuenta que los uniformes eran de año fiscal 2014, y se encontraban considerados en el presupuesto: y su desvinculación fue en el segundo semestre del año 2014”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225, 229, 237 núm. 3 y 315.

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

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 inc. final, 4, 56 inc. penúltimo, 57 inc. último, 83 lit. k) y 129.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 17, 18, 19 núm. 2, 22, 23, 29, 31, 32, 33 y Disp. Trans. Segunda núm. 2.1.6.

Mandato Constituyente N° 2, Art. 8.

Código del Trabajo, Arts. 9, 184, 185, 216 y 568.

D.E. N° 225, R.O. No. 123 de 4 de febrero de 2010.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Respecto del pedido inicial, con oficio No. 01135 de 12 de mayo de 2015 e insistencia contenida en oficio No. 01344 de 29 de mayo de 2015, este Organismo solicitó a esa empresa pública reformular los términos de la primera consulta, relacionada con la jubilación del personal, de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, en armonía con las competencias que confieren a este Organismo los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República, 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

En los mismos oficios antes referidos, se solicitó a la entidad consultante remitir a este Organismo, en texto independiente, el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del asesor jurídico de esa empresa pública, sobre la consulta reformulada.

Por otra parte, a fin de contar con mayores elementos de análisis que permitan atender su consulta, con oficio No. 01152 de 12 de mayo de 2015 e insistencia contenida en oficio No. 01345 de 29 de mayo de 2015, este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministro del Trabajo, respecto de la materia sobre la que trata su primera consulta, lo que ha sido atendido por el doctor Carlos Vallejo Burneo, Viceministro de Trabajo y Empleo Subrogante, con oficio No. MDT-DJTE-2015-00292-OF de 18 de agosto de 2015, recibido el 19 de agosto del presente año.

Con los antecedentes expuestos, procedo a atender sus consultas reformuladas en oficio No. EPMAPASD-AJ-GG-FSG-301-2015 de 2 de junio de 2015, ingresado a la Procuraduría General del

Estado el 5 de junio del presente año, al que se hizo referencia al inicio, en el orden en que han sido planteadas.

#### PRIMERA CONSULTA

El informe del Subgerente Jurídico de la empresa pública consultante, contenido en memorando No. EPMAPA-SD-SJ-JBC-2015-0179 de 1 de junio de 2015, refiere como antecedentes que, “Varios Servidores y Trabajadores han decidido acogerse a la jubilación patronal, solicitando el pago contemplado en el artículo 8 del Mandato constituyente número 2, y lo establecido en el Art. 216 del Código de Trabajo (...)”.

El referido informe no indica si de acuerdo con el artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el Directorio de la empresa pública consultante, ha expedido las normas internas que rigen al talento humano de esa entidad; y, cita como fundamentos jurídicos, los artículos 225 y 315 de la Constitución de la República que establecen, el primero la forma en que se integra el sector público y el segundo que autoriza al Estado a constituir empresas públicas; así como el artículo 22 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que prohíbe el aporte de recursos de la empresa pública a fondos de cesantía o jubilación, distintos a los que se entregan al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Sobre dicha base normativa, concluye:

“(...) esta Subgerencia considera que por jubilación patronal se debe únicamente cancelar los valores establecidos en el Art. 8 del Mandato Constituyente No. 2, a los ex Empleados y Trabajadores de EPMAPA.SD, por cuanto a las Empresas Públicas le es prohibido cancelar otros valores acorde a lo expresado en el Art. 22 de la LOEP”.

Por su parte, el Viceministro de Trabajo y Empleo, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, cita los artículos 229 de la Constitución de la República, 2 y 8 del Mandato Constituyente No. 2, 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público; 18, 19 y 22 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y 216 del Código del Trabajo; así como la Resolución de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 233 de 14 de julio de 1989. Sobre dicha base manifiesta y concluye:

“Con este antecedente debo indicar que el artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), disponen que las obreras u obreros del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.

(...) El artículo 19 de la LOEP dispone las modalidades de vinculación de servidores públicos y obreros de las Empresas Públicas, estableciendo que los servidores públicos se vincularán mediante nombramiento, al amparo de la LOEP y de la normativa interna de la Empresa Pública; mientras que los obreros se vincularán mediante contrato individual de trabajo, al amparo del Código del Trabajo.

(...) 1. Con respecto a las dos primeras consultas, la EPMAPA-SD deberá otorgar el derecho a la jubilación patronal mensual, adquirido por los ex trabajadores sujetos al Código del Trabajo, según lo establece el artículo 216 del Código ibídem, por ser un derecho de carácter vitalicio e imprescriptible; además EPMAPA-SD podrá reconocer a los ex trabajadores y trabajadores (sic) que hayan cumplido con los requisitos para la jubilación, la indemnización establecida en el artículo 8 del Mandato Constituyente 2, siempre que dicha indemnización hubiese constado dentro de contrato colectivo, acta transaccional, acta de finiquito o cualquier otro acuerdo vigente a la fecha en la que se haya presentado la solicitud de retiro voluntario para acogerse a

la jubilación y que sumados todos los rubros por: subsidios, bonificaciones y demás contribuciones, no superen el techo establecido en el mencionado Mandato.

2. Con respecto a la tercera consulta, los servidores públicos de EPMAPA-SD tendrán derecho a la indemnización por jubilación, según lo establece el artículo 8 del Mandato Constituyente 2; con respecto a la pensión mensual por jubilación patronal, establecida en el artículo 216 del Código del Trabajo, esta normativa no será aplicable para los servidores públicos de empresas públicas, puesto que no cuentan con la calidad de trabajadores, sujetos al Código del Trabajo”.

Para atender el tema materia de su consulta es pertinente considerar el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional No. 007-11-SCN-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 482 de 1 de julio de 2011, que respecto del régimen jurídico aplicable a los servidores de las empresas públicas, expone:

“Conforme se observa, lo que ha procurado el constituyente para que efectivamente las empresas públicas no compitan en inferioridad de condiciones con el resto de empresas, es que éstas sean manejadas de diferente manera que la administración general, pues las empresas públicas buscan, entre otros objetivos, ser competitivas y con alta rentabilidad social y rendimiento, siendo una forma de gestión de recursos para lograr la consecución de los objetivos para los que fue creado el Estado, esto es, la realización de los derechos de sus coasociados.

(...) la Corte Constitucional encuentra que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no vulnera el artículo 229 de la Constitución, sino que en su lugar ha establecido un régimen propio y especial para el personal de empresas públicas, razón por la cual no cabe distinguir una jurisdicción para los servidores y otra para los obreros, cabiendo una sola jurisdicción (la de los jueces laborales, en virtud del artículo 568 del Código del Trabajo), que guarda concordancia con la remisión específica que el artículo 315 de la Constitución de la República en el inciso segundo confiere a la ley para la regulación de empresas públicas. Además, no existe la aparente antinomia entre la Ley Orgánica de Empresa Pública (sic) y la Ley Orgánica de Servicio Público, pues esta última, en los artículos 3 inciso final, 56 penúltimo inciso, 57 último inciso y 83 literal k ha reconocido el régimen propio y especial del personal de las empresas públicas”.

Sobre la base de la citada sentencia y los artículos 17, 18, 19, 23, 32 y 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, éste Organismo se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que los obreros y servidores públicos de carrera de las empresas públicas están sujetos al régimen del Código del Trabajo, que en su artículo 9 incluye en el concepto de trabajador tanto al obrero como al empleado. El tenor de esa norma es el siguiente: “Art. 9.- Concepto de trabajador.- La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero”.

Así, en oficio No. 19356 de 29 de octubre de 2014, en la parte pertinente concluí lo siguiente:

“No existe duda sobre la aplicación del régimen laboral que establece el Código del Trabajo para los obreros de las empresas públicas, por la previsión expresa que ese Código establece en el numeral 3 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Respecto de los servidores públicos de carrera de esas entidades, del análisis jurídico efectuado se observa que no obstante su designación mediante nombramiento, según el numeral 2 del citado artículo 19 de su Ley Orgánica, están vinculados con la respectiva empresa mediante relación laboral según los artículos 23, 31 y 32 *Ibidem* y que, en lo no previsto en esa Ley están

sujetos supletoriamente al régimen laboral previsto en el Código del Trabajo en lo relativo a la contratación individual, por la remisión explícita que efectúa el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, todo lo cual guarda armonía con lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia que fue citada en los antecedentes, que reconoce un régimen propio y especial al personal de las empresas públicas y con lo que manifesté en el pronunciamiento contenido en oficio No. 11004 de 11 de diciembre de 2012, en el que se concluyó que: ‘(...) el personal de empleados y obreros de las empresas públicas se encuentran sujetos al régimen laboral establecido en el Código del Trabajo, salvo el personal con nombramiento de libre designación y remoción, quienes no tiene relación laboral’ ”.

Por su parte, la letra m) del artículo 2 y el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, el cual es parte del objeto de su consulta, prescriben:

“Art. 2.- Ámbito de aplicación.- El presente Mandato será de aplicación inmediata y obligatoria en las siguientes entidades:

(...) m) Las empresas públicas y privadas cuyo capital o patrimonio esté integrado con el cincuenta por ciento (50%) o más de recursos públicos o las entidades y organismos del sector público;”

“Art. 8.- Liquidaciones e indemnizaciones.- El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total. Para efectos, las instituciones del sector público establecerán, planificada mente, el número máximo de renuncias a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas de ser el caso.

Las autoridades laborales velarán por el derecho a la estabilidad de los trabajadores. Salvo en el caso de despido intempestivo, las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales del personal de las instituciones contempladas en el artículo 2 de este Mandato, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo bajo cualquier denominación, que estipule pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total.

Todos los funcionarios, servidores públicos, personal docente y trabajadores del sector público que se acojan a los beneficios de las indemnizaciones o bonificaciones indicadas en el presente artículo, no podrán reingresar al sector público, a excepción de las dignidades de elección popular o aquellos de libre nombramiento”.

De acuerdo con la letra m) del artículo 2 del Mandato Constituyente No. 2, su ámbito de aplicación incluye a las empresas públicas; y, el segundo inciso de su artículo 8, establece los techos para las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales, de “(...) hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año

de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total”.

Si bien el segundo inciso del artículo 8 del Mandato, no prevé expresamente que las instituciones del sector público establezcan planificadamente, el número máximo de indemnizaciones a ser tramitadas y financiadas en cada año y realicen las programaciones presupuestarias correspondientes, como lo hace el primer párrafo de esa norma, tal planificación y programación presupuestaria se torna imprescindible para atender el pago de las indemnizaciones al personal de las entidades públicas amparado por el Código del Trabajo, tanto más si se considera que, para el caso de los servidores u obreros de las empresas públicas, la parte final del artículo 23 reformado de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuyo texto se transcribe más adelante, se refiere a “programas de retiro voluntario”, lo que impone a esas entidades efectuar la programación presupuestaria pertinente, en forma previa a su aplicación.

El artículo 22 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que invoca el criterio institucional de la entidad consultante, tiene el siguiente tenor:

“Art. 22.- PROHIBICION DE APORTES DE FONDOS DE CESANTIA O JUBILACION CON RECURSOS PUBLICOS.- Se prohíbe el aporte de recursos de la empresa pública o sus subsidiarias, filiales, agencias unidades de negocio a fondos de cesantía o jubilación distintos a los que se entreguen al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”.

De la norma transcrita se aprecia que, el artículo 22 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas prohíbe a esas entidades efectuar aporte de recursos públicos, para financiar prestaciones de “fondos privados” de jubilación complementaria, que brinden “prestaciones adicionales” a las que otorga el seguro general a través del IESS; por tanto, no es aplicable al tema objeto de consulta, referido a la jubilación patronal reglada por el artículo 216 del Código del Trabajo, como se verá más adelante.

Por su parte, el artículo 23 de la misma Ley Orgánica, también citado por la entidad consultante, establece lo siguiente:

Art. 23.- RETIRO VOLUNTARIO.- Los servidores u obreros de las empresas públicas que terminen la relación laboral por retiro voluntario, recibirán el pago de un monto de hasta siete salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, y hasta un máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado, a partir del año 2015, de conformidad con el salario básico unificado vigente al 1 de enero del 2015. El Reglamento General de esta Ley establecerá los requisitos para los programas de retiro voluntario”.

El artículo previamente citado establece una compensación por “retiro voluntario”, aplicable a los servidores u obreros de las empresas públicas que terminen su relación laboral en forma voluntaria, en el contexto de programas de retiro voluntario implementados por la respectiva empresa pública; y por tanto, como un estímulo para que el servidor se acoja a la jubilación. La norma se remite al Reglamento General de esa Ley para determinar los requisitos para dichos programas. No obstante, resulta pertinente considerar que, el Reglamento al que se remite esa norma, no ha sido expedido aún.

Con respecto a la aplicación del beneficio por jubilación a los servidores de las empresas públicas, en pronunciamiento contenido en oficio No. 16958 de 11 de abril de 2014, manifesté:

“Por lo expuesto, se concluye que para efectos del beneficio por jubilación de los servidores de las empresas públicas, se debe considerar todos los años laborados en el sector público y en base de aquellos, efectuar el cálculo de conformidad con la normativa que para el efecto haya expedido el Directorio de la Empresa Pública, siempre y cuando el servidor no haya recibido antes el pago de un beneficio o compensación económica por igual concepto, ya que aquello constituiría duplicidad de pago. De igual manera, se debe tener en cuenta el piso y techo dispuestos en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que prevé una indemnización equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año de servicio, contados a partir del quinto año y hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, ya que la gestión del talento humano de las empresas públicas 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”.

Por su parte, el primer inciso del artículo 216 del Código del Trabajo, establece la jubilación patronal, como obligación del empleador respecto de los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente. La jubilación patronal consiste en una pensión mensual, de tracto sucesivo, que tiene por finalidad asegurar que el jubilado, que al cesar deja de percibir remuneración por su trabajo, disponga a futuro de medios suficientes para atender sus necesidades.

Sobre la aplicación de los artículos 22 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y 216 del Código del Trabajo, en pronunciamiento contenido en oficio No. 11004 de 11 de diciembre de 2012, examiné y concluí lo siguiente:

“Conforme se desprende del texto del artículo 216 del Código del Trabajo, la jubilación patronal es un derecho de los trabajadores que presten servicios de forma ininterrumpida por veinte y cinco años o más al mismo empleador. La norma no distingue ni limita su aplicación respecto de los empleadores privados, por lo que, resulta igualmente aplicable a los empleadores públicos, en beneficio, exclusivamente, del personal de empleados y obreros del sector público amparado por el Código del Trabajo, como es el caso del personal de las empresas públicas, según se ha concluido, al tenor de los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

(...) En atención a los términos de su consulta se concluye que, las empresas públicas deben efectuar la provisión de la jubilación patronal y desahucio de sus empleados y obreros amparados por el Código del Trabajo, conforme a los artículos 216, 184 y 185 del Código del Trabajo, sin que ello contravenga la prohibición establecida por el artículo 22 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, referida al aporte de recursos públicos destinados a financiar fondos privados de jubilación o cesantía”.

A lo dicho en los pronunciamientos previamente citados se debe agregar que, la parte final del tercer inciso de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, prevé específicamente con respecto a la jubilación del personal de esas entidades, lo siguiente:

“PRIMERA.- EMPRESAS PUBLICAS O ESTATALES EXISTENTES:

(...) El personal que actualmente trabaja en las empresas públicas o estatales existentes continuará prestando sus servicios en las empresas públicas creadas en su lugar, de conformidad con su objeto, bajo los parámetros y lineamientos establecidos en esta Ley, no se someterán a periodos de prueba. En consecuencia el régimen de transición previsto en estas disposiciones,

incluidas las fusiones, escisiones y transformaciones no conllevan cambio de empleador ni constituyen despido intempestivo. En caso de jubilación, desahucio o despido intempestivo, se tomarán en cuenta los años de servicio que fueron prestados en la empresa extinguida y cuya transformación ha operado por efecto de esta ley, sumados al tiempo de servicio en la nueva empresa pública creada, con los límites previstos en esta Ley”.

Similar previsión consta en el numeral 2.1.6 de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que regló la transformación de las sociedades anónimas con participación accionaria estatal a empresas públicas. Dicha norma prescribe:

“2.1.6. El personal que actualmente labora en cada sociedad anónima con participación accionaria estatal total continuará prestando sus servicios en las empresas públicas creadas en su lugar, de conformidad con su objeto, bajo los parámetros y lineamientos establecidos en esta Ley, no se someterán a periodos de prueba. En consecuencia el régimen de transición previsto en estas disposiciones no conlleva cambio de empleador ni constituye despido intempestivo. En caso de jubilación, desahucio o despido intempestivo, prevista en esta Ley, se tomarán en cuenta los años de servicio que fueron prestados en la empresa extinguida y cuya transformación ha operado por efecto de esta ley, sumados al tiempo de servicio en la nueva empresa pública creada, con los límites previstos en esta Ley”.

La Resolución de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 233 de 14 de julio de 1989, que ha citado el Ministerio del Trabajo, resuelve: “Que es imprescriptible el derecho del trabajador, que hubiere prestado sus servicios por 25 años o más, en forma continuada o interrumpidamente, para que se beneficie con la jubilación patronal a que se refiere el Art. 221 (hoy artículo 216) del Código del Trabajo”.

Del análisis jurídico hasta aquí efectuado y de los pronunciamientos previamente citados se evidencia que, de conformidad con el artículo 216 del Código del Trabajo, la jubilación patronal es un derecho de los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente al mismo empleador, aplicable a los empleadores privados y públicos, según se concluyó en el pronunciamiento contenido en oficio No. 11004 de 11 de diciembre de 2012; que se debe pagar cualquiera que sea la forma de terminación del contrato de trabajo, en forma independiente de la jubilación que le corresponde asumir al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, consiste en una renta mensual vitalicia, calculada en la forma prevista en esa norma, que tiene por finalidad que el trabajador que cesa y deja de percibir su remuneración, cuente a futuro con un ingreso mensual que le permita satisfacer sus necesidades.

Mientras que el beneficio por retiro para acogerse a la jubilación es una prestación distinta de la jubilación patronal, que se paga por una sola vez y que constituye un estímulo para que el trabajador se jubile; y, que en el caso de los servidores de las empresas públicas, se rige por el segundo inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 y la normativa que al efecto haya expedido el Directorio de la Empresa Pública, de conformidad con el segundo inciso del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, así como por el contrato colectivo que ampare a los obreros de las empresas públicas según el artículo 26 de esa Ley. Este beneficio es aplicable siempre y cuando el trabajador no haya recibido antes otra compensación económica por igual concepto y se sujeta a los límites establecidos por el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, reformado por el artículo 64 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento en el Trabajo del Hogar, que prevé que las indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo, serán de “hasta” siete salarios



mínimos básicos unificados del trabajador privado, por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total.

Por lo expuesto y en atención a los términos de su consulta se concluye que, la jubilación patronal y el beneficio por jubilación son dos prestaciones distintas e independientes, por lo que el pago de la una no excluye el de la otra. La jubilación patronal se debe cancelar al personal de trabajadores de las empresas públicas que cumpla los requisitos previstos en el artículo 216 del Código del Trabajo; mientras que, el beneficio por retiro para acogerse a la jubilación, se podrá cancelar por una sola vez a quien antes no hubiere percibido un beneficio por el mismo concepto, debiéndose observar los límites establecidos por el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2.

La clasificación del personal del sector público, en servidores u obreros compete al Ministerio del Trabajo, según el Decreto Ejecutivo No. 225 publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y no constituye orden de pago, siendo exclusiva responsabilidad de la Entidad a su cargo, verificar en los casos particulares el cumplimiento de los requisitos legales y determinar los beneficios que correspondan a sus servidores según el régimen jurídico que les sea aplicable, así como efectuar la pertinente planificación anual y presupuestaria.

#### SEGUNDA CONSULTA

Mediante oficio No. 01135 de 12 de mayo de 2015, éste Organismo se abstuvo de atender la consulta inicialmente formulada en el oficio No. EPMAPASD-AJ-GG-FSG-0186-2015 de 24 de abril de 2015, que trataba sobre la dotación de uniformes al personal de esa empresa y que fue planteada en los siguientes términos:

“La Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Santo Domingo debe entregar uniformes a los ex trabajadores y/o jubilados teniendo en cuenta que los uniformes eran del año fiscal 2014, y se encontraban considerados en el presupuesto: (sic) y su desvinculación fue en el segundo semestre del año 2014”.

La abstención de esta Entidad se motivó en que la consulta inicialmente formulada, transcrita en el párrafo que precede, no estaba referida a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, conforme al ámbito de competencias de este Organismo, establecidas por los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República, 3 lera e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

En el oficio No. EPMAPASD-AJ-GG-FSG-301-2015 de 2 de junio de 2015, respecto de la pregunta No. 2, se observa que ha sido planteada en similares términos a aquellos en que inicialmente se formuló en el oficio No. EPMAPASD-AJ-GG-FSG-0186-2015 de 24 de abril de 2015 y que como queda expuesto, mereció la abstención de este Organismo, contenida en oficio No. 01135 de 12 de mayo de 2015.

Por lo expuesto, al no haber variado los fundamentos de derecho en que se motivó la abstención de este Organismo, su pedido se torna improcedente.

## L

### LÍMITES TERRITORIALES: TRÁMITE DE LAS APELACIONES A LAS RESOLUCIONES

**OF. PGE. N°:** 02022 de 17-06-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE IMBABURA

#### **CONSULTA:**

“¿Cuál sería el procedimiento que debería adoptar el Consejo Provincial de Imbabura, para aceptar a trámite las apelaciones a las Resoluciones que contienen la definición de los límites territoriales según lo dispuesto en el artículo 26 inciso segundo de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, en concordancia con el artículo 10 de la Ordenanza que Establece (sic) el Procedimiento para la Resolución Institucional de los Conflictos de Límites Intercantoniales entre los Cantones de Otavalo- Cotacachi y Otavalo Antonio Ante, tomando en cuenta que ninguna de éstas normativas establece el procedimiento para apelación?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 76 núm. 7 lit. m) y 132 núm. 5).

Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, Arts. 2, 7, 10, 23 lit. c), 25, 26; y, 18, 19, 20 de su Reglamento.

Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, Arts. 18, 21, 23, 403, 405, 409 y 410.

Ordenanza que establece el procedimiento para la resolución institucional de los conflictos de límites intercantoniales entre los cantones de Otavalo-Cotacachi y Otavalo-Antonio Ante, Art. 10.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender su consulta, con oficios Nos. 01549 y 01550 de 17 de junio de 2015, este Organismo solicitó el criterio institucional del Presidente del Consorcio de Gobiernos Provinciales del Ecuador y del Secretario Técnico del Comité Nacional de Límites Internos.

Mediante oficio No. PC-2015-0036-Of de 25 de junio de 2015, ingresado el 2 de julio del presente año, el economista Gustavo Baroja Presidente del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, ha hecho llegar a este Organismo el criterio de esa entidad asociativa sobre el tema objeto de consulta; y, con oficio No. 2015-486-ST-CONALI de 1 de julio de 2015, recibido el 2 de julio del presente año, el arquitecto Raúl Muñoz Castillo Secretario Técnico del Comité Nacional de Límites Internos, ha remitido su criterio institucional.

La norma sobre cuya aplicación trata la consulta, es la contenida en el segundo inciso del artículo 26 de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, no obstante para la comprensión de su contexto se cita la disposición completa, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 26.- Resolución Institucional.- Cualquier circunscripción territorial que mantenga un conflicto de límites internos con otra u otras circunscripciones vecinas, podrá plantear fundamentadamente su reclamación ante el consejo o concejo del nivel de gobierno

descentralizado inmediato superior o ante el Presidente de la República, dependiendo del ámbito territorial de incidencia del conflicto de límites, solicitando que abra el expediente respectivo y disponga la citación al gobierno de la o las circunscripciones territoriales involucradas a fin de que en el plazo que corresponda contesten y expongan razonadamente sus argumentos, adjuntando para el efecto la documentación que consideren pertinente.

Una vez evacuadas todas las pruebas, el consejo o concejo correspondiente declarará terminada esa etapa y, en el plazo que corresponda según lo previsto en la ordenanza respectiva, emitirá el dictamen en que (i) se identifique la indefinición limítrofe y (ii) se fije de manera motivada, técnica y definitiva los límites entre las circunscripciones en conflicto.

En los casos cuya resolución le correspondan al Presidente de la República, el Comité Nacional de Límites Internos declarará terminada la etapa probatoria y elaborará el informe técnico razonado de delimitación territorial que será incorporado en la decisión que el Presidente de la República debe emitir y en el proyecto de ley que debe elaborar.

Los límites que establezca el respectivo consejo o concejo serán base obligatoria del proyecto de ley que, en todos los casos de fijación de límites, deberá elaborar el Presidente de la República, excepto en los de parroquias rurales”.

El informe de la Procuradora Síndica del Gobierno Autónomo Provincial consultante, contenido en oficio No. GPI-PS-2015-011 de 8 de junio de 2015, cita los artículos 26 de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, 20 de su Reglamento y 10 de la Ordenanza que establece el procedimiento para la resolución institucional de los conflictos de límites intercantonales entre los cantones de Otavalo-Cotacachi y Otavalo-Antonio Ante, cuya copia certificada se ha remitido como anexo a la consulta; y, sobre dicha base concluye:

“(…) al no existir en las normas citadas el procedimiento para apelar, así como tampoco la definición del término y el organismo ante quien se lo formula; sino más bien se establece que la resolución es definitiva, en mi criterio considero que no existe definido el procedimiento para que proceda las apelaciones presentadas; fundamentando mi criterio además, en el aforismo jurídico de que en el Derecho Administrativo, solo se hace lo que está escrito.”

Por su parte, el Presidente del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, remite adjunto a la comunicación a la que se hizo referencia en los antecedentes, el memorando No. DAJ-2015-202-M de 22 de junio de 2015, que contiene el criterio del Director de Asesoría Jurídica de esa entidad asociativa, quien expone lo siguiente:

“La Ley para la Fijación de Límites Internos, es una Ley General del Derecho Público por cuanto no depende de otra norma para su aplicación, razón por lo cual debe entenderse que ésta y su reglamento contienen todos los elementos necesarios para su ejecución. En este sentido, puesto que no existen disposiciones respecto a impugnaciones o reclamos administrativos, más aun cuando la Ley en referencia, en su artículo 26 determina que el dictamen es definitivo, manifiesto:

La interposición de un recurso administrativo de apelación ante el Consejo Provincial, no cabe en el presente pudiendo caso (sic) dicho órgano legislativo inhibirse de conocer el trámite por falta de norma expresa que lo permita;

Cabe manifestar que si bien la normativa inherente al tema de límites no determina expresamente los actos de impugnación; por otro lado el Código Orgánico de Organización

Territorial Autonomía y Descentralización, cuerpo legal al cual están sometidas las decisiones de los órganos legislativo (sic) y de autoridades de los gobiernos autónomos, si contiene normativa específica sobre él está (sic) figura jurídica siendo así que en su artículo 403 se menciona: 'Contra las resoluciones que impongan sanciones administrativas, podrán (sic) interponerse el recurso de apelación o el extraordinario de revisión, siguiendo las normas del presente Código'; ante lo cual a criterio de esta dirección el Consejo Provincial no podría conocer un recurso de apelación por cuanto al establecer fijaciones de límites, no se configura una sanción a los administrados”.

En armonía con el criterio del Director de Asesoría del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales, su Presidente, manifiesta: “Siendo que en la normativa para la fijación de límites, no establece la figura de apelación, así como tampoco procedimientos para la sustanciación de un recurso administrativo, manifiesto que el Consejo Provincial, no estaría en capacidad de tramitar dicho recurso (...)”.

Mientras que, el Secretario Técnico del Comité Nacional de Límites Internos, cita la letra m) del número 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, que entre las garantías del debido proceso, en el contexto del derecho de las personas a la defensa, incluye la de “m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”; y, el artículo 7 de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, que confiere al órgano legislativo de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales atribución para resolver los conflictos de límites internos que se presenten entre cantones y de los tramos de linderos de parroquias rurales ubicados en los límites cantonales de su circunscripción.

El Secretario Técnico del Comité Nacional de Límites Internos invoca adicionalmente los artículos 405, 409 y 410 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que reglan los recursos administrativos de impugnación de las resoluciones adoptadas por esos gobiernos autónomos con el siguiente tenor:

“Art. 405.- Impugnación en vía administrativa.- Las resoluciones podrán impugnarse en vía administrativa siguiendo las reglas del presente Código. La resolución de la máxima autoridad causará ejecutoria. No será necesario agotar la vía administrativa para reclamar por vía judicial.

En la sustanciación de los recursos administrativos, se aplicarán las normas correspondientes al procedimiento administrativo contemplado en este Código”.

“Art. 409.- Recurso de apelación.- Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa”.

Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.

“Art. 410.- Plazos para apelación.- El plazo para la interposición del recurso de apelación será de cinco días contados a partir del día siguiente al de su notificación.

Si el acto no fuere expreso, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica se produzcan los efectos del silencio administrativo.

Transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme para todos los efectos.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de treinta días.

Contra la resolución de un recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa, salvo el recurso extraordinario de revisión en los casos aquí establecidos”.

Sobre la base normativa citada el Secretario Técnico del Comité Nacional de Límites Internos en relación al tema materia de consulta, manifiesta y concluye que:

“Con pleno conocimiento de que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización –COOTAD, es la norma principal aplicable a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, a la que se debe acudir en caso de vacío legal de otras normas, como la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos u ordenanzas de los GADS; es prudente en este caso, remitirnos al mencionado cuerpo legal.

Los órganos legislativos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados tienen la competencia para resolver los diferendos limítrofes, entre otros, a través del procedimiento de Resolución Institucional, mismo que concluye con una resolución que tiene como base la manifestación de la voluntad administrativa de la autoridad territorial competente y que son considerados por el COOTAD como acto administrativo (...).

La resolución del Consejo Provincial que da fin al procedimiento institucional de Resolución Institucional, es emitida por el órgano legislativo del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Imbabura, por lo que, de conformidad con el ordenamiento jurídico interno es susceptible de impugnación en sede administrativa, artículos 409 y 410 del mismo cuerpo normativo.

Por tratarse de un procedimiento estrictamente administrativo, se debe acoger la normativa adjetiva prevista en el COOTAD, que de manera general regula la impugnación en vía administrativa y que, si resultare insuficiente puede remitirse a la ordenanza pertinente con la que cuente el GAD (...).”.

De los criterios institucionales citados se desprende que, el gobierno provincial consultante y el Consorcio de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales, coinciden en que la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos no contiene normas expresas que prevean mecanismos de impugnación de las resoluciones institucionales, que expidan los Consejos o Concejos para resolver los conflictos internos de límites de su competencia; mientras que, la Secretaría Técnica del Comité Nacional de Límites Internos, bajo la premisa de que la resolución institucional constituye un acto administrativo, considera que la falta de normas en la Ley que regula dichos procedimientos, se suple mediante la aplicación de aquellas que regulan la impugnación en sede administrativa, contenidas en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y de ser el caso en la Ordenanza que cada gobierno autónomo hubiere expedido para reglar la materia.

Para atender la consulta corresponde considerar como antecedente que, de acuerdo con los artículos 18 y 21 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la creación de provincias y cantones se realiza mediante ley; la iniciativa del proyecto de ley corresponde al Presidente de la República y debe contener la descripción del

territorio que comprende la provincia o cantón y sus límites, entre otros requisitos. Igual ocurre en el caso de fusión de cantones, según el artículo 23 *Ibidem*.

El séptimo considerando de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, cita el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, en tanto establece los procedimientos y requisitos para la creación de regiones, provincias, cantones y parroquias, que precisan de una delimitación territorial detallada y definida; y, de acuerdo con la parte final del antepenúltimo considerando de esa Ley, ese cuerpo normativo tiene por propósito, “(...) establecer mecanismos adecuados para la solución de conflictos de delimitación territorial presentes y futuros (...)”.

El artículo 2 de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, define a los procedimientos para la solución de conflictos limítrofes así:

“PROCEDIMIENTOS PARA LA SOLUCION DE CONFLICTOS LIMITROFES Y DE PERTENENCIA: secuencia de acciones dirigidas a poner fin a los conflictos limítrofes y de pertenencia de las circunscripciones territoriales. Pueden ser procedimientos amistosos o institucionales.

“PROCEDIMIENTOS INSTITUCIONALES: Son procedimientos institucionales, la consulta popular y aquellos que se llevan a conocimiento de los concejos, de los consejos o del Presidente de la República, en el ámbito de sus competencias, o ante un árbitro, para que emitan un dictamen o laudo obligatorio, según el caso, que ponga fin al conflicto de límites”.

Respecto de los procedimientos institucionales para la solución de conflictos limítrofes de competencia de los gobiernos autónomos, los artículos 7 y 10 de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales, disponen en su orden:

“Art. 7.- Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales.- Los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales tendrán competencia para resolver los conflictos de límites internos que se presenten entre sus cantones y de los tramos de linderos de parroquias rurales ubicados en los límites cantonales de su circunscripción, sin perjuicio de la solución amistosa a la que ellos puedan llegar”.

“Art. 10.- Participación Social.- Los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, previo a resolver los conflictos de límites internos en base a la competencia establecida en la presente ley, en todos los actos administrativos, legislativos o de solución amistosa, deben garantizar la participación activa de la ciudadanía involucrada”.

Es decir que, de acuerdo con los artículos 2, 7 y 10 de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, corresponde a los consejos provinciales la competencia para resolver los conflictos de límites internos que se presenten entre cantones y tramos de linderos de parroquias rurales ubicados en los límites cantonales de la respectiva circunscripción provincial; y, al efecto, los consejos provinciales están autorizados a expedir actos administrativos y legislativos.

El artículo 20 de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, determina las normas comunes a todos los procedimientos de solución de conflictos en materia de fijación de límites internos; y, el segundo inciso de la letra e) de ese artículo prevé que el Reglamento a la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos y la ordenanza respectiva, “(...) regularán otros aspectos procesales de los procedimientos institucionales previstos en esta ley, tales como requisitos de procedibilidad, etapas procesales, legitimación y plazos”.

Finalmente, el artículo 26 de la Ley, que fue transcrito en los antecedentes, establece las etapas del procedimiento que deben observar los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados y por tanto los consejos provinciales en los casos de su competencia, para expedir la resolución institucional que fije los límites entre las circunscripciones en conflicto.

El segundo inciso del artículo 26 de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, sobre cuya aplicación trata la consulta, prevé: que “Una vez evacuadas todas las pruebas, el consejo o concejo correspondiente declarará terminada esa etapa y, en el plazo que corresponda según lo previsto en la ordenanza respectiva, emitirá el dictamen en que (i) se identifique la indefinición limítrofe y (ii) se fije de manera motivada, técnica y definitiva los límites entre las circunscripciones en conflicto”.

Por su parte, los artículos 18, 19 y 20 del Reglamento a la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, ubicados en la Sección Segunda “Resolución Institucional”, establecen en su orden: el contenido de la demanda o reclamación y de la contestación, así como el procedimiento para la resolución institucional. Sobre ésta última, el artículo 20 del Reglamento dispone:

“Art. 20.- Procedimiento para la resolución institucional.- Para la resolución institucional, en los casos que le compete al Presidente de la República, se observará el siguiente procedimiento:

- a) El representante legal de la circunscripción territorial presentará la reclamación debidamente motivada al Presidente de la República, quien de considerado pertinente, la admitirá a trámite y la remitirá al Comité, para que sustancie el proceso. De no acompañarse a la reclamación el informe de diagnóstico técnico, jurídico y social a que se refiere la letra a) del artículo 20 de la Ley, se lo requerirá al Comité de forma previa a la admisión;
- b) El Comité, dentro del término de cinco (5) días, dispondrá que se cite con la reclamación;
- c) La parte demandada dispondrá del término de diez (10) días a partir de la citación para contestar la reclamación, fundamentando los puntos en los cuales está de acuerdo o en desacuerdo, adjuntando la documentación de sustento;
- d) Contestada la demanda o a falta de ésta, el Comité, de oficio, convocará a audiencia de conciliación, que deberá efectuarse dentro del término de quince (15) días. La audiencia podrá prolongarse por el tiempo que sea necesario a efectos de lograr un acuerdo parcial o total de límites, pero no por más de tres (3) días;
- e) Para la audiencia de conciliación, las partes intervinientes deberán estar acreditadas por sus respectivos órganos legislativos con capacidad para transigir, acordar y tomar cualquier resolución al respecto;
- f) En caso de que las partes llegaren a un acuerdo total, se levantará el acta correspondiente en la que se hará constar los límites territoriales acordados. El acta así elaborada, será suscrita por las autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados involucrados;
- g) El Comité acogerá el acuerdo de las partes y emitirá el informe técnico razonado de delimitación territorial, que lo remitirá al Presidente de la República;
- h) En caso de que las partes llegaren a acuerdos parciales, se elaborará y suscribirá el acta de conformidad con lo dispuesto en la letra f) de este artículo, señalando además, las razones por las cuales no se ha llegado al acuerdo total. El Comité, continuará con proceso para resolver los puntos no acordados por las partes.
- i) En caso de no haber acuerdo o de existir acuerdo parcial, el Comité abrirá la causa prueba por el término de diez (10) días para resolver sobre los puntos discutidos;

j) Evacuadas las pruebas, el Comité emitirá el informe técnico razonado de delimitación territorial, en el que se harán constar además los acuerdos parciales de las partes, y lo remitirá al Presidente de la República.

Los Gobiernos Autónomos Descentralizados podrán adoptar este procedimiento para la sustanciación de sus procesos de resolución institucional. En todos los casos, una vez concluido el procedimiento, los Gobiernos Autónomos Descentralizados remitirán el expediente al Comité para la emisión del informe técnico razonado de delimitación territorial”.

Los conflictos de límites territoriales internos se resuelven mediante procedimientos amistosos (negociación directa y mediación territorial) o institucionales (arbitraje, resolución institucional y consulta popular). Los acuerdos, laudos o resoluciones, según el caso, que pongan fin al conflicto se remiten al Presidente de la República para la expedición del respectivo proyecto de ley, según prescriben los artículos 23 letra c), 25 y 26 de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos.

Respecto de los procedimientos institucionales sujetos a resolución de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, los artículos 20 y 26 segundo inciso de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, 18, 19 y 20 de su Reglamento, establecen las normas comunes, así como sus etapas que son las siguientes: demanda o reclamación, citación a los gobiernos de las circunscripciones territoriales involucradas, contestación, audiencia de conciliación, prueba y resolución institucional. Según el artículo 26 *Ibidem*, el procedimiento se resuelve mediante el dictamen en el que el Consejo Provincial fija los límites entre las circunscripciones territoriales en conflicto.

La Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos y su Reglamento, al reglar los procedimientos de resolución institucional de conflictos territoriales de límites internos, como el arbitraje (artículo 25 de la Ley) y los procedimientos que se someten a conocimiento y resolución de los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados (artículo 26 de la Ley), confieren expresamente al laudo y a la resolución institucional, respectivamente, el carácter de definitivas. El instrumento que resuelve el conflicto y fija los límites entre las circunscripciones en conflicto, se remite al Presidente de la República para la expedición del respectivo proyecto de ley, excepto en los casos de parroquias rurales, en los que corresponde expedir Ordenanza municipal, según la parte final del artículo 25 de la Ley.

Adicionalmente, la Ley *Ibidem* y su Reglamento no han previsto mecanismos de impugnación de la Resolución Institucional (o dictamen como la denomina el segundo inciso del artículo 26 de esa ley) que expidan los gobiernos autónomos descentralizados a través de sus órganos legislativos, sin que sea aplicable por analogía el procedimiento que establece el artículo 409 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización para el recurso administrativo de apelación, que según su tenor está previsto para impugnar ante la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado las resoluciones y actos administrativos cuando no pongan fin a la vía administrativa, requisitos que no se configuran en la materia que regla la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, pues por el contrario, el artículo 26 de esa Ley confiere carácter definitivo a la Resolución Institucional que expiden los Consejos, que son órganos legislativos que carecen de superior jerárquico.

Del análisis hasta aquí efectuado se desprende que, los procedimientos sujetos a la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, no son procedimientos administrativos que creen, modifiquen o extingan derechos u obligaciones subjetivos de los administrados, sino procedimientos especiales a los que pueden recurrir las circunscripciones territoriales que



mantienen conflictos de límites internos. La Resolución Institucional que expide el consejo provincial, según lo establecido en el artículo 26 de la citada Ley fija los límites internos entre las circunscripciones correspondientes y finaliza aquellos conflictos que hayan sido puestos en su conocimiento.

Finalmente cabe considerar que, según la parte final del artículo 26 de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, “Los límites que establezca el respectivo consejo o concejo serán base obligatoria del proyecto de ley que, en todos los casos de fijación de límites, deberá elaborar el Presidente de la República, excepto en los de parroquias rurales”; y, que de acuerdo con el numeral 5 del artículo 132 de la Constitución de la República, compete a la Asamblea Nacional aprobar como leyes las normas que tengan por objeto “5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias”, observando al efecto el “Procedimiento Legislativo” que regula la Sección Tercera del Capítulo II “Función Legislativa” de la Constitución de la República.

Por lo expuesto, y en atención a los términos de la consulta se concluye que, de acuerdo con el tenor de los artículos 10 y 26 de la Ley para la Fijación de Límites Territoriales Internos, la Resolución Institucional o Dictamen que expiden los órganos legislativos de los gobiernos autónomos descentralizados, para fijar los límites internos de las circunscripciones territoriales en conflicto, tiene carácter definitivo, por lo que el Consejo no tiene competencia para conocer y resolver apelaciones a dichas Resoluciones.

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.

## M

### **MANDATO CONSTITUYENTE No. 2: RENUNCIA VOLUNTARIA PARA ACOGERSE A LA JUBILACIÓN**

**OF. PGE. N°:** 01287 de 25-05-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** DEFENSORIA PÚBLICA GENERAL DEL ESTADO

#### **CONSULTA:**

Si los servidores públicos que laboran bajo la modalidad de servicios ocasionales, una vez cumplidos los requisitos legales para poder acogerse voluntariamente a la jubilación, tienen derecho a recibir la indemnización o compensación económica establecida en los arts. 8 del Mandato Constituyente No. 2, 23 literal e), 81 penúltimo inciso y 129 primer inciso de la Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP, pues tienen la calidad de servidores públicos según la definición contenida en el art. 229 de la Constitución de la República y art. 4 de la propia LOSEP; y, b) lo propio respecto de los servidores que cumplan tales requisitos mientras se hallan ejerciendo funciones con nombramientos provisionales”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229.  
Mandato Constituyente No. 2, Art. 8.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 17, 23 lit. e), 58, 81, 82, 83, 85, 86, 128 y 129; y, 17, 18, 143 y 288 de su Reglamento General.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

La consulta trata sobre la aplicación de las normas que regulan el beneficio por jubilación (o compensación por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación) de los servidores públicos; no obstante, contiene dos preguntas, la primera referida a la aplicación de dicho beneficio al personal amparado por contrato ocasional y la segunda sobre la aplicación del beneficio al personal con nombramiento provisional.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, con oficio No. 00830 de 15 de abril de 2015, se solicitó el criterio institucional del Ministro del Trabajo; y, con oficio No. 01056 de 6 de mayo de 2015 se insistió en dicho requerimiento, que ha sido atendido mediante oficio No. MDT-VSP-2015-0318 de 12 de mayo de 2015, recibido el 14 de mayo del presente año, suscrito por la Viceministra del Servicio Público.

El informe del Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Defensoría Pública, contenido en memorando No. DP-DAJ-2015-0082-M de 24 de marzo de 2015 cita entre otras normas, los artículos 229 de la Constitución de la República, 8 del Mandato Constituyente No. 2, 23 letra e), 58, 81 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, 143 y 288 de su Reglamento General; y, expone una sola conclusión respecto de las dos consultas, en los siguientes términos:

“Si por una parte la Carta Suprema establece en forma diáfana que son servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público, y, por otra, el Mandato Constituyente No. 2 y la LOSEP reconocen el derecho de todo servidor público a percibir la indemnización o compensación de la cual trata esta consulta, la única conclusión lógica a la cual se puede arribar es que quienes laboran con contratos de servicios ocasionales o nombramientos provisionales en el sector público también tienen derecho a ella”.

Por su parte, la Viceministra del Servicio Público, en la comunicación a la que se hizo referencia en los antecedentes, expone conclusiones independientes para cada una de las dos consultas formuladas por la Defensoría Pública; y, manifiesta adicionalmente que, con oficio No. DP-DPG-ADJ-2014-0232 de 21 de mayo de 2014, el Defensor Público consultó a ese Ministerio sobre el beneficio por jubilación y recibió la respuesta contenida en oficio No. MRL-CGAJ-2014-0152-O de 27 de junio de 2014 en la que Ministerio expuso lo siguiente:

“(…) Por tanto, la compensación económica por efecto de acogerse las y los servidores públicos al retiro por jubilación determinadas en los artículos 81 y 129 de la LOSEP, no es aplicable para las personas que trabajan bajo contrato de servicios ocasionales, dada la naturaleza de este tipo de contratos que no generan estabilidad...”.

Con los antecedentes expuestos, atiendo sus consultas en los siguientes términos:

1. Personal vinculado mediante contrato ocasional.

Mediante oficio No. 04037 de 3 de octubre de 2011, cuya copia acompaño, esta Procuraduría se ha pronunciado sobre la aplicación de los artículos 81 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público que establecen el beneficio por jubilación y 143 del Reglamento General a esa Ley, según

el cual el personal amparado por contratos de servicios ocasionales no está sujeto a los incentivos para la jubilación, sin que sea necesario emitir un nuevo pronunciamiento al respecto.

Adicionalmente pongo en su conocimiento que en el portal institucional [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec) se encuentran, a disposición del público, los pronunciamientos vinculantes emitidos por la Procuraduría General del Estado a través del Sistema de Consultas Absueltas, herramienta informática diseñada por esta Institución para facilitar su búsqueda y la obtención de los pronunciamientos emitidos a partir del año 2008.

## 2. Personal designado mediante nombramiento provisional.

De acuerdo con el informe del Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Defensoría Pública, que fue transcrito en los antecedentes, con respecto al beneficio por jubilación manifiesta: “(...) quienes laboran con contratos de servicios ocasionales o nombramientos provisionales en el sector público tienen también derecho a ella”.

Por su parte, el criterio institucional del Ministerio del Trabajo, cita entre otras normas, los artículos 17, 81, 82, 83, 85, 86, 128 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, 17 y 18 de su Reglamento General y concluye lo siguiente:

“En razón de lo expuesto, los beneficios de jubilación establecido en el artículo 129 reformado de la LOSEP, se aplica específicamente a las y los servidores públicos de carrera que luego de haber prestado sus servicios en el sector público se retiren voluntariamente para jubilarse, siempre que hayan cumplido con los requisitos de las Leyes de Seguridad Social, de acuerdo con el Plan de Desvinculación Institucional aprobado y debidamente presupuestado, conforme lo viabilizan los artículos 285, 288 y 289 de su Reglamento General, disposiciones que no son aplicables a las y los servidores de nombramiento provisional por estar excluidos del sistema de carrera del servicio público, excepto para las y los servidores públicos de carrera que se encuentren ocupando puestos en la institución mediante nombramientos provisionales permitidos para ellos en los casos previstos por el artículo 17 letra b) de la LOSEP, artículo 18 de su Reglamento General, y como lo señala el penúltimo inciso del artículo 83 de esta Ley, esto es que estén desempeñando funciones por encargo, subrogación o nombramiento provisional.

En el entendido de que se acojan los servidores públicos de carrera que ostentan nombramientos provisionales en los términos ya expuestos al retiro por jubilación y por ende a la compensación económica prescrita en el artículo 129 citado de la LOSEP, una vez cumplidos los presupuestos jurídicos precedentes, deberán incorporarse a sus puestos de origen previo a la cesación de funciones”.

El informe del Asesor Jurídico de la entidad consultante, se refiere al artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, cuyo primer inciso es el siguiente:

“Art. 8.- Liquidaciones e indemnizaciones.- El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total. Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán, planificadamente, el número máximo de renunciadas a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones

presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso”.

No obstante, resulta pertinente considerar como antecedente que, en pronunciamientos contenidos en oficios Nos. 05789 de 6 de enero de 2012 y 00150 de 20 de febrero de 2015, este Organismo ha concluido que el primer inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 fue reformado por la posterior expedición de Ley Orgánica del Servicio Público; transcribo al efecto, la parte pertinente del último pronunciamiento citado:

“(…) el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, reguló en su primer inciso las indemnizaciones por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los servidores públicos, materia posteriormente reformada por la Disposición General Décimo Segunda de la Ley Orgánica del Servicio Público”.

Para atender la consulta es oportuno considerar que, la letra e) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público reconoce entre otros derechos de los servidores públicos, el de: “e) Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a jubilación, por el monto fijado en esta Ley”.

De acuerdo con el artículo 47 letra j) de la citada Ley Orgánica, los servidores públicos cesan definitivamente en sus funciones, entre otros casos “(…) j) Por acogerse al retiro por jubilación (...)”, para lo cual según el artículo 128 *Ibidem*, deben cumplir los requisitos que establezcan las leyes de seguridad social.

El beneficio por jubilación o retiro voluntario para acogerse a la jubilación, que es el tema específico materia de su consulta, consta establecido por el artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, ubicado en el Capítulo 1 “Generalidades” del Título VI que trata sobre “La carrera del Servicio Público”. Dicha norma establece lo siguiente:

“Art. 81.- Estabilidad de las y los servidores públicos.- Se establece dentro del sector público, la carrera del servicio público, con el fin de obtener eficiencia en la función pública, mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos. Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, el régimen de libre nombramiento y remoción tendrá carácter de excepcional.

Se prohíbe calificar como puestos de libre nombramiento y remoción a aquellos puestos protegidos por la carrera del servicio público que actualmente están ocupados, con el propósito de remover a sus titulares.

Se prohíbe que los puestos de libre nombramiento y remoción, sean clasificados en forma descendente a un puesto protegido por la carrera del servicio público.

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

A las servidoras y servidores que, a partir de dicha edad, cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación y requieran retirarse voluntariamente del

servicio público, se les podrá aceptar su petición y se les reconocerá un estímulo y compensación económica, de conformidad con lo determinado en la Disposición General Primera.

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

De la disposición legal transcrita se desprende que, su quinto inciso establece el beneficio por jubilación, como un estímulo específicamente creado para los servidores públicos de carrera, que cumplan los requisitos determinados en las leyes de la seguridad social para la jubilación y se retiren voluntaria u obligatoriamente del servicio público por haber alcanzado los límites de edad que esa norma prevé.

Sobre dicha base normativa, en pronunciamiento contenido en el oficio No. 00989 de 21 de marzo de 2011, la Procuraduría General del Estado concluyó lo siguiente:

“Del tenor literal del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, antes transcrito que establece las condiciones en que procede reconocer el beneficio por jubilación, se desprende lo siguiente: a) que cumplidos los 65 años edad, el servidor público llega al tope de su carrera y no puede ascender más; b) que a partir de esa edad, 65 años, el servidor público tiene la opción de retirarse voluntariamente y percibir el beneficio por jubilación, o permanecer en funciones hasta cumplir los 70 años de edad establecidos como límite de retiro obligatorio, y percibir el beneficio por jubilación.

Sin embargo, queda claro de la norma en análisis que, el beneficio por jubilación previsto en el Art. 81 de la LOSEP, es un mecanismo establecido como estímulo para motivar al servidor que ha llegado al tope de su carrera, a los 65 años de edad, a acogerse voluntariamente al retiro antes de cumplir la edad límite de 70 años, en que el retiro se torna obligatorio; sin embargo, en los dos casos, el beneficio está supeditado a que el servidor efectivamente cumpla los requisitos establecidos en la Ley de Seguridad Social para acogerse a la jubilación, en concordancia con la Resolución No. C.D. 100, expedida por el Consejo Directivo del IESS; es decir, para el caso previsto en los incisos cuarto y quinto del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, por lo menos sesenta y cinco años de edad y un mínimo de ciento ochenta imposiciones mensuales y para el caso del inciso sexto del mismo artículo, setenta años de edad y un mínimo de ciento veinte imposiciones mensuales”.

Recientemente, el primer inciso del artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que establece el monto del beneficio por jubilación, fue reformado por el artículo 63 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Su texto en actual vigencia, es el siguiente:

“Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, a partir del año 2015, de conformidad con el salario básico unificado vigente al 1 de enero del 2015 para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Los jubilados y quienes reciban pensiones de retiro solamente podrán reingresar al sector público en caso de ocupar puestos de libre nombramiento y remoción y aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, así como puestos de docencia universitaria e investigación científica.

En caso de reingreso al sector público, el jubilado que ya recibió este beneficio, no tendrá derecho a recibirlo nuevamente”.

De las normas citadas se desprende que, según los artículos 81 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el beneficio por jubilación se aplica por una sola vez, respecto de los servidores públicos de carrera que se retiren para acogerse a la jubilación y cumplan los requisitos para ello previstos en la Ley de Seguridad Social; y, su cuantía es la determinada por el primer inciso reformado del citado artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, esto es cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, y a partir del año 2015, de conformidad con el salario básico unificado vigente al 1 de enero de 2015.

A fin de atender al tema específico materia de consulta, referido a los servidores designados mediante nombramiento provisional, es necesario considerar que, la letra h) del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público excluye en forma expresa del sistema de carrera del servicio público, a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción y de nombramiento provisional.

El artículo 17 de la citada Ley Orgánica, establece las clases de nombramientos que se expiden para el ejercicio de la función pública, entre ellos los nombramientos provisionales que, según la letra b) de esa norma, permiten ocupar:

- “b.1) El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto;
- b.2) El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia;
- b.3) Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión;
- b.4) Quienes ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y,
- b.5) De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior”.

El inciso final del mismo artículo prevé que: “Los nombramientos provisionales señalados en los literales b.1) y b.2) podrán ser otorgados a favor de servidoras o servidores públicos de carrera

que prestan servicios en la misma institución; o a favor de personas que no tengan la calidad de servidores públicos”.

Adicionalmente, la letra b) del artículo 18 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé lo siguiente:

“Art. 18.- Excepciones de nombramiento provisional.- Se podrá expedir nombramiento provisional en los siguientes casos:

(...) b.- Para ocupar puestos comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior, se podrá otorgar nombramientos provisionales a servidoras o servidores de carrera que cumplan con los requisitos establecidos en el manual institucional de clasificación de puestos. Mientras dure el nombramiento provisional de la o el servidor público de carrera, su partida no podrá ser ocupada con nombramiento permanente. Una vez concluido el nombramiento provisional, el servidor o servidora regresará a su puesto de origen en las mismas condiciones anteriores y derechos que les asiste; en caso de que el nombramiento provisional implique el cambio de domicilio civil, se deberá contar con la aceptación por escrito de la o el servidor (...)”.

Del análisis jurídico que precede se desprende que según el tenor del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el beneficio por jubilación constituye un estímulo establecido para los servidores públicos de carrera, carácter que no tienen aquellos servidores vinculados a la respectiva entidad mediante nombramiento provisional, con la excepción de aquellos servidores de carrera designados de conformidad con la letra b) del artículo 18 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público.

De acuerdo con el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, corresponde a la Unidad de Administración del Talento Humano de la respectiva entidad pública, establecer la planificación anual de los servidores que accedan al beneficio por jubilación, la cual deberá constar con la correspondiente disponibilidad presupuestaria de acuerdo con los artículos 108 y 285 del Reglamento General a dicha Ley.

De conformidad con el tenor del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el beneficio por jubilación es un estímulo para los servidores públicos de carrera; por tanto, en atención a los términos de su segunda consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 17 letra b) de la Ley Orgánica del Servicio Público y 18 de su Reglamento General, los servidores públicos que prestan servicios bajo la modalidad de nombramiento provisional no tienen derecho a recibir el beneficio por jubilación.

Lo dicho, con la excepción prevista por la letra b) del artículo 18 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, que admite que un servidor de carrera pueda ser designado mediante nombramiento provisional para ocupar un puesto en la escala del nivel jerárquico superior y que, una vez concluidas sus funciones retorne a su puesto de origen en las mismas condiciones.

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.

## **MANDATO CONSTITUYENTE No. 2: INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN LABORAL**

**OF. PGE. N°:** 00150 de 20-02-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN PUERTO QUITO

### **CONSULTA:**

“Si los servidores que fueron reclasificados mediante la Resolución Ministerial MRLF-STF-2014-0184 de fecha 27 de Mayo del 2014, y que están renunciando voluntariamente deben ser beneficiarios de la indemnización, dividida en dos partes: la una, aplicando el Acuerdo Ministerial No. 158 publicado en el Registro Oficial suplemento Nro. 467 del 10 de Junio de 2011, con el pago de 5 salarios básicos del trabajador por cada año de servicio en nuestra Institución y la fracción de año, la parte proporcional, conforme a los Art. 3 y 10 de dicha norma jurídica, hasta la fecha de reclasificación Ministerial referida anteriormente. La otra parte, si se cumpliere el tiempo ‘por cada año’ de trabajo cumplido por los servidores renunciando aplicando el Mandato Constituyente Nro. 2 artículo 8”.

### **BASES LEGALES:**

Mandato Constituyente Nro. 2, Art. 8.  
Ley Orgánica del Servicio Público, Disposición General Décimo Segunda  
Código Civil, Art. 7; y, 286 de su Reglamento.  
Código del Trabajo, Art. 169 núm. 2.  
A.M. N° 158, R.O. S No. 467 de 10-06-2011, Arts. 3, 4, 7, 8 y 10 .  
D.E N° 1701, R.O N° 592 de 18 de mayo de 2009, Art. 1.  
Mandato Constituyente No. 4.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Me refiero a su oficio No. 227-AJ-GADMCPQ de 12 de noviembre de 2014, ingresado el 13 de noviembre del mismo año, por el que formula a la Procuraduría General del Estado una consulta relacionada con la liquidación de la indemnización por retiro voluntario de varios servidores de esa entidad, que por la calificación efectuada por el Ministerio del Trabajo han cambiado del régimen de la LOSEP al Código del Trabajo.

Con oficio No. 19777 de 2 de diciembre de 2014, este Organismo le solicitó reformular los términos de la consulta respecto a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica y remitir en texto independiente, el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Procurador Síndico de esa Municipalidad, pedido en el que se insistió con oficio No. 20174 de 6 de enero de 2015.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 19778 de 2 de diciembre de 2014, esta Entidad solicitó el criterio institucional del Ministro del Trabajo sobre el tema de consulta. Con oficio No. 20173 de 6 de enero de 2015 se insistió en dicho requerimiento, sin que se haya recibido respuesta.

Con oficio No. 002-A-GADMCP de 6 de enero de 2015, ingresado el 7 de enero del presente año, esa Municipalidad ha reformulado la consulta con el siguiente tenor:



“(…) se consulta si los servidores que fueron reclasificados mediante la Resolución Ministerial MRLF-STF-2014-0184 de fecha 27 de Mayo del 2014, y que están renunciando voluntariamente deben ser beneficiarios de la indemnización, dividida en dos partes: la una, aplicando el Acuerdo Ministerial No. 158 publicado en el Registro Oficial suplemento Nro. 467 del 10 de Junio de 2011, con el pago de 5 salarios básicos del trabajador por cada año de servicio en nuestra Institución y la fracción de año, la parte proporcional, conforme a los Art. 3 y 10 de dicha norma jurídica, hasta la fecha de reclasificación Ministerial referida anteriormente. La otra parte, si se cumpliere el tiempo ‘por cada año’ de trabajo cumplido por los servidores renunciando aplicando el Mandato Constituyente Nro. 2 artículo 8”.

El Procurador Síndico en su informe inicial, contenido en oficio No. 78-AJ-GADMCPQ de 10 de noviembre de 2014, manifestó lo siguiente:

“Que la aceptación a las peticiones de los trabajadores, para el retiro voluntario y terminación de la relación laboral, conforme al Mandato Constituyente Nro. 2 artículo 8, debe ser planificada presupuestariamente, de acuerdo a la posibilidad y real capacidad económica Institucional y aceptada legalmente por la autoridad competente”.

En el acápite 5 del informe inicial, el Procurador Síndico alude adicionalmente a la cláusula 24 del contrato colectivo vigente en esa Municipalidad, aprobado por el Ministerio de Relaciones Laborales (actualmente Ministerio del Trabajo) el 21 de mayo de 2014, que establece: “(…) en caso de Retiro voluntario de los trabajadores, el GAD Municipal de Puerto Quito, conforme al Mandato Constituyente Nro. 2 se compromete a pagar seis (6) salarios básicos unificados del trabajador privado, por cada año de servicio y hasta un monto total máximo de 210 salarios básicos (...)”.

En oficio No. 001-AJ-GADMCPQ de 6 de enero de 2015, el informe ampliatorio del Procurador Síndico refiere como antecedente que, mediante Resolución No. MRL-STF-2014-0184 de 27 de mayo de 2014, el Ministerio de Relaciones Laborales (actualmente Ministerio del Trabajo) calificó y cambió de régimen a trece servidores de ese Municipio, que pasaron del régimen de la LOSEP al Código del Trabajo, que dicha Resolución fue implementada inmediatamente; y, que posteriormente, algunos de dichos servidores han presentado su renuncia voluntaria para terminar la relación laboral con la Municipalidad de Puerto Quito, acogidos a la indemnización prevista por el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2. En lo principal, cita el principio de irretroactividad establecido por el artículo 7 del Código Civil, así como los artículos 3 y 10 del Acuerdo Ministerial No 158, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, que establece los montos por renuncia voluntaria de los servidores públicos; y, concluye que:

“(…) en aplicación de la ‘Irretroactividad de la Ley’, establecida en el Art. 7 del Código Civil ecuatoriano en vigencia, a los servidores renunciando que pertenecieron a la LOSEP, hasta el mes de Mayo del 2014, en que fueron reclasificados por el Ministerio de Relaciones Laborales, se les cancela la indemnización que dispone el Acuerdo Ministerial Nro. 158, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 467, del 10 de Junio del 2011, que en su artículo 3, menciona que por una sola vez se les cancelará a los servidores al ser aceptada su renuncia voluntaria, equivalente a cinco salarios básicos del trabajador por cada año cumplido de servicios prestados en la misma institución, que será calculada a partir del quinto año de servicios dentro de la misma; y la fracción de año la parte proporcional, conforme dispone el Art. 10 de la referida Resolución Ministerial del organismo regulador de las indemnizaciones.

A partir de la nueva reclasificación (Junio del 2014) y si se cumple el tiempo ‘por cada año’ se pagará a los trabajadores renunciantes lo que ordena el Mandato constituyente Nro. 2 Art. 8”.

La consulta se refiere al personal que por la reclasificación efectuada por el Ministerio del Trabajo, ha cambiado del régimen regulado por la LOSEP al Código del Trabajo, siendo en éste último en el que se produce la cesación mediante renuncia voluntaria.

Es pertinente considerar como antecedente que, tratándose de personal amparado por el Código del Trabajo, la renuncia por sí sola no constituye causal de terminación de la relación laboral, pues de ser aceptada por el empleador, la relación termina por acuerdo de las partes en los términos del numeral 2 del artículo 169 del Código del Trabajo, según ha concluido este Organismo en pronunciamiento contenido en oficio No. 19356 de 29 de octubre de 2014.

El informe del Procurador Síndico de la municipalidad consultante se refiere al artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, cuyo texto es el siguiente:

“Art. 8.- Liquidaciones e indemnizaciones.- El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total. Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán, planificadamente, el número máximo de renunciadas a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso.

Las autoridades laborales velarán por el derecho a la estabilidad de los trabajadores. Salvo en el caso de despido intempestivo, las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales del personal de las instituciones contempladas en el artículo 2 de este Mandato, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo bajo cualquier denominación, que estipule pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo, será de siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total.

Todos los funcionarios, servidores públicos, personal docente y trabajadores del sector público que se acojan a los beneficios de las indemnizaciones o bonificaciones indicadas en el presente artículo, no podrán reingresar al sector público, a excepción de las dignidades de elección popular o aquellos de libre nombramiento”.

Al respecto, es pertinente considerar que el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, reguló en su primer inciso las indemnizaciones por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los servidores públicos, materia posteriormente reformada por la Disposición General Décimo Segunda de la Ley Orgánica del Servicio Público. Sobre esta materia, en oficio No. 05789 de 6 de enero de 2012, me pronuncié en el siguiente sentido:

“(…) las indemnizaciones establecidas del Art. 8 del Mandato Constituyente 2, fueron reformadas por la Ley Orgánica del Servicio Público, cuya Disposición General Décimo Segunda

establece el monto de la indemnización para el caso de renuncia voluntaria de los servidores públicos, y reglamentada en los artículos, 286 del Reglamento a la LOSEP; y, 4, 7, 8 y 10 del Acuerdo No. 158 del Ministerio de Relaciones Laborales, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011.

(...) En base a los fundamentos legales que sirvieron de base para la contestación a la primera consulta, la indemnización que deben recibir los servidores del Municipio de Déleg que motivan la presente consulta, por concepto de renuncia voluntaria e irrevocable presentada, si se encuentran incluidos dentro del plan anual institucional aprobado por la autoridad nominadora, debe ser la establecida en la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP, reglamentada en los artículos 286 de su Reglamento a la LOSEP, y en los artículos 4, 8 y 10 del Acuerdo No. 158 del Ministerio de Relaciones Laborales, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011. Esto es, el equivalente a cinco salarios básicos unificados por cada año cumplido de servicios prestados en la misma institución, contados a partir del quinto año de servicio y hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en general en total y en caso de fracción de año, se calculará por su valor proporcional”.

Por su parte, el segundo inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, transcrito en los antecedentes, se refiere a las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales, del personal de las instituciones públicas sujeto al Código del Trabajo, es decir, sujeto a un régimen jurídico distinto del que regula la Ley Orgánica del Servicio Público.

La clasificación del personal del sector público, en servidores u obreros compete al Ministerio del Trabajo, según el Decreto Ejecutivo No. 225 publicado en el Registro Oficial No. 123 de 4 de febrero de 2010.

El Acuerdo Ministerial No 158, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, al que aluden la consulta y el informe del Procurador Síndico contiene “Las Regulaciones y Montos que percibirán los servidores públicos como compensación económica por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada” y fue expedido al amparo de la Ley Orgánica del Servicio Público, por lo que de acuerdo con el artículo 3 del citado Acuerdo “El reconocimiento de esta compensación económica no será aplicable para (...) los obreros públicos, regulados por el Código del Trabajo”.

El Decreto Ejecutivo No. 1701, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, contiene las regulaciones sobre limitaciones a la contratación colectiva del sector público y los parámetros para la clasificación de servidores y obreros. Su artículo 1 establece su ámbito de aplicación en materia de “(...) contratación colectiva de trabajo en todas las instituciones del sector público y entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza, o estructura jurídica, el Estado o sus instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos mayoritarios de recursos públicos(...)”.

El subnumeral 1.1.1.5 del artículo 1 de dicho Decreto, para el caso de reclasificación de servidores y obreros del sector público, prevé lo siguiente:

“1.1.1.5.- Las personas que en función de la clasificación de servidor y obrero que realice el Ministerio de Relaciones Laborales, con sujeción a este decreto, pasen de ser considerados bajo el régimen del Código del Trabajo a ser servidores bajo el amparo de la LOSCCA y/o las leyes que regulan la Administración Pública, mantendrán los derechos que hubieren adquirido en la contratación colectiva en lo referente a remuneraciones, retiro y jubilación patronal, esta última siempre que hubieren laborado al menos 13 años en la misma institución, los mismos que se

contabilizarán para efectos de ésta. Los derechos económicos que se mantendrán serán aquellos que no hayan sido eliminados o excluidos en virtud de este decreto ejecutivo, con los límites establecidos en los mandatos constituyentes. Para el caso de retiro para acogerse a la jubilación se aplicará un solo beneficio, o el establecido en el contrato colectivo o el que se pague en la institución pública, el que sea más favorable a la persona. Para el caso de personas que pasen de ser servidores a obreros, se considerará el tiempo laborado en la misma institución para efectos del cálculo de vacaciones, jubilación, retiro, indemnización por despido, fondo de reserva, liquidaciones, según establece el Código del Trabajo”.

Concordante, la parte final del subnumeral 1.1.1.6. del mismo artículo, prevé que: “En caso de terminación de la relación de trabajo se aplicará lo dispuesto en los Mandatos 2 o 4, según corresponda”; y, el subnumeral 1.2.6. Ibídem prevé: “Gratificaciones y beneficios adicionales por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación. Únicamente se reconocerán estos beneficios económicos en caso que no sobrepasen los límites establecidos en los Mandatos Constituyentes números 2 y 4. Para el caso de jubilación deberán previamente haber cumplido con los requisitos establecidos en las leyes”.

Como se revisó en los antecedentes, el segundo inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 establece el piso y techo para las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo en las instituciones públicas, de uno (1) a siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total. Mientras que el Mandato Constituyente No. 4, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 273 de 14 de febrero de 2008, regula las indemnizaciones por despido intempestivo del personal de las instituciones públicas, por lo que éste último no es aplicable al tema materia de consulta.

En atención a los términos de la consulta se concluye que, la indemnización por terminación de relación laboral del personal reclasificado que pasó del régimen de la Ley Orgánica del Servicio Público al Código del Trabajo, se deberá liquidar considerando el tiempo laborado en la misma institución, según prescribe el subnumeral 1.1.1.5 del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1701, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, observando el piso y los techos anual y total que para la indemnización por terminación de relación laboral establece el segundo inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, esto es entre 1 y 7 salarios básicos unificados por año de servicio, hasta un máximo de 210 salarios básicos unificados en total.

En caso de que en la entidad haya contrato colectivo aprobado por el Ministerio de Trabajo, se observarán los límites específicos establecidos en ese contrato para dicha indemnización, que según el artículo 1 subnumeral 1.2.6 del Decreto Ejecutivo No. 1701, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, debe observar los límites establecidos en el Mandato Constituyente No. 2.

En todo caso la entidad empleadora debe planificar el número máximo de renunciadas a ser tramitadas y financiadas en cada año, debiendo para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. La responsabilidad sobre el cálculo del beneficio es de exclusiva responsabilidad de las entidades empleadoras.

**MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA, ACUACULTURA Y PESCA: FACULTAD  
REGULADORA Y CONTROLADORA DEL SECTOR ACUÍCOLA Y PESQUERO**

**OF. PGE. N°:** 01424 de 04-06-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA ACUACULTURA Y PESCA

**CONSULTA:**

“¿Es procedente que el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, al amparo de lo dispuesto en los artículos 66 y siguientes de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, ejerza su facultad reguladora y controladora del sector acuícola y pesquero?”.

**BASES LEGALES:**

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

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

Código Orgánico Integral Penal, Arts. 17, 19, 398 y Disp. Derogatoria Vigésimo Sexta.

Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, Arts. 1, 2, 10, 14, 15 lit. a) y f), 16, 18, 33, 64, 68, 83, 84, 85, 86, 87, 92 y Disp. Trans. Primera.

Estatuto Orgánico por Procesos del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, Disp. Gen. Novena.

D.E. N° 7, R.O. N° 36 de 08-03-2007, Art. 4.

**PRONUNCIAMIENTO:**

Me refiero a su oficio No. MAGAP-M.A.G.A.P-2015-0436-OF de 19 de mayo de 2015, recibido el 21 de mayo del presente año en la Procuraduría General del Estado, mediante el cual reformula la consulta inicialmente formulada con oficio No. MAGAP-M.A.G.A.P-2015-0246-OF de 31 de marzo de 2015, ingresado el 2 de abril del presente año.

En su comunicación inicial contenida en oficio No. MAGAP-M.A.G.A.P-2015-0246-OF de 31 de marzo de 2015, formuló a la Procuraduría General del Estado una consulta relacionada con el ejercicio de potestad sancionadora por parte de ese Ministerio, en las materias relacionadas con la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero.

Con oficio No. 00817 de 14 de abril de 2015, este Organismo le solicitó reformular los términos de su consulta, de manera que trate sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, de conformidad con los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República y 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En la misma comunicación se solicitó remitir el informe del Coordinador General de Asesoría Jurídica de esa Cartera de Estado, respecto al objeto de la consulta reformulada.

El informe de la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la entidad consultante, contenido en memorando No. MAGAP-CGAJ-2015-1374-M de 19 de mayo de 2015, refiere como antecedente que, de acuerdo con el artículo 4 del Decreto Ejecutivo No. 7 publicado en el Registro Oficial No. 36 de 8 de marzo de 2007, el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, asumió las competencias de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros; y que, de acuerdo con el Estatuto Orgánico por Procesos de esa Cartera de Estado, el Viceministerio de Acuacultura y Pesca y las Direcciones Nacionales de Control de Acuacultura y Pesca, son órganos administrativos de esa entidad.

El informe jurídico de la entidad consultante cita y transcribe, entre otras normas, los artículos 1 y 15 letras a) y f) de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, que en su orden, declaran a los recursos bioacuáticos como bienes nacionales cuyo uso será regulado y controlado por el Estado, y asignan a la Subsecretaría de Recursos Pesqueros, atribución para cumplir y hacer cumplir las leyes y reglamentos referentes al sector pesquero nacional.

El referido informe cita adicionalmente, el artículo 64 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, que establece las sanciones aplicables a las personas naturales o representantes legales de las empresas pesqueras, por incumplimiento de las obligaciones previstas en esa Ley; así, como el artículo 84 y la Disposición Transitoria Primera de la misma Ley, que confieren competencia a los órganos judiciales, para conocer las infracciones tipificadas en esa Ley, que constituyan contravenciones o delitos.

Sobre dicha base normativa, el informe jurídico de la entidad consultante manifiesta y concluye lo siguiente:

“En este contexto, las normas sancionatorias establecidas en la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, deberían ser consideradas como infracciones administrativas, por el hecho de que sancionan el incumplimiento de las obligaciones de hacer o no hacer realizados u omitidas por el administrados (sic) en el ejercicio de la actividad pesquera, actividad en la que este Ministerio es órgano regulador y controlador de acuerdo a lo que dispone la citada Ley.

Bajo el análisis realizado y según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe ser la *última ratio* de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del Derecho Penal en la vida social, debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito). En consideración a la doctrina penal y de las disposiciones de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, esta norma está compuesta por disposiciones de carácter sancionatorio, administrativas y penales, y éstas últimas, es decir las penales, han sido derogadas por mandato del artículo 17 y por la Disposición Derogatoria Vigésimo Sexta del Código Orgánico Integral Penal; por tanto, las normas siguientes de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, Codificación estarían derogadas:

- a) literal e) del artículo 64; y,
- b) artículo 84.

En otro ámbito, entender que la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, como lo podrán estar haciendo los administrados, tendría como consecuencia lógica que la Autoridad Administrativa, no asuma competencia alguna para ejercer su facultad de regulación y control de la actividad pesquera, por tanto, el deber ser del Ministerio sería ineficiente ya que no tendría control sobre las actividades de su rectoría.

En consecuencia es criterio de esta Coordinación General de Asesoría Jurídica que:

- a) Las normas establecidas en la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, Codificación, son infracciones administrativas, que tienen como objeto sancionar el no cumplimiento de una obligación administrativa, que en este caso, es relativa al ejercicio de la actividad pesquera, por tanto, este ministerio a través de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros puede seguir

ejerciendo su rol sancionador al amparo de las normas establecidas en la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero.

b) El literal e) del artículo 64 y el artículo 84 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, Codificación, se encuentran derogados en virtud de la emisión del COIP; y,

c) Las sanciones establecidas a partir del artículo 66 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero se encuentran vigentes y por tanto la Autoridad Administrativa puede aplicarlas en el ejercicio de su facultad sancionadora y reguladora”.

Para atender su consulta se considera como antecedente que, la Disposición General Novena del Estatuto Orgánico por Procesos del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, establece:

“NOVENA: Las actividades, atribuciones y responsabilidades productos y servicios de las direcciones generales de acuacultura y pesca serán asumidos por las direcciones nacionales de Control de Acuacultura y Pesca, respectivamente para cuyo caso se generará los actos administrativos correspondientes”.

De acuerdo con el acápite No. 2.3.1.2 “Gestión de los Recursos Pesqueros” del referido Estatuto, la Subsecretaría de Recursos Pesqueros tiene sede en la ciudad de Manta y cuenta entre otras unidades operativas, con la Dirección de Control de Recursos Pesqueros.

Según el acápite 2.3.1.2.1.4 del citado Estatuto, corresponde a la Dirección de Control de Recursos Pesqueros, entre otras atribuciones, las siguientes:

- “a) Controlar la aplicación de los programas de vedas, otros mecanismos de regulación pesquera y su cumplimiento en centros de acopio;
- b) Realizar el seguimiento y evaluación de la estrategia nacional para el manejo y uso sostenible de los recursos pesqueros;
- c) Generar mecanismos de seguimiento y evaluación de los programas, proyectos y capacitación dirigida al manejo sostenible de los recursos pesqueros;
- d) Dirigir la capacitación en el perfeccionamiento, la aplicación de tecnologías y métodos operativos que reduzcan el descarte de especies capturadas;
- e) Supervisar el cumplimiento de leyes, decretos, acuerdos y regulaciones establecidas para el control de la actividad pesquera;
- f) Revisar y aprobar informes técnicos de inspecciones de empresas y de la actividad pesquera;
- g) Legalizar los actos y documentos técnicos que se requieran para el cumplimiento de los objetivos institucionales en el marco de su ámbito de acción;
- h) Promover los procesos de desconcentración institucional y sectorial;
- i) Administrar y controlar las actividades y el personal a su cargo; y,
- j) Realizar las demás actividades que le asigne la autoridad competente (...).”

De las normas citadas se desprende que, de acuerdo con la Disposición General Novena del Estatuto Orgánico por Procesos del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, corresponde a la Dirección de Control de Recursos Pesqueros, unidad operativa de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros de esa Cartera de Estado, ejercer las atribuciones que la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero asignan a la Subsecretaría de Recursos Pesqueros y a la Dirección General de Pesca.

Por otra parte, el artículo 2 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, define a la actividad pesquera como aquella “(...) realizada para el aprovechamiento de los recursos bioacuáticos en cualquiera de sus fases: extracción, cultivo, procesamiento y comercialización, así como las demás actividades conexas contempladas en esta Ley.”

De acuerdo con los artículos 10 y 14 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, corresponde al Ministerio del Ramo (actualmente el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca), el control de la actividad pesquera, así como dirigir y ejecutar la política pesquera del país, a través de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros.

Son atribuciones de la Subsecretaría de Recursos Pesqueros, según el artículo 15 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, entre otras, las siguientes: “a) Cumplir y hacer cumplir las leyes y reglamentos referentes al sector pesquero nacional; (...) f) Disponer la ejecución de los trámites administrativos pertinentes”. Mientras que, según el artículo 16 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, el control de la pesca compete a la Dirección General de Pesca; dicha norma dispone:

“Art. 16.- La Dirección General de Pesca será la dependencia especializada del Ministerio del ramo que tendrá a su cargo la dirección y control de la pesca, cacería y recolección de productos marítimos, fluviales y lacustres, así como la ejecución de los programas de gobierno en materia pesquera, el control de la industria y comercialización de la pesca y las demás funciones que por la ley o reglamento le correspondan”.

Adicionalmente, según lo prescrito en el artículo 18 de la Ley *Ibidem*, para ejercer la actividad pesquera se requiere estar expresamente autorizado por el Ministerio del Ramo, así como sujetarse a las disposiciones de esa ley y sus reglamentos.

Y por su parte, el artículo 33 de la mencionada ley establece que:

“Art. 33.- Para realizar faenas de pesca en aguas territoriales, las embarcaciones de bandera extranjera llevarán a bordo, a más de los documentos exigidos por el Código de Policía Marítima, la matrícula de pesca válida por el año calendario y el permiso de pesca válido por la duración de un viaje.

Exceptúense de la obligación de llevar estos dos documentos a los buques que realicen pesca de investigación y a los que ingresen con la autorización establecida en el Art. 28”.

En este contexto, el Título V de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, regula “Las infracciones, sanciones, competencia y procedimiento”; y, el artículo 64 ubicado en ese Título, establece las sanciones aplicables; dicha norma dispone:

“Art. 64.- Las personas naturales o los representantes legales de las empresas pesqueras que no cumplieren con las obligaciones previstas en esta Ley, serán sancionados con las siguientes penas:

- a) Multas;
- b) Suspensión temporal de los beneficios de que gocen;
- c) Supresión de dichos beneficios;
- d) Decomiso de la pesca; y,
- e) Prisión”.



Por su parte, el Capítulo II “De la competencia y procedimiento” del citado Título V “De las infracciones, sanciones, competencia y procedimiento” de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, establece en forma general el procedimiento aplicable para sancionar las infracciones. En tal contexto, los artículos 66, 68, 83, 84, 85, 86, 87 y 92 disponen en su orden:

“Art. 66.- Serán causas de suspensión temporal del goce de los beneficios:

- a) La falta de cumplimiento en la entrega de las informaciones periódicas u ocasionales solicitadas por el Ministerio del ramo y el Ministerio de Economía y Finanzas. El Servicio de Rentas Internas solicitará al Ministerio del ramo la suspensión temporal de los beneficios a la empresa que no lleve contabilidad de costos;
- b) Impedir o dificultar las inspecciones o comprobaciones de los funcionarios públicos o recurrir a medios de cualquier clase para inducir a error a las entidades o funcionarios oficiales;
- c) Recurrir a procedimientos ilícitos para impedir el establecimiento de empresas competidoras, o emplear medios reñidos con la leal competencia de precios y calidad para obstar las operaciones de las mismas;
- d) La fusión de empresas o la concertación de acuerdos entre empresas, relativos a la política de producción, precios y distribución, cuando dichas fusiones o acuerdos sean perjudiciales a los intereses nacionales; y,
- e) La reincidencia en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley”.

“Art. 68.- Serán causas de supresión del goce de los beneficios:

- a) Si la empresa utilizare especies bioacuáticas no autorizadas por el Consejo Nacional de Desarrollo Pesquero o se comprobare falsedad en las informaciones que sirvieron de base para su clasificación;
- b) La falsedad en las declaraciones que debiera hacer la empresa para efectos tributarios o en los libros de contabilidad presentados con motivo de comprobación y fiscalización; y,
- c) El soborno o intento de soborno a los funcionarios oficiales con los cuales las empresas tuvieran relaciones de acuerdo con esta Ley, sin perjuicio de las responsabilidades penales a que hubiere lugar”.

“Art. 83.- Para el conocimiento de las infracciones a las que se refiere el artículo 65 será competente el juez fiscal de la respectiva jurisdicción, quien procederá observando las normas del Código de Procedimiento Penal”.

“Art. 84.- Para el conocimiento de las demás infracciones que constituyan contravenciones se remitirá toda la documentación a los jueces de contravenciones y si los hechos constituyen delito, se remitirá toda la documentación al fiscal competente, quien iniciará el proceso, aplicando las normas del Código de Procedimiento Penal”.

“Art. 85.- En el caso de infracción del artículo 33 realizada por naves de bandera extranjera, el Director General de Pesca organizará el proceso y dictará la resolución administrativa correspondiente en el término de ocho días improrrogables, contados desde que la nave infractora llegue a puerto habilitado. Recibirá las declaraciones del capitán del buque aprehensor, del capitán del buque aprehendido y de los miembros de la tripulación de cada uno de los barcos en el número que creyere conveniente, y practicará las pruebas conducentes al esclarecimiento del hecho, y a la determinación de la responsabilidad. La resolución administrativa será susceptible de recurso de apelación dentro del término de tres días para ante el tribunal de apelación”.

“Art. 86.- Si el capitán o patrón de la nave, al rendir su declaración aceptare haber pescado dentro de las doscientas millas marítimas y no tuviere la matrícula ni el permiso de pesca, no se seguirá el procedimiento antes determinado y sólo se levantará el acta que contendrá los antecedentes de la aprehensión y la sanción impuesta. El acta resolutive se elevará en consulta al tribunal de apelación”.

“Art. 87.- El Director General de Pesca podrá comisionar la organización del proceso a los capitanes de puerto”.

“Art. 92.- Las infracciones señaladas en los artículos 66 y 68 serán sancionadas administrativamente, sin perjuicio de las acciones civiles o penales, por el Director General de Pesca. El infractor podrá apelar dentro de quince días ante el Consejo Nacional de Desarrollo Pesquero, cuya resolución causará ejecutoria en la vía administrativa”.

Adicionalmente la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, establece lo siguiente:

“PRIMERA.- Hasta tanto se establezcan dentro de la Función Judicial los Jueces de Contravenciones, señalados en el Art. 390 del Código de Procedimiento Penal, seguirán siendo competentes para el conocimiento de contravenciones determinadas en esta Ley, las autoridades administrativas que se encuentran señaladas, de acuerdo a los procedimientos preestablecidos”.

Por su parte, la letra e) de la Disposición Transitoria Décima del Código Orgánico de la Función Judicial, respecto de los jueces de contravenciones prescribe que:

“DECIMA.- PROCESOS EN CURSO.- Para la sustanciación de los procesos que se hallan actualmente en curso ante las judicaturas del país, se seguirán las siguientes disposiciones:

(...) e. En el momento en que existan jueces y juezas de contravenciones, todas aquellas contravenciones que sean sancionadas con prisión pasarán a su conocimiento”.

Los artículos 17, 19 y 398 del Código Orgánico Integral Penal, disponen en su orden:

“Art. 17.- Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia”.

“Art. 19.- Clasificación de las infracciones.- Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones.

Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días.

Contravención es la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días”.

“Art. 398.- Jurisdicción.- La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado. Únicamente las y los juzgadores, determinados en la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial y en este Código, ejercen jurisdicción en materia penal para el juzgamiento

de las infracciones penales cometidas en el territorio nacional y en territorio extranjero en los casos que establecen los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado”.

Las Disposiciones Reformatorias y Derogatorias del Código Orgánico Integral Penal, no han modificado en forma expresa a la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero cuyo Título V denominado “De las Infracciones, Sanciones, Competencia y Procedimiento” (expedido con anterioridad a la Constitución de 2008), no clasifica a las infracciones en penales y administrativas, estableciendo en algunos de sus artículos sanciones de prisión, prisión y multa, o decomiso; no obstante, de acuerdo con el artículo 17 del referido Código, las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tienen validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.

De las normas transcritas se desprende que, el Título V de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero establece en forma general las infracciones, sin especificar cuáles de ellas tienen carácter administrativo y cuáles son de carácter penal. No obstante, sus artículos 83 y 84, confieren competencia a los órganos judiciales para juzgar los delitos y contravenciones, mientras que el artículo 85 asigna al Director General de Pesca (actualmente Dirección de Control de Recursos Pesqueros), atribución para ejercer potestad sancionadora.

Por su parte, de acuerdo con los artículos 19 y 398 del Código Orgánico Integral Penal, las infracciones penales se clasifican en delitos y contravenciones, las cuales se sancionan con penas privativas de libertad y no privativas de libertad y se juzgan por los jueces.

Como antes se observó, el Título V de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, tipifica infracciones y establece sanciones, pero no precisa cuáles de ellas tienen naturaleza administrativa, lo que hace necesario considerar el concepto de sanción administrativa que, según García de Enterría es el siguiente:

“Dentro de los actos administrativos gravosos para los administrados, las sanciones administrativas merecen, como ya advertimos en el capítulo precedente, un tratamiento separado, tanto por su significación como por su importancia material en nuestro derecho.

(...) Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa (...).

Se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquellas, la administración; estas, los tribunales penales.

(...) ¿Por qué esa dualidad? –es la primera cuestión que debemos plantear-. ¿tienen las sanciones administrativas respecto de las penas judicialmente impuestas alguna diferencia de naturaleza que justifique su singularidad?

(...) Todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. Solo razones de política criminal explican las opciones varias, y a menudo contradictorias, del legislador a favor de una u otra de esas dos vías represivas. Queda, como último núcleo irreductible, un solo criterio: solo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas de libertad (...).”

De las normas y la doctrina citadas se desprende que, las sanciones administrativas deben ser establecidas por ley y constituyen un acto administrativo gravoso para el administrado, que

puede consistir en la privación de un bien o de un derecho, como el decomiso, o en la imposición de una obligación de pago de una multa, entre otras formas de sanción; mientras que, las penas privativas de libertad sancionan las infracciones penales y deben ser impuestas por los órganos judiciales.

En el caso de las infracciones establecidas por la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, constituyen infracciones administrativas entre otras, las que constan en los artículos 66 y 68 de esa Ley, cuyo conocimiento y sanción según el artículo 92 de la misma Ley, corresponde al Director General de Pesca (actual Director de Control de Recursos Pesqueros), del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, según el Estatuto por Procesos de esa entidad, que se citó en los antecedentes.

Por lo expuesto, en atención a los términos de la consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero, corresponde al Ministerio de Agricultura y Ganadería, Acuacultura y Pesca, el control del sector pesquero y según el artículo 85 *Ibidem*, la Dirección de Control de Recursos Pesqueros de ese Ministerio (antes Dirección General de Pesca) tiene atribución para ejercer la potestad sancionadora de las faltas administrativas establecidas en el Título V de esa Ley, esto es de aquellas que se castiguen exclusivamente con multa, suspensión temporal de los beneficios, supresión de beneficios o decomiso de la pesca.

En lo que respecta al juzgamiento y sanción de las infracciones penales por los órganos judiciales, se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, pues no es facultad de la Procuraduría General del Estado calificar las normas que constituyen infracción administrativa, ni determinar las competencias de las Instituciones que forman parte del Sector Público.

## O

### **OBLIGACIONES TRIBUTARIAS: CONDONACIÓN DE INTERESES, MULTAS Y RECARGOS**

**OF. PGE. N°:** 03545 de 16-11-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN GUALACEO

#### **CONSULTA:**

“¿Si los plazos, términos y condiciones establecidos en la Ley Orgánica de Remisión de Intereses, Multas y Recargos para el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Gualaceo corren a partir de la publicación de la ordenanza en el Registro Oficial conforme lo establece el inciso uno del Artículo 324 del COOTAD?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 11 núm. 5, 84, 226, 238 y 301.

Código Tributario, Arts. 9, 37 y 54.

Ley Orgánica de Remisión de Intereses, Multas y Recargos, Arts. 1 y 4.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 5, 6, 55, 57, 65 y 324.  
Código Civil, Art. 6.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

En el informe jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal consultante, que consta en el oficio No. 228-GADMCG-DLMG-2015 de 11 de agosto de 2015, suscrito por el Procurador Síndico Municipal, se cita los artículos 37 y 54 del Código Tributario, los mismos que tratan sobre los modos de extinguir las obligaciones tributarias y la remisión de deudas tributarias, respectivamente. También cita el artículo 4 de la Ley Orgánica de Remisión de Intereses, Multas y Recargos que señala la competencia de los gobiernos autónomos descentralizados para expedir la correspondiente ordenanza de condonación de interés multas y recargos derivados de obligaciones tributarias de su competencia, así como el numeral 5 del artículo 11 de la Constitución de la República, que determina la aplicación e interpretación de normas en el sentido que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos consagrados en la Constitución de la República.

En base de las normas previamente señaladas, el Procurador Síndico Municipal concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Sin ser necesario invocar más argumentos legales, pese a la norma expresada en el numeral 5 del Artículo 11 de la Constitución es criterio del Procurador Síndico Municipal que el proyecto de ORDENANZA DE REMISIÓN DE INTERESES, MULTAS Y RECARGOS DE LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS DENTRO DE LA JURISDICCIÓN DEL CANTÓN GUALACEO, tiene que ajustarse a los plazos, términos y las condiciones previstas en la Ley Orgánica de Remisión de Intereses, Multas y Recargos, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 493 del 5 de mayo de 2015”.

A fin de contar con mayores elementos para atender su consulta, mediante oficio 03109 de 12 de octubre de 2015 e insistencia constante en el oficio No. 03296 de 28 de octubre de 2015, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, AME, requerimiento que fue atendido mediante oficio No. 1097-DE-2015, suscrito por su Director Ejecutivo, de fecha 4 de noviembre de 2015, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 6 de noviembre del presente año, quien cita los artículos 84, 226 y 238 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 4 de la Ley Orgánica de Remisión de Intereses, Multas y Recargos y 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y expresa el siguiente criterio institucional:

“Sobre la base de los criterios constitucionales que se dejan expuestos y la autonomía reconocida a los gobiernos municipales, surge la capacidad legislativa a través de las ordenanzas, las mismas que deben garantizar los derechos de las personas, siendo un derecho, el permitir que los plazos corran en iguales condiciones para todas y todos y para poder cumplirlo, es necesario que cada Concejo Municipal apruebe su ordenanza tal como lo manda el Art. 324 del COOTAD, y desde su promulgación tanto en la página web, gaceta oficial y registro oficial, comiencen a decurrir los plazos establecidos en la Ley Orgánica de Remisión de intereses, multas y recargos.

De no ser así, y de mantener un criterio en el cual las ordenanzas se sometan a que los plazos empiecen a correr a partir de la promulgación del cuerpo de leyes citado, se estaría violentado la garantía de autonomía prescrita en el Art. 6 del COOTAD y se violaría el principio de igualdad, el cual ha sido dotado de contenido esencial por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“El derecho a la igualdad es un derecho innato que poseemos los seres humanos (ciudadanos y ciudadanas) a ser reconocidos iguales ante la ley; de disfrutar y gozar todos los derechos, sin importar su origen, sea este nacional, raza, creencias religiosas, etc.; es el derecho que tenemos los seres humanos a no ser rechazados por nuestras condiciones o creencias, que la idea de sujeto implica universalismo, plenitud, permanencia, uniformidad, borrándose lo que es tan real como la diferencia’. Derecho reconocido en nuestra Constitución como un derecho fundamental; derecho que debe ser entendido como la prohibición de una posible discriminación, la cual necesita la pretensión o exigencia de un trato igualitario.”

El artículo 301 de la Constitución de la República consagra el principio de reserva de ley en materia tributaria, en los siguientes términos:

“Art. 301.- Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley”.

La letra e) del artículo 6 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, establece la garantía de autonomía en materia tributaria e impide la intervención de autoridades ajenas a los Gobiernos Autónomos Descentralizados en la derogación de impuestos, establecimiento de exenciones, exoneraciones, participaciones o rebajas de los ingresos tributarios y no tributarios propios de los gobiernos autónomos descentralizados, sin resarcir con otra renta equivalente en su cuantía.

Conforme la letra e) del artículo 55 del Código de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD entre las competencias exclusivas de los gobiernos municipales, les corresponde a aquellos “crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras”, lo cual concuerda con la atribución de los consejos cantonales, dispuesta en la letra c) del artículo 57 del Código de la referencia de “crear, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones especiales por los servicios que presta y obras que ejecute”.

Dentro del contexto señalado, el artículo 9 del Código Tributario determina que la gestión tributaria le corresponde al organismo que la ley establezca y comprende las funciones de determinación y recaudación de los tributos, así como la resolución de las reclamaciones y absolución de consultas tributarias. Adicionalmente, el artículo 65 del Código Ibídem respecto de la administración tributaria seccional dispone:

“Art. 65.- Administración tributaria seccional.- En el ámbito provincial o municipal, la dirección de la administración tributaria corresponderá, en su caso, al Prefecto Provincial o al Alcalde, quienes la ejercerán a través de las dependencias, direcciones u órganos administrativos que la ley determine.

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

De las disposiciones constitucionales y legales previamente invocadas, se establecen las potestades tributarias de los gobiernos autónomos descentralizados municipales y

metropolitanos. Sobre dicha base, corresponde referirme a la Ley Orgánica de Remisión de Intereses, Multas y Recargos, cuyo objeto se halla establecido en su artículo 1 que dispone:

“Art. 1.- Objeto.- La presente Ley rige para la remisión de intereses, multas y recargos sobre impuestos nacionales administrados por el Servicio de Rentas Internas, tributos locales administrados por los gobiernos autónomos descentralizados, y créditos del Banco Nacional de Fomento en los términos previstos en esta Ley”.

La norma invocada, expedida en observancia del principio constitucional de reserva legal en materia tributaria, anteriormente citado, permite al Servicio de Rentas Internas y a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, la remisión de intereses, multas y recargos sobre impuestos.

El artículo 37 del Código Tributario prevé entre las formas de extinguir la obligación tributaria, total o parcialmente, a través de la remisión, respecto de la cual el artículo 54 del Código Tributario dispone:

“Art. 54.- Remisión.- Las deudas tributarias sólo podrán condonarse o remitirse en virtud de ley, en la cuantía y con los requisitos que en la misma se determinen. Los intereses y multas que provengan de obligaciones tributarias, podrán condonarse por resolución de la máxima autoridad tributaria correspondiente en la cuantía y cumplidos los requisitos que la ley establezca”.

Los casos y plazos en que procede la remisión de intereses, multas y recargos derivados de obligaciones tributarias y fiscales internas, cuya administración y/o recaudación le corresponde al Servicio de Rentas Internas, se hallan normados en el artículo 2 de la Ley Orgánica en mención.

En lo que atañe a los gobiernos autónomos descentralizados, tomando en consideración el principio de autonomía en materia tributaria, contenido en la letra e) del artículo 6 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la Ley Orgánica de Remisión de Intereses, Multas y Recargos en su artículo 4 dispone lo siguiente:

“Art. 4.- Mediante ordenanza, los gobiernos autónomos descentralizados, dentro de los plazos, términos y condiciones previstos en la presente ley, podrán condonar intereses, multas y recargos derivados de obligaciones tributarias de su competencia, originadas en la Ley o en sus respectivas ordenanzas, incluyendo a sus empresas públicas”.

La disposición legal invocada, confiere a los gobiernos autónomos descentralizados, dentro de los plazos, términos y condiciones previstos en la Ley Orgánica de Remisión de Intereses, Multas y Recargos, la potestad de condonar intereses, multas y recargos derivados de obligaciones tributarias de su competencia, originadas en la Ley o en sus respectivas ordenanzas, incluyendo a sus empresas públicas, para lo cual cada gobierno autónomo descentralizado debe expedir la respectiva ordenanza.

Por su parte, el artículo 324 del Código Orgánico de Organización, Autonomía y Descentralización, que es objeto de su consulta dispone:

“Art. 324.- Promulgación y publicación.- El ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado, publicará todas las normas aprobadas en su gaceta oficial y en el dominio web de la institución; si se tratase de normas de carácter tributario, además, las promulgará y remitirá para su publicación en el Registro Oficial.

Posterior a su promulgación, remitirá en archivo digital las gacetas oficiales a la Asamblea Nacional. El Presidente de la Asamblea Nacional dispondrá la creación de un archivo digital y un banco nacional de información de público acceso que contengan las normativas locales de los gobiernos autónomos descentralizados con fines de información, registro y codificación.

La remisión de estos archivos se la hará de manera directa o a través de la entidad asociativa a la que pertenece el respectivo nivel de gobierno. La información será remitida dentro de los noventa días posteriores a su expedición”.

Con relación a la disposición legal antes citada y la vigencia de las ordenanzas tributarias, la Procuraduría General del Estado ya se ha pronunciado a través del oficio No. 01254 de 6 de abril de 2011, con motivo de la consulta formulada por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Paute, en el siguiente tenor:

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

A lo dicho cabe añadir que el inciso primero del 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”.

Del análisis jurídico precedente, se desprende que en virtud de la facultad otorgada a los gobiernos autónomos descentralizados, por el artículo 4 de la Ley Orgánica de Remisión de Intereses, Multas y Recargos, dichos gobiernos a través de la respectiva ordenanza, pueden condonar intereses, multas y recargos derivados de obligaciones tributarias de su competencia, originadas en la Ley o en sus respectivas ordenanzas, incluyendo a sus empresas públicas, dentro de los plazos, términos y condiciones previstos en la referida Ley Orgánica.

Adicionalmente, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 324 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en concordancia con el inciso primero del Código Civil, las ordenanzas tributarias que expidan los Gobiernos Autónomos Municipales, tendrán vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial, por lo que de conformidad con las indicadas disposiciones legales, en atención a los términos de su consulta, se concluye que los plazos términos y condiciones establecidos en la Ley Orgánica de Remisión de Intereses, Multas y Recargos, corren a partir de la promulgación de la correspondiente ordenanza en el Registro Oficial.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de los Gobiernos Autónomos Descentralizados su aplicación a casos particulares.



## P

### **POTESTAD SANCIONADORA EN SEDE ADMINISTRATIVA Y LA JURISDICCIÓN PARA ADJUDICAR TIERRAS BALDÍAS Y RESOLVER SU REVERSIÓN**

**OF. PGE. N°:** 00044 de 10-02-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA, ACUACULTURA Y PESCA

#### **CONSULTA:**

“¿A partir de la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial, el MAGAP mantiene las facultades y competencias administrativas, garantistas y sancionadoras contempladas en los artículos 24, 28 de la Ley de Desarrollo Agrario; 34 y 35 de la Ley de Tierras Baldías y Colonización y 5 del Estatuto Jurídico de Comunas Campesinas?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 167, 168 núm. 3, 226, 267, 269 y 282.

Ley de Desarrollo Agrario, Arts. 24, 28 y 42.

Ley de Tierras Baldías y Colonización, Arts. 1, 4, 26, 27, 34 y 35

Código Civil, Arts. 6 y 37.

Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 7, 10, 28, 31, 150, 156 y Disposiciones Derogatorias núm. 27.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 93.

Estatuto Jurídico de Comunidades Campesinas, Arts. 5 y 10

D.E. No. 373, R. O. S. N° 206 de 3 de junio de 2010, Arts. 2 y 4.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

A su oficio de consulta adjunta, el memorando No. MAGAP-CGAJ-2014-3106-M suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Cartera de Estado a su cargo, quien enuncia los artículos 24, 28 y 42 de la Ley de Desarrollo Agrario; los artículos 26, 27, 34 y 35 de la Ley de Tierras Baldías y Colonización; los artículos 6 y 37 del Código Civil; el artículo 93 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el artículo 10 del Estatuto de Comunidades Campesinas; y, el artículo 226 de la Constitución de la República y, en el acápite III denominado “ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA, ACUACULTURA Y PESCA- MAGAP”, manifiesta en su parte correspondiente que:

“Una vez establecida por parte de la norma orgánica antes señalada y otras normas, la competencia privativa a los jueces por la materia, territorio y personas, deviene en improcedente la facultad jurisdiccional a cualquier funcionario público; remitiendo a la esfera del ámbito civil, todos los juicios y controversias en los que tengan que ver entre comunidades, o entre una comunidad y personas extrañas a la misma, cuando se trate de temas sobre la propiedad, dominio, servidumbres, etc.; las cuales serán de exclusiva competencia de las juezas y jueces de lo civil.

Sin perjuicio de lo manifestado, tenemos que, si bien es cierto que se le inhibió la competencia jurisdiccional al MAGAP; es más cierto que, el MAGAP continúa con facultades administrativas,

mediante las cuales puede y debe, a petición de parte o de oficio, iniciar expedientes en el ámbito administrativo y precautelar el bien rústico y público dentro de su esfera y competencia; así tenemos:

- 1.- Oposición a la adjudicación
- 2.- Reversión a la adjudicación.
- 3.- Exhibición y Presentación de títulos
- 5.- (sic) Invasión o toma de tierras rústicas de propiedad privada, comunitarias, del Estado y demás entidades del Sector Público
- 6.- (sic) Extinción de actos administrativos

Estos procesos administrativos, nacen bajo el imperio del mandato legal, cuerpos normativos, desarrollados en los siguientes artículos citados en líneas anteriores, las cuales en el ámbito administrativo, le conceden facultades y competencias que de conformidad a lo que establece el Art. 226 de la Constitución de la República las viene ejerciendo, sin que haya cuartado (sic) este derecho de precautelar el bien rústico de propiedad del Estado”.

Y, en el acápite IV. Correspondiente a “CRITERIO JURÍDICO” del memorando citado en líneas anteriores, el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, concluye que:

“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 las siguientes conclusiones:

1.- SEDE JUDICIAL:

Por la reforma del Código Orgánico de la Función Judicial, el MINISTERIO DE AGRICULTURA, GANADERÍA, ACUACULTURA Y PESCA –MAGAP- DEJÓ DE TENER LA COMPETENCIA PARA CONOCER Y RESOLVER JUICIOS, juicios (sic) y contravenciones relativos al dominio, posesión de tierras, servidumbres, juicios sobre demarcación y linderos; juicios derechos posesorios (sic); juicios relativos a las servidumbres de tránsito, juicios de servidumbres, juicios de reconocimiento de la propiedad, juicios de ratificación de títulos, juicios de prescripción Extraordinaria Adquisitiva de Dominio, etc.; procesos que le corresponden RESOLVER A LAS JUEZAS Y LOS JUECES DE LO CIVIL, como ya se refirió anteriormente.

2.- SEDE ADMINISTRATIVA:

Existen procesos administrativos donde el MAGAP, ejerce su competencia en tierras baldías, sean éstas comunitarias, privadas, del sector público y demás señaladas en la Ley, PORQUE NO HAN SIDO DEROGADAS LAS DISPOSICIONES LEGALES PERTINENTES, que obligan y facultan al Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca –MAGAP-, a garantizar dichas tierras, en contra de invasores, traficantes de tierras, etc., aplicando los principios de inmediatez y celeridad; actuando dentro de las competencias y facultades que la Constitución y demás normas legales nos permiten, entre las cuales se destacan las citadas en líneas anteriores de este criterio jurídico”.

Para atender la consulta es pertinente considerar como antecedente, que el Instituto Nacional de Desarrollo Agrario INDA, fue suprimido mediante Decreto Ejecutivo No. 373, que en sus artículos 2 y 4 transfirió todas sus competencias, atribuciones, funciones, administración y ejecución de políticas agrarias, patrimonio, derechos y obligaciones al Ministerio de Agricultura,

Ganadería, Acuicultura y Pesca, a través de la Subsecretaría de Tierras y Reforma Agraria de esa Cartera de Estado.

La consulta tiene por finalidad determinar si las competencias del extinguido INDA y trasladadas al MAGAP, referidas a la sustanciación y resolución de controversias entre comunas e invasiones de tierras rústicas con aptitud agraria, conservan vigencia o si por el contrario, su resolución corresponde a la Función Judicial en virtud del principio de unidad jurisdiccional, establecido en la vigente Constitución de la República y el Código Orgánico de la Función Judicial.

Las disposiciones sobre cuya aplicación trata la consulta, son las siguientes:

Los artículos 24 y 28 de la Ley de Desarrollo Agrario, contenidos en el capítulo IV denominado “Obligaciones del Estado”, que establecen:

“Art. 24.- GARANTÍA DE LA PROPIEDAD.- El Estado garantiza la propiedad de la tierra conforme a lo establecido en los artículos 267 y 269 de la Constitución Política de la República.

El aprovechamiento y trabajo de la tierra puede hacerse en forma individual, familiar, cooperativa, asociativa, comunal, autogestionaria o societaria, mientras cumpla su función social”.

“Art. 28.- INTEGRIDAD DE LOS PREDIOS RÚSTICOS.- El Estado garantiza la integridad de los predios rústicos. En caso de producirse invasiones y tomas de tierras, se aplicarán las disposiciones de la Constitución Política de la República y demás leyes pertinentes”.

De la lectura del artículo 24 de la Ley de Desarrollo Agrario, que fue expedida antes de la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador vigente, y que ha sido previamente citado, se observa que su aplicación está relacionada con las garantías a la propiedad de la tierra en producción y a la protección de la pequeña propiedad agraria y microempresa agropecuaria, establecidas respectivamente en los artículos 267 y 269 de la Constitución Política de la República del Ecuador, de 11 de agosto de 1998, normas vigentes hasta el 20 de octubre de 2008, fecha en la que fue derogada por la actual Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, la cual en su disposición derogatoria prescribe: “Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”.

A partir del 20 de octubre de 2008, la Norma Constitucional vigente dentro del Capítulo Tercero denominado “Soberanía Alimentaria”, prescribe en su artículo 282 que: “El Estado normará el uso y acceso a la tierra que deberá cumplir la función social y ambiental. Un fondo nacional de tierra, establecido por ley, regulará el acceso equitativo de campesinos y campesinas a la tierra”.

Y, por su parte el artículo 28 de la Ley de Desarrollo Agrario, establece en forma general la garantía que confiere el Estado, sobre la propiedad e integridad de las tierras rústicas y para el caso de invasiones y tomas de tierras prevee que: “(...) se aplicarán las disposiciones de la Constitución Política de la República y demás leyes pertinentes”.

La consulta se refiere además a los artículos 34 y 35 de la Ley de Tierras Baldías y Colonización, contenidos en el Capítulo VI denominado “De la Presentación de Títulos de Propiedad”, que disponen:

“Art. 34.- En todo lo relacionado con tierras del Estado y con las que deban revertir al mismo por haber permanecido incultas o abandonadas, el INDA podrá ordenar la presentación de los títulos de propiedad, planos y otras pruebas, a quienes pretendieren derechos relativos a dichas tierras, con el fin de resolver sobre tales pretensiones”.

“Art. 35.- Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo anterior, el Director Ejecutivo del INDA ordenará que el Jefe de la Oficina de Administración de Tierras o el delegado de la respectiva jurisdicción inicien el trámite investigador de la legitimidad de tales títulos, de conformidad con las disposiciones siguientes:

PRIMERA.- El Jefe de la Oficina de Administración de Tierras o el delegado que recibiere la orden, notificará a la persona que debe exhibir los títulos de propiedad, concediéndole el término de quince días para que los presente en la respectiva oficina, con la historia completa del dominio, y los planos si los tuviere.

Dicho término podrá prorrogarse por quince días más, a solicitud del interesado fundada en justa causa.

Por falta de presentación de los títulos dentro del término previsto, se considerará que el interesado carece absolutamente de derecho;

SEGUNDA.- Independientemente, el funcionario encargado del trámite ordenará que la Sección de Ingeniería y Topografía presente un informe sobre la extensión del inmueble y sus cultivos, así como la nómina de los poseedores que tuvieran cultivos o construcciones en el predio de la referencia con los respectivos avalúos: y,

TERCERA.- Agregado el informe a que se refiere el numeral anterior, el funcionario encargado del trámite formulará el proyecto de resolución administrativa, que lo someterá, con los antecedentes, al Director Ejecutivo”.

De la lectura de los artículos precedentes, se evidencia que los mismos establecen un procedimiento administrativo para la adjudicación de tierras baldías que integran el patrimonio del extinguido INDA (actualmente Subsecretaría de Tierras del MAGAP).

El artículo 1 de la Ley de Tierras Baldías y Colonización, al referirse a las tierras baldías prescribe que:

“Art. 1.- Son baldías, y por consiguiente, forman parte del patrimonio del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, las tierras que a continuación se expresan:

- 1.- Todas las tierras rústicas que, formando parte del territorio nacional, carecen de otro dueño;
- 2.- Las que han revertido o reviertan al Estado, por cualquier causa legal. De consiguiente, se hallan comprendidas en este numeral las tierras que revirtieron al Estado en conformidad con el Título II de la Ley de Patrimonio Territorial, dictada el 13 de octubre de 1927; aquellas cuya reversión declaró el Art. 9 de la Ley de Tierras Baldías y Colonización, de 12 de mayo de 1936, y las comprendidas en el Art. 1 del Decreto Supremo No. 162, de 9 de agosto de 1937.
- 3.- Las que permanezcan o hayan permanecido incultas por más de diez años consecutivos; y,
- 4.- La parte de aquellos terrenos adjudicados por el Estado, que no corresponda a los títulos de propiedad o a la cabida real y justa que deben tener, aunque se trate de terrenos cultivados o explotados”.

El Capítulo II de la Ley de Tierras Baldías y Colonización, establece el procedimiento administrativo para la adjudicación de tierras baldías y al efecto su artículo 4 confiere competencia al Director Ejecutivo del INDA (actual Subsecretaría de Tierras del MAGAP), previéndose en los artículos 28 y siguientes, la posibilidad de que se presenten oposiciones a la adjudicación, fundamentadas en títulos de dominio.

Es en tal contexto que los artículos 34 y 35 de la Ley *Ibídem*, antes transcritos y sobre cuya aplicación trata la consulta, disponen la presentación de títulos a quienes pretendieren derechos relativos a dichas tierras baldías.

La consulta también alude al artículo 5 del Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas vigente, que dispone:

“Art. 5.- De las controversias entre comunidades.- Las controversias en que fueren parte una o más comunidades, quedan sometidas a la jurisdicción privativa del Ministerio de Agricultura y Ganadería”.

El Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, tiene como una de sus finalidades establecer el procedimiento para la resolución de las controversias relativas al dominio o posesión de tierras, servidumbres, etc., entre comunidades o entre una comunidad y personas extrañas a la misma, el cual se encontraba a cargo del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca, hasta la reforma introducida por el numeral 27 de las Disposiciones Derogatorias del Código Orgánico de la Función Judicial.

El artículo 10 del citado Estatuto inicialmente confería al Ministro de Agricultura, competencia para conocer y resolver “controversias” entre comunidades, sobre dominio o posesión de tierras. El tenor de la norma era el siguiente:

“Art. 10.- Competencia del Ministro de Agricultura y Ganadería.- Compete al Ministro de Agricultura y Ganadería conocer y resolver, en única instancia, los juicios o controversias entre comunidades, o entre una comunidad y personas extrañas a la misma, relativas al dominio o posesión de tierras, servidumbres, etc., según las reglas establecidas en esta Ley”.

El numeral 27 de las Disposiciones Derogatorias contenidas en el Código Orgánico de la Función Judicial, sustituyó el artículo 10 del Estatuto, cuyo texto en actual vigencia, prescribe:

“27. En el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, publicada en el Registro Oficial 188 de 7 de octubre de 1976:

1. Sustitúyase el artículo 10 por el siguiente:

Competencia.- Compete a las juezas y jueces de lo civil de la correspondiente circunscripción territorial conocer y resolver, los juicios o controversias entre comunidades, o entre una comunidad y personas extrañas a la misma, relativas al dominio o posesión de tierras, servidumbres, etc., según las reglas establecidas en este Código”.

De forma concordante, la Resolución de 21 de octubre de 2009, emitida por la Corte Nacional de Justicia relacionada con la aplicación de la reforma al artículo 10 del Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, en su parte resolutive manifiesta que:

“Los juicios que se hayan iniciado con anterioridad a la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial en el Ministerio de Agricultura, Ganadería Acuacultura y Pesca, sobre controversias entre comunidades campesinas o entre una comunidad campesina y personas extrañas a la misma relativas al dominio o posesión de tierras, servidumbres, etc., así como las nuevas demandas que se presentaren pasarán a conocimiento de las juezas o los jueces civiles de la correspondiente circunscripción territorial. Los juicios continuarán sustanciándose en el punto que hubieren quedado de acuerdo con el procedimiento especial establecido en el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas, publicado en el Registro Oficial No. 188 de 7 de octubre de 1976, reformado por el Código Orgánico de la Función Judicial, sin que en ningún caso este cambio sea motivo para declarar nulidad procesal alguna”.

Con tales antecedentes, para atender la consulta es pertinente considerar que, el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, establece:

“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”.

La Norma Constitucional en el artículo 167, determina que la potestad de administrar justicia se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en ella.

Concordante, el artículo 168 numeral 3 de la Constitución establece que en virtud de la unidad jurisdiccional, “ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”.

De su parte, en similar tenor a la disposición constitucional, el artículo 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, prescribe que de conformidad con el principio de unidad jurisdiccional, “(...) ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”.

Los artículos 7 y 28 del antes mencionado Código Orgánico, determinan que la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley y que “Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República”.

El artículo 150 del referido Código Orgánico de la Función Judicial, define a la jurisdicción como la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, “potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según la regla de la competencia”. En su artículo 156, prescribe que la competencia “es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados”.

Mientras que, por otra parte el principio de impugnabilidad en sede judicial de los actos administrativos, está recogido en el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual se cita en el criterio jurídico institucional y que a continuación transcribo:

“Art. 31.- PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD EN SEDE JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.- Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional”.

Mediante oficio No. 20050 de 19 de diciembre de 2014, en atención a la consulta realizada por la Superintendencia de Poder de Control de Mercado, respecto a si la referida Entidad ejerce jurisdicción como lo hacen los jueces civiles y penales, al conocer y resolver expedientes administrativos sobre infracciones sujetas a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, manifesté en su parte correspondiente:

“La potestad sancionadora en sede administrativa y la jurisdicción, son términos que no pueden ser asimilados como figuras similares ya que, como se ha indicado en líneas precedentes la jurisdicción al ser la facultad de administrar justicia ordinaria, se encuentra dentro de la esfera de las competencias exclusivas de los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial”.

Del análisis que precede se concluye que de acuerdo con los artículos 10 y 156 del Código Orgánico de la Función Judicial, en virtud del principio de unidad jurisdiccional, corresponde a la Función Judicial administrar justicia esto es juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, atribución que solo pueden ejercer los jueces de la República; mientras que, las decisiones que adoptan las autoridades públicas para resolver procedimientos administrativos, como es el caso del extinguido INDA (actual Subsecretaría de Tierras del MAGAP), constituyen actos de la administración impugnables en sede jurisdiccional.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, en virtud de la unidad jurisdiccional establecida en los artículos 168 numeral 3 de la Constitución de la República y 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, y al amparo del número 27 de la Disposición Derogatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, la competencia para conocer y resolver controversias entre comunidades o entre una comunidad y personas extrañas a la misma, relativas al dominio o posesión de tierras rústicas con aptitud agrícola y servidumbres, corresponde a los jueces y juezas de lo civil que integran la Función Judicial.

En lo referente al ejercicio de las facultades y competencias administrativas, contempladas en los artículos 34 y 35 de la Ley de Tierras Baldías y Colonización, aplicados dentro de los procedimientos de igual naturaleza, que se sustancian en ejercicio de la competencia otorgada al extinguido INDA (actualmente Subsecretaría de Tierras del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca) para adjudicar tierras baldías y resolver su reversión, no han sido derogadas por la Disposición Derogatoria del Código Orgánico de la Función Judicial; sin embargo, en aquellos casos en que se presentare oposición fundamentada en títulos de dominio amparados en el artículo 28 de la Ley Ibídem, que se suscitaren entre comunidades sujetas al Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas o entre una de estas comunidades y personas extrañas a la misma, surgiría una controversia cuya resolución es de competencia de los jueces y juezas de lo civil.

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 de las Instituciones que forman parte del Sector Público.

### **PREVALENCIA DE LA LEY: SUBROGACIONES, CÁLCULO PARA APORTACIONES IESS**

**OF. PGE. N°:** 03209 de 19-10-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR CELEC E.P.

#### **CONSULTA:**

“(…) ‘si prevalece lo que dispone la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sobre la reforma en referencia a la Ley de Seguridad Social’, o, los (sic) valores percibidos por subrogaciones y encargos se incorporan al cálculo para las aportaciones al Seguro General Obligatorio”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 313, 368 y 370.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 1, 21, 30 núm. 2 lit. c), 33 y Disp. Final Tercera.

Ley de Seguridad Social, Arts. 9, 11, 12 lit. c), 15 y 66 núm. 7).

Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 127.

Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, Art. 66 núm. 7.

Código del Trabajo, Art. 95.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

A su oficio de consulta adjunta el memorando No. CELEC-EP-2015-1490-MEM de 18 de junio de 2015, suscrito por el Director Jurídico de la Empresa Pública a su cargo, quien enuncia los artículos 313 y siguientes de la Constitución de la República; artículos 21, 30 numeral 2 letra c) y Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; estableciendo como criterio de dicha Dirección:

“Es criterio de esta Dirección, que se encuentra en plena vigencia la disposición del artículo 30 numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas -LOEP-, que dispone, ‘(…) 2. *No forma parte de la remuneración: (...) c) Los valores por las subrogaciones y encargos*’; pese a expresas disposiciones reformativas y derogatorias que contiene la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, que no afectó el texto de la norma de la LOEP; además, la competencia de la LOEP, es especial, considerando su específico ámbito de aplicación, previsto en la regla jurídica del artículo 1, ‘Art. 1.- *AMBITO.- Las disposiciones de la presente Ley regulan la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas que no pertenezcan al sector financiero y que actúan en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos de control, económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República*’; la especificidad de la normativa que regula la Gestión del Talento Humano, en el Título IV, artículos que van desde el 16 al 33 del cuerpo legal analizado; y, la supletoriedad que consagra en favor de las normas del Código del Trabajo, en lo relativo a la contratación individual, en el Art. 33 (LOEP)”.



Mediante oficio No. 01741 de 1 de julio de 2015 e insistencia contenida en el oficio No. 02046 de 20 de julio de 2015, dirigidos al Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y mediante oficio No. 01742 de 1 de julio de 2015 e insistencia contenida en el oficio No. 02045 de 20 de julio de 2015, dirigidos al Ministro del Trabajo, se solicitó a las dos entidades, emitan su criterio institucional sobre la consulta formulada por la Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP.

El Ministerio del Trabajo emitió su criterio institucional mediante oficio No. MDT-DTJE-2015-00380-OF de 21 de agosto de 2015 y recibido en este despacho en la misma fecha, en el que cita los artículos 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, 11 de la Ley de Seguridad Social y el numeral 7 del artículo 66 de las reformas a la Ley de Seguridad Social; y, concluye:

“En razón de lo expuesto, se determina que, los valores que perciben los servidores públicos de las empresas públicas por concepto de subrogaciones o encargos, no deben ser considerados para las aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, toda vez que el literal c) del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas excluye los rubros percibidos por encargo y subrogación de la remuneración por cuanto no son ingresos permanentes; en consecuencia, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el caso específico es la que prevalece frente a la Ley de Seguridad Social”.

Por su parte, la Dirección General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, emitió su criterio institucional mediante oficio No. IESS-DG-2015-0467-OF de 28 de agosto de 2015, en el que con base en los artículos 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, 11 y 15 de la Ley de Seguridad Social, concluye en los siguientes términos:

“En este contexto, la Ley de Seguridad Social es clara al determinar que la materia gravada para el cálculo de aportaciones, es todo ingreso regular, susceptible de apreciación pecuniaria percibido por el afiliado con motivo de la realización de su actividad personal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9, del Capítulo II ‘*DE LOS ASEGURADOS OBLIGADOS*’, ‘*DEFINICIONES: Para los efectos de la protección del Seguro General Obligatorio: a. Es trabajador en relación de dependencia el empleado, obrero, servidor público, y toda persona que presta un servicio o ejecuta una obra, mediante un contrato de trabajo o un poder especial o en virtud de un nombramiento extendido legalmente, y percibe un sueldo o salario, cualquiera sea la naturaleza del servicio o la obra, el lugar de trabajo, la duración de la jornada laboral y el plazo del contrato o poder especial o nombramiento...*’; de manera que lo dispuesto en los artículos 11 y 15 de la Ley de Seguridad Social es de obligatorio cumplimiento”.

La Constitución de la República en lo concerniente al sistema de seguridad social, señala en su artículo 368 lo siguiente:

“Art. 368.- El sistema de seguridad social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia. El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social”.

En forma concordante con la citada disposición, el artículo 370 crea el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, bajo el siguiente texto:

“Art. 370.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados.

La Policía Nacional y las Fuerzas Armadas podrán contar con un régimen especial de seguridad social, de acuerdo con la ley; sus entidades de seguridad social formarán parte de la red pública integral de salud y del sistema de seguridad social”.

De igual manera, la Ley de Seguridad Social publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 465 de 30 de noviembre de 2001, en el primer inciso del artículo 1 señala:

“Art. 1.- PRINCIPIOS RECTORES.- El Seguro General Obligatorio forma parte del sistema nacional de seguridad social y, como tal, su organización y funcionamiento se fundamentan en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia”.

De las normas previamente citadas, se evidencia que el seguro universal obligatorio es un derecho constitucional de todos los ciudadanos en el marco de lo establecido en la Ley de Seguridad Social, siendo el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la institución encargada de la prestación de las contingencias del referido seguro a sus afiliados.

Es así que, el artículo 11 de la norma *Ibidem* sobre la materia gravada para la aportación al seguro general obligatorio señala:

“Art. 11.- Para efectos del cálculo de las aportaciones al Seguro General Obligatorio, se entenderá que la materia gravada es todo ingreso susceptible de apreciación pecuniaria, percibido por la persona afiliada, o en caso del trabajo no remunerado del hogar, por su unidad económica familiar.

En el caso del afiliado en relación de dependencia, se entenderá por sueldo o salario mínimo de aportación el integrado por el sueldo básico mensual más los valores percibidos por concepto de compensación por el incremento del costo de vida, decimoquinto sueldo prorrateado mensualmente y decimosexto sueldo. Integrarán también el sueldo o salario total de aportación los valores que se perciban por trabajos extraordinarios, suplementarios o a destajo, comisiones, sobresueldos, gratificaciones, honorarios, participación en beneficios, derechos de usufructo, uso, habitación, o cualesquiera otras remuneraciones accesorias que tengan carácter normal en la industria o servicio. La Compensación Económica para alcanzar el salario digno no será materia gravada.

Para efecto del aporte, en ningún caso el sueldo básico mensual será inferior al sueldo básico unificado, al sueldo básico sectorial, al establecido en las leyes de defensa profesional o al sueldo básico determinado en la escala de remuneraciones de los servidores públicos, según corresponda, siempre que el afiliado ejerza esa actividad”.

Cabe señalar que el citado artículo contiene la reforma realizada a su primer inciso, a través de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, específicamente en lo relacionado a la eliminación de la palabra “regular”, lo cual constituye materia del presente pronunciamiento y que será analizado más adelante.

Por otra parte, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 48 de 16 de octubre de 2009, en lo concerniente a su ámbito de aplicación, establece:

“Art. 1.- AMBITO.- Las disposiciones de la presente Ley regulan 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; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República”.

Del artículo expuesto, se establece que la Ley Orgánica de Empresas Públicas, busca regular la vida jurídica de estas instituciones, desde su creación hasta su liquidación, es decir, regula lo relacionado a la gestión de estos organismos y su funcionamiento en la vida pública del país.

En lo referente a la regulación de las condiciones de trabajo de servidores y obreros, el artículo 30 de la Ley Ibídem señala:

“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” (las negrillas me pertenecen).

Como se puede observar, el citado artículo establece las regulaciones de las condiciones de trabajo en las empresas públicas y para el presente caso, el numeral 2 señala los componentes o gratificaciones laborales que no son consideradas como remuneración para sus obreros y

servidores de carrera, dentro del cual se incluye a los valores recibidos por subrogación y encargo.

Analizando la materia misma de la consulta, la cual está relacionada a si los rubros que reciben los servidores públicos por subrogación o encargo de un puesto jerárquicamente superior, deben ser considerados como materia gravada para la aportación al seguro general obligatorio, en forma previa, mediante oficio No. 13430 de 3 de junio de 2013, esta Procuraduría se pronunció sobre el contenido de la letra c) numeral 2 del artículo 30 de la citada Ley Orgánica, en el que se concluyó: “(...) que los valores que perciben los servidores públicos de las empresas públicas por concepto de subrogaciones o encargos, no deben ser considerados para las aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el cálculo de los fondos de reserva, ya que la letra c) del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas excluye los rubros percibidos por encargo y subrogación de la remuneración y no son ingresos regulares, en los términos del inciso primero del artículo 11 de la Ley de Seguridad Social”.

Es pertinente indicar que la conclusión citada en el párrafo anterior, tuvo como fundamento las disposiciones contenidas en la Ley de Seguridad Social que se encontraban vigentes a la fecha de atención de la consulta, específicamente en su artículo 11, el cual cambió con la expedición de las reformas a dicha norma contenidas en la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, que fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 483 de 20 de abril de 2015, tal como se señaló en los antecedentes del presente pronunciamiento.

En este contexto, es necesario revisar previamente lo que dispone el Código del Trabajo sobre la remuneración en su artículo 95:

“Art. 95.- Sueldo o salario y retribución accesorio.- Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio.

Se exceptúan el porcentaje legal de utilidades el pago mensual del fondo de reserva, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera y decimocuarta remuneraciones, la compensación económica para el salario digno, componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, y el beneficio que representan los servicios de orden social”.

De igual manera, se ha tomado la definición de remuneración, contenida en el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, siendo esta:

“Recompensa o premio en general. | Todo pago de servicios. | Cantidad concreta a que asciende esa retribución”.

En este sentido, se observa que la remuneración de un trabajador constituye todo ingreso lícito que recibe por un servicio prestado bajo relación de dependencia, del cual se excluyen las bonificaciones o valores no permanentes que reciba el trabajador.

Adicionalmente, es necesario determinar el concepto de subrogación y encargo respectivamente, en este sentido, Guillermo Cabanellas define a la subrogación de la siguiente manera:

“Sustitución o colocación de una persona o cosa en lugar de otra. I Ejercicio de los derechos de otro, por reemplazo del titular. I Adquisición de ajenas obligaciones, en idéntica situación, en lugar del anterior obligado”.

Por su parte, Manuel Ossorio define a la subrogación como:

“Acción y efecto de subrogar o subrogarse; o sea, de substituir o poner una persona (subrogación personal) o cosa (subrogación real) en lugar de otra. Tiene especial importancia en materia de obligaciones, de contratos y de sucesiones”.

En lo relacionado al encargo, se ha revisado en nuestra legislación su definición, ubicándola en el artículo 127 de la Ley Orgánica del Servicio Público, mismo que se cita a continuación de manera referencial:

“Art. 127.- Encargo en puesto vacante.- El encargo de un puesto vacante procede por disposición de la Ley o por orden escrita de autoridad competente. La servidora o servidor de la institución asume el ejercicio de un puesto directivo ubicado o no, en la escala del nivel jerárquico superior. El pago por encargo se efectuará a partir de la fecha en que se ejecute el acto administrativo, hasta la designación del titular del puesto”.

De las definiciones antes señaladas, se puede evidenciar que la subrogación se configura cuando un servidor o trabajador asume los deberes y obligaciones de un cargo jerárquicamente superior por un tiempo determinado, en ausencia temporal del titular; mientras que, el encargo constituye asumir los deberes y obligaciones de un cargo jerárquicamente superior, por ausencia definitiva de su titular, hasta que sea designado un nuevo funcionario en el puesto.

La Ley de Seguridad Social fue reformada en varios de sus artículos por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, es así que, en su artículo 66 numeral 7 determina:

“Art. 66.- Efectúense las siguientes reformas en el Título Primero del Libro Primero ‘Del Seguro General Obligatorio’ de la Ley de Seguridad Social, publicada Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de noviembre de 2001:

(...)

7. Sustitúyase el inciso primero del Artículo 11 por el siguiente:

‘Para efectos del cálculo de las aportaciones al Seguro General Obligatorio, se entenderá que la materia gravada es todo ingreso susceptible de apreciación pecuniaria, percibido por la persona afiliada, o en caso del trabajo no remunerado del hogar, por su unidad económica familiar.’”

De la norma citada, se puede evidenciar que dentro de las reformas al artículo 11 de la Ley de Seguridad Social, se dispuso la eliminación de la palabra “regular” en el primer inciso, lo que ocasiona que el sentido de este artículo se haya modificado, ya que desde la vigencia de la referida reforma, se establece que todos los ingresos susceptibles de apreciación pecuniaria que recibe un afiliado, deben ser considerados para el cálculo de las aportaciones al seguro general obligatorio; por lo que se deduce que, si bien los ingresos que percibe un funcionario por concepto de subrogación o encargo de un puesto, no constituyen parte de su remuneración mensual, sí constituyen un ingreso gravable para el aporte al seguro general obligatorio.

De igual manera, en lo referente a la determinación de la materia gravada, el artículo 12 de la Ley de Seguridad Social señala:

“Art. 12.- DETERMINACION DE LA MATERIA GRAVADA.- Para la determinación de la materia gravada, el IESS se regirá por los siguientes principios:

a. Principio de Congruencia.- Todos los componentes del ingreso percibido por el afiliado o, en el caso del trabajo no remunerado del hogar, por la unidad económica familiar, que formen parte del cálculo y entrega de las prestaciones del Seguro General Obligatorio constituyen materia gravada para efectos del cálculo y recaudación de las aportaciones.

b. Principio del Hecho Generador.- La realización de cualquier actividad remunerada o no por parte de las personas obligadas a solicitar la afiliación al Seguro General Obligatorio, según el artículo 2 de esta Ley, es el hecho generador de las aportaciones a cada uno de los seguros sociales administrados por el IESS.

c. Principio de la Determinación Objetiva.- El IESS como ente regulador de las aportaciones y contribuciones al Seguro General Obligatorio deberá determinar objetivamente la materia gravada de los afiliados en relación de dependencia, y sólo se hará excepción de aquellos componentes del ingreso laboral, en dinero o en especie, que excedan los límites máximos de imposición establecidos en esta Ley” .

Del artículo citado, se evidencia que los componentes que sean considerados como materia gravada para la aportación al seguro general obligatorio, deberán ser determinados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ya que dicha aportación estará sujeta también a las prestaciones que tenga derecho el afiliado; hecho congruente con la reforma al primer inciso del artículo 11 de la citada Ley, toda vez que ahora se considera como materia gravada todo ingreso de apreciación pecuniaria que reciba el trabajador.

Finalmente, del análisis jurídico efectuado puede apreciar que, el marco jurídico regulatorio sobre el seguro general obligatorio se encuentra prescrito en la Ley de Seguridad Social, la cual en su artículo 11 establece que todo ingreso susceptible de apreciación pecuniaria, constituye “materia gravada” para la aportación mensual a dicho seguro, en los términos que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social establezca para el efecto, en base a su capacidad determinadora constante en la letra c) el artículo 12 de la ley ibídem; mientras que, lo dispuesto en la letra c) del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, regula lo concerniente a los rubros que están excluidos del concepto de remuneración para los trabajadores de las empresas públicas, criterio que es utilizado para la determinación de otros beneficios económicos que reciben los trabajadores de esas empresas en el ejercicio de sus funciones y que no están relacionados con el seguro general obligatorio, por lo tanto, las dos normas no se contradicen.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que al ser reformado el artículo 11 de la Ley de Seguridad Social, para el cálculo de la materia gravada a fin de determinar el monto de aportación mensual al seguro social obligatorio de los servidores de las instituciones del Estado, dentro de las cuales se encuentran las empresas públicas, se deben incluir los valores recibidos por concepto de subrogaciones y encargos; sin perjuicio de que los mismos no constituyen parte de la remuneración mensual del trabajador.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas jurídicas, y no constituye autorización u orden de pago, siendo competencia del Instituto Ecuatoriano de

Seguridad Social de determinar la materia gravada conforme a lo dispuesto en la letra c) del artículo 12 de la Ley de Seguridad Social.

## R

### **RÉGIMEN ESPECIAL: CONTRATO DE ADQUISICIONES DE REPUESTOS Y ACCESORIOS PARA LOS VEHÍCULOS**

**OF. PGE. N°:** 02762 de 21-09-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** PREFECTURA DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE LOJA

#### **CONSULTA:**

“¿Las adquisiciones de repuestos y accesorios para los vehículos del Gobierno Provincial de Loja, debe realizarse por procedimiento de Régimen Especial, de acuerdo a lo previsto en el Art. 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Art. 94 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 288.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 2 núm. 6, 44, 46, 47, 52 núm. 1; y, 94, 95 del Reglamento General.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

A su oficio de consulta adjunta el memorando No. 422-ACP-DPS-2015 de 22 de julio de 2015, suscrito por el Procurador Síndico del Gobierno Provincial, quien enuncia los artículos 2 numeral 6 y 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 94 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y concluye con el siguiente criterio institucional:

“Ante tal situación, concluyo que de acuerdo al principio de legalidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 226, que establece: Las Instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores 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; se debe realizar la adquisición de repuestos para los vehículos del Gobierno Provincial de Loja, mediante el proceso de Subasta Inversa Electrónica, en razón de que el Art. 2 de la LOSNCP expresamente establece el procedimiento de Régimen Especial para la adquisición de repuestos y accesorios para equipos y maquinarias únicamente, sin mencionar vehículos”.

Mediante oficio No. 02192 de 30 de julio de 2015 e insistencia contenida en el oficio No. 02372 de 17 de agosto de 2015, dirigidos al Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP, se solicitó emita su criterio institucional sobre la consulta formulada por el Gobierno Provincial de Loja, mismo que fue atendido mediante oficio No. SERCOP-DG-2015-0436-OF de 18 de agosto de 2015 y recibido en la misma fecha en este despacho.

El Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, en el oficio referido en el párrafo precedente cita los artículos 2 numeral 6 y 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 94 de su Reglamento General y letra d) del artículo 4 de la Resolución externa SERCOP No. 054-2011 y manifiesta en su parte pertinente que:

“En base a lo señalado y en el caso de que la Entidad Contratante requiera adquirir repuestos y/o accesorios para sus vehículos, de conformidad con el artículo 46 de la LOSNCP, deberá en un principio consultar el Catálogo Electrónico, y solo en el caso de que el bien a adquirirse no se encuentre catalogado se lo podrá adquirir a través de los siguientes procedimientos:

1.- Cuando el presupuesto referencial no supere el coeficiente de 0.0000002 del Presupuesto Inicial del Estado a través del procedimiento de Ínfima Cuantía, siempre que por razones de oportunidad no sea posible emplear el procedimiento de Régimen Especial regulado en el artículo 94 del RGLOSNC, de acuerdo al literal c) del artículo 2 de la Resolución Externa No. 062-2012 de 30 de mayo de 2012;

2.- Cuando las características del bien a adquirirse sean normalizables y por tanto, la necesidad de la entidad contratante pueda ser satisfecha mediante cualquier bien que cumpla con las especificaciones determinadas por la entidad contratante indistintamente de la marca o fabricante del mismo, corresponde emplear el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, conforme lo señala el artículo 47 de la LOSNCP; y,

3.- Cuando para la satisfacción de la necesidad de la entidad, esto es, para el mantenimiento, reparación y/o re potenciamiento de equipos y maquinaria de su propiedad, el bien a adquirirse deba cumplir necesariamente con características específicas que no puedan ser cubiertas por otras alternativas técnicas y sea el fabricante o distribuidor autorizado del repuesto y/o accesorio quien deba proveerlo, la entidad podrá acoger el Régimen Especial conforme el artículo 94 del RGLOSNC”.

La Constitución de la República, respecto a los criterios que deben cumplir las compras públicas en su artículo 288 señala:

“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”.

Con la finalidad de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución, se expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual en su artículo 1, referido a su objeto y ámbito, dispone que: “Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen: (...) 4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo”.

Para atender la consulta es pertinente analizar en forma previa que, para la adquisición de bienes consistentes en repuestos y accesorios para vehículos, las entidades sujetas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pueden aplicar, según el caso los siguientes procedimientos:



1. Catálogo electrónico, según los artículos 44 y 46 de la citada Ley Orgánica, que disponen:

“Art. 44.- Catálogo Electrónico del SERCOP.- Como producto del Convenio Marco, el Servicio Nacional de Contratación Pública creará un catálogo electrónico disponible en el Portal COMPRASPUBLICAS, desde el cual las Entidades Contratantes podrán realizar sus adquisiciones en forma directa”.

“Art. 46.- Obligaciones de las Entidades Contratantes.- Las Entidades Contratantes deberán consultar el catálogo electrónico previamente a establecer procesos de adquisición de bienes y servicios. Solo en caso de que el bien o servicio requerido no se encuentre catalogado se podrá realizar otros procedimientos de selección para la adquisición de bienes o servicios, de conformidad con la presente Ley y su Reglamento.

Si cualquiera de las Entidades Contratantes obtuviere ofertas de mejor costo que las que consten publicadas en el catálogo electrónico, deberán informar al Servicio Nacional de Contratación Pública para que éste conozca y confirme que la oferta es mejor y adopte las medidas necesarias que permitan extender tales costos, mediante la celebración de Convenios Marco, al resto de Entidades Contratantes”.

Según lo establecido en los artículos citados, se establece que previo al inicio de cualquier proceso de contratación pública, incluso el de régimen especial contenido en el numeral 6 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que se revisará más adelante, las entidades contratantes deben consultar si los repuestos o accesorios que se requiere adquirir, se encuentran disponibles en la herramienta de catálogo electrónico del Sistema Oficial de Contratación del Estado – SOCE.

2. Ínfima cuantía, de acuerdo con el artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la letra c) del artículo 2 de la Resolución No. 062-2012 del Servicio Nacional de Contratación Pública, aplicable cuando el presupuesto de adquisición de bienes es menor al coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado. El tenor del artículo 2 de la citada Resolución, es el siguiente:

“Art. 2.- Casos especiales de bienes y servicios.- Los siguientes bienes y servicios podrán adquirirse a través del mecanismo de ínfima cuantía, independientemente de las condiciones señaladas en el artículo anterior:

(...)

c) La adquisición de repuestos o accesorios, siempre que por razones de oportunidad no sea posible emplear el procedimiento de régimen especial regulado en el artículo 94 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;

(...)

En los casos previstos en los literales a), c) y e) de este artículo, el cálculo de la cuantía no se hará por todas las adquisiciones del correspondiente período fiscal, sino que se lo hará individualmente, por cada compra”.

3. Adquisición de bienes por exclusividad en el mercado, según el procedimiento establecido en el artículo 95 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, bajo los siguientes términos:

“Art. 95.- Procedencia.- Se observará el mismo procedimiento previsto en la sección anterior para los procesos de adquisición de bienes o servicios únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor, o, que implican la contratación del desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes

en la entidad contratante, o la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas”.

4. Compra directa de repuestos y accesorios para equipos y maquinaria, procedimiento que se encuentra contemplado en el numeral 6 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que señala:

“Art. 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

(...) 6. Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las Entidades Contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de COMPRASPUBLICAS;”.

En forma concordante con el artículo citado en el párrafo anterior, el artículo 94 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prescribe:

“Art. 94.- Procedencia.- Las contrataciones de repuestos o accesorios requeridos por las entidades consideradas en el ámbito de la Ley, para el mantenimiento, reparación y/o re potenciamiento de equipos y maquinarias de su propiedad, entendiéndose como tales a dispositivos, aparatos, naves, mecanismos, máquinas, componentes, unidades, conjuntos, módulos, sistemas, entre otros, que puede incluir el servicio de instalación, soporte técnico y mantenimiento post venta, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec), se realizarán conforme el siguiente procedimiento:

1. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá la resolución en la que se justifique la necesidad de adquirir los repuestos y accesorios directamente por razones de funcionalidad o necesidad tecnológica u otra justificación que le faculta acogerse al Régimen Especial, aprobará los pliegos, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio del procedimiento especial;
2. La máxima autoridad propenderá a que esta adquisición de repuestos y accesorios se la realice con el fabricante o distribuidores autorizados, evitando que existan intermediarios;
3. Se publicará en el Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec), la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, adjuntando la documentación señalada en el numeral 1 anterior y la identificación del fabricante o proveedor autorizado, señalando el día y la hora en que fenece el período para recepción de las ofertas;
4. Una vez publicada la resolución, la entidad contratante enviará invitación directa al fabricante o proveedor autorizado seleccionado con toda la información que se publicó en el Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec);
5. En el día y hora señalados para el efecto en la invitación, que no podrá exceder el término de 3 días contados desde su publicación, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta que será publicada en el Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec);
6. En la fecha y hora señaladas para el efecto, se procederá a la recepción de la oferta del proveedor invitado a través del Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec);
7. La máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado”.

De los artículos anteriormente citados, se evidencia que tanto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como su Reglamento General, prevén la adquisición de repuestos para equipos y maquinarias bajo el procedimiento de régimen especial, en los casos en que dichos bienes no se encuentren disponibles en el catálogo electrónico.

De igual forma, se puede inferir que el listado de repuestos y accesorios constante en el primer inciso del artículo 94 del Reglamento General es ejemplificativo, y no se limita únicamente a maquinarias y equipos, sino que el mismo amplía su campo de aplicación por ejemplo a las naves, las cuales constituyen un medio de transporte de pasajeros y carga, función que también cumplen los vehículos de las instituciones públicas, por lo que se colige que este procedimiento es un mecanismo válido de adquisición de repuestos para estos últimos, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos establecidos en el numeral 1 del citado artículo 94.

Los presupuestos que impone el citado artículo 94 del Reglamento General, están constituidos por dos obligaciones: a) efectuar una verificación previa tendiente a descartar la aplicación del procedimiento de compra por catálogo electrónico; y, b) justificar o motivar la aplicación de dicho procedimiento de régimen especial, para la adquisición de repuestos y accesorios de vehículos, por razones de funcionalidad o necesidad tecnológica.

Del análisis hasta aquí efectuado se observa que, para la adquisición de repuestos y accesorios de vehículos, las entidades contratantes, pueden observar varios procedimientos, como la ínfima cuantía, catálogo electrónico o el régimen especial por exclusividad, dependiendo de los factores y necesidades de la adquisición, así como el de régimen especial sobre el que trata la consulta, debiéndose en cada caso dar cumplimiento a los presupuestos específicos establecidos en la Ley.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, para adquirir los repuestos y accesorios de vehículos bajo el procedimiento de régimen especial regulado en el numeral 6 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se debe considerar que los mismos no se encuentren disponibles a través del catálogo electrónico y que se cumpla con los presupuestos contemplados en el artículo 94 de su Reglamento General; es decir, que se justifique motivadamente su adquisición por razones de funcionalidad o necesidad tecnológica.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de las entidades contratantes el definir, en base al marco legal vigente, los mecanismos y procedimientos de contratación pública a ejecutarse en su administración.

## S

### **SERVICIO DE CONTRATACIÓN DE OBRAS: EJECUCIÓN DE GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATISTA**

**OF. PGE. N°: 01992 de 15-07-2015**

**ENTIDAD CONSULTANTE: SERVICIO DE CONTRATACIÓN DE OBRAS, SECOB**

#### **CONSULTA:**

“Al tenor de lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ¿es pertinente que el Servicio de Contratación de Obras ejecute la garantía de fiel cumplimiento de un contratista, para pagar las obligaciones contraídas a favor de los subcontratistas por parte del Contratista?”

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 226.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 2 núm. 8, 73, 74, 77, 78, 79 inc. cuarto.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 9 y 40.

Código Civil, Arts. 18 y 1588.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender su requerimiento, la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 01607 de 22 de junio de 2015 e insistencia constante en el oficio No. 01859 de 9 de julio de 2015, solicitó el criterio del Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, lo cual fue atendido mediante oficios Nos. SERCOP-CNAJ-2015-0213-OF y SERCOP-DAJ-2015-0538-OF de 8 y 11 de julio de 2015, suscritos por la Coordinadora General y Directora de Asesoría Jurídica de la referida entidad, respectivamente.

Con relación al tema materia de consulta, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, en el oficio No. SERCOP-CNAJ-2015-0213-OF, cita el artículo 226 de la Constitución de la República y los artículos 74, 78, 79 inciso cuarto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como el número 3.1.5. de la Sección V “Obligaciones de las Partes” de la Sección I “Procedimientos de Contratación”, de los modelos de pliegos emitidos por el SERCOP para la licitación y cotización de obras; y, efectúa el siguiente análisis:

“En base a la normativa citada, es preciso considerar que la finalidad principal de la garantía de fiel cumplimiento es asegurar el respeto íntegro de las obligaciones que son parte del contrato.

En términos generales y de conformidad a lo establecido en el Art. 1588 del Código Civil, el contrato es ley para las partes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales, lo cual obliga no sólo a lo que en él 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. Por lo tanto, el incumplimiento del contratista de alguna de las estas (sic) obligaciones asumidas, faculta a la Entidad a resolver el contrato y, en consecuencia, a ejecutar la referida garantía.

Así mismo conforme a la normativa aplicable en el caso en concreto la subcontratación se efectúa bajo riesgo y responsabilidad del contratista, por lo tanto los problemas que se deriven de las subcontrataciones serán de responsabilidad del contratista, más no de la entidad contratante: ya que el contratista está prohibido a ceder derechos y obligaciones, incluida en éstas últimas la intervención de personal bajo la dependencia del contratista para la plena ejecución contractual, pues es éste quien se obliga en las subcontrataciones, razón por la cual debe hacerse cargo de todo lo que se genere en torno a ella, no teniendo la entidad contratante ninguna obligación de ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento, con respecto a los incumplimientos laborales de los contratistas para los subcontratistas”.

Con tales antecedentes, la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Servicio Nacional de Contratación Pública concluye con el siguiente criterio institucional:

“Sin perjuicio de lo indicado, habrá de considerarse que dentro del Proyecto de Contrato establecido por el SERCOP, en el número 5.7., ‘*Obligaciones del Contratista*’, *cláusula quinta del contrato*, ‘*El CONTRATISTA se obliga al cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Código del Trabajo y en la Ley del Seguro Social Obligatorio, adquiriendo, respecto de sus trabajadores, la calidad de patrono, sin que la CONTRATANTE tenga responsabilidad alguna por tales cargas, ni relación con el personal que labore en la ejecución de los trabajos, ni con el personal de la subcontratista*’.

Por lo tanto, de considerar la entidad contratante que la contratista está incumpliendo con una obligación contractual, bien podría de considerarlo pertinente iniciar con el trámite correspondiente de terminación del contrato, en donde se podría dar la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, de ser el caso”.

El informe jurídico de la entidad consultante consta en el documento sin número y sin fecha, titulado “Criterio Coordinación General de Gestión Jurídica Servicio de Contratación de Obras”, que se ha remitido adjunto al oficio de consulta, suscrito por el Coordinador General de Gestión Jurídica del Servicio de Contratación de Obras, quien cita como normas aplicables al caso de consulta los artículos 73, 74 y 79 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 1453 del Código Civil y efectúa el siguiente análisis:

#### “3.3.- Análisis previo: Las partes contratantes

El contrato produce sus efectos entre las partes contratantes. No tiene efectos frente a terceros, sino en los casos previstos por la ley. Si las partes celebran el contrato regulando sus propios intereses es lógico que los efectos contractuales son para ellas.

Son *partes* u *otorgantes* del contrato los que intervienen en su celebración por sí o mediante representante. Las partes contratantes son los titulares de los intereses regulados en el contrato; ellas son las que adquieren los derechos y contraen las obligaciones derivadas del contrato (...).

#### 3.4.- Terceros

Los terceros, o sea los que no han intervenido en su celebración ni por sí ni mediante representante, no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones derivados de un contrato en cual no son parte, salvo en los casos previstos por la ley.

(...) Como se mencionó, el artículo 74 de la LOSNCP no especifica la clase de tercero que pudiere hallarse dentro de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; por lo que atendiendo al tenor literal del articulado, podría tratarse de cualquier clase de ellas.

(...) Los subcontratistas, pueden llegarse a convertir acreedores del contratista, en caso de mora y falta de pago de éste último, por lo que son una clase de terceros que en un principio parecería que podrían beneficiarse de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Sin embargo, por disposiciones expresas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la entidad contratante no tiene responsabilidad ni obligación de pago

frente a esta clase de terceros (acreedores). En tal sentido el artículo 73 de la citada Ley, en su parte pertinente señala: *‘Para hacer efectiva la garantía, la Entidad Contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión’* (resaltado me pertenece) y el artículo 79 de la Ley ibídem, señala que, la subcontratación efectuada por el contratista, la realiza *‘bajo su riesgo y responsabilidad’*. Luego añade que, por la subcontratación, el contratista no pierde su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la entidad contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal.

(...) De conformidad al artículo 9 y artículo 40 de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado, es obligación de los funcionarios precautelarse los recursos públicos y actuar con la diligencia y empeño que se emplearía en negocios propios.

En tal sentido, la garantía de fiel cumplimiento de un contrato administrativo, respalda a la Administración Pública a cobrar las multas impuestas a un contratista, a cobrar los intereses legales por la demora en la devolución de un anticipo, y a respaldar la calidad de los materiales utilizados en una obra pública, por lo que ejecutar dicha garantía para entregar el valor respectivo a un subcontratista, estaría mermando el legítimo interés público, inclusive lo estaría lesionando”.

En base de las consideraciones anteriores, el Coordinador General de Gestión Jurídica del Servicio de Contratación de Obras, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Luego del análisis realizado en líneas anteriores, la Coordinación General de Gestión Jurídica concluye lo siguiente:

En el caso de los subcontratistas, que pueden tener calidad de terceros acreedores, no es factible la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento del contrato a su favor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 73 y 79 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, además tomando en consideración que no se cuenta con competencia ni jurisdicción para determinar incumplimientos contractuales derivados de la relación existente entre contratista y subcontratista, o derechos de crédito a favor del subcontratista derivables de su propia relación, la entidad contratante no podría determinar si efectivamente se presenta dicho incumplimiento.

Solamente se podría ejecutar la garantía de fiel cumplimiento de un contrato, para pagar obligaciones contraídas a favor de un tercero, cuando exista una sentencia ejecutoriada de juez competente que disponga a la Entidad Pública dicha ejecución y pago”.

El artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé la obligación de los contratistas de rendir garantías en cualquiera de las cinco formas que determina la indicada norma. Adicionalmente, el inciso cuarto del mismo artículo dispone que: *“Para hacer efectiva la garantía, la Entidad Contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión”*. La citada disposición establece un privilegio o prelación a favor de la entidad contratante sobre la garantía conferida a ella.

Dentro de las garantías que ha previsto la Ley de la materia, el artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone:

“Art. 74.- Garantía de Fiel Cumplimiento.- Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeren a favor de terceros, relacionadas con el contrato,

el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor”.

De la cita anterior, se desprende que en los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio, es obligación del adjudicatario rendir una garantía por el cinco por ciento del valor del contrato, para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros, así como asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, debiendo devolverse esta garantía al contratista al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta de la obra, por mandato del artículo 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Cabe advertir que la referencia que hace el artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a “obligaciones contraídas a favor de terceros”, ha de entenderse siempre dentro del contexto del contrato administrativo suscrito entre el contratista y la entidad contratante, cuyas obligaciones son las que avala o afianza la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Su consulta pretende determinar la procedencia jurídica de que una entidad contratante ejecute la garantía de fiel cumplimiento de un contratista, para pagar las obligaciones contraídas a favor de los subcontratistas por parte del contratista, lo cual hace necesario referirnos a la subcontratación, normada por los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en los siguientes términos:

“Art. 78.- Cesión de los Contratos.- El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato.

Art. 79.- Subcontratación.- El contratista podrá subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad.

Tratándose de subcontratación de consultoría, ésta sólo podrá realizarse para las actividades que expresamente se establezcan en los pliegos y que conste en la oferta adjudicada.

Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado.

Por la subcontratación, el contratista no pierde su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la Entidad Contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal.

Las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley en calidad de contratistas, observarán los procedimientos de selección previstos en esta Ley”.

Como se puede apreciar, el artículo 79 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es determinante al disponer que la entidad contratante no adquiere ningún tipo de

responsabilidad con el subcontratado ni con su personal, ya que como la misma disposición lo prevé, la subcontratación la realiza el contratista bajo su cuenta y riesgo. Es decir, que si bien el subcontratista participa en la ejecución de la obra objeto del contrato, aquel no es parte del contrato suscrito con la entidad pública contratante y las obligaciones que existan entre el contratista y su subcontratista, proveedores, trabajadores y otros, son ajenas a la entidad contratante.

Como consecuencia de lo anterior, cualquier obligación que tenga el contratista respecto de su subcontratista, no implica la existencia de una obligación entre la entidad contratante y el subcontratista, estando además para el contratista la cesión de los derechos y obligaciones emanados de los contratos regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme la norma del artículo 78 de la indicada Ley Orgánica, por lo que mal podría la entidad contratante responsabilizarse de las obligaciones del contratista.

Por su parte, la regla cuarta del artículo 18 del Código Civil, 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. En dicho contexto, conforme el análisis jurídico hasta aquí efectuado se determina que el subcontratista tiene una relación jurídica con el contratista, mas no con la entidad pública contratante, por lo cual no sería procedente que se beneficie de la garantía que el contratista ha rendido a favor de la entidad contratante.

Finalmente, se debe observar que en aplicación del principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal están facultadas para ejercer únicamente las competencias y facultades que sean atribuidas en la Constitución y la ley.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que al tenor de lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no es pertinente que la entidad pública contratante ejecute la garantía de fiel cumplimiento que ha rendido un contratista, para pagar las obligaciones contraídas por éste a favor de los subcontratistas por parte del contratista, porque la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no ha previsto dicha posibilidad; y, además según lo prescrito en el inciso cuarto del artículo 79 de la Ley Orgánica en mención, la entidad contratante no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal.

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.

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE PODER DE MERCADO:  
EXPEDICIÓN DE NORMATIVA**

**OF. PGE. N°: 00287 de 02-03-2015**

**ENTIDAD CONSULTANTE: SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO**

**CONSULTAS:**

“1.- Los artículos 37 y 44 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, confieren a esta Superintendencia potestad para expedir normas con el carácter de



generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia. El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social establece el Principio de Independencia: ‘Ninguna función u organismo del Estado podrá intervenir en la organización, administración, atribuciones o adopción de resoluciones de la Función de Transparencia y Control Social’ Al respecto, es imperativo determinar si ¿el ejercicio de dicha potestad normativa está sometida a la aprobación de la Junta de Regulación e informe previo de la Secretaría Permanente, conforme establece el artículo 1 de la Resolución No. 004-2014 expedida por la referida Junta?’.

“2.- El artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, asigna a esta Superintendencia facultades de control y sanción por el abuso del poder de mercado, por acuerdos y prácticas restrictivas, por conductas desleales contrarias al régimen previsto en esa Ley, con independencia de conformidad con el artículo 3, numeral 1 de la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, arriba indicada. Al efecto, es preciso determinar si el ejercicio de dicha facultad está sujeta a coordinación con otros organismos de regulación y control, según dispone el artículo 2 de la Resolución No. 004-2014, expedida por la Junta de Regulación?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 132, 141, 213, 226 y 425.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Arts. 1, 2, 15, 35 inc. segundo, 36, 37, y 44 núm. 6); y, 42, 49 de su Reglamento.

Res. N° 004, R.O. N° 440 de 19-02-2015; Arts. 1 y 2.

Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, Art. 3.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Me refiero a su oficio No. SCPM-DS-070-2015 de 26 de enero de 2015, ingresado el 26 de enero del presente año, por el que formula a la Procuraduría General del Estado dos consultas relacionadas con la aplicación de la Resolución No. 004 expedida el 24 de diciembre de 2014, por la Junta de Regulación creada por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que contiene la “Regulación para la Expedición de Normas por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, de los Sectores Estratégicos y de Coordinación para el Ejercicio de las Facultades de Control”.

En forma previa a atender sus consultas, a fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficios No. 00111, 00112, 00113 y 00114 de 29 de enero de 2015, este Organismo solicitó el criterio institucional de los Ministros Coordinadores de Política Económica, de la Producción, Empleo y Competitividad, de los Sectores Estratégicos, y de Desarrollo Social, respectivamente.

Con oficio No. SCPM-DS-118-2015 de 6 de febrero de 2015, ingresado el 11 de febrero del presente año, la entidad consultante informa a este Organismo que mediante Resolución No. 005 de 5 de febrero de 2015, la Junta de Regulación ha reformado el artículo 2 de la Resolución No. 004, suprimiendo su primer inciso.

En el oficio referido en el párrafo que precede, la entidad consultante informa adicionalmente que el Secretario Técnico de la Junta de Regulación ha puesto en conocimiento de esa Superintendencia, la Resolución por la que la Junta negó el reclamo administrativo propuesto

por la Superintendencia, por el cual se solicitó la derogatoria del acto normativo contenido en la Resolución No. 004.

Mediante oficio No. MCPEC-DESP-2015-0262-O de 13 de febrero de 2015, el Ministro Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad, en su calidad de Presidente de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, a nombre de los Ministros que integran dicha Junta de Regulación, remite el criterio institucional sobre los temas materia de consulta, así como copia de la Resolución No. 005 adoptada por esa Junta, por la que reforma la Resolución No. 004 sobre cuya aplicación trata la consulta. Remite adicionalmente, copia de la Resolución de 5 de febrero de 2015, mediante la cual la Junta de Regulación niega el reclamo administrativo presentado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, impugnando la referida Resolución No. 004.

Con oficio No. SCPM-DS-132-2015 de 19 de febrero de 2015, ingresado el 24 de febrero del presente año, la entidad consultante se refiere a la Resolución No. 005 de la Junta de Regulación que reforma la Resolución No. 004 y manifiesta que “Estos actos normativos ponen en riesgo las facultades normativas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...). Esta intromisión ha retardado el correcto desempeño de la Superintendencia ya que los expedientes, estudios y más actos de la Superintendencia se repesaron hasta que la misma Junta de Regulación admitió parcialmente el error jurídico expidiendo la resolución 005 de 6 de febrero de 2015, revocando el inciso primero del Art. 2 de la resolución 004 de 24 de diciembre de 2014”.

La Resolución No. 004 de la Junta de Regulación a la que aluden las consultas, contiene la “Regulación para la Expedición de Normas por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y de Coordinación para el Ejercicio de las Facultades de Control” y fue inicialmente publicada en el Registro Oficial No. 440 de 19 de febrero de 2015; su reforma, expedida mediante Resolución No. 005 no ha sido aún publicada, no obstante su texto ha sido remitido tanto por la entidad consultante, como por el Ministro Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad.

El texto íntegro de la referida Resolución 004 reformada, se compone por dos artículos y una Disposición General que prevé que la Resolución regirá desde su promulgación, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial. El tenor de sus artículos 1 y 2 es el siguiente:

“Art. 1.- De la expedición de normas por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado para expedir las normas referidas en el artículo 37 y 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, deberá contar con la aprobación de la Junta de Regulación, previo informe de la Secretaría Permanente.

Se exceptúan de este artículo las normas de carácter interno que expida la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para su Correcto funcionamiento”.

“Art. 2.- De la coordinación y el procedimiento en el ejercicio de la facultad de control.- Cuando en el ejercicio de sus facultades, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, realice estudios de mercado o inicie procedimientos de investigación y sanción para detectar posibles incumplimientos a las leyes y la normativa vigente, deberá contar con la participación de los organismos de regulación y/o control correspondientes. (Primer inciso derogado por Resolución 005).

En caso de incumplimiento de preceptos establecidos en otra normativa distinta a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado por parte de uno o más operadores económicos, que conlleve el impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general, en aquellos temas y materias en que la Constitución o la Ley otorguen competencias a otras autoridades u organismos de regulación y/o control, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado pondrá en conocimiento de la institución correspondiente para que esta última actúe conforme a la ley”.

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

#### PRIMERA CONSULTA

“1.- Los artículos 37 y 44 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, confieren a esta Superintendencia potestad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia. El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social establece el Principio de Independencia: ‘Ninguna función u organismo del Estado podrá intervenir en la organización, administración, atribuciones o adopción de resoluciones de la Función de Transparencia y Control Social’ Al respecto, es imperativo determinar si ¿el ejercicio de dicha potestad normativa está sometida a la aprobación de la Junta de Regulación e informe previo de la Secretaría Permanente, conforme establece el artículo 1 de la Resolución No. 004-2014 expedida por la referida Junta?”.

El informe del Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, contenido en memorando SCPM-CGAJ-47-2015-M de 23 de enero de 2015, cita entre otras normas, los artículos 213 y 226 de la Constitución de la República que establecen que las Superintendencias tienen el carácter de organismos técnicos de control de actividades y el principio de legalidad que rige en Derecho Público, así como los artículos 35, 36, 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 42 de su Reglamento de Aplicación, que determinan las funciones de la Junta de Regulación y de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; y, 3 de la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, relativo a los principios que rigen dicha Función.

El referido informe argumenta que la Resolución No. 004 de la Junta de Regulación “(...) atenta al principio de seguridad jurídica constitucionalmente garantizado, (...) es ilegal porque no tiene potestad o poder de actuación normativa otorgada por la ley, (...) no tiene motivación”.

Dicho informe jurídico no desagrega sus conclusiones en función de cada una de las preguntas formuladas, sino que las expresa en forma general, manifestando lo siguiente:

“5. La Junta de Regulación tiene sus atribuciones constantes en el Art. 35 inciso segundo de la LORCPM y el Art. 42 del Reglamento literales a), b), c), e), i) y j) de la LORCPM, pero en materias propias de sus competencias, sin que dichos actos normativos pueden alterar o innovar las disposiciones legales o del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, sin embargo lo resuelto por la Junta de Regulación de la LORCPM si reforma e innova los Arts. 37 y 44 numeral 1 de la LORCPM.

(...) Cuando una función u órgano del Estado dentro de una misma materia emite regulaciones normativas diminutivas sin tener competencia y que afecta a otro órgano que conoce la misma materia pero que es de distinto nivel funcional, genera un conflicto de atribuciones o antinomias dispositivas y prescriptivas directas no derivadas. Son directas porque la ley y reglamento de la

materia no le otorga esa facultad y al no tener competencia sus normas no son derivadas de la facultad soberana por lo que no están sustanciadas de constitucionalidad y de legalidad (...).

(...) CONCLUSIONES:

(...) 6. La actividad reglamentaria de la Junta de Regulación que se cristalizó en la Resolución 04-2014 carece de derivación jerárquica legal o reglamentaria, pues para emitir la citada resolución, la LORCPM ni su reglamento no le confieren tal facultad, por lo que adolece de legalidad, pues para emitir tal acto requiere reforma legal y reglamentaria.

7. La resolución citada pone en riesgo y limita la autonomía e independencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, violando lo dispuesto por la Constitución, ya que es una intromisión directa a las potestades exclusivas y excluyentes de la Superintendencia”.

Por su parte, el Ministro Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad, en su calidad de Presidente de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, cita los artículos 141 de la Constitución de la República y 35 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que se refieren a la Función Ejecutiva y las atribuciones que le corresponden en la materia normada por esa Ley.

El Ministro Coordinador expresa que la Resolución No. 004 expedida por la Junta de Regulación “(...) tiene como fin el establecer un procedimiento para coordinar el proceso de expedición de normas en el ámbito de la Regulación relativa al Control del Poder de Mercado”; agrega y concluye:

“El fondo del problema es esclarecer el ámbito de las competencias de la Junta de Regulación y de la Superintendencia, para ello creemos importante dilucidar cuáles son las materias de cada uno (sic) de estas instancias. Por una parte, la política pública fija la orientación de la gestión de las instituciones del Estado para la consecución de los objetivos de desarrollo. La regulación generada desde el Ejecutivo, como un mecanismo para instrumentar la política pública, establece normas y reglas de conducta a los actores del mercado, mientras que la Superintendencia debe controlar el cumplimiento de estas normas. El objetivo de esta lógica institucional es mantener un orden, llevar un control y garantizar los derechos de todos los integrantes de una comunidad.

(...) Por lo tanto, al ser la Junta el organismo de regulación integrado por representantes de la Función Ejecutiva, tiene facultades para expedir políticas y normas de carácter general (regulaciones).

(..) Por ende, existe el organismo técnico de control llamado Superintendencia de Control del Poder de Mercado con la facultad de expedir normas de carácter general exclusivamente en el ámbito de su competencia (control).

De esta manera, se complementan la política y su regulación con el control, evidenciándose claramente que existe una separación conceptual en los ámbitos de competencias de ambas instancias, siendo sus actividades complementarias, ya que no puede existir regulación sin control o control sin regulación.

“(…) se debe dejar claramente señalado que la Junta no ha pretendido bajo ningún concepto limitar las facultades de control y mucho menos ser parte procesal de los procesos de investigación y sanción que tiene la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sino más bien implementar adecuados mecanismos de coordinación entre ambas instancias y otras instituciones públicas, acorde a lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República (…).

(…) La forma como está organizada la ley de la referencia y el análisis que sobre ella realiza la Superintendencia hace suponer que, en torno al control del poder de mercado existe un solo organismo con las atribuciones para regular y controlar, desconociendo la separación fáctica y de conceptos entre estas dos potestades estatales.

La Ley de la materia reconoce a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la emisión de normativa técnica e instrucciones generales, así como la emisión de resoluciones de carácter general, para su funcionamiento interno y cumplimiento de su objeto. Sobre este punto, al referirse al ámbito de la Ley, se entiende al cuerpo normativo como un todo, es decir, con el reconocimiento debido a las competencias de los demás órganos creados por la LORCPM, a fin de que en cada caso se respete el ejercicio de las competencias correspondientes y, de esta manera, se articule debidamente la normativa secundaria de la materia y poder así brindar seguridad jurídica. En otras palabras, el ejercicio de la competencia para la emisión de normas de carácter generalmente obligatorias, no debe entenderse que es facultad de la Superintendencia el regular en el ámbito de la LORCPM, reservado privativamente por el mismo cuerpo legal a la Junta de Regulación conforme lo establecido en el artículo 35 de la LORCPM.

(…) Por lo expuesto, consideramos que las consultas formuladas por la Superintendencia no plantean el verdadero problema de conflicto de competencias que ésta reclama, mismo que debería ser resuelto reconociendo por parte de cada instancia el alcance y limitaciones de sus atribuciones, la una en el ámbito regulatorio y la otra en el ámbito del control. Ratificamos la facultad de emitir regulaciones dentro del ámbito de sus competencias que tiene la Junta y que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, pese a tener la atribución de emitir normas de carácter generalmente obligatorias, éstas deben limitarse al ámbito de sus competencias, sin que dichas normas puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación”.

Para atender su consulta corresponde considerar como antecedente que la potestad normativa tiene reserva de ley; así, de acuerdo con el numeral 6 del artículo 132 de la Constitución de la República, se requiere de ley para “6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”.

El primer inciso del artículo 213 de la Constitución de la República, prevé que las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinan por la ley.

Atento el tenor de la consulta y los criterios institucionales que fueron previamente transcritos, es pertinente analizar las normas de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento, que establecen el objeto y ámbito de aplicación de esos cuerpos normativos y aquellas que asignan potestades normativas tanto a la Junta de Regulación creada por esa Ley, como a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

El objeto y ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, están definidos por sus artículos 1 y 2, que disponen:

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es 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 y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”.

“Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos”.

Del tenor de las normas transcritas se desprende que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, tiene por objeto buscar la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de consumidores y para ello sus normas tienen por finalidad prevenir, eliminar y sancionar el abuso de los operadores económicos con poder de mercado. Su ámbito de aplicación incluye a todos los operadores económicos que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, a los gremios que los agrupen, así como a los que realicen actividades económicas fuera del país, cuyos actos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

La potestad normativa de la Junta de Regulación, se establece en forma expresa por el segundo inciso del artículo 35 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que tiene el siguiente tenor:

“Art. 35.- Facultades de la Función Ejecutiva.- Corresponde a la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de esta Ley.

La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la Constitución. La Junta de Regulación tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

El Superintendente de Control del Poder de Mercado o su delegado participará en las sesiones de la Junta de Regulación en calidad de invitado con voz informativa pero sin voto.

La Junta de Regulación estará integrada por las máximas autoridades de las carteras de estado, o sus delegados, a cargo de la Producción, la Política Económica, los Sectores Estratégicos y el Desarrollo Social”. (Lo resaltado me corresponde).

Concordantes, los artículos 42 y 49 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicado en el Registro Oficial No. 697 de 7 de mayo de 2012, confiere a la Junta de Regulación atribución para expedir actos normativos en los siguientes términos:

“Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.-

La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:

- a) Expedir actos normativos para la aplicación de la Ley respecto del control de abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, competencia desleal y concentración económica, sin que dichos actos normativos puedan alterar o innovar las disposiciones legales o el presente Reglamento;
- b) Expedir documentos de guía y lineamientos respecto a los métodos de análisis de mercados y mercados relevantes;
- c) Expedir criterios para la evaluación de las prácticas tipificadas en la Ley;
- d) Autorizar, mediante resolución motivada, el establecimiento de restricciones a la competencia, de conformidad con el artículo 28 de la Ley;
- e) Determinar los criterios para la aplicación de la regla de mínimos en materia de acuerdos y prácticas restrictivas;
- f) Fijar el monto del volumen de negocios total en el Ecuador, del conjunto de los partícipes en una operación de concentración económica, a partir del cual se debe cumplir con el procedimiento de notificación previa de conformidad con el literal a) del artículo 16 de la Ley;
- g) Fijar el monto mínimo de las ayudas públicas a partir del cual se aplicarán las condiciones y procedimientos establecidos en los artículos 29 y 31 de la Ley y los artículos 35 a 38 de este Reglamento;
- h) Promover, coordinar e impulsar la suscripción de instrumentos internacionales de cooperación en las materias regladas por la Ley;
- i) Emitir recomendaciones para el establecimiento de políticas de precios necesarias para beneficio del consumo popular, así como para la protección de la producción nacional y la sostenibilidad de la misma;
- j) Celebrar acuerdos de cooperación y entendimiento con las agencias de regulación y control o los órganos del poder público competentes para emitir regulación sectorial de conformidad con la ley, a fin de establecer la relación que existirá entre ellos respecto de las cuestiones que exigen medidas conjuntas; y,
- k) Las demás que le atribuyan la Ley y la normativa reglamentaria.”

“Art. 49.- Regulación sectorial.- La regulación técnica, económica y de acceso a insumos e infraestructura en cada uno de los sectores regulados corresponderá a la agencia de regulación y control o al órgano del poder público competente para emitir dicha regulación de conformidad con la ley. La regulación para la aplicación de la Ley respecto al control del abuso de poder de mercado y demás prácticas restrictivas tipificadas en la Ley en los sectores regulados corresponderá a la Junta de Regulación.

El juzgamiento y sanción de las infracciones establecidas en la Ley corresponderá exclusivamente a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.”

Nótese que los artículos 42 y 49 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aplicación de Control del Poder de Mercado, por la remisión que efectúa el artículo 35 de esa Ley, asignan facultades normativas a la Junta de Regulación en las materias sujetas al objeto y ámbito de aplicación de esa Ley.

Por su parte, la potestad normativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, consta establecida también en forma expresa por varias normas de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; así, el artículo 15 de esa Ley le confiere atribución para regular las operaciones de concentración económica sujetas a su control y prescribe:

“Art. 15.- Control y regulación de concentración económica.- Las operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en esta sección serán examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo. Habiéndose concretado sin previa notificación, o mientras no se haya expedido la correspondiente autorización, la Superintendencia podrá ordenar las medidas de desconcentración, o medidas correctivas o el cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando el caso lo amerite, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de esta Ley”.

De igual manera, el segundo inciso del artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, asigna a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, potestad normativa, en los siguientes términos:

“La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación”.

Por su parte, los artículos 39 y 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, asignan al Superintendente las siguientes atribuciones:

“Art. 39.- Información Requerida.- Además de la información requerida en el artículo 16 de esta ley, el Superintendente de Control del Poder de Mercado podrá establecer, con carácter general, la información y antecedentes que las personas deberán proveer a la Superintendencia y los plazos en que dicha información y antecedentes deben ser provistos.

El Superintendente de Control del Poder de Mercado establecerá la forma y contenido adicional de la notificación de los proyectos de concentración económica y operaciones de control de empresas u operadores económicos de modo que se garantice el carácter confidencial de la información presentada”.

“Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley:

1. Conocer y resolver de forma de motivada en última instancia sobre las infracciones establecidas en la ley y aplicar las sanciones pertinentes.



2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento.
3. Dirigir las acciones de control descritas en la Ley, Reglamento General, y su normativa de carácter técnico, así como ejecutar las medidas derivadas del ejercicio de sus potestades públicas.
4. Absolver consultas sobre la obligación de notificar operaciones de concentración económica, sobre sectores regulados y ayudas públicas.
5. Solicitar o practicar de oficio, según sea el caso, las pruebas y diligencias necesarias para el esclarecimiento de las denuncias y de los procesos bajo su conocimiento.
6. Elaborar y aprobar la normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de esta Ley.
7. Conservar y coordinar los registros que prevea esta Ley.
8. Nombrar al personal necesario, de acuerdo con la ley, para el desempeño de las funciones de la Superintendencia.
9. Presentar anualmente a la Asamblea Nacional un informe, en el que dará cuenta de sus labores y del cumplimiento del objeto de esta Ley.
10. Determinar y reformar la estructura orgánica y funcional de la Superintendencia de conformidad con esta Ley.
11. Dirigir y supervisar la gestión administrativa, de recursos humanos, presupuestaria y financiera de Superintendencia.
12. Elaborar, aprobar y ejecutar el presupuesto anual de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, de acuerdo con la ley.
13. Efectuar contrataciones de personal para la realización de trabajos específicos o extraordinarios que no puedan ser realizados por su planta permanente, de conformidad con las normas del Sistema Nacional de Contratación Pública y de la Ley Orgánica de Servicio Público.
14. Rendir cuentas de su gestión y de la Superintendencia conforme la Constitución y la ley.
15. Conocer y absolver consultas sobre la aplicación de esta Ley, para casos particulares, las cuales tendrán carácter vinculante para el consultante.
16. Expedir resoluciones de carácter general, guías y normas internas para su correcto funcionamiento.
17. Delegar el ejercicio de sus atribuciones a los funcionarios de la Superintendencia, conforme lo establezca el respectivo Reglamento.
18. Ejercer y delegar la acción coactiva de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil y la normativa vigente.
19. Ejercer las demás atribuciones establecidas para los Superintendentes en la ley que regule la Función de Transparencia y Control Social.
20. Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta Ley y demás normativa vigente, así como los compromisos internacionales del país en esta materia; y,
21. Ejercer las demás atribuciones y cumplir los deberes que le señalen las leyes”.

De las normas citadas se desprende que corresponde a la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de esta Ley según el artículo 35 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, que el legislador ha conferido expresamente potestad para expedir normas con efectos generalmente obligatorios tanto a la Junta de Regulación, como a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y ha determinado también explícitamente los ámbitos y materias objeto de regulación de cada uno de dichos Organismos.

Así, según los artículos 35 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 49 de su Reglamento de Aplicación, compete a la Junta de Regulación ejercer la regulación para la

aplicación de la Ley respecto al control del abuso de poder de mercado y demás prácticas restrictivas tipificadas en la Ley en los sectores regulados.

Mientras que, según los artículos 15, 37 y 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado corresponde expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, que incluyen expresamente la regulación de las operaciones de concentración económica, que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación a dicho Organismo (según el tenor del artículo 15 de esa Ley), así como la expedición de normativa técnica general (numeral 6 del artículo 44 de esa Ley) y normativa interna (numeral 16).

En ambos casos, tanto la Junta de Regulación como la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tienen prohibido alterar o innovar las disposiciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento de aplicación, por el principio jerárquico establecido por la Disposición General Primera de esa Ley que prescribe:

“Primera.- Jerarquía.- La presente Ley tiene el carácter de orgánica y prevalecerá sobre las normas de inferior jerarquía. De conformidad con la Constitución de la República, se aplicará sistemáticamente con las demás normas del ordenamiento jurídico, en el orden jerárquico previsto en su artículo 425.

Sin perjuicio de la facultad exclusiva del control constitucional, que le corresponde a la Corte Constitucional, en caso de contradicción entre normas inferiores y superiores, prevalecerán las normas superiores. Le corresponde a la autoridad administrativa o judicial la aplicación directa e inmediata de la norma superior, siempre que se trate de conflictos entre normas inferiores a la Constitución.

En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables”.

Del análisis jurídico efectuado se desprende que, de acuerdo con los artículos 35 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 42 y 49 de su Reglamento de Aplicación, la Junta de Regulación tiene expresamente conferida potestad para emitir regulaciones, esto es para expedir los actos normativos necesarios para reglar la conducta de los actores que intervienen en el mercado, tendientes a evitar el abuso de poder y demás prácticas restrictivas tipificadas en esa Ley; mientras que, la potestad normativa de la Superintendencia, se limita a la expedición de normas para dar operatividad al control que le compete, referido a las operaciones de concentración económica obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación a dicho Organismo, según el artículo 15 de esa Ley, así como la expedición de normativa técnica general y normativa interna, de acuerdo con los numerales 6 y 16 del artículo 44 de esa Ley, sin que esas normas puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, el procedimiento de expedición de normas, reglado por el artículo 1 de la Resolución 004 expedido por la Junta de Regulación, es aplicable a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, para la expedición de normativa cuyos destinatarios sean los operadores del mercado sujetos al ámbito de esa Ley; dicho procedimiento no es aplicable para la expedición de normativa interna de la Superintendencia.

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

## SEGUNDA CONSULTA

“2.- El artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, asigna a esta Superintendencia facultades de control y sanción por el abuso del poder de mercado, por acuerdos y prácticas restrictivas, por conductas desleales contrarias al régimen previsto en esa Ley, con independencia de conformidad con el artículo 3, numeral 1 de la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, arriba indicada. Al efecto, es preciso determinar si el ejercicio de dicha facultad está sujeta a coordinación con otros organismos de regulación y control, según dispone el artículo 2 de la Resolución No. 004-2014, expedida por la Junta de Regulación?”.

Las conclusiones de los criterios jurídicos institucionales de la entidad consultante y del Presidente de la Junta de Regulación, fueron transcritos extensamente al atender su primera consulta, refieren una misma base normativa y conclusiones generales sin desagregar por preguntas.

El artículo 2 de la Resolución No. 004, sobre cuya aplicación trata su consulta, tenía el siguiente tenor:

“Art. 2.- De la coordinación y el procedimiento en el ejercicio de la facultad de control.- Cuando en el ejercicio de sus facultades, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, realice estudios de mercado o inicie procedimientos de investigación y sanción para detectar posibles incumplimientos a las leyes y la normativa vigente, deberá contar con la participación de los organismos de regulación y/o control correspondientes.

En caso de incumplimiento de preceptos establecidos en otra normativa distinta a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado por parte de uno o más operadores económicos, que conlleve el impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general, en aquellos temas y materias en que la Constitución o la Ley otorguen competencias a otras autoridades u organismos de regulación y/o control, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado pondrá en conocimiento de la institución correspondiente para que esta última actúe conforme a la ley”.

El primer inciso del artículo 2 de la Resolución 004 expedida por la Junta de Regulación, fue derogado mediante Resolución No. 005 de la Junta de Regulación, expedida el 5 de febrero de 2015 y cuya copia han remitido a este Organismo tanto la Superintendencia de Control de Poder de Mercado como el Ministro Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad en su calidad de Presidente de la Junta de Regulación, por lo que no es necesario efectuar un análisis de dicho primer inciso, pues al haber sido suprimido dejó de regir.

El segundo inciso del artículo 2 de la Resolución 004, cuyo texto consta en los antecedentes, reitera el deber de las instituciones públicas, de coordinar acciones para la consecución de sus fines, establecido por la parte final del artículo 226 de la Constitución de la República.

En consecuencia, respecto de su segunda consulta, se concluye que de conformidad con el segundo inciso del artículo 2 de la Resolución No. 004 de la Junta de Regulación, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe poner en conocimiento de las

entidades públicas respectivas, los incumplimientos de normas distintas de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que detecte en el ejercicio de sus acciones de control, en aquellos temas y materias en que la Constitución o la Ley otorguen competencias a otras autoridades u organismos de regulación y/o control.

## T

### **TASAS: EXENCIÓN A ENTIDADES PÚBLICAS, PARA LA IMPORTACIÓN DIRECTA DE EQUIPOS RADIOLÓGICOS Y EQUIPOS PRODUCTORES DE EMISIONES RADIOLÓGICAS**

**OF. PGE. N°:** 00137 de 02 -02-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MINISTERIO DE ELECTRICIDAD Y ENERGÍA RENOVABLE

#### **CONSULTA:**

“(…) se sirva emitir el respectivo pronunciamiento jurídico en relación a la posibilidad de que esta Cartera de Estado pueda o no otorgar exenciones respecto al cobro de tasas de control ulterior, a las entidades pertenecientes al sector público, que importen de manera directa equipos radiológicos y demás equipos productores de emisiones radiológicas, teniendo en cuenta el contenido del artículo 125, letra d) del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Integración citado en el punto 6 del presente documento”.

#### **BASES LEGALES:**

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

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 3 lit. e).

Ley Orgánica de la Salud, Arts. 10 lit. g), 108 y 109.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Integración, que exonera del pago de todos los tributos al comercio exterior a las instituciones, empresas y organismos del sector público, Arts. 108, 111 y 125 lit. d).

Ley de la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica, Arts. 4 y 10.

Ley de Modernización del Estado, Art. 17.

Ley para la Promoción de la Inversión y Participación ciudadana, Art. 17 –A.

Reglamento de Seguridad Radiológica, Arts. 65, 66 99, 100 y 102.

D.S N° 3306, R.O N° 798 de 23-03-979, se creó la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica, Art. 9.

D.E. N° 978, R.O N° 311 de 08-04-2008.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

Consulta con idéntico tenor fue formulada inicialmente mediante oficio No. MEER-CGJ-2014-0158-OF de 8 de diciembre de 2014, ingresado el 10 de diciembre del mismo año, suscrito por el Coordinador General Jurídico de ese Ministerio, invocando la calidad de delegado del Ministro, según Acuerdo No. 205 de 9 de mayo de 2013.

Con oficio No. 19992 de 16 de diciembre de 2014, este Organismo se abstuvo de atender la consulta planteada por el Coordinador General Jurídico del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, de acuerdo con los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República y 3

letra e) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que confieren a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público atribución para formular consultas al Procurador General del Estado sobre la inteligencia o aplicación de normas legales o de otro orden jurídico. En la misma comunicación este Organismo manifestó que la consulta debía ser canalizada a través del Ministro, lo que se ha atendido mediante el oficio al que se ha hecho referencia al inicio del presente.

El informe del Coordinador General Jurídico de la entidad consultante, contenido en memorando No. MEER-CGJ-2014-0618-ME de 18 de diciembre de 2014, que se ha adjuntado al oficio que contesto, refiere como antecedente que mediante Decreto Supremo No. 3306 publicado en el Registro Oficial No. 798 de 23 de marzo de 1979, se creó la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica como ejecutora de la política estatal en esa materia; y, que mediante Decreto Ejecutivo No. 978 de 25 de marzo de 2008 dicha entidad se fusionó al Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, al que compete según Ley 163 publicada en el Registro Oficial de 22 de julio de 1992, reglamentar lo concerniente a seguridad nuclear y protección radiológica, particularmente lo relacionado, entre otros temas, con la importación de materiales fértiles, fisionables y radioactivos, radioisótopos y máquinas generadoras de radiaciones ionizantes.

El acápite 5 del referido informe jurídico agrega que:

“5. Con oficio Nro. MSP-SDM-10-2014-2785-O de fecha 30 de octubre de 2014, el Ministerio de Salud Pública del Ecuador solicitó a esta Cartera de Estado, considerar se emita una exención referente al pago de tasas de control ulterior aplicadas para la importación de Tomógrafos Axiales Computarizados, los cuales se encuentran contenidos en Resolución No. 019, de fecha 08 de agosto de 2001, y los mismos que se encuentran dentro de las competencias de la Subsecretaría de Aplicaciones Nucleares (Ex - CEEA) según lo determina la Ley de la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica”.

El informe cita el artículo 125 letra d) del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Integración, que exonera del pago de todos los tributos al comercio exterior a las instituciones, empresas y organismos del sector público; y, sobre dicha base concluye:

“Es criterio de esta Coordinación General Jurídica, considerar aplicable la disposición del literal d) del Art. 125 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Integración, pero siempre y cuando las instituciones, empresas y organismos del sector público, sean importadores directos, es decir que no utilicen los servicios de terceros, sean éstos personas naturales o jurídicas, para la importación de los bienes objeto del pago de las tasas materia de la presente consulta”.

De los antecedentes referidos por la consulta y el informe jurídico que a ella se acompaña, se desprende que ésta tiene por finalidad determinar la procedencia jurídica de que el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable (antes Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica), exonere del pago de la tasa que dicha entidad percibe por expedir las autorizaciones para la importación de equipos de rayos X (tomógrafos), que efectúen en forma directa instituciones públicas.

La Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica (CEEA), fue inicialmente creada por el artículo 9 de la Ley publicada en el Registro Oficial No. 798 de 23 de marzo de 1979, como persona jurídica de derecho público, adscrita a la Presidencia de la República; y, posteriormente los artículos 1 y 3 del Decreto Ejecutivo No. 978 publicado en el Registro Oficial No. 311 de 8 de abril de 2008, dispusieron la fusión de dicha Comisión al Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, como una unidad dependiente de ese Ministerio y trasladaron a éste todas sus competencias, atribuciones, funciones y representaciones.

De acuerdo con los artículos 4 y 10 de la Ley de la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica, 108 y 109 de la Ley Orgánica de la Salud, corresponde al Estado, a través de la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica (actualmente Ministerio de Electricidad y Energía Renovable), el control de toda actividad y tecnología relacionadas con los minerales radioactivos, el uso de radioisótopos y máquinas generadoras de radiaciones ionizantes y, en general, con la seguridad nuclear y seguridad radiológica, en todos sus aspectos. La letra g) del artículo 10 de la citada Ley, confiere a la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica, (actualmente Ministerio de Electricidad y Energía Renovable), competencia para reglamentar lo concerniente a seguridad nuclear y protección radiológica, particularmente en lo relacionado, entre otros temas, con la importación de las máquinas generadoras de radiaciones ionizantes.

Para la importación de equipos de rayos X, el Reglamento de Seguridad Radiológica, publicado en el Registro Oficial No. 891 de 8 de agosto de 1979, en su artículo 66 dispone que el comprador debe demostrar que está vigente la licencia que otorga la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica (actualmente Ministerio de Electricidad y Energía Renovable), para poder operarlos en el Ecuador.

Los artículos 65, 99 y 100 del citado Reglamento contienen las disposiciones generales que deben adoptar las instituciones y las personas para la adquisición y el uso de equipos que generan radiación; y, regulan las inspecciones y control que la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica (actualmente Ministerio de Electricidad y Energía Renovable) debe efectuar. Según el artículo 102 *Ibidem*, la licencia para importación se otorga por la CEEA una vez cumplidos todos los requisitos previstos en ese Reglamento; dicha norma dispone:

“Art. 102.- Licencias.- Cumplidos los requisitos anteriormente mencionados, el solicitante recibirá la licencia correspondiente para la importación del equipo.

La Dirección General de Aduanas no podrá proceder a los trámites de importación ni permitir la entrega de un equipo de esta clase sin la autorización de la CEEA”.

La tasa por licencia y autorizaciones de importación de equipos de rayos X (RX) a la que se refiere la consulta, fue establecida por la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica (ahora Ministerio de Electricidad y Energía Renovable), mediante Resolución No. 019 de 8 de agosto de 2001, cuya copia simple consta en el expediente de consulta, que contiene la lista de precios (tasas) de los servicios que presta dicha entidad. La Resolución no invoca base legal alguna para el establecimiento de las tasas y se limita a manifestar que su importe está destinado a cubrir los costos de funcionamiento, mantenimiento y reposición de las instalaciones y equipos de la CEEA, según el considerando primero de dicha Resolución, cuyo tenor es el siguiente:

“QUE, la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica cuenta con instalaciones y equipos que generan altos costos en su funcionamiento, mantenimiento y reposición”.

No obstante, resulta pertinente considerar que, el artículo agregado a continuación del artículo 17 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada, incorporado por la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación ciudadana, publicada en el Suplemento de Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000, confiere a las entidades públicas atribución para establecer el pago por servicios. Dicha norma dispone:

“Art. 17-A.- Las instituciones del Estado podrán establecer el pago por los servicios de control, inspecciones, autorizaciones, permisos, licencias u otros de similar naturaleza, a fin de recuperar los costos en los que incurrieren para este propósito”.

De las normas hasta aquí citadas se desprende que según el artículo 102 del Reglamento de Seguridad Radiológica, la administración aduanera no puede proceder a los trámites de importación ni permitir la entrega de equipos de rayos X sin la autorización previa de la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica (actualmente Ministerio de Electricidad y Energía Renovable); que dicha autorización se otorga una vez que la CEEA ha verificado que el solicitante cumple todos los requisitos establecidos por el Reglamento de Seguridad Radiológica; y, que la naturaleza técnica de dichos requisitos, impone a la entidad que otorga la autorización (la CEEA, actualmente Ministerio de Electricidad y Energía Renovable), efectuar inspecciones y verificaciones mediante el uso de equipos que generan costos de funcionamiento, mantenimiento y reposición, que se financian con el cobro de las tasas cuyo valor se ha fijado mediante Resolución No. 19 expedida por esa entidad, el 8 de agosto de 2001.

Por su parte, la letra d) del artículo 125 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, sobre cuya aplicación trata la consulta dispone lo siguiente:

“Art. 125.- Exenciones.- Están exentas del pago de todos los tributos al comercio exterior, excepto las tasas por servicios aduaneros, las importaciones a consumo de las siguientes mercancías:

(...) d. Las que importe el Estado, las instituciones, empresas y organismos del sector público, incluidos los gobiernos autónomos descentralizados, las sociedades cuyo capital pertenezca al menos en el 50% a alguna institución pública, la Junta de Beneficencia de Guayaquil y la Sociedad de Lucha Contra el Cáncer (SOLCA). Las importaciones de las empresas de economía mixta estarán exentas en el porcentaje que corresponda a la participación del sector público.

Las exenciones previstas en este artículo serán concedidas por la servidora o el servidor a cargo de la dirección distrital, excepto las de las letras a), b), c), d), f), g), j), k) y l); en cuyos casos no se requerirá resolución administrativa y serán regulados conforme lo determine el reglamento al presente Código”.

De acuerdo con el artículo 108 del citado Código Orgánico, constituyen tributos al comercio exterior, los derechos arancelarios, los impuestos que guarden relación con el ingreso o salida de mercancías y las tasas por servicios aduaneros, esto es aquellas tasas que percibe la administración aduanera en forma directa por los servicios que presta. Según la letra a) del artículo 111 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, el sujeto activo de la obligación tributaria aduanera es el Estado, por intermedio del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador.

Es decir que, el artículo 125 letra d) del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, que exonera del pago de tributos al comercio exterior, es aplicable a las tasas de naturaleza aduanera, esto es a aquellas que retribuyen servicios que presta la administración aduanera.

Mientras que la autorización para importar equipos de Rayos X, que otorga la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica (actualmente Ministerio de Electricidad y Energía Renovable), constituye un servicio técnico que esa entidad presta, mediante la verificación de los requisitos establecidos en el Reglamento de Seguridad Radiológica. Dicho servicio da lugar al pago de los

precios establecidos por esa entidad mediante Resolución No. 019 de 8 de agosto de 2001, expedida sobre la base del artículo agregado a continuación del artículo 17 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada, norma incorporada por la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación ciudadana, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 144 de 18 de agosto de 2000.

Considerando que el Decreto Ejecutivo No. 978 publicado en el Registro Oficial No. 311 de 8 de abril de 2008, dispuso la fusión de la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica al Ministerio de Electricidad y Energía Renovable y trasladó a éste todas sus competencias, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo agregado a continuación del artículo 17 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada, corresponde a dicho Ministerio reformar la Resolución No. 019 de 8 de agosto de 2001, que contiene la lista de precios por servicios relacionados con seguridad radiológica y establecer el pago por los servicios de control que dicha entidad presta.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. Es de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, la aplicación de las normas a los casos concretos.

#### **TITULARIZACIÓN DE PREDIOS: REGULACIÓN DE ASENTAMIENTO HUMANO**

**OF. PGE. N°:** 00172 de 21-02-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN SAN FERNANDO

#### **CONSULTA:**

“¿La Municipalidad para proceder con el trámite administrativo de titularización de predios que está contemplado en la ordenanza de titularización, regularización de la propiedad, partición y adjudicación administrativa de predios en el cantón San Fernando, debe exigir al tenor de la reforma del art. 486 del COOTAD, que los predios objeto de titularización estén ubicados en sectores consolidados de acuerdo al Plan de Ordenamiento Urbano, y que además posean asentamientos humanos y cuya titularización sea de interés social, o se puede regularizar predios que aunque no tengan asentamientos humanos, pertenezcan al área urbana, cuyo interés social es el derecho a la propiedad consagrada en la Constitución de la República del Ecuador?”.

#### **BASES LEGALES:**

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 55, lit. b), 447, 486, 594, 595 y 596.

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

Código Civil, Art. 733.

Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, Res. N° CNP-002-2013, R.O.S N° 78 de 11-09-2013, Art. 3.



## **PRONUNCIAMIENTO:**

Con oficios Nos. 01968-AZ y 01999-AZ de 29 de octubre y 18 de noviembre de 2014, de conformidad con el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, la Dirección Regional de esta Entidad en Cuenca solicitó e insistió a la Municipalidad consultante, la remisión del criterio jurídico del Procurador Síndico respecto del tema objeto de consulta, lo que fue atendido mediante oficio No. 1821-GADMCSF-14 de 24 de noviembre de 2014, ingresado el 25 de los mismos mes y año a la referida Dirección Regional y recibido en este Despacho el 9 de diciembre de 2014, junto con el oficio inicial de consulta.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, con oficios Nos. 20171 y 20172 de 6 de enero de 2015, este Organismo solicitó el criterio institucional del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas y del Secretario Técnico de Prevención de Asentamientos Humanos Irregulares; y, se insistió en dichos requerimientos mediante oficios Nos. 00051 y 00052 de 23 de enero de 2015.

Con OFICIO-STPAHI-00053-2015 de 28 de enero de 2015, recibido el 29 de enero del presente año, el Secretario Técnico del Comité Interinstitucional de Prevención de Asentamientos Humanos Irregulares, ha remitido su criterio institucional y la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas con oficio No. 098-DE-AME-2015 de 10 de febrero de 2015, ingresado el 13 de febrero del presente año, ha dado atención a nuestro requerimiento.

El artículo 486 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, sobre cuya aplicación trata la consulta, regula el ejercicio de la potestad de partición administrativa y establece el procedimiento aplicable al efecto. Dicha norma fue sustituida por el artículo 46 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014.

El informe del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. 116-PS-GADMSF-14 de 10 de noviembre de 2014, remitido a pedido nuestro, cita la letra b) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que confiere a las municipalidades competencia para regular y controlar el uso y ocupación de suelo; invoca la Ordenanza de Titulación, Regularización de la Propiedad, Partición y Adjudicación Administrativa de predios en el Cantón San Fernando, y manifiesta que dicha Ordenanza "(...) posibilita la regularización de los usos y conformación de los predios para garantía de acceso a la vivienda, protección del hábitat y el ambiente, de parte de los posesionarios pretendientes de derechos y acciones universales o singulares sobre predios que carezcan de títulos inscritos o de predios cuyos títulos sean parciales, insuficientes o no correspondientes con la realidad territorial".

Respecto de la reforma introducida al artículo 486 del COOTAD, el referido informe del Procurador Síndico enfatiza en que, el primer inciso de esa norma establece que la potestad administrativa de partición tiene por finalidad "(...) regularizar y legalizar asentamientos humanos consolidados de interés social" y sobre dicha base concluye:

"(...) es criterio de esta dependencia Municipal proceder a la Titularización, Regularización de la Propiedad, Partición y Adjudicación Administrativa de predios en el Cantón San Fernando, previo a la reforma a la Ordenanza respectiva en razón de los cambios introducidos al COOTAD, art. 486 proceder a realizar los trámites administrativos pertinentes, de predios que se encuentren en zonas consolidadas aplicando el Plan de Ordenamiento Urbano de la Cabecera Cantonal de

San Fernando y de la Parroquia Chumblín vigentes, respetando el derecho a la propiedad consagrado en la Constitución de la República, aun cuando estos predios estén sin edificar, pues justamente la regularización de la propiedad es requisito fundamental para solicitar permisos de construcción y demás trámites similares”.

Por su parte, el Secretario Técnico del Comité Interinstitucional de Prevención de Asentamientos Humanos, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, remite el informe del Director de Asesoría Jurídica de esa entidad, contenido en Informe Jurídico STPAHI-DAJ-0001-2015 de 27 de enero de 2015, en el que se alude al Decreto Ejecutivo No. 1227, publicado en el Registro Oficial No. 747 de 17 de julio de 2012, que creó el Comité Interinstitucional de Prevención de Asentamientos Humanos Irregulares, con la finalidad de proponer la política pública para prevenir, ordenar y controlar los asentamientos humanos irregulares; y, concluye:

“(...) el criterio de esta Dirección de Asesoría Jurídica es que en los casos en que se necesite regularizar asentamientos humanos irregulares consolidados se utilicen para los efectos las disposiciones de los Art. 486 o 596 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, y; en los casos en que NO existen asentamientos humanos irregulares se utilicen para los efectos las disposiciones de los artículos 447, 594 y 595 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

El Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, invoca la competencia municipal para el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón, y sobre la base de la reforma del artículo 486 del COOTAD, manifiesta siguiente:

“(...) el criterio de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas es que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón San Fernando, representado por su Alcalde, de conformidad a lo que señala la reforma al artículo 486 del COOTAD y de acuerdo a la Ordenanza regulatoria creada para el fin, el Gobierno Autónomo Descentralizado estará facultado para ejercer la partición administrativa cuando se requiera regularizar y legalizar asentamientos humanos consolidados de interés social ubicados en su circunscripción territorial en predios que se encuentran proindiviso, a través de los órganos administrativos de la Municipalidad, de oficio o a petición de parte, siguiendo el procedimiento y reglas que se detallan en la reforma a la normativa señalada”.

Es pertinente considerar como antecedente que, los artículos 447, 594 y 595 del COOTAD, a los que se refiere el Secretario Técnico del Comité Interinstitucional de Prevención de Asentamientos Humanos, regulan la expropiación por parte de las municipalidades, de predios de particulares, con la finalidad de desarrollar proyectos de urbanización o vivienda de interés social, mientras que el artículo 486 reformado del COOTAD, sobre cuya aplicación trata la consulta, regula el ejercicio de la potestad de partición administrativa de predios proindiviso, fruto de lotizaciones ya formadas cuyos partícipes no cuentan con títulos individuales de dominio, como se examinará a lo largo de este pronunciamiento.

El artículo 486 del COOTAD, está ubicado en la Sección Cuarta del Capítulo II “Fraccionamiento de Suelos y Reestructuración de Lotes” del Título IX de ese Código Orgánico que contiene “Disposiciones Especiales de los Gobiernos Metropolitanos y Municipales”.

El primer inciso del artículo 486 del COOTAD, inicialmente disponía:

“Artículo 486. Potestad de partición administrativa.- Cuando por resolución del órgano legislativo del gobierno descentralizado autónomo municipal o metropolitano, se requiera regularizar barrios ubicados en su circunscripción territorial, el alcalde, a través de los órganos administrativos de la municipalidad, podrá, de oficio o a petición de parte, ejercer la potestad de partición administrativa, siguiendo el procedimiento y reglas que a continuación se detallan: (...)”.

Sobre la aplicación de dicha norma, en pronunciamiento contenido en oficio No. 15211 de 28 de octubre de 2013 concluí que:

“(...) el ejercicio de la potestad administrativa de partición que confiere a las municipalidades el artículo 486 del COOTAD, se debe ejercer exclusivamente para la finalidad prescrita por esa norma, que es la regularización de barrios”.

Con posterioridad a dicho pronunciamiento, el artículo 46 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, sustituyó el artículo 486 del COOTAD, cuyo texto actual tiene el siguiente tenor:

“Art. 486.- Potestad de Partición Administrativa.- Cuando por resolución del órgano de legislación y fiscalización del Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano, se requiera regularizar y legalizar asentamientos humanos consolidados de interés social ubicados en su circunscripción territorial en predios que se encuentren proindiviso, la alcaldesa o el alcalde, a través de los órganos administrativos de la municipalidad, de oficio o a petición de parte, estará facultado para ejercer la partición administrativa, siguiendo el procedimiento y reglas que a continuación se detallan:

a) El ejecutivo o su delegado, mediante acto administrativo, resolverá el inicio del procedimiento y dispondrá la inscripción de la declaratoria de partición administrativa para que el registrador de la propiedad se abstenga de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, relacionado con el predio objeto de la declaratoria, salvo que sea a favor del Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano;

b) El órgano responsable del ordenamiento territorial y/o el órgano responsable de regularizar asentamientos humanos de hecho y consolidados del Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano emitirá el informe técnico provisional que contendrá el criterio de partición del inmueble y el listado de copropietarios; dejando a salvo los derechos de aquellos que no comparezcan y de terceros perjudicados.

Para la elaboración de este informe, la administración levantará la información de campo que considere pertinente y contará con la colaboración obligatoria de los interesados, así como de todo órgano u organismo público, tales como el registro de la propiedad, notarías, entre otros, sin limitaciones de ninguna especie.

El extracto del informe provisional será notificado a los interesados y colindantes del predio, de manera personal y/o mediante una sola publicación en un periódico de mayor circulación del lugar donde se encuentre el bien, a costa del Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano.

Las personas que acrediten legítimo interés fijarán domicilio para posteriores notificaciones y podrán presentar observaciones en el término de tres días, contados a partir del siguiente día

de la notificación del informe técnico provisional, que se mantendrá a disposición de los interesados, en su versión íntegra, en las dependencias del Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano.

El órgano responsable del ordenamiento territorial y/o el órgano responsable de regularizar asentamientos humanos de hecho y consolidados, con las observaciones aportadas y justificadas dentro del procedimiento, emitirá el informe técnico definitivo.

c) Mediante resolución administrativa de partición y adjudicación, debidamente motivada, se procederá a la reconfiguración, partición y adjudicación de los lotes correspondientes a favor de los copropietarios en función del lote mínimo establecido por la municipalidad o distrito metropolitano, en los términos dispuestos en el informe técnico definitivo. Los lotes se registrarán en los correspondientes catastros, con todos los efectos legales;

d) La resolución administrativa de partición y adjudicación se inscribirá en el registro de la propiedad del cantón; y sin otra solemnidad constituirá el título de dominio y de transferencia de las áreas públicas, verdes y comunales, a favor del Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano;

e) Las certificaciones que sean requeridas, la inscripción de la resolución administrativa de partición y adjudicación o de cualquier otro instrumento que se genere en este procedimiento desde la administración municipal, no causarán derecho, tasa, impuesto o prestación económica de ninguna naturaleza;

f) Las controversias de dominio o de derechos personales que, por efectos de la resolución administrativa de partición y adjudicación, se produzcan entre el beneficiario del acto administrativo y quien manifieste tener algún derecho vulnerado, serán conocidas y resueltas por la o el juez competente en juicio ordinario que tratará únicamente respecto del valor que el beneficiario de la resolución administrativa de partición y adjudicación estará obligado a pagar por efecto del acto administrativo.

Para el cálculo del precio de las acciones y derechos de los lotes no se considerarán las plusvalías obtenidas por las intervenciones municipales en infraestructura, servicios, regulación constructiva y cualquier otra que no sea atribuible al copropietario.

En razón del orden público, la resolución administrativa de partición y adjudicación no será revertida o anulada. En caso de existir adulteración o falsedad en la información concedida por los beneficiarios, la emisión de la resolución y la partición y adjudicación en la parte correspondiente será nula.

La acción prevista en este literal prescribirá en el plazo de diez años contados desde la fecha de inscripción de la resolución administrativa de partición y adjudicación en el registro de la propiedad.

g) En caso de que la propiedad del predio donde se encuentre el asentamiento humano consolidado, corresponda a una organización social que incumplió la ordenanza de regularización que le benefició, el municipio o distrito metropolitano le sancionará con una multa equivalente al avalúo del predio". (Lo resaltado me corresponde)

En el informe para primer debate de la Ley Reformatoria al COOTAD que consta en la página web de la Asamblea Nacional, sobre esta materia se manifiesta:

“18. (...) ha sido necesario adaptar la normativa a fin de que permita a los gobiernos distritales y municipales, regularizar los asentamientos humanos que se encuentran en predios tanto de propiedad municipal como en predios que son resultado de lotizaciones o parcelaciones de personas particulares que se han ido consolidando sea a través de cooperativas, asociaciones o comités pro mejoras sin que se les haya dotado de servicios públicos y transferido el dominio y propiedad de los mismos. Se propone una redacción mejorada de la ley, atendiendo a particularidades existentes en las distintas regiones del país, permitiendo que los gobiernos autónomos municipales o distritales puedan cumplir con el objetivo de poder brindar y dotar de servicios a los habitantes de estos sectores; por lo que se han realizado reformas a los artículos 486, sobre la potestad de partición administrativa y a los artículos 595 y 596 que se refieren a la expropiación de predios para vivienda de interés social y expropiación especial para la regularización de asentamientos humanos”.

De similar forma, en el informe para segundo debate, los miembros de la Comisión Especializada Permanente de Gobiernos Autónomos, Descentralización, Competencias y Organización del Territorio de la Asamblea Nacional, manifiestan:

“7. Se reforman las normas para regularizar asentamientos humanos de interés social, de hecho y consolidados por lo que se han realizado reformas a los artículos 486, sobre la potestad de partición administrativa y al artículo 596 sobre la expropiación especial para la regularización de asentamientos humanos, permitiendo de esta manera, atender las particularidades existentes en las distintas regiones del país y cumplir con el objetivo de poder brindar y dotar de servicios a los habitantes de estos sectores”.

Según se desprende del texto normativo transcrito y la historia de su establecimiento, el artículo 486 del COOTAD inicialmente preveía que el ejercicio de la potestad de partición administrativa de las municipalidades, tenía por finalidad la regularización de barrios ubicados en la respectiva circunscripción territorial, según concluí en pronunciamiento contenido en oficio No. 15211 de 28 de octubre de 2013; mientras que, a partir de la reforma introducida a esa norma por el 46 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, el legislador ha establecido que la potestad de partición administrativa de las municipalidades tiene por finalidad la regularización y legalización de asentamientos humanos consolidados ubicados en predios proindiviso. La partición administrativa consiste en la división del predio de posesión común de varias personas o partícipes y se realiza por razones de interés social, para dotar a sus habitantes de servicios públicos y títulos individuales de propiedad.

Sobre la posesión común o proindiviso en que se encuentra un bien antes de ser dividido, el primer inciso del artículo 733 del Código Civil, dispone:

“Art. 733.- Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo de la indivisión”.

La potestad de partición administrativa de las municipalidades, tiene por propósito permitir la regularización de asentamientos humanos que se han consolidado en predios resultantes de lotizaciones o parcelaciones realizadas por cooperativas, asociaciones, comités pro mejoras u otro tipo de organizaciones sociales, que no han transferido el dominio y propiedad en forma individual a cada uno de sus partícipes, sino que la mantienen proindiviso. La norma se refiere en forma genérica a predios y no distingue si en ellos se han efectuado o no edificaciones, sin

embargo dispone en forma expresa y reiterada que en ellos deben existir asentamientos humanos consolidados.

No existe una definición legal del término “asentamiento humano”; no obstante, Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, (1981), Heliasta, Buenos Aires, página 386, lo conceptualiza de la siguiente forma:

“ASENTAMIENTO. La instalación de un hombre, familia o grupo social sobre una tierra, para proceder a explotarla, a fundar un hogar fijo o a ejercer su posesión y dominio. Generalmente se designa con este nombre el establecimiento de colonos en tierras destinadas a la agricultura, y cuya propiedad suelen adquirir con ciertas condiciones, basadas en el trabajo y en la permanencia. Con ello se tiende unas veces a colonizar; y otras, a repartir y hacer más productivos los latifundios”.

El Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, aprobado por el Consejo Nacional de Planificación mediante Resolución No. CNP-002-2013 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 78 de 11 de septiembre de 2013, prevé en su artículo 3 que: “(...) los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados observen los lineamientos y directrices de la Estrategia Territorial Nacional y de las Agendas Zonales respectivas”.

En tal contexto, el Plan define el modelo deseado de asentamientos humanos previendo lo siguiente:

“Dos elementos fundamentales viabilizan la construcción del modelo deseado de asentamientos humanos. El primero se relaciona con la necesidad de universalizar el acceso a bienes y servicios públicos y básicos, mediante la conformación de distritos y circuitos administrativos. El segundo opera sobre una mejor distribución de la población mediante el incentivo al crecimiento de ciudades intermedias, a través de intervenciones relacionadas con la profundización de su especialidad económica que viabilice un mejor aprovechamiento de los recursos territoriales. Esto incluye aspectos como su contribución a equilibrar pesos demográficos, incentivar el desarrollo de actividades relacionadas con el comercio, transporte y distribución de bienes y servicios que incluyan la incorporación de valor”.

De la definición citada y los antecedentes normativos previamente referidos se desprende que, los asentamientos humanos están constituidos por grupos de personas o comunidades, que se establecen en terrenos sin haber observado las normas de ordenamiento urbano y por tanto sin reconocimiento legal, habitando en viviendas que no tienen adecuadas condiciones de habitabilidad y limitado o ningún acceso a servicios públicos esenciales.

Por ello, la potestad administrativa de partición que confiere a las municipalidades el artículo 486 reformado del COOTAD, se ejerce por razones de interés social, con el fin de regularizar los asentamientos humanos, mediante la reconfiguración de los lotes en función del lote mínimo, su registro en los catastros, para la posterior planificación de servicios que permitan mejorar las condiciones de vida de quienes habitan en ellos.

La reforma introducida al artículo 486 del COOTAD, impone a los gobiernos autónomos descentralizados municipales y metropolitanos, adecuar sus Ordenanzas al nuevo texto legal, considerando al efecto la finalidad expresamente establecida por el legislador para el ejercicio de la potestad de partición administrativa, que según su tenor literal es la regularización de asentamientos humanos de hecho y consolidados, cuya titulación sea de interés social.

En atención a los términos de la consulta se concluye que, de acuerdo con el tenor del artículo 486 reformado del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la potestad de partición administrativa que esa norma confiere a las municipalidades, se ejerce por razones de interés social y tiene por finalidad la regularización de asentamientos humanos ya consolidados, es decir de aquellos que ya se han producido en predios proindiviso, esto es de propiedad común de personas partícipes de cooperativas, asociaciones, comités pro mejoras u otras formas de organización social, existentes en predios proindiviso en los que se han establecido personas o comunidades sin adecuadas condiciones de habitabilidad.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas; corresponde a las respectivas entidades, verificar el cumplimiento de los requisitos legales específicos para el ejercicio de sus competencias.

### **TRANSNAVE: TRANSPORTE DE TODO TIPO DE CARGA INCLUYENDO HIDROCARBUROS**

**OF. PGE. N°: 20278 de 13-01-2015**

**ENTIDAD CONSULTANTE: TRANSNAVE**

#### **CONSULTA:**

“El artículo 2 de la Ley de Creación de TRANSNAVE indica que ‘el objeto principal de esta empresa es el transporte comercial, marítimo y fluvial dentro y fuera del país y de carga, pasajeros, efectos postales y demás actividades que tengan relación con esta finalidad, en cualquiera o en todas sus modalidades de conformidad con las leyes vigentes y aplicables a este objeto, en este sentido me permito consultar lo siguiente:

¿Si el artículo 2 de la Ley de Creación de TRANSNAVE, le permite realizar el transporte de todo tipo de carga incluyendo hidrocarburos?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 261 núm. 11, 313, 315 y 394.

Ley de Creación de TRANSNAVE, Art. 2.

Ley de Hidrocarburos, Arts. 9, 11 lit. a), 66; y, 17 de su Reglamento.

Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático, Art. 15.

Código Civil, Art. 37.

D.S. N° 1447-C, R.O N° 325 de 06-10- 1971, Arts. 3, 4 y 5.

D.S. N° 132, R.O N° 232 de 03-04- 1972, Art. 2.

D.S. 1152, R.O N° 283 de 25-02-1977, Arts. 2, 3 y 14.

D.E N° 1117, R.O. N° 681 de 12-04-2012.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

De manera previa a atender su requerimiento, la Procuraduría General del Estado, mediante oficios Nos. 19838 y 19839 de 3 de diciembre de 2014, respectivamente, solicitó el criterio institucional del Ministerio de Recursos Naturales no Renovables y de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarbúfero.

En contestación al oficio No. 19838, antes señalado, el Ministro de Recursos Naturales no Renovables, en el oficio No. MRNNR-DM-2014-1130-OF de 11 de diciembre de 2014, por el cual emite el criterio del Portafolio a su cargo, cita el número 11 del artículo 261 y los artículos 313, 315 y 394 de la Constitución de la República, artículo 66 de la Ley de Hidrocarburos, 17 del Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y 15 de la Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático.

Adicionalmente, en el oficio del Ministerio del ramo se hace referencia a los Decretos Supremos Nos. 1447-C, publicado en el Registro Oficial No. 325 de 6 de octubre de 1971, 132 promulgado en el Registro Oficial No. 232 de 3 de abril de 1972, 1152 publicado en el Registro Oficial No. 283 de 25 de febrero de 1977 y el Decreto Ejecutivo No. 1117, publicado en el Registro Oficial No. 681 de 12 de abril de 2012.

En base de la normativa antes señalada, el Ministro de Recursos Naturales no Renovables expone el siguiente criterio institucional:

“a) La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 313 cataloga a los recursos naturales no renovables, el transporte y refinación de hidrocarburos como sectores estratégicos en virtud de su trascendencia, magnitud e influencia económica, social, política o ambiental, reservándose para el Estado el derecho de administración, control, regulación, gestión, decisión y de control exclusivo sobre éstos, para cuya gestión, y de conformidad con la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se constituyen empresas públicas que están bajo regulación y control de los organismos correspondientes.

b) La Ley de Hidrocarburos define a la industria petrolera como una actividad altamente especializada normada, regulada y controlada por el Ministerio del Ramo y la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, en todas sus fases.

De conformidad con la normativa vigente y el objeto social de la Empresa Pública Flota Petrolera Ecuatoriana EP FLOPEC, en la actualidad EP FLOPEC es la empresa pública ecuatoriana que realiza actividades de transporte comercial, marítimo y fluvial de petróleo y sus derivados, así como de sus actividades relacionadas”.

En atención al oficio No. 19839, emitido por esta Procuraduría, la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, el Director Ejecutivo de dicha entidad, mediante oficio No. ARCH-2014-0905-OF de 16 de diciembre de 2014, cita también el numeral 11 del artículo 261 y artículo 313 de la Constitución de la República y los artículos 9 y 66 de la Ley de Hidrocarburos.

Adicionalmente, el Director Ejecutivo hace referencia al numeral 1 del artículo 27 del Reglamento de Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, publicado en el Registro Oficial No. 330 de 29 de noviembre de 2010 y 31 del Reglamento para Autorización de Comercialización de Combustibles Líquidos Derivados de los Hidrocarburos, expedido con Decreto Ejecutivo No. 2024, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 445 de 1 de noviembre de 2001. Así como a los artículos 1 y 3 del Decreto Ejecutivo No. 1859, publicado en el Registro Oficial No. 364 de 26 de septiembre de 2006.

En base de la normativa previamente indicada, el Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero manifiesta como criterio institucional, lo siguiente:

“En base de la normativa expuesta, es criterio de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, que la empresa de TRANSPORTES NAVIEROS ECUATORIANOS TRANSNAVE,



previo a realizar el transporte de hidrocarburos deberá cumplir obligatoriamente con los (sic) estipulado con el Artículo 31 del Decreto Ejecutivo No.- 2024 y con lo establecido en el Decreto Ejecutivo No.- 1859”.

El número 11 del artículo 261 de la Constitución de la República, prescribe como competencia exclusiva del Estado central, “Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos (...)” y en base a dicha potestad, el artículo 313 Ibídem, en el Capítulo Quinto, referido a los “Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas”, dispone lo siguiente:

“Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”.

El artículo 315 de la Carta Política, prevé la constitución de empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, en los siguientes términos:

“Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos”.

La Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispuso que: “Las empresas bajo la actual dependencia o control de las Fuerzas Armadas mantendrán su naturaleza jurídica inalterada y conservarán las mismas modalidades de organización, funcionamiento y administración hasta que se constituya el Comité de Industria de la Defensa Nacional, (...)”.

Hasta la presente, no consta que TRANSNAVE se ha haya transformado en empresa pública.

En pronunciamiento del Procurador General del Estado contenido en el oficio No. 05603 de 26 de diciembre de 2011, al atender las consultas formuladas por TRANSNAVE respecto a su calificación como comercializadora de combustibles líquidos derivados de los hidrocarburos, este organismo concluyó en su parte correspondiente que:

“De la Disposición Transitoria Transcrita, se establece que las empresas bajo la actual dependencia o control de las Fuerzas Armadas mantendrán su naturaleza jurídica inalterada y conservarán las mismas modalidades de organización, funcionamiento y administración hasta que se constituya el Comité de Industria de la Defensa Nacional, que emitirá un informe, en base del cual se determinarán las empresas que queden bajo control de las Fuerzas Armadas, las cuales deben adecuar su naturaleza jurídica al marco de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

(...) Del análisis jurídico que precede se concluye que el objeto principal de TRANSNAVE, determinado en el artículo 2 de su Decreto Supremo de creación y artículo 2 de sus Estatutos, le autoriza a efectuar el ‘Transporte comercial marítimo y fluvial, dentro y fuera del país, de carga y pasajeros, efectos postales y demás actividades que tengan relación con esta finalidad, en cualquiera o en todas sus modalidades en conformidad con las Leyes vigentes y aplicables a este objeto’. En virtud de que dicho objeto, no incluye la comercialización de hidrocarburos, no es suficiente para que Transnave pueda ser calificada por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero como comercializadora de combustibles líquidos derivados de los hidrocarburos.

En consecuencia, para que Transnave pueda operar como comercializadora de combustibles líquidos derivados de hidrocarburos, debe incluir dicha actividad en su objeto, por ser aquella una fase distinta del transporte de hidrocarburos”.

De otra parte, el inciso segundo del artículo 9 de la Ley de Hidrocarburos, dispone:

“La industria petrolera es una actividad altamente especializada, por lo que será normada por la Agencia de Regulación y Control. Esta normatividad comprenderá lo concerniente a la prospección, exploración, explotación, refinación, industrialización, almacenamiento, transporte y comercialización de los hidrocarburos y de sus derivados, en el ámbito de su competencia”.

Mediante reforma al artículo 11 de la Ley de Hidrocarburos, se creó la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH), como organismo técnico-administrativo, encargado de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera, que realicen las empresas públicas o privadas, nacionales, extranjeras, empresas mixtas, consorcios, asociaciones, u otras formas contractuales y demás personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que ejecuten actividades hidrocarburíferas en el Ecuador.

De conformidad con la letra a) del artículo 11 de la Ley de Hidrocarburos, le compete entre otros aspectos a la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero:

“a. Regular, controlar y fiscalizar las operaciones de exploración, explotación, industrialización, refinación, transporte, y comercialización de hidrocarburos”.

El Capítulo VI de la Ley de Hidrocarburos, regula el transporte de los hidrocarburos; y, en lo atinente al transporte marítimo de hidrocarburos y derivados, el artículo 66 de esa Ley prescribe:

“Art. 66.- El transporte marítimo de hidrocarburos y derivados deberá efectuarse preferentemente en naves de bandera nacional, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Reserva de Carga y en la Ley General de Tráfico Marítimo, y considerando la competencia internacional”.

La Ley de Reserva de Carga a la que nos remite el artículo 66 de la Ley de Hidrocarburos, fue derogada por el artículo 27 de la Ley 147 denominada “Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático del Ecuador”, que en su artículo 1 establece que sus disposiciones se aplicarán a la exportación de todo tipo de productos bienes y servicios; y que, sin embargo, en lo que se refiere a los hidrocarburos, se estará a lo dispuesto en la legislación especial y a las pertinentes disposiciones del Capítulo II del cuerpo legal mencionado en último término, que en su artículo 15 prevé que: “ La reserva de carga para hidrocarburos, salvo el principio de reciprocidad antes indicado y los convenios para el transporte acuático, será total y se asignará exclusivamente a empresas navieras nacionales, estatales o mixtas, en las cuales el Estado tenga una participación de por lo menos el 51% del capital social”.

De las normas de la Ley de Hidrocarburos y de la Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático del Ecuador hasta aquí citadas, se establece que la industria petrolera, incluida el transporte de hidrocarburos es una actividad altamente especializada, regulada, controlada y fiscalizada por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero y que en el caso del transporte de hidrocarburos, se estará a lo dispuesto en la legislación especial.

La empresa Transportes Navieros Ecuatorianos (TRANSNAVE), fue creada inicialmente por Decreto Supremo No. 1447-C de 24 de septiembre de 1971, publicado en el Registro Oficial No. 325 de 6 de octubre de 1971, reformado por el Decreto Supremo No. 1152 de 7 de febrero de 1977, publicado en el Registro Oficial No. 283 de 25 de febrero de 1977.

El objeto de Transnave constante en el artículo 2 del Decreto Supremo No. 1447-C, publicado en el Registro Oficial No. 325 de 6 de octubre de 1971, preveía:

“Art. 2.- TRANSNAVE tendrá por objeto el transporte por agua, dentro y fuera del país, de carga y pasajeros cuyo movimiento sirva en especial, a los intereses vitales de la Nación, como se establece en los considerandos cuarto y quinto de la presente Ley y en conformidad a las disposiciones del Decreto 523 que contiene la Ley de Reserva de Carga y las del Reglamento de ella”.

El artículo 3 del referido Decreto Supremo No. 1447-C determinaba que TRANSNAVE, se regiría por dicho cuerpo legal y por los estatutos aprobados por Decreto del Presidente de la República. Posteriormente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Supremo No. 1152 publicado en el Registro Oficial No. 283 de 25 de febrero de 1977, esta atribución fue trasladada al Ministro de Defensa Nacional.

Al amparo del Decreto Supremo No. 132 publicado en el Registro Oficial No. 32 de 3 de abril de 1972, se expidieron los Estatutos de Transnave, que en su artículo 2, en cuanto al objeto de la empresa, preveía:

“Art. 2.- TRANSNAVE tiene por objeto la explotación del transporte por agua, dentro y fuera del país, de carga, pasajeros y efectos postales y demás actividades que tengan relación directa o indirecta con dicha finalidad, en cualquiera o en todas sus modalidades.

En especial, servirá los intereses vitales de la Nación, como se establece en los considerandos 4

y 5 del Decreto No. 1477-C, conectando por la vía marítima o fluvial, los puertos continentales e insulares del país y aquellos servicios de transporte por agua de carácter estratégico o geopolítico.

De acuerdo a lo dispuesto en el Decreto No. 1447-C, y las disposiciones del Decreto No. 523 que contiene la Ley de Reserva de Carga y las del Reglamento de ella, TRANSHAVE tendrá a su cargo el transporte del petróleo crudo y sus derivados que se importen y/o exporten, de acuerdo con los porcentajes de reserva determinados en las disposiciones legales pertinentes.

Para la realización del objeto social, TRANSHAVE está facultada para formas o constituir sociedades o empresas que tengan relación con el transporte por agua, pertenecer o afiliarse a ellas, requiriendo para ello la aprobación del Consejo Nacional de Marina Mercante y Puertos. El Decreto que otorgue la autorización deberá indicar las condiciones del aporte y las cláusulas principales del Contrato de Sociedad, referente a capital, duración, administración, distribución de utilidades y liquidación”.

Posteriormente, se expidió el Decreto Supremo No. 1152, publicado en el Registro Oficial No. 283 de 25 de febrero de 1977, que modifica el Decreto Supremo No. 1447-C de 24 de septiembre de 1971, publicado en el Registro Oficial No. 325 de 6 de octubre de 1971, en su considerando Quinto expresa:

“Que en esta virtud, se hace imprescindible reformar el Estatuto Jurídico de creación de Transportes Navieros Ecuatorianos (TRANSHAVE), contenido en el citado Decreto Supremo No. 1447-C”.

Este aserto es inexacto toda vez que, el Estatuto de TRANSHAVE se expidió mediante Decreto Supremo No. 132 publicado en el Registro Oficial No. 32 de 3 de abril de 1972.

Adicionalmente, el artículo 14 del mismo Decreto Supremo No 1152, publicado en el Registro Oficial No. 283 de 25 de febrero de 1977, dispone lo siguiente:

“Art. 14.- Quedan expresamente derogadas las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, en todo cuanto se opusieren a las disposiciones del presente Decreto, así como las de los Decretos números 1147-C, 112 y 918 de 24 de septiembre de 1971, de 8 de febrero de 1973 y de 6 de septiembre de 1974, respectivamente”.

El artículo 2 del Decreto Supremo No. 1152, respecto del objeto de la Empresa TRANSHAVE señala:

“Art. 2.- El objeto principal de esta Empresa, es el Transporte comercial marítimo y fluvial, dentro y fuera del país, de carga y pasajeros, efectos postales y demás actividades que tengan relación con esta finalidad, en cualquiera o en todas sus modalidades en conformidad con las Leyes vigentes y aplicables a este objeto”.

De conformidad con el artículo 37 del Código Civil, la derogación de una ley puede ser expresa o tácita y total o parcial. En el tema que se analiza, respecto del objeto de TRANSHAVE, el artículo 2 del Decreto Supremo No. 1152, publicado en el Registro Oficial No. 283 de 25 de febrero de 1977, es distinto del contenido en el artículo 2 de los Estatutos expedidos mediante Decreto Supremo No. 132, publicado en el Registro Oficial No. 32 de 3 de abril de 1972 y no contiene la atribución expresa de transportar hidrocarburos, por lo que ha operado una reforma tácita y

parcial de los Estatutos de TRANNAVE contenidos en el Decreto Supremo No. 132, publicado en el Registro Oficial No. 32 de 3 de abril de 1972.

Por lo expuesto, de conformidad con el análisis jurídico precedente y en atención a su consulta, se concluye que el objeto principal constante en el artículo 2 del Decreto Supremo No. 1152, no le permite a TRANNAVE realizar transporte de hidrocarburos. Lo dicho sin perjuicio de que el Estatuto pueda ser reformado por el Ministro de Defensa Nacional de considerarlo pertinente.

## U

### **UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL: BENEFICIO DEL IMPUESTO DEL DOS POR MIL, PARA EL SISTEMA HOSPITALARIO DOCENTE.**

**OF. PGE. N°:** 00709 de 02-04-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL

#### **CONSULTA:**

“Habiendo el Código Orgánico Monetario y Financiero derogado de manera expresa la Ley No. 70-06 ‘construcción, equipamiento y mantenimiento del Hospital Universitario’, una de las cuatro fuentes en que se fundamentó la Codificación a la Ley del Sistema Hospitalario Docente sin referirse de manera expresa a las demás fuentes ni a la Codificación publicada mediante Registro Oficial No. 26 del 2 de febrero del año 2000, ¿continúa la Universidad de Guayaquil – en base a esta última-, siendo beneficiaria del impuesto del dos por mil, destinado a adquirir, construir y equipar las instalaciones necesarias para el Sistema Hospitalario Docente establecido para la docencia y la investigación de la misma?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 3, 32, 286, 298, 348, 355 y 357.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 11 y 23.

Ley del Sistema Hospitalario Docente de la Universidad de Guayaquil, Arts. 1 y 2.

Código Orgánico Monetario y Financiero, Disp. Derogatoria núm. 27.

Código Tributario, Arts. 3 y 4.

Código Civil, Art. 37.

Ley N° 70-06, R.O. N° 413 de 17 de abril de 1970, Art. 1.

Ley N° 99-47, R.O. N° 347 de 27-12-1999, Art. 1.

D. Asamblea Nacional Constituyente, R.O. N° 182 de 10-01-1945, Arts. 1, 3 y 7.

D. N° 1451, R.O. N° 648 de 31-07-1946

D.L. N° s/n, R.O. N° 981 de 01-12-1959

D.E. N° 2377, R.O. N° 667 de 23-01-1984

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

De manera previa a atender su requerimiento, la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 00151 de 20 de febrero de 2015, solicitó el criterio institucional del Ministerio de Finanzas. Con oficio No. 00363 de 10 de marzo de 2015, se insistió en dicho requerimiento, el cual fue atendido por la indicada Cartera de Estado, mediante oficio No. MINFIN-DM-2015-0119

de 18 de marzo de 2015, suscrito por el Ministro de Finanzas Subrogante e ingresado en esta Procuraduría el 24 de marzo de 2015.

El informe jurídico de la entidad consultante, contenido en el memorando No. UG-075-JBP-AJ-2015 de 23 de enero de 2015, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Universidad de Guayaquil, quien señala los antecedentes de la expedición de la normativa que motiva la consulta y como fundamentos jurídicos cita los artículos 3, 32, 286, 348, 355 y 357 de la Constitución de la República, que en su orden se refieren a la obligación del Estado de garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución, el derecho a la salud, los principios que rigen la conducción de las finanzas públicas, la gratuidad y financiamiento de la educación pública, el reconocimiento estatal de la autonomía universitaria y la garantía de financiamiento de las instituciones públicas de educación superior por parte del Estado.

Adicionalmente, en el memorando No. UG-075-JBP-AJ-2015, el Director de Asesoría Jurídica de la universidad consultante cita los artículos 11 y 23 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que versan sobre la responsabilidad del Estado de proveer los medios y recursos a las instituciones públicas que conforman el sistema de educación superior y garantizar su financiamiento de conformidad con la ley, el mismo que obligatoriamente constará en el Presupuesto General del Estado.

Finalmente, en el informe jurídico de la referencia, se citan los artículos 1 y 2 de la Ley del Sistema Hospitalario Docente de la Universidad de Guayaquil y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Es criterio de la Dirección de Asesoría Jurídica de la Universidad de Guayaquil, que el Código Orgánico Monetario y Financiero, al haber derogado de manera expresa la Ley No. 70-06 que solo contemplaba la construcción y equipamiento del Hospital Universitario y que era una de las cuatro fuentes que sirvieron para la CODIFICACIÓN DE LA LEY DEL SISTEMA HOSPITALARIO DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL, dicha derogatoria no afectaría la recaudación y uso del impuesto en beneficio del Sistema Hospitalario Docente de la Universidad de Guayaquil, toda vez que ésta última faculta a la Universidad de Guayaquil para adquirir o construir y equipar las instalaciones necesarias para el Sistema Hospitalario Docente establecido para la Docencia y la Investigación que comprende todas las clínicas y laboratorios del Sistema, y que la derogatoria responde a que el ‘Hospital Universitario’ fue transferido al Ministerio de Salud Pública y la Ley No. 70-06 que era para la construcción, equipamiento y mantenimiento de ese hospital ya no tendría razón de mantenerse en vigencia”.

Por su parte, el criterio institucional del Ministerio de Finanzas, contenido en el oficio al que se ha hecho referencia en los antecedentes, además de la Ley 70-06, publicada en el Registro Oficial N° 413 de 17 de abril de 1970 y la Disposición Derogatoria número 27 del Código Orgánico Monetario y Financiero, cita los artículos 3 y 4 del Código Tributario y con tales antecedentes normativos, respecto del tema materia de consulta, manifiesta:

“En virtud, de lo expuesto esta Cartera de Estado, concluye, en primer lugar que el impuesto del dos por mil anual sobre los capitales declarados en las respectivas matrículas comerciales o industriales que estén registradas en las correspondientes Cámaras de Guayaquil, se encuentra vigente.

En segundo término, el Ministerio de Finanzas, estima que al encontrarse derogada la Ley 70-06, se entiende que el beneficiario del impuesto ya no es el Hospital Universitario y que el impuesto como tal debe ser recaudado por la Administración Tributaria Central para que

constituya un ingreso más del Presupuesto General del Estado, en concordancia con el artículo 298 de la Constitución de la República el cual establece que las preasignaciones deben estar previstas en la ley”.

Mediante Decreto de la Asamblea Nacional Constituyente expedido el 9 de enero de 1945, se creó un impuesto sobre los capitales declarados de las actividades bancarias, comerciales e industriales en el Cantón Guayaquil, con la finalidad de atender la construcción de la Catedral de Guayaquil, en los siguientes términos:

“Art. 1º- Crease en la ciudad de Guayaquil una entidad que se denominará Junta de Construcción de la Catedral (...).

Art. 3º- Para atender a la construcción de la Catedral y como fondos para la Junta, se establece el siguiente impuesto: dos por mil anual sobre los capitales declarados en las respectivas matrículas comerciales o industriales que estén registradas en las correspondientes Cámaras.

Este impuesto gravará al Comercio, Bancos e Industrias del Cantón Guayaquil. En lo referente a los Bancos, los capitales y reservas se establecerán de conformidad con las declaraciones hechas ante la Superintendencia de Bancos”.

El artículo 7 del Decreto expedido por la Asamblea Constituyente, antes citado, determinaba la vigencia del impuesto por los años 1945, 1946, 1947 y 1948.

Mediante Decreto No. 1451 de 25 de julio de 1946, publicado en el Registro Oficial No. 648 de 31 de julio 1946, se amplió el plazo de aplicación del impuesto en mención, por los años 1949, 1950, 1951 y 1952; y, con Decreto Legislativo de 24 de octubre de 1952, publicado en el Registro Oficial No. 74 de 27 de noviembre de 1952, se prorrogó la vigencia de los Decretos relacionados con la creación del referido impuesto y su destino hasta el año de 1960 inclusive.

Posteriormente, mediante Decreto Legislativo de 20 de octubre de 1959, publicado en el Registro Oficial No. 981 de 1º de diciembre de 1959, se prorrogó la vigencia del impuesto en beneficio de la Junta de Construcción de la Catedral de Guayaquil, disponiendo:

“Prorrógase hasta el año 1970 inclusive, la vigencia del Decreto Expedido por la Asamblea Constituyente de 1944, así como la del Decreto Ejecutivo de 25 de julio de 1946 y la del Decreto Legislativo sancionado el 13 de noviembre de 1952, relacionados con la creación del impuesto del dos por mil sobre el capital de comercio, la industria y los bancos del cantón Guayaquil y con la destinación del mismo impuesto”.

Mediante Ley No. 70-06, publicada el 17 de abril de 1970, en el Registro Oficial No. 413, se dispuso que el impuesto creado en 1945 para atender la construcción de la Catedral de Guayaquil, se destine en forma permanente al Hospital Universitario de la Universidad de Guayaquil, según se desprende del tenor del primer inciso de su artículo 1, que previó lo siguiente:

“Art. 1º- El impuesto del dos por mil anual que grava al comercio, bancos e industrias del cantón Guayaquil, sobre los capitales declarados en las respectivas matrículas comerciales o industriales, y que fuera creado por Decreto expedido por la H. Asamblea Nacional Constituyente el 9 de enero de 1945, publicado en el Registro Oficial No. 182 de 10 de los mismos mes y año, para atender la construcción de la Catedral de Guayaquil, y cuya vigencia concluye el 31 de diciembre de 1970, según Decreto expedido por el Congreso de la República el 23 de

noviembre de 1959, publicado en el Registro Oficial No. 981 de 1º de diciembre de dicho año, destinase permanentemente, y a partir del 1º de enero de 1971 para financiar la construcción, equipamiento y mantenimiento del Hospital Universitario de la Universidad de Guayaquil”.

El artículo 2 de la Ley No. 70-06 dispuso que la Universidad de Guayaquil, administre el tributo y efectúe su recaudación a través de la Tesorería de dicha Universidad.

A través del Decreto Legislativo No. 34 publicado en el Registro Oficial No. 181 de 6 de mayo de 1980, se autorizó a la Universidad de Guayaquil para que proceda a la construcción del Hospital Universitario en terrenos de su propiedad y de conformidad con el artículo 4 se dispuso lo siguiente:

“4.- Concédase a la Universidad Estatal de Guayaquil, la jurisdicción coactiva para el cobro de sus créditos tributarios, los respectivos intereses, multas y otros recargos accesorios, jurisdicción que la ejercerá el tesorero de dicha institución con sujeción a las disposiciones del Código Tributario y supletoriamente a las del Código de Procedimiento Civil”.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 2377 publicado en el Registro Oficial No. 667 de 23 de enero de 1984, se expidió el “Reglamento del Impuesto en favor del Hospital Universitario de la Universidad de Guayaquil”.

Con posterioridad, mediante Ley No. 99-47, publicada en el Registro Oficial No. 347 de 27 de diciembre de 1999, se reformó la Ley No. 70-06 publicada en el Registro Oficial No. 413 de 17 de abril de 1970 y el Decreto Legislativo No. 34 publicado en el Registro Oficial No. 181 de 6 de mayo de 1980, en el siguiente sentido:

“Art. 1.- El artículo 1 de la Ley No. 70-06, publicada en el Registro Oficial No. 413 de abril 17 de 1970, dirá:

‘El impuesto de dos por mil anual que grava al comercio, bancos e industrias del cantón Guayaquil, sobre los capitales declarados en las respectivas matrículas comerciales e industriales y, que fuera creado por Decreto expedido por la H. Asamblea Nacional Constituyente el 9 de enero de 1945, publicado en el Registro Oficial No. 182 de 10 de los mismos mes y año, para atender la construcción de la Catedral de Guayaquil y, cuya vigencia concluyó el 31 de diciembre de 1970 según Decreto expedido por el Congreso de la República el 23 de noviembre de 1959, publicado en el Registro Oficial No. 981 de 1 de diciembre de dicho año, destinase permanentemente y, a partir del 1 de enero de 1971, para financiar la adquisición de bienes inmuebles y muebles y de servicios destinados al sistema hospitalario docente de la Universidad de Guayaquil, incluyendo las construcciones que deban levantarse, así como su administración y mantenimiento.

Exonérase de toda clase de impuestos y de recargos a la importación de bienes y servicios, así como para la adquisición local, destinados al Sistema Hospitalario Docente de la Universidad de Guayaquil, inclusive las construcciones de (sic) deban levantarse.’ ”

En el Registro Oficial No. 26 de lunes 28 de febrero de 2000, la Comisión de Legislación y Codificación del H. Congreso Nacional, en uso de las atribuciones que le confería el numeral 2 del artículo 139 de la entonces vigente Constitución Política de la República del Ecuador, expidió la “Codificación de la Ley del Sistema Hospitalario Docente de la Universidad de Guayaquil”, cuyos artículos 2 y 8 establecen en su orden que dicha Universidad es beneficiaria y sujeto activo del impuesto del dos por mil anual que grava a las actividades comerciales, bancarias e



industriales en el cantón Guayaquil, sobre los capitales declarados para esos efectos, y le confieren jurisdicción coactiva para el cobro de sus créditos tributarios, intereses, multas y recargos.

El inciso primero del artículo final de la indicada Codificación dispuso:

“Artículo Final.- La presente ley, tiene el carácter de especial, y en consecuencia, sus disposiciones prevalecerán sobre las generales y especiales que se le opusieren, y no será modificada o derogada por otras leyes sino se la menciona de manera expresa”.

El numeral 27 de las Derogatorias contenidas en el Código Orgánico Monetario y Financiero, establece:

## “CAPITULO 2 Derogatorias

Sin perjuicio de lo ordenado en las Disposiciones Transitorias, a partir de la fecha de vigencia de este Código, quedan derogadas todas las normas en cuanto se opongan a las disposiciones de este Código. Adicionalmente, se derogan expresamente las siguientes leyes con todas sus reformas y reglamentos:

(...) 27. Ley No. 70-06, publicada en el Registro Oficial No. 413 de 17 de abril de 1970;”

Como se puede apreciar, el Código Orgánico Monetario y Financiero derogó la Ley No. 70-06, que en su artículo 1 previamente citado, daba carácter de permanente al impuesto del dos por mil anual que gravaba al comercio, bancos e industrias del cantón Guayaquil y lo destinaba a la construcción, equipamiento y mantenimiento del Hospital Universitario de la Universidad de Guayaquil, a partir del 1 de enero de 1971. La derogatoria, según su tenor se refiere a todas las reformas y reglamentos que con relación a dicho cuerpo legal se hubieren expedido.

De conformidad con el artículo 37 del Código Civil, la derogación de una ley puede ser expresa o tácita y total o parcial; y, concordante, el primer inciso del artículo 3 del Código Tributario prevé que: “Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos”. En el caso que nos ocupa se produjo una derogatoria expresa de la Ley No. 70-06, así como de sus reformas y reglamentos.

Su consulta pretende determinar si las demás normas que sirvieron de fuentes para la Codificación promulgada el 28 de febrero de 2000 y la indicada Codificación se mantienen vigentes y en consecuencia, en base de dicha Codificación, la Universidad de Guayaquil continúa siendo beneficiaria del impuesto del dos por mil, destinado a adquirir, construir y equipar las instalaciones necesarias para el Sistema Hospitalario Docente establecido para la docencia y la investigación de la misma.

Como “Notas” en la Codificación promulgada el 28 de febrero de 2000, se indica que han servido de fuentes de la misma los siguientes instrumentos:

“1. Decreto de H. Asamblea Nacional Constituyente de 9 de enero de 1945, publicada (Sic) en el Registro Oficial No. 182 de 10 de enero de 1945;

2. Ley No. 70-06, promulgada en el Registro Oficial No. 413 de 17 de abril de 1970;

3. Decreto de la Cámara Nacional de Representantes, de 11 de diciembre de 1979, publicada (Sic) en el Registro Oficial No. 181 de 6 de mayo de 1980; y,

4. Ley No. 99-47, promulgada en el Registro Oficial No. 347 de 27 de diciembre de 1999”.

Respecto de la “Codificación de la Ley del Sistema Hospitalario Docente de la Universidad de Guayaquil” promulgada el 28 de febrero de 2000, se debe entender la naturaleza de la codificación, que según el tratadista Guillermo Cabanellas es “La reunión de las leyes de un Estado, relativas a una rama jurídica determinada, en un cuerpo orgánico, sistemático y con unidad científica”, de lo cual se desprende que la codificación es una sistematización de leyes referidas a un mismo tema, pero no se trata de una nueva ley, sino que simplemente organiza técnicamente y unifica varios cuerpos legales.

La Codificación de la Ley del Sistema Hospitalario Docente de la Universidad de Guayaquil, sistematizó y unificó en un solo cuerpo normativo todas las leyes expedidas sobre la materia, entre ellas la Ley No. 70-06 publicada en el Registro Oficial No. 413 de 17 de abril de 1970, que constituyó la fuente original que destinó en beneficio del Hospital Universitario de la Universidad de Guayaquil, el impuesto del dos por mil anual que gravaba al comercio, bancos e industrias del cantón Guayaquil.

Considerando que según su tenor, la derogatoria de la Ley 70-06 se refiere a todas las reformas y reglamentos que con relación a dicho cuerpo legal se hubieren expedido, de ello se desprende que tal derogatoria incluye a la Codificación de la Ley del Sistema Hospitalario Docente de la Universidad de Guayaquil.

Del análisis jurídico precedente, en atención a su consulta, se concluye que la Universidad de Guayaquil a partir de la expedición del Código Orgánico Monetario y Financiero, no es beneficiaria del impuesto del dos por mil, destinado a adquirir, construir y equipar las instalaciones necesarias para el Sistema Hospitalario Docente.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales, siendo competencia de la autoridad tributaria, ejercer su facultad determinadora, definida por el artículo 68 del Código Tributario como el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo.

## V

### VACACIONES NO GOZADAS: CONCEJALES QUE FUERON REELECTOS

**OF. PGE. N°:** 00001 de 19-01-2015

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTÓN SALINAS

## **CONSULTA:**

“¿Es procedente cancelar liquidación de haberes y dentro de ella pagar vacaciones no gozadas a los concejales del Cantón Salinas, que fueron reelectos y que actualmente se encuentran en funciones, precisamente por esa reelección?”.

## **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225 núm. 2 y 229.

Ley Orgánica de Servicio Público, Arts. 3, 4, 11, 17 lit. b), 23, 29, 47, Disp. Gen. Décima Octava; y, 28, 29, 31, 111 y 105 de su Reglamento General.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Arts. 56, 354, 355 y Vigésima Quinta Disposición Transitoria.

## **PRONUNCIAMIENTO:**

Al oficio de su consulta inicial se adjuntó el memorando No. DASJU-GADMS-0356-2014 de 31 de octubre de 2014, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Entidad Edilicia a su cargo, en el cual, dentro del análisis efectuado se citan el numeral 2 del artículo 225 y 229 de la Constitución; los artículos 3, 4, 23, y 29 de la Ley Orgánica de Servicio Público y los artículos 28, 29 y 31 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y manifiesta en su parte correspondiente al análisis del caso y conclusión que:

“(…) La problemática que nos ocupa está en el hecho que los señores Concejales son Servidores Públicos, regidos por la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP).

En este contexto tienen derecho al uso de sus vacaciones en el tiempo y bajo los requerimientos de la Ley, y, para proceder al pago de las mismas tendrían que cumplir ciertos requisitos como son: El hecho de que la máxima autoridad de la Institución haya suspendido o diferido las mismas, y que aquello conste por escrito.

Otro requisito es que para el pago es necesario que el servidor público haya cesado en sus funciones y esta cesación que sea de forma definitiva, esto es, que deje de desempeñar las funciones para la cual ha sido designado, pero si es que han sido reelegidos para un nuevo periodo no opera dicha condición, esto consta en dos pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, realizadas en los años 2008 y 2010, los cuales anexo.

(…) Con los antecedentes expuestos este Departamento es del siguiente criterio.

- 1.- Los señores Concejales tienen la calidad de Servidores Públicos regidos en cuanto a derechos y obligaciones por el COOTAD y la LOSEP con las excepciones determinadas en la Ley.
- 2.- Al tener esa calidad los señores Concejales tienen derecho al goce de vacaciones una vez que cumplan con los requisitos de ley.
- 3.- Para que proceda el pago de las vacaciones a los señores Concejales, es necesario que cesen definitivamente en sus funciones y que las vacaciones hayan sido suspendidas o diferidas por la máxima autoridad.

4.- En el caso de los señores Concejales reelectos, no procedería el pago de sus vacaciones, por cuanto no han cesado en funciones, debiendo hacer uso de ellas, ya que podría prescribir ese derecho y perderían las mismas”.

En oficio No. 19842 de 3 de diciembre de 2014, este Organismo le solicito reformular los términos de su consulta con relación a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica y remitir el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Procurador Síndico de la Entidad Edilicia a su cargo en relación al objeto de la consulta reformulada; solicitud que fue atendida por usted mediante oficio No. 674-GADMS/A-2014 de 17 de diciembre de 2014, recibido en esta Procuraduría el 20 de diciembre del mismo año, en el cual reformuló su consulta inicial en los siguientes términos:

“¿ES PROCEDENTE APLICAR LO QUE DISPONE EL ART. 29 DE LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, EN CUANTO AL PAGO DE VACACIONES NO GOZADAS A LOS CONCEJALES DEL CANTÓN SALINAS QUE FUERON REELECTOS Y QUE ACTUALMENTE SE ENCUENTRAN EN FUNCIONES, PRECISAMENTE POR ESA REELECCIÓN?”.

A fin de contar con mayores elementos de juicio, en forma previa a atender su consulta, este Organismo mediante oficio No. 19843 de 3 de diciembre de 2014, solicitó al Ministerio del Trabajo el criterio institucional correspondiente sobre el tema de su consulta.

El requerimiento mencionado en el párrafo precedente fue atendido por el Ministro del Trabajo con oficio No. MDT-AJ-2014-7331 de 19 de diciembre de 2014, recibido en este Organismo el 22 de diciembre del mismo año, quien manifiesta en su parte pertinente que:

“(…) el artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), establece que sus disposiciones son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la Administración pública, y que por efecto del numeral 2 de este artículo incluye a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, como es el caso de los Municipios. El artículo 4 de esta Ley determina que 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, serán consideradas servidoras o servidores públicos. La disposición General Décima Octava el mismo cuerpo legal señala: *‘Dignataria/o.- Es la persona elegida por votación popular, por un período fijo para ejercer las funciones y atribuciones establecidas en la Constitución y la Ley’.*

(…)

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), en el artículo 56 define al Concejo Municipal como un órgano de legislación y fiscalización del Gobierno autónomo descentralizado municipal, que estará integrado por el Alcalde o Alcaldesa, por los Concejales o Concejalas elegidos por votación popular de conformidad con lo previsto en la Ley de la materia electoral. El artículo 354 determina que los servidores públicos de cada gobierno autónomo descentralizado, se regirán por el marco general que establezca la ley que regule el servicio público y su propia normativa; en tanto que, el artículo 355 señala que las funciones del Concejal o Concejala es obligatoria y que sus deberes y atribuciones son señaladas expresamente en la Constitución y en este Código.

La Vigésima Quinta Disposición Transitoria de este Código, dispone que por disposición constitucional y con el fin de que las elecciones nacionales y locales no sean concurrentes, los siguientes dos períodos de los prefectos o prefectas; viceprefectos o viceprefectas, alcaldes o

alcaldes metropolitanas y municipales; así como los y las vocales de las juntas parroquiales rurales; por ésta y la próxima ocasión, concluirán sus periodos el día 14 de mayo de 2014 y el día 14 de mayo de 2019.

En razón de lo expuesto, debido a que las y los Concejales son servidores públicos y que se rigen por el marco general de la Ley que regula el servicio público, tienen derecho irrenunciable a la liquidación de sus haberes por la cesación de sus funciones por haber fenecido el tiempo por el cual fueron electos, en esta liquidación se deben contemplar las vacaciones no gozadas descontándose los permisos por horas, fracciones de horas o días, a la parte proporcional de sus vacaciones. El pago de las vacaciones no gozadas se efectuará siempre y cuando no se hayan acumulado por más de sesenta días”.

La Constitución de la República del Ecuador, prescribe en su artículo 229 que:

“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”.

El artículo 29 de la ley Orgánica de Servicio Público, respecto al derecho a vacaciones de los servidores públicos establece:

“Art. 29.- Vacaciones y permisos.- Toda servidora o servidor público tendrá derecho a disfrutar de treinta días de vacaciones anuales pagadas después de once meses de servicio continuo. Este derecho no podrá ser compensado en dinero, salvo en el caso de cesación de funciones en que se liquidarán las vacaciones no gozadas de acuerdo al valor percibido o que debió percibir por su última vacación. Las vacaciones podrán ser acumuladas hasta por sesenta días”.

Por su parte, el Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público al regular lo concerniente a la liquidación de vacaciones no gozadas de acuerdo a lo prescrito en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Servicio Público manda:

“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”.

En oficio No. 01855 de 18 de mayo de 2011, al atender la consulta formulada por el Alcalde del Cantón Pedro Vicente Maldonado, en relación a los derechos de los concejales en su calidad de servidores públicos, manifesté en su parte correspondiente que:

“Al efecto, se debe considerar que los concejales como dignatarios de elección popular, son servidores públicos de conformidad con el artículo 229 de la Constitución de la República, el artículo 4 de la LOSEP y su Disposición General Décima Octava, pero están excluidos de la carrera del servicio público, de conformidad con la letra c) del artículo 83 de la citada Ley Orgánica del Servicio Público.

(...)

Los derechos de los servidores públicos están determinados en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, ubicado en el Capítulo I del Título III de esa Ley; entre ellos constan derechos que son exclusivos del personal de carrera del servicio público, y otros que son aplicables respecto de todo el personal, incluido el que no pertenece a la carrera del servicio público.

(...)

El artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, incluye entre los derechos de los servidores públicos el siguiente: ‘g) *Gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley*’.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, de conformidad con la letra g) del artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se concluye que los concejales, en su calidad de servidores públicos, tienen derecho a gozar de vacaciones”. (Las negrillas corresponden al texto original)

Posteriormente, mediante oficio No. 06522 de 17 de febrero de 2012, ante la consulta realizada por el Alcalde del Cantón San Pedro de Pelileo, analicé el marco jurídico referido a las vacaciones de los servidores públicos en general, y manifesté en su parte correspondiente que:

“(...) ‘tanto el ejercicio efectivo del derecho a vacaciones como su compensación en dinero en el evento de cesación del servidor público, por cualquiera de los casos previstos en el artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, proceden hasta por sesenta días’.

En cualquiera de los casos, procede la compensación en dinero por concepto de vacaciones no gozadas únicamente cuando se produce la cesación definitiva del servidor y no ha hecho uso al derecho de vacaciones, previamente establecidas en el calendario que al efecto haya elaborado la respectiva Unidad de Recursos Humanos y se deba a necesidades del servicio que hayan sido suspendidas por la máxima autoridad o su delegado”.

Con base en las normas jurídicas citadas, así como las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes sobre el marco jurídico referente a las vacaciones de los servidores públicos, al atender su consulta me referiré en forma particular a la liquidación de vacaciones no gozadas de los servidores públicos en ejercicio de un cargo, función o dignidad por periodo fijo y que cesaren en sus funciones.

En lo referente a la cesación de funciones el artículo 47 de la Ley Orgánica de Servicio Público, establece de forma general los casos en los que procede la cesación definitiva de funciones de los servidores públicos, en el siguiente sentido:

“**Art. 47.-** Casos de cesación definitiva.- La servidora o servidor público cesará definitivamente en sus funciones en los siguientes casos:

- a) Por renuncia voluntaria formalmente presentada;
- b) Por incapacidad absoluta o permanente declarada judicialmente;
- c) Por supresión del puesto;
- d) Por pérdida de los derechos de ciudadanía declarada mediante sentencia ejecutoriada;
- e) Por remoción, tratándose de los servidores de libre nombramiento y remoción, de período fijo, en caso de cesación del nombramiento provisional y por falta de requisitos o trámite adecuado para ocupar el puesto. La remoción no constituye sanción;
- f) Por destitución;
- g) Por revocatoria del mandato;
- h) Por ingresar al sector público sin ganar el concurso de méritos y oposición;
- i) Por acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización;
- j) Por acogerse al retiro por jubilación;
- k) Por compra de renuncias con indemnización;
- l) Por muerte; y,
- m) En los demás casos previstos en esta ley”.

Para el caso materia del presente análisis, es aplicable la letra e) del artículo citado en el párrafo precedente, específicamente en los casos de cesación definitiva de funciones, tratándose de los servidores de periodo fijo.

Al respecto el Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público en su artículo 105, realiza una distinción detallada de los casos de cesación de funciones y establece que:

“Art. 105.- Cesación de funciones por remoción.- La remoción de las o los servidores a los que se refiere el artículo 47 literal e) de la LOSEP, no implica destitución, ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza.

De conformidad con el artículo 11 de la LOSEP, la autoridad nominadora una vez recibida la solicitud del Contralor General del Estado o del Ministerio de Relaciones Laborales o a pedido de la ciudadanía a través de estas instituciones, mediante acto motivado solicitará a la o el servidor se pronuncie sobre los hechos u omisiones que se le imputan en el término de dos días, y presente las pruebas de descargo que considere le asisten. Vencido este término, si la o el servidor no desvirtúa las presuntas causas de su impedimento será removido previo el sumario administrativo respectivo.

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.

En el caso de los nombramientos provisionales, determinados en el artículo 17 literal b) de la LOSEP, las o los servidores cesarán en sus funciones una vez que concluya el período de temporalidad para los cuales fueron nombrados; tratándose de período de prueba terminará en caso de que no hubiere superado la evaluación respectiva”.

Del análisis de la norma citada en el párrafo precedente, se infiere que en los casos determinados en la letra a) del artículo 105 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, al llegar el día en el que se concluye el período para el cual fue designado el servidor se produce la cesación inmediata de las funciones, sin que se requiera su formalización mediante la expedición de acto administrativo alguno.

Por su parte, el artículo 111 del citado Reglamento respecto a la liquidación y pago de haberes prescribe:

“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 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”.

De lo hasta aquí expuesto se evidencia que de acuerdo a las normas legales precedentes, en los casos de cesación de funciones de servidores públicos que hayan ejercido un cargo, función o dignidad por periodo fijo, al momento en que se concluya el periodo para el cual fueron designados tienen derecho a que se les liquide las vacaciones no gozadas hasta por sesenta días y su correspondiente liquidación y pago de haberes deberá realizarse dentro del término de quince días posteriores a la cesación de sus funciones.

En el caso de que un servidor público sea designado para ejercer la misma dignidad por otro periodo de tiempo, éste debe ser considerado como uno nuevo, distinto al anterior.