

**BOLETÍN JURÍDICO  
NÚMERO 15**

**ENERO – DICIEMBRE 2016**



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

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



**Boletín Jurídico N° 15  
Enero a Diciembre 2016**

**DIRECCIÓN NACIONAL DE ASESORÍA JURÍDICA INSTITUCIONAL**

**ELABORACIÓN Y PUBLICACIÓN**

Dirección Nacional de Asesoría Jurídica

**REVISIÓN DE IMAGEN, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN**

Unidad de Comunicación Social

**FUENTE**

Dirección Nacional de Consultoría

**Procuraduría General del Estado**

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

**Teléfono:** 022 941 300

Quito – Ecuador

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

**Tiraje:**

**Impresión:**

**E-mail:**

**Teléfono:**

## **PRESENTACIÓN**

Corresponde privativamente al Procurador General del Estado, entre otras funciones, el brindar asesoramiento legal y absolver consultas jurídicas a las diferentes instituciones, organismos y entidades del sector público, relacionadas con la correcta aplicación de las distintas normas legales.

En este sentido, la presente obra contiene pronunciamientos vinculantes referidos al ejercicio de las funciones y potestades públicas de los consultantes, en defensa del patrimonio nacional y del interés público, teniendo como objetivo ser material de consulta para aclarar diversos temas de interés.

Finalmente, esta publicación se encuentra disponible adicionalmente en nuestro portal web: [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec), a fin de facilitar el acceso de los usuarios a la doctrina generada por la Procuraduría General del Estado.

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



## ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	3
<b>ASAMBLEÍSTAS NACIONALES:</b>	
Régimen de talento humano.....	7
Régimen Laboral.....	14
<b>CÁNONES DE ARRENDAMIENTO:</b>	
Jurisdicción coactiva para el cobro de obligaciones pendientes.....	18
<b>COMISIÓN DE SERVICIOS SIN REMUNERACIÓN:</b>	
Prestación de servicios con LOSCCA.....	21
<b>COMITÉS DE ÉTICA DE INVESTIGACIÓN EN SERES HUMANOS:</b>	
Pago de viáticos, subsistencias y pasajes aéreos.....	26
<b>COMODATO:</b>	
Autorización del Concejo Municipal.....	33
<b>COMPENSACIÓN ECONÓMICA:</b>	
Renuncia voluntaria.....	37
<b>CONAGOPARE:</b>	
Pluriempleo entidad asociativa de carácter nacional.....	47
<b>CONCEJALES:</b>	
Entrega de información municipal en forma individual.....	51
<b>CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN:</b>	
Defensoría del Pueblo.....	57
<b>CONTRIBUCIÓN DE ÁREAS VERDES:</b>	
Subdivisión y no entrega a favor de Municipio.....	63
<b>CUERPOS DE BOMBEROS:</b>	
Asignaciones Consejos Provinciales y Concejos Municipales.....	67
<b>DÉCIMA TERCERA REMUNERACIÓN:</b>	
Servidores de las Empresas Públicas.....	72
<b>DEVENGACIÓN DE ESTUDIOS:</b>	
Postgrado.....	76
<b>EMPRESA PÚBLICA:</b>	
Pago de valores por tarifas o contraprestaciones económicas por uso y explotación del espectro radioeléctrico.....	81

<b>EMPRESAS PÚBLICAS:</b>	
Alianzas estratégicas con Empresa Pública Estatal.....	93
<b>ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS FISCOMISIONALES:</b>	
Tiempo parcial de servicios.....	97
<b>FORO DE ABOGADOS:</b>	
Inscripción para ejercer profesión.....	104
<b>FUNCIONAMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES SOCIALES Y CIUDADANAS....</b>	115
<b>INGRESOS NO TRIBUTARIOS DEL 10%:</b>	
Programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria.....	120
<b>INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR:</b>	
Exención de impuestos, tasas y contribuciones.....	125
<b>JURISDICCIÓN COACTIVA:</b>	
Recaudación de recursos públicos por el Ministerio de Finanzas.....	135
<b>MANCOMUNIDAD CENTRO NORTE DE LA PROVINCIA DE MANABÍ:</b>	
Fusión por absorción con una Empresa Pública Mancomunada.....	143
<b>RECLAMO ADMINISTRATIVO:</b>	
Procedimiento de terminación unilateral y anticipada de un contrato.....	148
<b>REELECCIÓN DE ASAMBLEÍSTAS:</b>	
Parlamento Andino.....	155
<b>REFUGIADOS EN EL ECUADOR:</b>	
Comisión para resolver solicitud.....	162
<b>REGISTRO DE LA PROPIEDAD:</b>	
Procedimientos que regulan los concursos de méritos y oposición aplicables a gobiernos autónomos descentralizados municipales.....	168
<b>SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS VALORES Y SEGUROS:</b>	
Sanción de infracciones.....	174
<b>SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO:</b>	
Emisión de normas con el carácter de generalmente obligatorias.....	185
<b>UNIVERSIDADES Y ESCUELAS POLITÉCNICAS DEL ECUADOR:</b>	
Normativa que rige el sistema de educación superior, personas jurídicas del sector público.....	193

## ASAMBLEÍSTAS NACIONALES: RÉGIMEN DE TALENTO HUMANO

**OF. PGE. N°:** 05927 de 11-05-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** ASAMBLEA NACIONAL

### CONSULTA:

“¿Le corresponde al Consejo de Administración Legislativa establecer mediante resolución los aspectos relacionados con el régimen de talento humano de las y los asambleístas, en aplicación de las atribuciones que le confieren el artículo 1 de la Ley Interpretativa del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, el numeral 5 del artículo 14, 113 y 160 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa?”.

### BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 118, 122, 126, 225, 226, 229 y 237 núm. 3.

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

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 5 al 21, 83 y Disposición General Tercera.

Ley Interpretativa del Artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 1.

Ley Orgánica de la Función Legislativa, Arts. 2, 3, 5, 6 núm. 3, 13; 14 núms. 5, 6 y 11; 110 núms. 6 y 10; 110, 113, 114 y 160.

Reglamento de Multas por Ausencias y Atrasos, Arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 8.

### PRONUNCIAMIENTO:

La consulta inicialmente presentada mediante oficio No. PAN-GR-2016-0310, de 17 de febrero de 2016, ingresado a esta Procuraduría el 22 de febrero del año en curso, fue del siguiente tenor:

“¿Cuáles son los derechos que asisten a una o un asambleísta privado de libertad, sin sentencia ejecutoriada, entre otros: si procede o no el pago de remuneración, el pago de compensación económica por gastos de alquiler de vivienda y, la solicitud de contratación de personal asesor y administrativo para su despacho; e, indicar como procede la principalización de un asambleísta suplente frente a la privación de la libertad de la o el asambleísta principal y los derechos que asisten al asambleísta principalizado, entre otros: si procede o no el pago de remuneración, el pago de compensación económica por gastos de alquiler de vivienda y, la solicitud de contratación de personal asesor y administrativo para su despacho?”.

En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 04998 de 4 de marzo de 2016 e insistencia constante en el oficio No. 05284 de 29 de marzo de 2016, 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 Asesor Jurídico de la institución a su cargo, lo cual fue atendido por usted a través del oficio No. PAN-GR-2016-0939 de 28 de abril de 2016, referido al inicio del presente.

El informe jurídico de la entidad consultante, que se ha remitido adjunto a la consulta reformulada, consta en el documento sin fecha, denominado “Informe Jurídico de las Normas Constitucionales, Legales y Reglamentarias Consultadas y Posición Jurídica

Institucional”, suscrito por Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional.

En dicho informe, el Coordinador General de Asesoría Jurídica cita como fundamentos jurídicos los artículos 122, 126, 225, 226 y 229 de la Constitución de la República, relacionados con la organización de la Asamblea Nacional, el principio de legalidad y la definición de servidores públicos. Cita también el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que trata sobre el ámbito de aplicación de dicho cuerpo legal y el artículo 1 de la Ley Interpretativa del Artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

Adicionalmente, en el citado informe jurídico se transcriben los artículos 2, 3, 6 numeral 3, 13, 14 numerales 5, 6 y 11, 110 numerales 6 y 10, 113, 114 y 160 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que en su orden se refieren a la Función Legislativa, su naturaleza, órganos, Consejo de Administración Legislativa (CAL), sus funciones y atribuciones, los deberes de los asambleístas, sus jornadas de trabajo, permisos, licencias y remuneraciones, entre otros aspectos; al igual que, cita los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 8 del “Reglamento de Multas por Ausencias y Atrasos” de los Asambleístas y luego del análisis correspondiente, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“El artículo 126 de la Constitución de la República, delega a la Ley Orgánica de la Función Legislativa y su Reglamento Interno, la regulación necesaria para el cumplimiento de las funciones y labores de la Asamblea Nacional; normativa que determina que es el Consejo de Administración Legislativa CAL el máximo órgano de administración.

La Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP, establece que sus disposiciones son de aplicación obligatoria en todo el sector público; a pesar que reconoce, entre otros, que la Función Legislativa por su naturaleza y conformación goza de un régimen de excepción en cuanto a los aspectos administrativos; no así, en los techos remunerativos e ingresos complementarios, cuya atribución corresponde al Ministerio de Relaciones Laborales.

La Ley Orgánica de la Función Legislativa, reivindica la autonomía económica, financiera y administrativa de la Asamblea Nacional. Reconoce conforme la Constitución de la República la condición de máximo órgano de administración al CAL, el cual entre sus principales funciones consta la de: elaborar y aprobar el orgánico funcional y todos los reglamentos necesarios para el funcionamiento de la Asamblea Nacional; y, conocer y adoptar las decisiones que correspondan a fin de garantizar el idóneo, transparente y eficiente funcionamiento de la institución. Recalcando que en la Ley interpretativa del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público se establece que las y los asambleístas se regirán imperativamente por la Ley Orgánica de la Función Legislativa y la resoluciones del CAL. Determina expresamente que las y los asambleístas tienen la obligación de laborar al menos cuarenta horas semanales, así como la obligación de generar normativa reglamentaria que regule el régimen de licencias y permisos, respectivamente.

Por lo expuesto, el Consejo de Administración Legislativa, CAL, se encuentra facultado constitucional y legalmente, para que por la vía de un reglamento o resolución, establezca el mecanismo administrativo que permita ejercer el control a las asistencias de los legisladores, al menos 40 horas semanales, conforme lo exige el artículo 113 de la LOFL”.

Como antecedentes de su consulta, en el Informe que contiene el criterio jurídico de la Función Legislativa, se señala lo siguiente:



“El objeto de la consulta es establecer el procedimiento regulatorio, para ejercer un control efectivo al cumplimiento de las cuarenta horas semanales obligatorias de labores para las y los asambleístas, toda vez que se encuentran normadas las asistencias a reuniones del Pleno y Comisiones Legislativas; más no de las demás actividades correspondientes al ejercicio de la función pública”.

Como se puede apreciar, la consulta efectuada se halla encaminada a determinar la capacidad regulatoria del Consejo de Administración Legislativa respecto de la administración del talento humano de los asambleístas y el control del cumplimiento de la jornada laboral semanal que les corresponden a dichos dignatarios.

El artículo 118 de la Constitución de la República, determina que la Función Legislativa se ejerce por la Asamblea Nacional; y, el artículo 122 Ibídem prevé que el máximo órgano de la administración legislativa se integrará por quienes ocupen la Presidencia y las dos Vicepresidencias y por cuatro vocales elegidos por la Asamblea Nacional de entre asambleístas pertenecientes a diferentes bancadas legislativas.

El artículo 229 de la norma Ibídem, con respecto a los servidores públicos, prescribe lo 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.

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”.

El citado artículo establece que en nuestra legislación son considerados 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 además, se ratifica la irrenunciabilidad de sus derechos, incluido el derecho a recibir una remuneración justa y equitativa relacionada a las funciones que ejerce.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público referente 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, en forma general a las dependencias de la Función Legislativa en los siguientes términos:

“1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional”.

Además, el inciso quinto del artículo Ibídem confiere al actual Ministerio de Trabajo competencia para regular lo relacionado con remuneraciones y supervisar los regímenes especiales de administración de personal entre ellos el de la Función Legislativa, al disponer que:

“(…) En razón de las especificidades propias de la naturaleza de sus actividades, y la implementación de regímenes particulares que su actividad implica, el Ministerio de Relaciones Laborales establecerá y regulará lo atinente a remuneraciones y supervisará y controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal establecidos en las leyes que regulan a la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas; en lo relacionado con el personal ocasional la Función Legislativa observará lo previsto en su ley específica; los docentes del Magisterio y docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley al igual que se regulará por las disposiciones de este cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y de la Comisión de Tránsito del Guayas (...)”.

Posterior a la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público, la Asamblea Nacional con el fin de aclarar el alcance de la disposición legal contenida en la cita anterior, expidió la Ley Interpretativa del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 651 de 1 de marzo de 2012, en la cual dispone sobre las normas que rigen el talento humano de dicha dependencia, lo siguiente:

“Art. 1.- Interpretétese el inciso quinto del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público en el siguiente sentido: el régimen especial de administración de personal señalado en el inciso quinto del artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público se refiere al conjunto de disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, así como también a los reglamentos específicos y resoluciones que expida el Consejo de Administración Legislativa. En consecuencia, las y los Asambleístas y las y los servidores de la Función Legislativa se regirán imperativamente por la Ley Orgánica de la Función Legislativa y las resoluciones del Consejo de Administración Legislativa, que en materia de remuneraciones no sobrepasarán los techos máximos remunerativos fijados por el Ministerio de Relaciones Laborales para el sector público en general”.

La disposición interpretativa citada en el párrafo precedente, determina específicamente el régimen jurídico aplicable a los Asambleístas y servidores de la Función Legislativa, quienes se rigen por la Ley Orgánica de la Función Legislativa y las resoluciones del Consejo de Administración Legislativa, normativa que en materia de remuneraciones no sobrepasará los techos máximos remunerativos, fijados por el actual Ministerio de Trabajo para el sector público en general, excluyendo de esta forma la aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público.

De su parte, el inciso final del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público dispone que: “Lo establecido en los capítulos 2 y 3 del Título II de esta Ley será de observancia obligatoria bajo todos los regímenes previstos en la misma”. Las normas a las que se refiere el artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público están contenidas en los artículos 5 al 21 de la indicada Ley y se refieren a: nepotismo, responsabilidades y sanciones por nepotismo, prohibición de inscripción de nombramientos, inhabilidad especial por mora, prohibiciones especiales para el desempeño de un cargo, remoción de servidores impedidos de serlo, prohibición de pluriempleo, pérdida de puestos, condiciones para el reingreso al sector público, nombramiento y clases de nombramiento y su registro, señalamiento de domicilio, prohibiciones de registro de nombramientos y la obligación de rendir caución.

La aplicación de las disposiciones legales previamente indicadas, guarda armonía con lo establecido en la Disposición General Tercera de la misma Ley Orgánica que

prescribe:

“El Nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, las inhabilidades; y, las prohibiciones para desempeñar cargos públicos, constituirán normas de aplicación general para todas las entidades y organismos dispuestos en el Artículo 3 de esta Ley”.

Como se aprecia, los aspectos que son de aplicación obligatoria incluso para los regímenes especiales señalados en la Ley Orgánica del Servicio Público no regulan la materia de su consulta, relacionada con la jornada laboral de los Asambleístas.

En lo que respecta a la conformación de la Asamblea Nacional, la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en su artículo 6 establece los órganos que integran la Asamblea Nacional, entre los que consta el Consejo de Administración Legislativa (CAL); cuya definición e integración se encuentran contenidos en el artículo 13 *Ibíd.*, con el siguiente tenor:

“Art. 13.- Del Consejo de Administración Legislativa (CAL).- El Consejo de Administración Legislativa, CAL, es el máximo órgano de administración legislativa y estará integrado por la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, quien lo presidirá, dos vicepresidentas o vicepresidentes y cuatro vocales. Actuará como Secretaria o Secretario del Consejo, la Secretaria o Secretario General o la Prosecretaria o Prosecretario General de la Asamblea Nacional”.

Según disponen los numerales, 5, 6 y 11 del artículo 14 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, son atribuciones del Consejo de Administración Legislativa (CAL), entre otras:

“(…) 5. Elaborar y aprobar el orgánico funcional y todos los reglamentos necesarios para el funcionamiento de la Asamblea Nacional;

6. Conocer y adoptar las decisiones que correspondan a fin de garantizar el idóneo, transparente y eficiente funcionamiento de la Asamblea Nacional;

(…) 11. Las demás previstas en esta ley que se requieran para el cumplimiento de los fines de la Asamblea Nacional”.

Idénticas atribuciones, constan señaladas en las letras f), g) y l) del artículo 10 del Reglamento Orgánico Funcional de la Asamblea Nacional.

De otra parte, el artículo 160 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que se menciona en su consulta, prevé lo siguiente:

“Art. 160.- De las remuneraciones, movilización, viáticos y demás emolumentos.- Las remuneraciones, movilización, viáticos y demás emolumentos de las y los asambleístas, asesores y demás personal de la Asamblea Nacional serán establecidas por el Consejo de Administración Legislativa. Estas remuneraciones serán equivalentes a las de las otras funciones del Estado.

Las y los asambleístas cuya residencia habitual se encuentre a más de sesenta kilómetros a la redonda del Distrito Metropolitano de Quito, percibirán una compensación económica por alquiler de vivienda.

El CAL o la Presidencia de la Asamblea Nacional podrán disponer el cumplimiento de comisión de servicios de asambleístas y funcionarios, fuera de la sede de la Asamblea

Nacional. En estos casos se reconocerá el pago de viáticos, subsistencia, pasajes y movilización”.

Del artículo citado, se desprende la facultad legal del Consejo de Administración Legislativa (CAL), para establecer las remuneraciones, movilización, viáticos y demás emolumentos de las y los asambleístas, asesores así como del resto de la Asamblea Nacional, para lo cual debe observar obligatoriamente los techos máximos remunerativos fijados por el Ministerio del Trabajo, en virtud de lo dispuesto en la Ley Interpretativa del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, previamente citada.

El artículo 110 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, señala los deberes y atribuciones de los Asambleístas, entre las que se establecen en relación al tema de su consulta, las contenidas en sus numerales 6 y 10, los cuales se detallan a continuación:

“Art. 110.- De los deberes y atribuciones.- Las y los asambleístas tienen los siguientes deberes y atribuciones:

6. Asistir con puntualidad a las sesiones del Pleno, del Consejo de Administración Legislativa, de las comisiones especializadas a las que pertenezcan;

10. Las demás que establezca la Constitución de la República, esta ley y los reglamentos internos que se expidan”.

Del artículo y numerales previamente citados, se evidencia que dentro de los deberes de los Asambleístas consta el asistir puntualmente a las sesiones que se realizan en la Asamblea Nacional sean del Pleno, el Consejo de Administración Legislativa o de las comisiones especializadas a las que pertenecen; y además, deben cumplir con todos los demás deberes constantes en la Constitución de la República, la Ley Orgánica de la Función Legislativa y los reglamentos internos que se hayan dictado para el efecto por el Consejo de Administración Legislativa.

En el contexto relacionado con las ausencias y atrasos a las sesiones del Pleno de la Asamblea Nacional, de las comisiones especializadas y del Consejo de Administración Legislativa, el órgano citado en último término expidió el Reglamento de Multas por Ausencias y Atrasos de los Asambleístas, que se menciona en el criterio jurídico adjunto al oficio de consulta y que norma las multas que por tales conceptos les corresponden cancelar a los asambleístas.

De su parte, el artículo 113 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, respecto a las jornadas de trabajo de los asambleístas prescribe:

“Art. 113.- De las jornadas de trabajo.- Las y los asambleístas laborarán ordinariamente, por lo menos cuarenta horas semanales, en reuniones en el Pleno, en las comisiones, o en otras actividades relacionadas con su función.

En lo referente al servicio público, el tratadista Roberto Dromi expresa lo siguiente:

“Lo que caracteriza al empleado público es la *naturaleza de la actividad* que ejerce. Es decir, la realización de funciones esenciales y propias de la Administración Pública.

(...)

En suma, desde un punto de vista amplio, funcionario público y empleado público son toda persona que ejecuta funciones esenciales y específicas del Estado.

(...)

En conclusión, cualquiera que sea la forma jurídica que reviste, la relación es, esencialmente de empleo, y las distintas denominaciones que reciba el órgano –

individuo (funcionario, agente, empleado, etc.) hacen al efecto de establecer las diferentes jerarquías de los cargos y los regímenes jurídicos en que queda encuadrado el sujeto empleado público”.

Añade Dromi sobre la retribución del empleo público:

“6.1. **Retribución.** La retribución, sueldo o contraprestación por los servicios o trabajos que el agente realiza y que el Estado le paga *periódicamente* es un derecho al cual se hace acreedor aquél a partir de que preste *efectivamente* el servicio. El *sueldo* a pagar es una *obligación del Estado*, que nace del carácter contractual de la relación de empleo público”.

Guillermo Cabanellas define el vocablo “devengar” como: “Adquirir derecho a una percepción o retribución por el trabajo prestado, los servicios desempeñados u otros títulos. Se dice por ello que se devengan costas, honorarios, sueldos”.

Como se puede apreciar de las citas doctrinarias previas, el derecho a la remuneración de los servidores públicos, nace de la prestación efectiva del servicio y en consecuencia si no se cumplen con las actividades propias del desempeño del cargo y no se presta el servicio, no se genera el derecho al pago ya que no existe la causa para recibir la contraprestación por parte del Estado.

Del análisis jurídico hasta aquí efectuado, se evidencia que el artículo 113 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa impone a los assembleístas, la obligación de laborar por lo menos cuarenta horas semanales para devengar la remuneración percibida, ya que el derecho al pago de esta surge cuando se ha desempeñado alguna labor específica en la institución a la que se pertenece o se ha cumplido efectivamente, con la jornada de trabajo legamente establecida conforme a la normativa que se emita para el caso.

Finalmente, es pertinente considerar que todo el personal que labora en la Función Legislativa, incluidos los Assembleístas, en materia de talento humano se rigen por su Ley Orgánica y las resoluciones que el Consejo de Administración Legislativa expida para el efecto, cuyas disposiciones son de cumplimiento obligatorio por todos sus miembros; recalcando que en lo relacionado a las escalas remunerativas, se sujetarán a los techos establecidos por el Ministerio del Trabajo.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que le corresponde al Consejo de Administración Legislativa establecer mediante Resolución, los aspectos relacionados con el régimen de talento humano de los assembleístas, en aplicación de las atribuciones que le confieren el artículo 1 de la Ley Interpretativa del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público y artículos 14 numeral 5, 113, 114 y 160 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo de estricta responsabilidad del Consejo de Administración Legislativa, las decisiones que tome en relación a las normas de talento humano de los Assembleístas.

## ASAMBLEÍSTAS NACIONALES: RÉGIMEN LABORAL

**OF. PGE. N°:** 07138 de 25-07-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** ASAMBLEA NACIONAL

### CONSULTA:

“¿De conformidad con lo establecido en los artículos 14, 110, 112 y 113 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y el artículo 1 de la Ley Interpretativa del artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, el régimen laboral de las y los assembleístas, es igual al de los servidores públicos en general?”.

### BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 118, 120, 126 y 229.

Ley Orgánica de la Función Legislativa, Arts. 7; 8; 9; 13; 14 núms. 5, 6 y 11; 16; 17; 21; 22; 23; 24; 25; 26; 27; 28; 110; 112; 113; 114; y, 160.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 y 83.

Ley Interpretativa del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 1.

### PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 06567 de 15 de junio de 2016 e insistencia contenida el oficio No. 07006 de 13 julio de 2016, este organismo solicitó a la institución a su cargo remitir en texto independiente el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, dicho requerimiento fue atendido con oficio No. PAN-GR-2016-1819 de 19 de julio de 2016.

El informe jurídico de la entidad consultante, que se ha remitido como anexo al oficio que contesto, consta en el documento sin fecha, denominado ‘INFORME JURÍDICO’ que se encuentra relacionado con la consulta que atiendo, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional, quien cita los artículos 118, 120 y 126 de la Constitución de la República, los artículos 7, 8, 9, 13, 14, 16, 17, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 28 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y el artículo 1 de la Ley Interpretativa del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público y expresa el siguiente análisis y criterio jurídico:

“Sin embargo de las disposiciones constitucionales y legales citadas, la interpretación que se realiza en el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, respecto del artículo 113 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, lleva a pensar, que la jornada laboral de las y los assembleístas, es igual a la jornada laboral de las y los servidores públicos en general, cuando en realidad, la jornada laboral de las y los assembleístas difiere totalmente, por lo siguiente:

(...)

3.- Porque tal como señala en su oficio No. 05927 de 11 de mayo de 2016, la Ley Interpretativa del artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, ‘determina específicamente el régimen jurídico aplicable a los Assembleístas y servidores de la Función Legislativa y las resoluciones del Consejo de Administración Legislativa [...] excluyendo de esta forma la aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público’.

4.- Porque, de conformidad con su oficio, ‘los aspectos que son de aplicación obligatoria incluso para los regímenes especiales señalados en la Ley Orgánica del Servicio Público



no regulan la materia de su consulta, relacionada con la jornada laboral de los Asambleístas’.

5.- Porque el mandato constitucional contenido en el artículo 126 es claro, ‘para el cumplimiento de sus labores, la Asamblea Nacional se regirá por su ley correspondiente y su reglamento interno’.

6.- Porque conforme establece los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, el Consejo de Administración Legislativa, CAL, es el máximo órgano de administración legislativa, que tiene como competencia dictar los reglamentos necesarios para el funcionamiento de la Asamblea Nacional.

7.- Porque la naturaleza de las funciones de las y los asambleístas difiere del sector público en general (...)

Por los argumentos jurídicos y fácticos expuestos, y de conformidad con lo establecido en los artículos 14, 110, 112 y 113 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y el artículo 1 de la Ley Interpretativa del artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, el régimen laboral de las y los asambleístas, y la jornada laboral establecida en el artículo 113 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, se regulan por un régimen especial, en consecuencia no es igual al del sector público en general”.

Como se puede apreciar, la pregunta efectuada en su oficio de alcance, se halla encaminada a determinar si el régimen laboral de los Asambleístas, es el mismo régimen al que se encuentran sometidos los demás servidores públicos.

El primer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República, contiene una definición general de servidor público, que incluye a 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.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público al referirse 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 esa norma incluye en el ámbito de aplicación de ese cuerpo normativo, a la Función Legislativa en los siguientes términos:

“1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional”

Adicionalmente, el inciso quinto del citado artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, prevé la existencia de regímenes especiales de administración de personal a los que reconoce “especificidades propias” y entre los que incluye a la Función Legislativa. En tal contexto confiere al actual Ministerio de Trabajo competencia para supervisar dichos regímenes especiales. El texto de la norma tiene el siguiente tenor:

“(…) En razón de las especificidades propias de la naturaleza de sus actividades, y la implementación de regímenes particulares que su actividad implica, el Ministerio de Relaciones Laborales establecerá y regulará lo atinente a remuneraciones y supervisará y controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal establecidos en las leyes que regulan a la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas; en lo relacionado con el personal ocasional la Función Legislativa observará lo previsto en su

ley específica; los docentes del Magisterio y docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley al igual que se regulará por las disposiciones de este cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y de la Comisión de Tránsito del Guayas (...).

Del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se aprecia que ese cuerpo normativo establece y distingue un régimen general y varios regímenes especiales de administración del talento humano aplicable al sector público; dichos regímenes especiales, establecidos en otras leyes, obedecen a la especificidad y naturaleza propia de las actividades y cometidos estatales específicos que el ordenamiento jurídico les asigna, dentro de los cuales consta de forma expresa la Función Legislativa.

El artículo 1 de la Ley Interpretativa del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 651 de 1 de marzo de 2012, dispone lo siguiente sobre las normas que rigen el talento humano de la Asamblea Nacional:

“Art. 1.- Interpretase el inciso quinto del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público en el siguiente sentido: el régimen especial de administración del personal señalado en el inciso quinto del artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público se refiere al conjunto de disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, así como también a los reglamentos específicos y resoluciones que expida el Consejo de Administración Legislativa. En consecuencia, las y los Asambleístas y las y los servidores de la Función Legislativa se regirán imperativamente por la Ley Orgánica de la Función Legislativa y las resoluciones del Consejo de Administración Legislativa, que en materia de remuneraciones no sobrepasarán los techos máximos remunerativos fijados por el Ministerio de Relaciones Laborales para el sector público en general”.

Así la disposición interpretativa citada en el párrafo precedente, determina el régimen jurídico específicamente aplicable a los asambleístas y demás servidores de la Función Legislativa, quienes según el tenor de la Ley interpretativa se rigen por la Ley Orgánica de la Función Legislativa y las Resoluciones del Consejo de Administración Legislativa, previendo en forma expresa que únicamente en materia de remuneraciones esa Función no puede sobrepasar los techos máximos remunerativos, fijados por el actual Ministerio de Trabajo para el sector público en general.

Igualmente, es oportuno observar que el artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público, ubicado en el Capítulo I “Generalidades” del Título VI “Carrera del Servicio Público”, señala los servidores públicos que están excluidos de la carrera del servicio público y en su inciso final dispone: “Lo establecido en los capítulos 2 y 3 del Título II de esta Ley será de observancia obligatoria bajo todos los regímenes previstos en la misma”.

El título II de la Ley Orgánica del Servicio Público trata sobre “Las Servidoras o Servidores Públicos”; su Capítulo 1 regula el “Ingreso al servicio público” y el Capítulo 2 trata sobre “Nepotismo, inhabilidades y prohibiciones” que, de acuerdo con el inciso final del artículo 83 de esa Ley, constituyen normas de aplicación general a todos los servidores públicos.

De otra parte, según disponen los numerales, 5, 6 y 11 del artículo 14 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, son atribuciones del Consejo de Administración Legislativa (CAL), entre otras:

“(...) 5. Elaborar y aprobar el orgánico funcional y todos los reglamentos necesarios



para el funcionamiento de la Asamblea Nacional;

6. Conocer y adoptar las decisiones que correspondan a fin de garantizar el idóneo, transparente y eficiente funcionamiento de la Asamblea Nacional;

(...) 11. Las demás previstas en esta ley que se requieran para el cumplimiento de los fines de la Asamblea Nacional”.

Sobre dicha base normativa, en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 05927 de 11 de mayo de 2016, este Organismo concluyó en su parte pertinente que:

“Finalmente, es pertinente considerar que todo el personal que labora en la Función Legislativa, incluidos los Asambleístas, en materia de talento humano se rigen por su Ley Orgánica y las resoluciones que el Consejo de Administración Legislativa expida para el efecto, cuyas disposiciones son de cumplimiento obligatorio por todos sus miembros; recalcando que en lo relacionado a las escalas remunerativas, se sujetarán a los techos establecidos por el Ministerio del Trabajo.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que le corresponde al Consejo de Administración Legislativa establecer mediante Resolución, los aspectos relacionados con el régimen de talento humano de los asambleístas, en aplicación de las atribuciones que le confieren el artículo 1 de la Ley Interpretativa del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público y artículos 14 numeral 5, 113, 114 y 160 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa”.

De otra parte, el artículo 113 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expresamente prescribe lo siguiente:

“Art. 113.- De las jornadas de trabajo.- Las y los asambleístas laborarán ordinariamente, por lo menos cuarenta horas semanales, en reuniones en el Pleno, en las comisiones, o en otras actividades relacionadas con su función”.

Del tenor del artículo citado en el párrafo precedente y que trata sobre las jornadas de trabajo de los asambleístas, se evidencia que esa norma ha contemplado que para el cumplimiento de sus jornadas de trabajo, a los asambleístas les corresponde el desempeño de sus funciones, sea en las reuniones en el Pleno, en las comisiones que integran, así como en otras actividades relacionadas con la dignidad pública que desempeñan, las cuales pueden ser desarrolladas y cumplidas dentro o fuera de la sede de la Asamblea Nacional.

Del análisis que precede se desprende que los asambleístas son servidores públicos de acuerdo con el artículo 229 de la Constitución de la República, con la particularidad de encontrarse expresamente sujetos al régimen especial prescrito en el inciso quinto del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, debido a las especificidades y particularidades propias de las actividades que desarrollan en ejercicio de sus funciones como dignatarios de elección popular, que difieren de las que corresponde realizar a los servidores públicos cuyo régimen laboral se encuentra regulado por el régimen general establecido en la Ley Orgánica del Servicio Público.

De acuerdo con el inciso quinto del artículo 3 la Ley Orgánica del Servicio Público, interpretado por el artículo 1 de la Ley Interpretativa publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 651 de 1 de marzo de 2012 y el artículo 14 numeral 5 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en atención a los términos de su consulta se concluye que el régimen laboral aplicable a los asambleístas, es el establecido por la Ley Orgánica de la Función Legislativa y las resoluciones que en esa materia expida el

Consejo de Administración Legislativa.

Finalmente, es pertinente aclarar que el pronunciamiento contenido en el oficio No. 05927 de 11 de mayo de 2016, se limitó a analizar las disposiciones legales que asignan al Consejo de Administración Legislativa competencia para reglar el régimen laboral de los Asambleístas, sin que aquello signifique que al hacer referencia al término “jornada laboral legalmente establecida” este organismo haya determinado que el Consejo de Administración Legislativa, deba implementar jornadas ordinarias de labor ni establecer mecanismos de control idénticos a los establecidos para los servidores públicos sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Público, particular que es de competencia exclusiva de dicho órgano legislativo.

En este sentido queda aclarado el pronunciamiento contenido en el oficio No. 05927 de 11 de mayo de 2016, el cual se limita únicamente a la inteligencia o aplicación de normas legales, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.

### **CÁNONES DE ARRENDAMIENTO: JURISDICCIÓN COACTIVA PARA EL COBRO DE OBLIGACIONES PENDIENTES**

**OF. PGE. N°:** 04358 de 21-01-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** UNIVERSIDAD TÉCNICA DE MACHALA

**CONSULTA:**

“¿Es procedente que la Universidad Técnica de Machala, en base a lo establecido en el art. 44 de la Ley Orgánica de Educación Superior, ejerza la jurisdicción coactiva para el cobro de obligaciones pendientes por concepto de cánones de arrendamiento?”.

**BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 173.

Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 31 y 173.

Ley Orgánica de Educación Superior, Art. 44.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1; 6 núm. 5; 59, 66, 73; y, 125 de su Reglamento General.

Reglamento para el ejercicio de la Jurisdicción Coactiva de la Universidad Técnica de Machala, Arts. 5 y 9.

Resolución No. 13, R.O. N° 557 de 26-03-2009.

Código Civil, Arts. 9, 1864 y 1918.

Código de Procedimiento Civil, Art. 942.

Ley de Inquilinato, Arts. 1 y 30 lit. a).

**PRONUNCIAMIENTO:**

El artículo 44 de la Ley Orgánica de Educación Superior, sobre cuya aplicación trata la consulta, confiere coactiva a las instituciones de educación superior públicas, en los siguientes términos:

“Art. 44.- Jurisdicción coactiva.- Las instituciones de educación superior públicas y los organismos públicos que rigen el Sistema de Educación Superior, tienen derecho a ejercer jurisdicción coactiva para el cobro de los títulos de crédito que se emitan por cualquier concepto de obligaciones”.

El informe del Procurador General de la entidad consultante, contenido en oficio No. 018-PG-UTMACH-2016 de 8 de enero de 2016, cita el artículo 44 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que confiere coactiva a las instituciones de educación superior públicas y el artículo 5 del Reglamento para el ejercicio de la Jurisdicción Coactiva de la Universidad Técnica de Machala y sobre su base manifiesta y concluye:

“Conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Educación, las instituciones de educación superior públicas tienen derecho a ejercer jurisdicción coactiva para el cobro de los títulos de crédito que se emitan por cualquier concepto de obligaciones, es decir, el ámbito para el ejercicio de la coactiva que otorga la LOES es lo suficientemente amplio, incluso, para el cobro de las obligaciones que se encuentren pendientes por cánones de arrendamiento.

En virtud de lo expuesto, esta procuraduría recomienda que, conforme lo establecido en el Art. 5 del Reglamento para el ejercicio de la Jurisdicción Coactiva de la Universidad Técnica de Machala, corresponde a Usted en su calidad de Rector emitir la orden de cobro en contra de los arrendatarios deudores a fin de que se proceda a la emisión de un título de crédito, con el objeto de recaudar dichas obligaciones”.

De acuerdo con los antecedentes expuestos en la comunicación de consulta y en el informe jurídico que a ella se ha acompañado, la consulta tiene por finalidad determinar si las universidades públicas están habilitadas para ejercer acción coactiva para obtener el pago de cánones de arrendamiento, de aquellos locales de su propiedad en los que los arrendatarios se encuentran en mora de sus obligaciones; por lo cual, es preciso determinar en primera instancia la normativa que regula los contratos de arrendamiento en el sector público.

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, incluye en su ámbito de aplicación al arrendamiento de bienes que celebren las entidades del sector público, concepto que también está recogido en la definición de contratación pública señalada en el artículo 6 numeral 5 de la norma *Ibidem*.

La citada Ley Orgánica, en su artículo 59 establece el régimen de los contratos de arrendamiento de bienes que celebren las entidades del sector público, en los siguientes términos:

“Art. 59.- Régimen.- Los contratos de arrendamiento tanto para el caso en que el Estado o una institución pública tengan la calidad de arrendadora como arrendataria se sujetará a las normas previstas en el Reglamento de esta Ley”.

Por su parte, el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 66 determina la normativa supletoria para este tipo de contratos, prescribiendo al efecto que:

“Art. 66.- Normas supletorias.- En todo lo no previsto en esta Sección, se aplicarán de manera supletoria, y en lo que sea pertinente, las normas de la Ley de Inquilinato y del Código Civil”.

Concordante, la Resolución No. 13 del Instituto Nacional de Contratación Pública, actualmente Servicio Nacional de Contratación Pública, que contiene las disposiciones que regulan los procedimientos de arrendamiento de bienes inmuebles, en su artículo 9 establece la aplicación supletoria de las normas de la Ley de Inquilinato y del Código Civil para estos casos.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Inquilinato, esa ley “(...) regla las relaciones derivadas de los contratos de arrendamiento y de subarrendamiento de locales comprendidos en los perímetros urbanos (...)”. La letra a) del artículo 30 de la citada Ley, establece que la falta de pago de dos pensiones locativas mensuales, constituye causal de terminación del arrendamiento.

Por otra parte, el artículo 1864 del Código Civil prevé que: “Los arrendamientos de bienes nacionales, municipales o de establecimientos públicos, están sujetos a la Ley de Contratación Pública y otras leyes; y en lo que no lo estuvieren, a las disposiciones del presente Título”.

Del análisis hasta aquí efectuado se desprende que, de acuerdo con los artículos 59 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 66 de su Reglamento General y 9 de la Resolución No. 13 del Servicio Nacional de Contratación Pública, los contratos de arrendamiento tanto para el caso en que el Estado o una institución pública tengan la calidad de arrendadora como arrendataria están sujetos a esa Ley, su Reglamento y la referida Resolución, y en todo lo no previsto en esos cuerpos normativos se aplicarán de manera supletoria y en lo que sean aplicables, las normas de la Ley de Inquilinato y del Código Civil.

Asimismo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1 de la Ley de Inquilinato, esa Ley regla las relaciones derivadas de los contratos de arrendamiento y de subarrendamiento de locales comprendidos en los perímetros urbanos; mientras que, según el artículo 1918 del Código Civil, éste regula los contratos de arrendamiento de inmuebles no comprendidos en el perímetro urbano.

Cabe señalar que, ninguno de los cuerpos normativos que regulan en forma principal y supletoria el arrendamiento de inmuebles de propiedad de las instituciones públicas, autoriza el ejercicio de la coactiva para el cobro de cánones de arrendamiento.

Para concluir el análisis jurídico de la consulta por usted planteada, es necesario anotar que la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado mediante oficio No. 13567 de 29 de abril de 2010, sobre la naturaleza administrativa de la acción coactiva, en el mismo que manifesté:

“Del análisis jurídico que precede se desprende que la acción coactiva que el ordenamiento jurídico confiere a diversas instituciones del Estado, y entre ellas a la Superintendencia de Bancos y Seguros, para declarar y cobrar por sí mismas los créditos que se les adeuden, tiene naturaleza administrativa y no jurisdiccional, pues se ejerce por los empleados recaudadores, de conformidad con el artículo 942 del Código de Procedimiento Civil. Por tanto, los actos que en ejercicio de la acción coactiva que les confiere la Ley, expiden los funcionarios recaudadores de las instituciones públicas, constituyen actos administrativos impugnables en sede judicial, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución de la República y 31 del Código Orgánico de la Función Judicial”.

Y, respecto al ejercicio de la acción coactiva en materia de contratación pública, este Organismo en pronunciamiento contenido en oficio No. 04541 de 28 de octubre de 2011, expuso en su parte pertinente:

“En atención a los términos de su consulta se concluye que no es jurídicamente procedente que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, haga efectivos los créditos a su favor, en temas de contratación pública, mediante acción coactiva, ni que requiera para tal efecto la intervención de la Contraloría General del Estado. Los valores que los contratistas adeudaren o deban devolver a ese Ministerio, por cualquier concepto

relacionado con contratos suscritos al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se deberán determinar y liquidar por esa Secretaría de estado de conformidad con el artículo 125 del Reglamento General de esa Ley. De ser el caso, el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, podrá requerir la ejecución de garantías que se rinden de conformidad con el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En caso de controversia, se observarán las cláusulas específicas que contengan los contratos; y, de ser necesario plantear acciones judiciales en contra del contratista, para el reclamo de valores que deba restituir, sus intereses y los respectivos daños y perjuicios, a los que se refiere el artículo 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Ministerio solicitará a este Organismo, la delegación que prevé el inciso sexto del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y coordinará la defensa con la Dirección Nacional de Patrocinio”.

Por lo expuesto, en atención a los términos de la consulta se concluye que, la coactiva que confiere el artículo 44 de la Ley Orgánica de Educación Superior a las instituciones públicas de educación superior, para el cobro de obligaciones a su favor, no se aplica al cobro de obligaciones provenientes de contratos de arrendamiento de inmuebles, materias reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento, la Resolución No. 13 del Servicio de Contratación Pública y en forma supletoria por la Ley de Inquilinato y el Código Civil, que para tales efectos constituyen las leyes competentes. En caso de controversia por valores que los arrendatarios adeudaren a la entidad pública arrendadora, ésta se sujetará a los jueces competentes.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas jurídicas y no constituye disposición alguna sobre la manera de recaudar valores pendientes de pago, siendo responsabilidad de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.

### **COMISIÓN DE SERVICIOS SIN REMUNERACIÓN: PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON LOSCCA**

**OF. PGE. N°:** 04314 de 18-01-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE LOGÍSTICA PARA LA SEGURIDAD Y CONVIVENCIA CIUDADANA, EP EMSEGURIDAD

#### **CONSULTA:**

“¿Un/a servidor/a de carrera del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito declarado/a en comisión de servicios sin remuneración para prestar sus servicios en una Empresa Pública Metropolitana, el 01 de enero de 2010 bajo la normativa de la Ley Orgánica de Servicio Público y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Servicio Público, puede acogerse a la facultad establecida en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Servicio Público en concordancia con el artículo 51 de su Reglamento General de Aplicación, desde el 06 de octubre de 2010 hasta el 06 de octubre de 2016?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución Política de la República 1998 (Derogada), Art. 124.  
Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación



y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (Derogada), Arts. 32, 33 y 62.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 31, Disposición Final Primera; y, 51 de su Reglamento General.

Código Civil, Arts. 6 y 7.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

El informe jurídico de la entidad consultante, que se ha remitido anexo al oficio de la consulta reformulada, consta en el memorando No. 1349-EMS-DJ-2015 de 23 de diciembre de 2015, suscrito por la Directora Jurídica de la Empresa Pública Metropolitana de Logística para la Seguridad y Convivencia Ciudadana EP EMSEGURIDAD, quien cita el artículo 31 y la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica de Servicio Público, artículo 51 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y artículo 7 del Código Civil y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En virtud de lo anotado, es criterio de la Dirección Jurídica que de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Código Civil en concordancia con el artículo 31 de la LOSEP, la comisión de servicios sin remuneración otorgada por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito a favor de una de sus servidoras públicas de carrera para prestar servicios en la Empresa Pública Metropolitana de Logística para la Seguridad y la Convivencia Ciudadana, puede seguir vigente hasta el 06 de octubre de 2016, lapso de tiempo que corre desde la vigencia de la LOSEP, 06 de octubre de 2010”.

A fin de contar con mayores elementos para atender su requerimiento, mediante oficios Nos. 03839 y 04105 de 8 y 30 de diciembre de 2015, este Organismo solicitó el criterio institucional del Ministerio de Trabajo, el cual fue atendido por dicha Cartera de Estado, a través del oficio No. MDT-CGAJ-2016-0001-OF, de 4 de enero de 2016, suscrito por el Coordinador General Jurídico del Ministerio del Trabajo e ingresado en la Procuraduría General del Estado el 5 de enero de 2016, al que se anexa el oficio No. MDT-VSP-2015-1066 de 31 de diciembre de 2015, suscrito por el Viceministro de Servicio Público Subrogante, que contiene el criterio jurídico institucional.

En el oficio No. MDT-VSP-2015-1066 de 31 de diciembre de 2015, el Viceministro de Servicio Público Subrogante, hace referencia al inciso segundo del artículo 124 de la Constitución Política de la República de 1998, el artículo 33 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 184 de 6 de octubre de 2003 y su posterior codificación publicada en el Registro Oficial No. 16 de 12 de mayo de 2005, en la cual el artículo 33 antes referido, pasó a ser el artículo 32 y expone el siguiente criterio institucional:

“En el caso de la primera parte de la consulta, y bajo las consideraciones expuestas, la comisión de servicios sin remuneración concedida con sujeción a lo que permitía la LOSCCA y su Reglamento, debía terminar de conformidad con esta normativa, estando obligada la servidora a reintegrarse a su puesto en la institución de origen una vez fenecido el plazo de tiempo fijado para la comisión, en apego a lo que establece la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica del Servicio Público, **no debiendo imputarse este tiempo para la concesión de la comisión de servicios sin remuneración al amparo de la LOSEP**” (Lo resaltado me corresponde).

Además, el Viceministro de Servicio Público, en el citado oficio añade lo siguiente:

“Por tanto, respecto de la segunda parte de la consulta, y bajo el principio jurídico de que cuando la Ley no distingue, nadie lo puede hacer, es decir si la Ley Orgánica del

Servicio Público no se ha referido expresamente a contabilizar con efecto retroactivo los períodos en que se concedieron las comisiones de servicios sin remuneración a los servidores públicos al amparo de la LOSCCA; **si una institución del Estado autorizó la comisión bajo el imperio de la actual LOSEP, habrá que considerar únicamente el total del tiempo de seis años contabilizado a partir de la vigencia de esta Ley (6 de octubre de 2010) para las y los servidores que se encuentren dentro de la carrera del servicio público**” (Lo resaltado me corresponde).

De conformidad con lo expuesto previamente, se desprende que la consulta formulada tiene por objeto determinar la procedencia de aplicar el límite de seis años de comisión de servicios sin remuneración, prevista en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP, a los servidores públicos que durante la vigencia de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, fueron inicialmente autorizados para laborar en otra institución, bajo la figura de comisión de servicios sin remuneración.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, fue inicialmente promulgada en el Suplemento del Registro Oficial No. 184 de 6 de octubre de 2003 y en su artículo 33 normaba lo relacionado a las comisiones de servicio sin remuneración.

Posteriormente, la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA fue codificada, siendo esta publicada esta en el Registro Oficial No. 16 de 12 de mayo de 2005, modificándose la numeración del artículo que versaba sobre las comisiones de servicio sin remuneración, pasando del 33 al 32 y en el que se disponía:

“Art. 32.- **De las comisiones de servicio sin remuneración.**- Los servidores públicos podrán prestar servicios sin remuneración en otra entidad del Estado, con su aceptación por escrito, hasta por dos años y siempre que convenga a los intereses nacionales previo dictamen favorable de la unidad de administración de recursos humanos institucional, mediante la concesión de comisión de servicios sin remuneración. Concluida la comisión, el servidor será reintegrado a su puesto original, salvo el caso de dignatarios de elección popular”.

Concordante con la norma legal invocada, el artículo 62 del Reglamento a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, actualmente derogado, determinaba que:

“Art. 62.- De la duración.- El tiempo de duración de la comisión de servicios con o sin remuneración, será de hasta dos años como máximo, previa autorización de la Secretaría General de la Administración Pública.”.

De las citas de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA y su Reglamento, se desprende que los servidores públicos podían prestar servicios sin remuneración en otra entidad del Estado, a través de la concesión de comisión de servicios sin remuneración, previa aceptación por escrito, hasta por dos años, con el dictamen favorable de la unidad de administración de recursos humanos institucional.

Sin embargo, al entrar en vigencia la Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP, con su publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, se derogó la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, señalando en el artículo 23, letra g) de la nueva Ley entre los derechos de los servidores públicos, el de

gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en dicha norma.

En este contexto, es pertinente observar las disposiciones contenidas en el Código Civil referentes a la vigencia de la ley, las cuales en sus artículos 6 y 7 prescriben:

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

“Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; (...)”.

Es así que, en lo relacionado a la comisión de servicios sin remuneración, el artículo 31 de la Ley Orgánica de Servicio Público dispone lo siguiente:

“Art. 31.- De las Comisiones de Servicio sin remuneración.- Las y los servidores públicos de carrera podrán prestar servicios en otra institución del Estado, mediante **comisión de servicios sin remuneración**, previa su aceptación por escrito y **hasta por seis años**, durante su carrera administrativa, previo dictamen favorable de la Unidad de Administración del Talento Humano, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido al menos un año de servicios en la institución. Concluida la comisión la servidora o servidor será reintegrada o reintegrado a su puesto original. Se exceptúan de esta disposición los períodos para el ejercicio de puestos de elección popular. La entidad que otorgó comisión de servicios no podrá suprimir el cargo de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin sueldo.

No se concederá esta clase de comisión de servicios a servidoras o servidores que ocupen puestos de nivel jerárquico superior, periodo fijo, nombramientos provisionales o tengan contratos de servicios ocasionales.

Ninguna entidad pública se rehusará a conceder comisión de servicios para sus servidores”. (El resaltado me corresponde)

Concordantemente, el Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011, establece en su artículo 51 lo relacionado a la autorización para las comisiones de servicios sin remuneración, señalando:

“Art. 51.- De la autorización.- La autoridad nominadora concederá comisión de servicios sin remuneración a las y los servidores públicos de carrera que sean requeridos a prestar sus servicios en otras instituciones del Estado, de conformidad con lo prescrito en el artículo 31 de la LOSEP, cuando reúna las condiciones del puesto a ocuparse y no afecte al interés institucional.

Los 6 años de plazo máximo de la comisión de servicios sin remuneración durante la carrera, se contabilizarán considerando el tiempo que permanezca en una o varias instituciones.

**Se puede conceder comisión de servicios sin remuneración a la o el servidor varias veces en una misma institución, siempre y cuando no sobrepase los 6 años establecidos en el artículo 31 de la LOSEP.**

La prestación de servicios mediante comisión de servicios sin remuneración, obligará a la institución solicitante a la expedición del correspondiente nombramiento provisional de libre remoción, de período fijo o la suscripción de contratos de servicios ocasionales de acuerdo con lo establecido en la LOSEP y este Reglamento General.



La remuneración a pagarse con ocasión de este tipo de comisiones será la establecida en las escalas de remuneraciones correspondientes.

Este aporte técnico y/o profesional será exclusivo para las y los servidores de carrera que no se encuentren en período de prueba en la institución donde trabajan y que cumplan con los requisitos del puesto a ocupar". (El resaltado me corresponde)

Del artículo 31 de la Ley Orgánica de Servicio Público, previamente citado, se desprende que los servidores públicos de carrera podrán prestar servicios en otra institución del Estado, mediante comisión de servicios sin remuneración, previa su aceptación por escrito y dictamen favorable de la Unidad de Administración del Talento Humano, hasta por seis años durante su carrera administrativa, siempre que la servidora o servidor hubiere cumplido al menos un año de servicios en la institución.

Según lo previsto en el artículo 51 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público, corresponde a la autoridad nominadora resolver acerca de la procedencia de conceder comisión de servicios sin remuneración a los servidores públicos de carrera que sean requeridos para prestar sus servicios en otras instituciones del Estado, en base del informe de la Unidad de Administración del Talento Humano, que determine el cumplimiento de requisitos y la afectación o no de los intereses institucionales.

En lo que atañe al plazo para este tipo de comisión, tanto del artículo 31 de la Ley Orgánica del Servicio Público, como el artículo 51 de su Reglamento General, previamente citados, concuerdan en el plazo máximo de seis años de la comisión de servicios sin remuneración, durante la carrera de un servidor, lapso que se contabiliza considerando el tiempo que permanezca en una o varias instituciones, siendo por lo tanto factible conceder comisión de servicios sin remuneración al servidor varias veces en una misma institución, siempre y cuando no sobrepase los seis años establecidos en la referida Ley Orgánica y el Reglamento de la materia.

Del análisis previamente efectuado, se desprende que la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, contemplaba hasta dos años para el otorgamiento de las comisiones de servicio sin remuneración por parte de la autoridad nominadora; y que, con la promulgación de la Ley Orgánica del Servicio Público, se establece como límite el plazo de seis años durante la carrera de un servidor público, para que labore en otra institución pública bajo la figura de comisión de servicios sin sueldo, situación que se encuentra en vigencia desde el 6 de octubre de 2010, puesto que según dispone el artículo 7 del Código Civil, la ley rige para lo venidero y no tiene carácter retroactivo.

Por lo expuesto, en atención a su consulta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 51 de su Reglamento General, se concluye que el plazo máximo de seis años para laborar en otra institución, bajo el régimen de comisión de servicios sin remuneración, rige a partir de su promulgación en el Registro Oficial, sin que puedan imputarse los años laborados en comisión de servicios durante la vigencia de la LOSCCA, al plazo determinado en la Ley Orgánica del Servicio Público.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas y la aplicación de dichas normas a los casos concretos, es de estricta responsabilidad de los funcionarios de la entidad consultante.

## **COMITÉS DE ÉTICA DE INVESTIGACIÓN EN SERES HUMANOS: PAGO DE VIÁTICOS, SUBSISTENCIAS Y PASAJES AÉREOS**

**OF. PGE. N°:** 05095 de 11-03-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACIÓN EN SALUD PÚBLICA

### **CONSULTA:**

“¿(...) Es procedente el pago de Viáticos, pasajes aéreos y subsistencias a los miembros del Comité de Ética de Investigación en Seres Humanos, siendo que estos no tienen relación de dependencia con la Institución?”.

### **BASES LEGALES:**

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

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

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 4, 16 inciso primero, 23 lit. b), 51, 96, Disposición General Décima Octava; y, 259, 260, 261 y 262 de su Reglamento General. Creación de Instituto Nacional de Investigación en Salud Pública INSPI, D.E. N° 1290, R.O.S. N° 788 de 13-09-2012.

Reglamento para la Aprobación y Seguimiento de los Comités de Ética de Investigación en Seres Humanos (CEISH) y de los Comités de Ética Asistenciales para la Salud (CEAS), Arts. 4, 10, 11 y 12.

Norma Técnica para el Pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación, Arts. 1, 2 y 3.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

La consulta inicialmente presentada mediante oficio INSPI-DE-2015-164 de 16 de diciembre de 2015, ingresada en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Guayaquil y remitida a este Despacho a través del oficio No. 08671-GY de 28 de diciembre de 2015, recibido en la Procuraduría General del Estado el 29 de diciembre del mismo año, fue del siguiente tenor:

“¿En atención a lo dispuesto por el Reglamento para la Aprobación y Seguimiento de los Comités de Ética de Investigación en Seres Humanos (CEISH) y de los Comités de Ética Asistenciales para la Salud (CEAS), en el cual en su artículo 10 establece sobre la vinculación y recursos; y en el artículo 12 ibídem, es factible el pago de viáticos, pasajes aéreos y subsistencias a los miembros de estos comités, no teniendo relación de dependencia con el Instituto Nacional de Investigación en Salud Pública, de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Público?”.

En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y el artículo 4 de la Resolución No. 17 publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, mediante oficio No. 04183 de 7 de enero de 2016, 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 Asesor Jurídico de la institución a su cargo.

Con oficio No. 04423 de 26 de enero de 2016, este Organismo insistió en la solicitud de reformulación de la consulta efectuada por el Instituto a su cargo, sin que haya sido atendido tal requerimiento dentro del tiempo otorgado para el efecto, en virtud de lo cual

y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Resolución No. 17, sustituido por el artículo 1 de la Resolución No. 121 de 28 de junio de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010, la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 04689 de 15 de febrero de 2016, se abstuvo de emitir el pronunciamiento solicitado y dispuso el archivo de su consulta.

A través de oficio No. INSPI-DE-012-2016 de 11 de febrero de 2016, que atiendo, el Instituto Nacional de Investigación en Salud Pública, reformula la consulta originalmente presentada mediante oficio No. INSPI-DE-2015-164 de 16 de diciembre de 2015, por lo que al amparo de lo dispuesto en el artículo 7 de la Resolución No. 17, añadido por el artículo 2 de la Resolución No. 121 se 28 de junio de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010, procedo a atender la consulta reformulada.

El informe jurídico del Instituto consultante consta en el memorando No. INSPI-DAJ-2015-1004-MEM de 11 de diciembre de 2015, suscrito por el Director Encargado de Asesoría Jurídica, quien expresa el siguiente criterio jurídico:

“Esta dirección no encuentra sustento legal que justifique el pago de gastos de pasajes aéreos, viáticos y subsistencias de los miembros honoríficos del comité de ética, debido a que éstos no mantienen una relación de dependencia que solvente el pago de los expendios antes mencionados, recálquese que la Ley Orgánica de Servicio Público establece los casos en los que es procedente el pago, ya que si se llegase a considerar los artículos 96 y 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, esto es, considerar los pagos de viáticos, subsistencias, dietas, honorarios por capacitación, bonificación geográfica y considerar que son creados por la Constitución y la Ley, se les estaría considerando o acreditando la calidad de Servidores Públicos de la Institución a los Miembros Honoríficos, debiendo en este sentido cumplir con el resto de obligaciones que señala la antes mencionada Ley”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 04184 de 7 de enero de 2016 e insistencia contenida en el oficio No. 04424 de 26 de enero de 2016, la Procuraduría solicitó el criterio institucional del Ministerio de Trabajo, lo cual fue atendido por dicha Cartera de Estado, mediante oficio No. MDT-VSP-2016-0088 de 16 de febrero de 2016, ingresado el 18 de los mismos mes y año y suscrito por el Viceministro de Servicio Público Subrogante.

El Viceministro de Servicio Público, Subrogante, en el oficio No. MDT-VSP-2016-008, cita como fundamentos jurídicos el artículo 229 de la Constitución de la República, artículos 3, 16, 96 y Disposición General Décimo Octava de la Ley Orgánica del Servicio Público, artículos 259, 260, 261 y 262 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, así como los artículos 1, 2 y Disposición General Tercera de la “Norma Técnica para el Pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación, dentro del país para las y los servidores y las y los obreros de las instituciones del Estado” y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En razón de lo expuesto, la LOSEP y su Reglamento General establecen como ingreso complementario a la remuneración mensual unificada de la o el servidor público los viáticos, subsistencias, alimentación, gastos de movilización y/o transporte, que están condicionados para su reconocimiento cuando por necesidad institucional tengan que desplazarse fuera de su domicilio y/o lugar habitual de trabajo, dentro del país, a cumplir tareas oficiales o a desempeñar actividades inherentes a sus puestos, por el tiempo que dure el cumplimiento de estos servicios, desde la fecha y hora de salida hasta su retorno.

Por tanto, para los miembros que integran Comités Institucionales y que no tengan la calidad de servidoras o servidores públicos, las disposiciones legales referidas no han

contemplado la posibilidad de reconocer viáticos, movilizaciones, subsistencias o alimentación”.

El inciso primero del artículo 229 de la Constitución de la República, así como el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, determinan que serán servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

El artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, establece que las disposiciones del indicado cuerpo legal, en materia de recursos humanos y remuneraciones, son de cumplimiento obligatorio para la administración pública, entre los que constan los organismos y dependencias de la función ejecutiva, los cuales se sujetarán también de manera obligatoria a lo establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales, (actualmente Ministerio de Trabajo) en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios.

El Instituto Nacional de Investigación en Salud Pública INSPI, fue creado mediante Decreto Ejecutivo No. 1290, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 788 de 13 de septiembre de 2012, como una persona jurídica de derecho público, con independencia administrativa, económica y financiera, adscrita al Ministerio de Salud Pública, formando parte de la Función Ejecutiva y por ende, regulada en lo relacionado a recursos humanos y remuneraciones por la Ley Orgánica del Servicio Público.

Previo a analizar el tema materia de su consulta, es necesario señalar que la Disposición General Décima Octava de la Ley Orgánica del Servicio Público prescribe que para su aplicación y la de su Reglamento General, se deberán tener como conceptos, entre otros, los siguientes:

“Funcionaria/o.- Es la servidora o servidor que ejerce un puesto, excluido de la carrera del servicio público, de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora o de período fijo, y su puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior.

(...) Servidora/o. Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del sector público sea o no de libre nombramiento y remoción”.

El inciso primero del artículo 16 de la Ley Ibídem, regula lo necesario para ejercer un puesto público, siendo su sentido literal:

“Art. 16.- Nombramiento y posesión.- Para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora”.

La letra b) del artículo 23 de la Ley Orgánica en mención, reconoce el derecho de los servidores públicos de gozar de una remuneración, mientras que su artículo 96, establece la definición de la remuneración mensual unificada y en la letra c) excluye de esta remuneración a los ingresos que correspondan a viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias y extraordinarias.

De las normas de la Ley Orgánica del Servicio Público, previamente citadas, se desprende que se desempeña un puesto público, cuando a través del respectivo nombramiento o contrato, suscrito por la autoridad nominadora, se le encomienda el ejercicio de un cargo y que aquello da derecho a una remuneración, que nuestra

legislación la ha denominado “remuneración mensual unificada” y a la cual no se le suman los valores a los que el servidor público tenga derecho por concepto de viáticos, subsistencias y dietas, entre otros rubros.

Con relación a los viáticos, subsistencias y gastos de movilización, que son materia de su consulta, los artículos 259, 260, 261 y 262 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público disponen lo siguiente:

“Art. 259.- Cumplimiento de servicios institucionales.- Cuando una servidora o servidor público se desplace a cumplir tareas oficiales en reuniones, conferencias, visitas de observación o a desempeñar actividades propias de su puesto, dentro o fuera del país se le reconocerá los correspondientes viáticos, subsistencias, alimentación, gastos de movilización y/o transporte por el tiempo que dure los servicios desde la fecha de salida hasta el retorno en razón de las tareas oficiales cumplidas. Para estos casos, no será necesario haber cumplido un año de servicio en la Institución.

Art. 260.- De los viáticos.- Viático es el estipendio monetario o valor diario que por necesidades de servicios institucionales, reciben las y los servidores públicos destinado a sufragar los gastos de alojamiento y alimentación que se ocasionen durante el cumplimiento de servicios institucionales cuando por la naturaleza del trabajo, deban pernoctar fuera de su domicilio habitual de trabajo. En caso de que la institución corra directamente con algunos de estos gastos se descontará de los respectivos viáticos conforme la reglamentación que expida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales.

Art. 261.- De las subsistencias.- Subsistencias es el estipendio monetario o valor destinado a sufragar los gastos de alimentación de las y los servidores cuando tengan que cumplir servicios institucionales derivados de sus funciones y tengan que desplazarse fuera de su lugar habitual de trabajo por un tiempo superior a 6 horas, y el viaje de ida y de regreso se efectúe el mismo día, desde la salida del lugar habitual de trabajo hasta su retorno. En caso de que la institución corra directamente con algunos de los gastos se descontará de la respectiva subsistencia, conforme la reglamentación que expida mediante Acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales.

Art. 262.- De la movilización.- El pago por movilización es el gasto en el que incurren las instituciones, por la movilización de las y los servidores públicos, cuando se trasladen dentro o fuera de su domicilio habitual para cumplir servicios institucionales y se lo realizará sin perjuicio de que la o el servidor se encuentre recibiendo o no viático, subsistencias o alimentación, siempre y cuando la movilización no sea pagada por la institución, conforme a la reglamentación que expida mediante acuerdo del Ministerio de Relaciones Laborales (actualmente Ministerio de Trabajo)”. (La frase en paréntesis me pertenece)

De las normas reglamentarias previamente citadas, se desprende que los viáticos, subsistencias, alimentación, gastos de movilización y/o transporte, constituyen un ingreso complementario a la remuneración mensual unificada del servidor público, los cuales se originan en la necesidad institucional de que un servidor deba desplazarse fuera de su domicilio y/o lugar habitual de trabajo, dentro del país, a cumplir tareas oficiales o a desempeñar actividades inherentes a su puesto, por el tiempo que dure el cumplimiento de estos servicios, desde la fecha y hora de salida hasta su retorno. Cabe recalcar que las indicadas disposiciones siempre se refieren a los “servidores”.

De su parte, el Ministerio de Relaciones Laborales, actualmente denominado Ministerio de Trabajo, en base a su competencia constante en la letra a) del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público, mediante Acuerdo No. MRL-2014-0165, publicado en el



Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 326, de 4 de septiembre de 2014, expidió la “Norma Técnica para el Pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación, dentro del país para las y los servidores y las y los obreros en las instituciones del Estado”, la misma que fue reformada a través de los Acuerdos Nos. MRL-2014-0194 y MDT-2015-0290 publicados en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 356 de 17 de octubre de 2014; y, Suplemento del Registro Oficial No. 657, de 28 de diciembre de 2015, respectivamente.

El artículo 1 de la Norma Técnica invocada, dispone:

“Art. 1.- Objeto.- La presente norma técnica tiene por objeto regular el procedimiento que permita a las instituciones del Estado realizar los pagos correspondientes por concepto de viáticos, subsistencias, movilizaciones y alimentación a las y los servidores y las y los obreros públicos que por necesidad institucional tengan que desplazarse fuera de su domicilio y/o lugar habitual de trabajo, dentro del país, a cumplir tareas oficiales o desempeñar actividades inherentes a sus puestos, por el tiempo que dure el cumplimiento de estos viajes, desde la fecha y hora de salida hasta su retorno”.

En cuanto al ámbito de aplicación de la “Norma Técnica para el Pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación, dentro del país para las y los servidores y las y los obreros en las instituciones del Estado”, su artículo 2 prevé que la misma es de aplicación obligatoria para las instituciones del Estado señaladas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, referido en líneas anteriores. Adicionalmente, la Disposición General Tercera de la Norma en mención, señala lo siguiente:

“De los cuerpos colegiados que podrán percibir viáticos.- A las y los servidores y las y los obreros que desempeñen funciones en cuerpos colegiados, por efecto de cumplir servicios institucionales, se les reconocerá los valores que correspondan al viático, movilización, subsistencia o alimentación conforme a lo previsto en la presente norma técnica y serán cubiertos por el cuerpo colegiado o por la institución a la que pertenecen”.

De la lectura de los artículos citados en los párrafos precedentes, se evidencia que dentro de la referida Norma Técnica se regula exclusivamente los casos en los cuales los servidores y trabajadores públicos deben percibir viáticos, subsistencias, movilizaciones y/o alimentación en el ejercicio de sus funciones, estableciendo además que estos ingresos complementarios se pueden reconocer a los mismos en el caso de formar parte de cuerpos colegiados.

Una vez que se ha analizado la normativa que regula el reconocimiento de viáticos, subsistencias, movilizaciones y alimentación en el sector público, corresponde establecer la naturaleza de los Comités de Ética de Investigación en Seres Humanos y sus integrantes.

Mediante Acuerdo Ministerial No. 4889, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 279 de 1 de julio de 2014, se expidió el “Reglamento para la Aprobación y Seguimiento de los Comités de Ética de Investigación en Seres Humanos (CEISH) y de los Comités de Ética Asistenciales para la Salud (CEAS)”, que en su artículo 2 dispone que es atribución de la Autoridad Sanitaria definir los lineamientos que sobre la organización, procedimiento y funcionamiento de los CEISH y CEAS se propongan y requieran.

El artículo 4 del indicado “Reglamento para la Aprobación y Seguimiento de los Comités de Ética de Investigación en Seres Humanos (CEISH) y de los Comités de Ética Asistenciales para la Salud (CEAS)” define a tales comités en el siguiente sentido:

“Art. 4.- Definición.- Los Comités de Ética de Investigación en Seres Humanos (CEISH) son órganos vinculados a una institución pública o privada, responsables de realizar la evaluación ética, aprobar las investigaciones que intervengan en seres humanos o que utilicen muestras biológicas y asegurar la evaluación y el seguimiento de los estudios clínicos durante su desarrollo.

Todo ensayo clínico que se realice en el país, antes de iniciar su ejecución, debe ser evaluado por un CEISH aprobado por la Autoridad Sanitaria Nacional”.

El artículo 10 del Reglamento citado en el párrafo precedente, en lo que atañe a la vinculación institucional y recursos de los Comités de Ética de Investigación en Seres Humanos (CEISH), dispone:

“Art. 10.- Vinculación institucional y recursos.- Todos los CEISH deberán estar vinculados a una entidad pública o privada que les suministre, al menos, lo siguiente:

- a) Instalaciones que permitan el trabajo en condiciones de confidencialidad, con un espacio apropiado para la Secretaría del Comité y para las reuniones, así como para el manejo y archivo de documentos confidenciales, mismo que deberá ser almacenado por un período de siete (7) años.
- b) Equipamiento informático.
- c) Personal administrativo y técnico que pueda ayudar al Comité a ejercer sus funciones.

Los sitios en donde se realice la investigación y no tengan conformado un CEISH, podrán tener un CEISH de referencia para la evaluación de sus estudios, el mismo que deberá estar aprobado por el Ministerio de Salud Pública.

Del tenor del citado artículo 10, se establece que los Comités de Ética de Investigación en Seres Humanos (CEISH) pueden estar vinculados a una entidad pública o privada, a la que le corresponde proveer instalaciones que permitan el trabajo en condiciones de confidencialidad, el espacio apropiado para la Secretaría del Comité y para las reuniones, equipamiento informático y personal administrativo y técnico que pueda ayudar al Comité a ejercer sus funciones.

De igual forma, el artículo 11 del Reglamento *Ibíd*em establece la conformación de estos comités, señalando:

Art. 11.- Conformación de un CEISH.- Las instituciones interesadas en conformar un Comité de Ética de Investigación en Seres Humanos, CEISH, integrarán un grupo multidisciplinario, con número impar de al menos siete (7) personas, cuya selección se realizará en base al reconocimiento de sus méritos, experiencia y aportes en el campo de la bioética, bajo criterios de equidad de género y que refleje la diversidad social y cultural.

De la conformación mínima de siete (7) personas, al menos cuatro (4) tendrán los siguientes perfiles: un profesional jurídico, un profesional de la salud con experiencia en metodología de la investigación, un profesional de la salud con conocimientos en bioética y un representante de la sociedad civil. La máxima autoridad de la institución a la que esté vinculado el CEISH, convocará y seleccionará en base a méritos, experiencia y aportes en bioética a los integrantes del Comité.

De entre los seleccionados se elegirá al Presidente y al Secretario del Comité.

Los miembros del CEISH suscribirán una declaración de no tener conflicto de interés

con cada investigación que analicen y excluirán su participación voluntariamente en el tratamiento de temas en los que pudiese anticipar un conflicto de interés.

Todo cambio de alguno de los integrantes del CEISH deberá ser notificado a la Dirección Nacional de Inteligencia de la Salud del Ministerio de Salud de Pública, para su registro.

A los cuatro (4) años de funcionamiento del CEISH, se realizará una renovación de al menos el cincuenta por ciento (50%) de sus integrantes.

Los CEISH establecerán una lista de consultores externos que aporten con su experiencia a los Comités en temas que lo ameriten. Los consultores deberán ser especialistas en patologías, aspectos éticos, legales, metodologías de la investigación para estudios particulares o procesos que requieran ser analizados. En casos excepcionales en los que se requiera la participación de un consultor no incluido en la lista, los CEISH podrán invitar directamente a un experto en el tema.

El tiempo que dediquen los integrantes del CEISH a las gestiones de esta instancia, deberá ser considerado parte de su jornada laboral”.

El citado artículo se refiere en general a “Las instituciones interesadas en conformar un Comité de Ética de Investigación en Seres Humanos (CEISH)”, lo que ratifica que los mismos pueden estar vinculados tanto a entidades públicas como privadas. Además, dicha norma determina las pautas para su conformación, en cuanto al mínimo de integrantes, el perfil profesional requerido y otros aspectos relevantes relacionados con los indicados Comités.

Del análisis jurídico hasta aquí efectuado, se establece que la legislación de administración de talento humano del sector público, reconoce expresamente el derecho que tienen los servidores y trabajadores públicos de percibir por su trabajo viáticos, subsistencias, movilizaciones y/o alimentación; mientras que, conforme se señaló, los Comités de Ética de Investigación en Seres Humanos, (CEISH), tienen un origen público o privado en cuya conformación no necesariamente están incluidos entre sus miembros servidores públicos.

Adicionalmente, es pertinente observar el principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República, en virtud del cual el Estado, sus organismos, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal pueden ejercer solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que tanto la Ley Orgánica del Servicio Público, su Reglamento General y la Norma Técnica para el Pago de Viáticos, Subsistencias, Movilizaciones y Alimentación expedida por el Ministerio del Trabajo, no establecen la posibilidad del reconocimiento de viáticos, pasajes aéreos y subsistencias a personas que no formen parte del servicio público, por tanto estos emolumentos no pueden ser reconocidos a los miembros que integran los Comités de Ética de Investigación en Seres Humanos, que no ostenten la calidad de servidores públicos.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de las normas jurídicas, siendo responsabilidad de la entidad consultante la aplicación de las mismas a casos particulares, sin perjuicio de la capacidad reguladora en materia de talento humano que tiene el Ministerio del Trabajo, en el marco de la letra a) del artículo 51 de la Ley Orgánica del Servicio Público.



## COMODATO: AUTORIZACIÓN DEL CONCEJO MUNICIPAL

**OF. PGE. N°:** 08114 de 10-10-2016

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

### CONSULTA:

“¿Para la celebración de los contratos de comodato de los bienes municipales, se requiere la autorización del Concejo Municipal o procede la celebración de dichos contratos, mediante acto administrativo debidamente motivado dictado por el Alcalde, como Ejecutivo del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de San Miguel de Ibarra?”.

### BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225, 233 y 297 inciso segundo.  
Código Civil, Arts. 18, 2077, 2079, 2083 y 2095.  
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 57, 60 lits. i) y n), 414 y 460.  
Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes y Existencias del Sector Público, Arts. 4, 88 y 89.  
Reglamento de Administración y Control de Bienes del Sector Público, Art. 4 (derogado).

### PRONUNCIAMIENTO:

Con oficio No. 07329 de 4 de agosto de 2016 e insistencia contenida en el oficio No. 07532 de 24 de agosto de 2016, este Organismo le solicitó reformular los términos de su consulta, 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; requerimiento que fue atendido con oficio No. AI-2016-0389-PC de 29 de agosto de 2016, ingresado en este Despacho el 1 de septiembre del año en curso, en el cual reformula su consulta inicial de la siguiente manera:

“¿Para la celebración de los contratos de comodato de bienes de propiedad municipal, se requiere la autorización del Concejo Municipal, en la forma establecida en el literal n) del Artículo 60 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?”.

El informe jurídico de la entidad consultante, consta en el oficio No. PSM-2016-065-OF de 21 de julio de 2016, suscrito por el Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Ibarra, quien cita como fundamentos jurídicos los artículos 60 letra n) y 441 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como los artículos 2077, 2083 y 2095 del Código Civil, en base de los cuales concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Como consecuencia de lo expuesto, se concluye que los bienes que se dan en comodato no comprometen el patrimonio institucional, por cuanto se refiere a la administración, utilización y control de los bienes, atribución que le corresponde al Alcalde o Alcaldesa de conformidad con lo establecido en el literal i) del Artículo 60 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficios Nos. 07330 y 07533 de 4 y 24 de agosto de 2016, este Organismo solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, el cual fue atendido a través del oficio No. 694-DE-2016 de 31 de agosto de 2016, ingresado a este Organismo el 12 de septiembre del año en curso, suscrito por el Director Ejecutivo de dicha entidad, quien cita los artículos 233 e inciso segundo del artículo 297 de la Constitución de la República, artículo 60 letras i) y n) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, artículos 2077 y 2083 del Código Civil y los artículos 4, 88 y 89 del Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes y Existencia del Sector Público y en base de las normas antes indicadas, concluye con el siguiente criterio institucional:

“Del contenido de las disposiciones legales invocadas, podemos observar que las instituciones públicas en general pueden celebrar contratos de comodato o préstamo de uso de especies, bienes muebles o inmuebles con otras entidades públicas o con personas jurídicas del sector privado con el propósito de mejorar un servicio público y favorecer el interés social, estableciendo las correspondientes garantías y contando con la autorización de la máxima autoridad de la entidad u organismo de acuerdo con la ley, el Reglamento de Administración y Control de Bienes del Sector Público, en el caso de los GADM en los montos y casos previstos en las ordenanzas cantonales que se dicten en la materia, según lo previsto en los Arts. 60 Lit. n) del COOTAD y 4 del Reglamento de Administración y Control de Bienes del Sector Público.

Por lo indicado, consideramos que se requiere establecer mediante ordenanza la normativa interna del GADM para la administración, uso, control y destino de los bienes municipales, determinando en ella cuando el alcalde puede por sí y cuando requiere de la autorización del concejo municipal para resolver la entrega de dichos bienes en comodato y, por ende, suscribir el o los contratos que sean menester”.

Dado que la consulta por usted planteada se refiere a si se requiere o no la autorización previa del Concejo Municipal, para la suscripción por parte del Ejecutivo Municipal de contratos de comodato de bienes municipales, es necesario remitirnos a lo establecido en el artículo 441 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, el cual prescribe:

“Art. 441.- Comodato.- Para el comodato de bienes de los gobiernos autónomos descentralizados se observarán, en lo que fuere aplicable, las reglas relativas al comodato establecidas en el Libro IV del Código Civil, con excepción de aquellas que prevén indemnizaciones a favor del comodatario por la mala condición o calidad del bien prestado”.

Del artículo antes citado, se establece que los gobiernos autónomos descentralizados al realizar un comodato de sus bienes, deben considerar las reglas establecidas en el Libro IV del Código Civil en todo lo que le fuera aplicable, dejando como excepción las normas relativas a la indemnización a favor del comodatario por la mala condición o calidad del bien prestado.

Por su parte, el Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes y Existencia del Sector Público, que se menciona en el criterio de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, anteriormente citado, establece en su artículo 1 el ámbito de aplicación, dentro del cual se incluye a las instituciones, entidades y organismos del sector público comprendidas en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo cual, las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado se encuentran sujetas a dichas regulaciones y por ende deben observar las disposiciones allí contenidas.

El Reglamento *Ibídem*, establece en su artículo 4 que las instituciones que se encuentran regulados bajo dichas normas, deben implementar su propia normativa interna para el uso, control y destino de sus bienes, siendo su tenor literal el siguiente:

“Art. 4.- De la reglamentación interna.- Corresponde a las entidades y organismos comprendidos en el artículo 1 del presente reglamento, implementar su propia reglamentación para la administración, uso, control y destino de los bienes del Estado, misma que no podrá contravenir las disposiciones señaladas en este instrumento normativo”.

Adicionalmente, en lo relacionado a la celebración de contratos de comodato los artículos 88 y 89 del Reglamento citado, establecen las circunstancias bajo las cuales procede la celebración de esos contratos, en los siguientes términos:

“Art. 88.- Contrato entre entidades públicas.- Cuando exista la necesidad de especies, bienes muebles o inmuebles, entre dos personas jurídicas distintas pertenecientes al sector público, podrán celebrar un contrato de comodato o préstamo de uso, sujetándose a las normas especiales propias de esta clase de contrato.

Art. 89.- Contrato con entidades privadas.- También se podrá celebrar contrato de comodato entre entidades y organismos del sector público y personas jurídicas del sector privado que, por delegación realizada de acuerdo con la ley, presten servicios públicos, siempre que dicho contrato se relacione con una mejor prestación de un servicio público, se favorezca el interés social, se establezcan las correspondientes garantías y esté debidamente autorizado por la máxima autoridad de la entidad u organismo, de acuerdo con la ley y este reglamento.

Los contratos de comodato con entidades privadas podrán renovarse siempre y cuando se cumplan las condiciones señaladas en el inciso anterior y no se afecte de manera alguna el servicio público.

Al fin de cada año, la entidad u organismo comodante evaluará el cumplimiento del contrato, y, de no encontrarlo satisfactorio, pedirá la restitución de la cosa prestada sin perjuicio de ejecutar las garantías otorgadas. La entidad comodante está obligada a incluir estipulaciones expresas que establezcan las condiciones determinadas en el inciso precedente”.

Como se puede observar, el artículo 4 del Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes y Existencia del Sector Público, establece que le corresponde a cada entidad pública emitir su normativa interna para la administración, utilización, manejo y control de sus bienes, misma que no puede contravenir disposiciones legales ni del Reglamento en mención, mientras que sus artículos 88 y 89 facultan a las entidades públicas a efectuar contratos de comodato de bienes entre personas de derecho público y también entre una entidad pública y personas jurídicas del sector privado, que por delegación realizada de acuerdo con la ley presten servicios públicos, bajo las condiciones allí establecidas.

Adicionalmente, en relación a la evaluación del cumplimiento del contrato de comodato, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en el inciso final de su artículo 460 confiere a la comisión de fiscalización de los gobiernos autónomos descentralizados, la facultad de controlar el uso autorizado de los bienes dados en comodato.

Una vez analizada la potestad de los gobiernos autónomos descentralizados de otorgar en comodato bienes de su propiedad, es necesario revisar las disposiciones concernientes a la facultad de autorizar y suscribir este tipo de contrato dentro de los municipios.

El artículo 57 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, respecto a las atribuciones de los Concejos Municipales, prevé:

“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;

(...) t) Conocer y resolver los asuntos que le sean sometidos a su conocimiento por parte del alcalde o alcaldesa;

(...) cc) Las demás previstas en la Ley”.

El artículo antes citado, determina que el Concejo Municipal como órgano legislativo es el encargado de expedir la normativa necesaria para el cumplimiento de sus fines dentro de su jurisdicción; sin embargo, no trata expresamente sobre autorizaciones que el Concejo Municipal deba emitir de manera previa a la suscripción de ciertos contratos por parte del Alcalde, lo cual en el caso que nos ocupa, es materia regulada por la letra n) del artículo 60 que dispone:

“Art. 60.- Atribuciones del alcalde o alcaldesa.- Le corresponde al alcalde o alcaldesa:

(...) 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;

(...) aa) Las demás que prevea la ley”.

Según la cita anterior se determina que le corresponde al Alcalde, como representante legal del gobierno autónomo descentralizado municipal, suscribir contratos, convenios e instrumentos que comprometan al gobierno autónomo descentralizado municipal; y además, la misma disposición legal establece dos situaciones en las que el Alcalde requiere autorización previa del Concejo Municipal para suscribir dichos instrumentos legales, las cuales son cuando se trate de convenios de crédito y aquellos en los cuales se comprometa el patrimonio institucional, para lo cual deberá observar los casos y montos establecidos en las ordenanzas cantonales que se hayan dictado para el efecto.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, respecto del patrimonio de los gobiernos autónomos descentralizados, en el inciso primero de su artículo 414 prescribe:

“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.”

Por su parte, de conformidad con la regla segunda del artículo 18 del Código Civil, que trata sobre la interpretación de la Ley, 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. En el tema que se analiza, la acepción de “comprometa el patrimonio institucional” no se encuentra definida expresamente en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y en consecuencia para entender su alcance será necesario analizar el término comprometer.

Según Guillermo Cabanellas los términos “comprometer” y “comprometerse”, en su orden se definen como: “(...) Crear, de modo más o menos coactivo, una obligación para otro (...)” y “Obligarse a algo, unilateral o bilateralmente (...)”.

El artículo 2077 del Código Civil define al comodato o préstamo de uso, como “(...) un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso”; estableciendo en su inciso final que este se perfecciona con la tradición de la cosa.

Sobre el derecho de uso del bien en comodato, el artículo 2079 del Código Civil dispone que “El comodante conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario.”

De lo hasta aquí señalado se establece que en los contratos de comodato, los gobiernos autónomos descentralizados comprometen su patrimonio al obligarse a la entrega de un bien mueble o inmueble a favor de un tercero, para su uso por un tiempo determinado en la forma convenida en dicho contrato.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que de acuerdo a lo establecido en la letra n) del artículo 60 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y el artículo 4 del Reglamento General para la Administración, Utilización, Manejo y Control de los Bienes y Existencias del Sector Público, corresponde al Concejo Municipal en ejercicio de su facultad legislativa, contenida en la letra a) del artículo 57 del Código Ibídem normar los casos y montos en los cuales el Alcalde requiere su autorización para suscribir contratos de comodato de bienes muebles o inmuebles que formen parte del patrimonio de los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas, siendo responsabilidad de la entidad consultante la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias a casos particulares.

## **COMPENSACIÓN ECONÓMICA: RENUNCIA VOLUNTARIA**

**OF. PGE. N°:** 08772 de 07-12-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE SANTO DOMINGO, EPMAPA-SD

### **CONSULTAS:**

1.- ¿La Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Santo Domingo debería cancelar a sus Servidores por retiro voluntario de conformidad al artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas o se debe aplicar el Art. 10 de las Regulaciones

y Montos que percibirán las y los Servidores Públicos como Compensación Económica por RENUNCIA VOLUNTARIA Legalmente Presentada y Aceptada, publicado mediante Registro Oficial No. 467, de fecha 10 de junio de 2011?

2.- Cómo (sic) Empresa, y en caso que se aplicara el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Publicas (sic) los servidores 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; ¿El sueldo básico es el actual aprobado vigente para el año que se aplica el retiro voluntario o el vigente al 01 de enero del 2015?

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226, 227, 229 inc. Primero y 315 inc. segundo.

Código del Trabajo, Art. 568.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 17 inc. segundo, 18, 19, 23, 26 y 29.

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

Mandato Constituyente No. 2, Arts. 2 y 8.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 4, 56 inc. penúltimo, 57 inc. último, 83 lit. k), 126 y 129.

Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, Arts. 64 y 65.

D.E. N° 1701, R.O. N° 592 de 18-05-2009, Art. 1 subnumeral 1.1.1.5.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

##### **PRIMERA CONSULTA**

Me refiero a su oficio EPMAPA-SD-GG-2016-0561-O de 29 de agosto de 2016, ingresado a esta Procuraduría el 31 del mismo mes y año, mediante el cual formula dos consultas sobre beneficios de los servidores de las empresas públicas por retiro y jubilación.

Con oficio No. 07683 de 7 de septiembre de 2016, este Organismo solicitó remitir el criterio legal del Subgerente Jurídico de esa empresa pública, conforme dispone el segundo inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, respecto del objeto de cada una de sus consultas, conteniendo un análisis jurídico de las normas y la posición jurídica institucional en la que se concluya en base a dicho análisis.

Mediante oficio No. EPMAPA-SD-GG-2016-0593-O de 9 de septiembre de 2016, ingresado el 12 del mismo mes y año, la empresa pública consultante ha remitido el informe jurídico, contenido en informe EPMAPA-SD-JBC-SG-2016-FSG, sin fecha, suscrito por el abogado Jenrry Bejarano, Subgerente Jurídico de esa entidad.

A fin de contar con mayores elementos de análisis que permitan atender sus consultas, con oficio No. 07684 de 7 de septiembre de 2016 esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Ministerio del Trabajo; y, con oficio No. 07963 de 23 de septiembre de 2016 se insistió en dicho requerimiento que ha sido atendido con oficio No. MDT-DJTE-2016-0565-OF de 24 de noviembre de 2016, suscrito por el abogado José Gálvez Valderrama, Viceministro de Trabajo y Empleo, ingresado en esta Institución con fecha 25 de noviembre del mismo año.



El informe del Subgerente Jurídico de la empresa pública consultante, cita el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que regula el retiro voluntario de los servidores u obreros de esas entidades; e invoca, entre otras normas, los artículos 226, 227, 229 y 315 de la Constitución de la República, que establecen el principio de legalidad, los principios a los que se sujeta la administración pública, el concepto de servidor público y la atribución del Estado para constituir empresas públicas.

El referido informe invoca también el artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público que establece el ámbito de aplicación de ese cuerpo normativo, y el inciso final de ese artículo según el cual en las empresas públicas se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; así como, el Acuerdo No. 158 del Ministerio del Trabajo (antes Ministerio de Relaciones Laborales), que establece las regulaciones y montos por renuncia voluntaria de los servidores públicos.

Sobre dicha base normativa, el informe jurídico de la empresa pública consultante, concluye con un criterio institucional referido a todas sus preguntas, en el que manifiesta:

“Con las disposiciones constitucionales y legales expuestas, (sic) Subgerencia Jurídica de EPMAPA S-D., considera que debería incorporar el beneficio a los servidores de la Empresa lo establecido en el artículo 23 de la ley Orgánica de Empresas Públicas, por 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’ y la (sic) Retiro Voluntario para acogerse a la Jubilación este debe aplicarse de conformidad al artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2”.

Del tenor de las preguntas que integran su primera consulta, que se transcriben más adelante, y del contenido del informe del Subgerente Jurídico de esa empresa pública, se aprecia que la primera consulta trata sobre la compensación por retiro voluntario de los servidores y obreros de esas entidades; mientras que, la segunda consulta se refiere al beneficio por jubilación.

Por estar referidas a la misma materia, atiendo en forma conjunta las tres preguntas que componen su primera consulta; y, por separado su segunda consulta.

Para atender su consulta, es pertinente revisar en forma cronológica las normas aplicables a las empresas públicas, en materia de gestión de su talento humano.

Así, la letra m) del artículo 2 del Mandato Constituyente No. 2, incluye en su ámbito de aplicación a “Las empresas públicas y privadas cuyo capital o patrimonio esté integrado con el cincuenta por ciento (50%) o más de recursos públicos o a las entidades y organismos del sector público”.

El artículo 8 *Ibídem* reconoce el derecho a la estabilidad de los servidores, establece los techos aplicables a las indemnizaciones o bonificaciones provenientes de formas de cesación de servidores y obreros públicos, entre ellos la renuncia voluntaria; y, ordena a las entidades públicas, planificar y presupuestar el número máximo de renunciaciones anuales a ser tramitadas. El texto actual de esa norma, cuyo segundo inciso fue reformado por el artículo 64 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, 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 renunciaciones 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”.

El primer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República, define al servidor público en general, bajo el siguiente tenor: “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”. Similares conceptos de servidor público, constan en los artículos 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 18 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

La Ley Orgánica de Servicio Público, en su artículo 3 establece su ámbito de aplicación, señalando en su inciso final que en las empresas públicas, se aplicará a su personal lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

El artículo 2 del Acuerdo No. MRL-2011-00158 del Ministerio de Relaciones Laborales (actual Ministerio del Trabajo), publicado en el Registro Oficial No. 467 de 10 de junio de 2011, al que se refiere la primera pregunta de su consulta, establece su ámbito de aplicación respecto de las instituciones determinadas en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, norma legal cuyo inciso final dispone que la gestión del talento humano de las empresas públicas se rige por el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Al respecto, el criterio institucional del Ministerio del Trabajo, es el siguiente:

“A la primera pregunta, el ACUERDO No. MRL-2011-00158, claramente establece que será de aplicación obligatoria en las instituciones del Estado determinadas en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, el mismo artículo que excluye a las Empresas Públicas; de tal manera que, en el caso que los servidores u obreros de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Santo Domingo, decidan terminar su relación laboral por retiro voluntario, deberán recibir los montos establecidos en el



artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, aclarando que en virtud de no encontrarse en vigencia el Reglamento General de la mencionada Ley, en el cual se establezcan los requisitos para los programas de retiro voluntario, corresponde al Directorio de la Empresa Pública expedir las normas internas que regularán la administración del talento humano conforme a lo señalado en el inciso segundo del artículo 17 de Ley Orgánica de Empresas Públicas. Por lo tanto si el directorio ha expedido la normativa interna de administración de talento humano, estableciendo los mecanismos y requisitos para acogerse al retiro voluntario, el personal se rige bajo ese régimen”.

Es decir que la gestión del talento humano de las instituciones del sector público es materia sujeta al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Servicio Público y del Acuerdo MRL-2011-00158; mientras que, respecto del personal de las empresas públicas, se rige por el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ubicados en el Título IV de esa Ley, tratan sobre “La Gestión del Talento Humano de las Empresas Públicas”, y regulan los procesos de selección del personal de esas entidades; su clasificación en servidores públicos de libre nombramiento y remoción, servidores públicos de carrera y obreros; y, las modalidades de vinculación de ese personal.

El segundo inciso del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas confiere al Directorio de la respectiva empresa pública, atribución para expedir las normas internas de administración del talento humano; y, respecto de las modalidades de vinculación del personal, el artículo 19 de la misma Ley, dispone:

“Art. 19.- MODALIDADES DE DESIGNACION Y CONTRATACION DEL TALENTO HUMANO.-

Las modalidades de vinculación de los servidores públicos y obreros de las empresas públicas son las siguientes:

1. Nombramiento para personal de libre designación y remoción, quienes no tendrán relación laboral. Su régimen observará las normas contenidas en el capítulo II del Título III de esta Ley;
2. Nombramiento para servidores públicos, expedido al amparo de esta Ley y de la normativa interna de la Empresa Pública; y,
3. Contrato individual de trabajo, para los obreros, suscritos al amparo de las disposiciones y mecanismos establecidos en la Codificación del Código del Trabajo y en el contrato colectivo que se celebre”.

Respecto al régimen jurídico aplicable a los servidores de las empresas públicas, la sentencia de la Corte Constitucional No. 007-11-SCN-CC, 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 lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia No. 007-11-SCN-CC y el análisis de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en 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, esta Procuraduría ha concluido en forma reiterada 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”. (Cita corresponde al oficio No. 19356 de 29 de octubre de 2014).

Por su parte, el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, sobre cuya aplicación tratan las tres preguntas de su primera consulta, establece el retiro voluntario para los servidores y obreros de las empresas públicas, es decir que, según su tenor, se aplica para el retiro voluntario de los servidores de esas entidades, salvo el retiro voluntario para acogerse a la jubilación, mismo que se encuentra regulado por el Mandato Constituyente No. 2, como se analizará al atender su segunda consulta.

Dicha norma fue reformada por el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Su texto en actual vigencia es el 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”.

Sobre este tema, el criterio institucional del Ministerio del Trabajo, concluye lo siguiente:

“A la segunda pregunta, si los servidores u obreros de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Santo Domingo, se retiran voluntariamente, la compensación económica que establece el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas a la que tienen derecho, se calculará conforme el salario básico unificado del trabajador privado establecido al 1 de enero del 2015, indistintamente del año en el cual se aplique el retiro voluntario, misma disposición que se encuentra en concordancia con lo señalado en la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar”.

Con respecto al beneficio o compensación por renuncia o retiro voluntario, en pronunciamiento contenido en oficio No. 08277 de 11 de junio de 2012, con el que se

atendió una consulta del Gerente General de TRANSNAVE, éste Organismo manifestó lo siguiente:

“La compensación por renuncia voluntaria, es un beneficio económico que tiene por finalidad estimular a los servidores públicos para que cesen en sus funciones en forma voluntaria, acogiéndose al plan de renunciaciones anualmente establecido en cada institución, y perciban la compensación; y, no es aplicable a los servidores de libre nombramiento y remoción, con nombramientos provisionales, de período fijo, contratos de servicios ocasionales, ni para los puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, toda vez que no son servidores de carrera y por tanto están excluidos de la garantía de estabilidad en sus puestos conforme se analizó anteriormente”.

Adicionalmente, es procedente mencionar que el Reglamento al que se remite el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no ha sido expedido aún.

En lo relacionado al cálculo de la compensación por retiro voluntario, el criterio institucional del Ministerio del Trabajo expresa:

“A la tercera pregunta, para el cálculo de la compensación y su correspondiente pago por retiro voluntario, se deberá considerar los años laborados en la misma institución; por cuanto, si el servidor u obrero prestaban sus servicios en otra institución pública y se desvincularon, recibieron la liquidación correspondiente; de tal manera que, quedaron consolidadas las obligaciones que se tenían hacia ellos”.

Es oportuno considerar que, la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ordenó que las empresas públicas existentes al tiempo de promulgación de esa ley se adecúen a sus disposiciones; y, con respecto al personal que prestaba servicios en ellas, en su tercer inciso estableció lo siguiente:

“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”.

Del tenor de la norma transcrita se aprecia que ésta ha previsto que los años de servicio prestados en la empresa extinguida (y transformada en empresa pública en virtud de esa ley), se sumen al tiempo de servicio en la nueva empresa pública creada, para efectos de jubilación, desahucio o despido intempestivo, que son formas de terminación de la relación laboral individual.

Por lo expuesto, en atención a los términos de sus consultas se concluye que, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, reformado por el artículo 65 de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, el monto del beneficio o compensación por retiro voluntario de los servidores de carrera y obreros de las empresas públicas, es 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, de acuerdo con la regulación que

expida el Directorio de la respectiva empresa, de conformidad con la atribución que le confiere el segundo inciso del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

De conformidad con la reforma introducida al artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas por el artículo 65 de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento de Trabajo en el Hogar, el monto de la compensación por retiro o renuncia voluntaria se debe calcular aplicando el salario básico unificado del trabajador privado vigente al 1 de enero de 2015.

Finalmente, el tercer inciso de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, para efectos de aplicar los beneficios que esa Ley establece para los servidores de carrera y obreros que terminen su relación laboral individual con la empresa pública, se sumarán los años de servicio prestados en la empresa extinguida y cuya transformación ha operado por efecto de esa ley, más el tiempo de servicio en la nueva empresa pública creada, que al efecto constituye la misma institución, debiéndose observar los techos previstos en esa Ley.

## **SEGUNDA CONSULTA**

El informe del Subgerente Jurídico de la empresa pública consultante, que fue transcrito en los antecedentes, respecto de esta segunda consulta se limita a concluir: "(...) Retiro voluntario para acogerse a la Jubilación este debe aplicarse de conformidad al artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2".

Por su parte, el criterio institucional del Ministerio del Trabajo, cita el subnumeral 1.1.1.5 del artículo 1 de Decreto Ejecutivo No. 1701, publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, que contiene las limitaciones a la contratación colectiva en el sector público, y dispone 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".

Sobre dicha base, el Viceministro del Trabajo y Empleo, manifiesta lo siguiente:

"Los servidores u obreros de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Santo Domingo, que decidan retirarse voluntariamente para acogerse a la jubilación, recibirán las indemnizaciones previstas en el artículo 8 del Mandato Constituyente 2, aclarando que en el caso de los obreros, se les cancelará conforme lo establecido en el Contrato Colectivo o lo dispuesto por el citado Mandato, es importante mencionar que el trabajador en lo concerniente al retiro para acogerse a la jubilación se

acogerá a un solo beneficio, es decir el que más lo favorezca, tal como lo establece el Decreto 1701 citado en líneas anteriores.

Por lo tanto, no se puede aplicar lo dispuesto por el artículo 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público, ya que el referido artículo se aplicará en las instituciones comprendidas en el artículo 3 de la citada norma legal, disposición que excluye a las Empresas Públicas como quedó señalado anteriormente”.

El artículo 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público que cita la consulta, establece el beneficio por jubilación en los siguientes términos:

“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”.

Según su tenor, el artículo 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público establece el beneficio por jubilación de los servidores sujetos al ámbito de aplicación de esa Ley, establecido por su artículo 3, al que se remite expresamente.

Sin embargo, según se analizó al atender su primera consulta, el inciso final del artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Público, dispone que la gestión del talento humano de las empresas públicas se rige por el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuyo artículo 17 confiere al Directorio de cada empresa pública atribución para expedir “(...) las normas internas de administración del talento humano, en las que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones para el talento humano de las empresas públicas”.

Adicionalmente, es pertinente considerar que, el personal que tenga la calidad de obrero en las empresas públicas, puede estar amparado por un contrato colectivo, que según el artículo 26 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas dispone lo siguiente:

“Art. 26.- CONTRATO COLECTIVO.- En las empresas públicas o en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos están excluidos de la contratación colectiva el talento humano que no tenga la calidad de obreros en los términos señalados en esta Ley, es decir, los Servidores Públicos de Libre Designación y Remoción, en general quienes ocupen cargos ejecutivos, de dirección, representación, gerencia, asesoría, de confianza, apoderados generales, consultores y los Servidores Públicos de Carrera.

Las cláusulas de los contratos colectivos que fuesen contrarias a las disposiciones contenidas en esta Ley o en las limitaciones contenidas en el Mandato Constituyente No. 8 expedido el 30 de abril de 2008, serán declaradas nulas y no obligarán a la empresa.



Los representantes de las empresas públicas serán personal y pecuniariamente responsables por la aceptación, suscripción o ejecución de cláusulas de contratación colectiva pactadas al margen o en desacato de las disposiciones contenidas en la presente Ley. El Estado ejercerá las acciones de nulidad y repetición, de ser del caso, en contra de los representantes que dispusieron, autorizaron o suscribieron dichos contratos”.

Al atender su primera consulta se examinó que, la letra m) del artículo 2 del Mandato Constituyente No. 2 incluye a las empresas públicas en su ámbito de aplicación; y, el segundo inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, reformado por el artículo 64 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, regula las condiciones bajo las cuales aplica la indemnización por terminación de relación individual de trabajo, en los montos allí establecidos, excepto para el caso de despido intempestivo.

El monto límite para las indemnizaciones por terminación de relación laboral individual, que establece el segundo inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 es de “(...) hasta siete salarios 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”.

De las normas hasta aquí citadas se aprecia que, el beneficio por jubilación que establece el artículo 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público es aplicable al personal sujeto al ámbito de aplicación de esa Ley; y, tiene un monto distinto al que establece el segundo inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, reformado por el artículo 64 de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, que se aplica al personal del sector público sujeto al Código del Trabajo, como es el caso de los servidores de carrera y obreros de las empresas públicas, cuya relación laboral termine por cualquier causa, excepto para el caso de despido intempestivo.

Sobre idéntica base normativa, en pronunciamiento contenido en oficio No. 02471 de 27 de agosto de 2015, al atender la consulta formulada por la empresa a su cargo, con relación a la aplicación del beneficio por jubilación respecto del personal del sector público amparado por relación individual de trabajo, éste Organismo concluyó lo siguiente:

“(...) 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”.



Es decir que, el beneficio por jubilación es aplicable siempre y cuando el servidor de carrera u obrero no haya recibido antes otra compensación económica por igual concepto, observando las condiciones y límites determinados por el segundo inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, reformado por el artículo 64 de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Adicionalmente, para acogerse al beneficio por jubilación, el personal debe cumplir con los requisitos y presupuestos que establece la Ley de Seguridad Social y el Reglamento del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, expedido mediante Resolución del Consejo Superior del IESS No. 100 y sus reformas, según ha concluido este Organismo en pronunciamiento contenido en oficio No. 02471 de 27 de agosto de 2015.

Es pertinente observar que los servidores de carrera u obreros que hayan optado por el retiro voluntario para acogerse a la jubilación y recibieron su compensación económica por este concepto, se encuentran excluidos del pago del beneficio por retiro voluntario establecido en el artículo 23 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ya que no es procedente el pago de ambas compensaciones económicas.

Por lo expuesto, respecto de su segunda consulta se concluye que, el beneficio por jubilación del personal de las empresas públicas constituye un estímulo para que los servidores de carrera y obreros de esas entidades se acojan a la jubilación y terminen definitivamente su relación laboral individual, en el contexto de los planes anuales que al efecto implemente la respectiva empresa pública. Dicho beneficio se rige por la normativa que haya expedido el Directorio de la respectiva empresa pública, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y su monto debe observar los límites que establece el segundo inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2. En el caso de los obreros, de existir contrato colectivo, el trabajador se podrá acoger al beneficio por jubilación que más le favorezca, de acuerdo con el subnumeral 1.1.1.5 del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1701.

Los pronunciamientos de este Organismo se limitan a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y no constituyen orden de pago, siendo competencia del Directorio de cada empresa pública expedir las normas que regulen la gestión del talento humano de esas entidades y los beneficios por retiro voluntario y jubilación, que la respectiva empresa pública establezca para su personal. Es responsabilidad exclusiva de los funcionarios que forman parte de la administración de las empresas públicas, verificar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para la liquidación y pago en cada caso particular.

**CONAGOPARE: PLURIEMPLEO  
ENTIDAD ASOCIATIVA DE CARÁCTER NACIONAL**

**OF. PGE. N°:** 07269 de 02-08-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** CONSEJO NACIONAL DE GOBIERNOS PARROQUIALES DEL ECUADOR, CONAGOPARE

**CONSULTAS:**

1.- “Se nos inteligencie de manera clara y concreta, sobre el alcance de la figura de excepción a la prohibición de pluriempleo para los Vocales y Ejecutivos de los Gobiernos Parroquiales Rurales contenida tanto en la LOSEP como en el COOTAD, incluyendo el derecho a percibir las remuneraciones por tal excepción; o, determinar si existe alguna limitación en la ley”.

2.- “El CONAGOPARE, en su Instancia Nacional y sus Instancias Organizativas Territoriales Provinciales (Asociaciones Parroquiales) que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 313 del COOTAD, aprobaron su Estatuto unificado en sesión de los Presidentes Provinciales y fue publicado en el Registro Oficial; tienen obligación de someter su Estatuto, a la aprobación posterior de algún Ministerio o Secretaría de Estado, cual si fuera de derecho privado”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 211, 212 y 237 núm. 3.

Código Civil, Art. 566.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 313 y 329, y Disp. Trans. Vigésimo Primera.

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

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 19, 31 núms. 1 y 34, y 92.

Ley Orgánica del Servicio Público, Art. 12.

Ley Orgánica Reformatoria al COOTAD, R.O.S. N° 166 de 21-01-2014, Art. 20.

Ley Orgánica de Juntas Parroquiales, Arts. 17; y, 38 de su Reglamento General (derogados).

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

##### **PRIMERA CONSULTA**

En relación a su primera pregunta, en el oficio de consulta se manifiesta que: “(...) la Contraloría General del Estado, al efectuar sus tareas de control, ha formulado y continúa formulando observaciones y estableciendo glosas por supuesto cobro indebido de remuneraciones (pluriempleo) en contra de Vocales de los Gobiernos Parroquiales Rurales que pueden acceder al desempeño de otro cargo en el sector público ya sea en Ministerios, Gobernaciones, como Presidentes de las entidades públicas denominadas ‘CONAGOPARE Provincial’ según nuestro Estatuto (...)”.

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

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 vinculante, 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 normas legales precedentes, esta Procuraduría emitió la Resolución No. 017 de 29 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que en su artículo 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la citada disposición constitucional.

Por su parte, de conformidad a lo determinado en los artículos 211 y 212 de la Constitución de la República y los artículos 19 y 31 numerales 1 y 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, corresponde a esa institución efectuar el control de la utilización de los recursos estatales y la auditoría de las entidades del sector público a través de exámenes especiales, pudiendo establecer recomendaciones las

cuales, de conformidad con el artículo 92 de la citada Ley Orgánica, tienen el carácter de cumplimiento obligatorio para las instituciones auditadas.

De la lectura de los términos de su primera pregunta, se evidencia que la misma no está 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, razón por la cual y con fundamento en la norma jurídica citada me abstengo de atender su requerimiento.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, mediante oficios Nos. 02149 y 03772 de 8 de junio y 19 de septiembre de 2011, esta Procuraduría se ha pronunciado sobre la excepción a la prohibición de pluriempleo aplicable a los vocales de las Juntas Parroquiales Rurales, contenidas en los artículos 12 de la Ley Orgánica del Servicio Público y 329 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

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 informe jurídico de la entidad consultante, contenido en memorando No. DNAJ-2016-004 de 21 de junio de 2016 cita el artículo 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, reformado por el artículo 20 de la Ley Orgánica Reformatoria al COOTAD, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 enero de 2014, así como la Transitoria Vigésimo Primera de ese Código, que se refiere a las entidades asociativas de gobiernos autónomos descentralizados; adicionalmente, cita el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 09121 de 1 de agosto de 2012, emitido antes de la reforma introducida al artículo 313 del COOTAD, en el que con relación a las entidades asociativas de gobiernos parroquiales, que no tuvieran carácter nacional, se concluyó que al ser constituidas como Corporaciones no podían ser consideradas entidades públicas.

Con relación a la actual consulta, el informe jurídico del CONAGOPARE concluye:

“Las Asociaciones Provinciales de las Juntas Parroquiales Rurales, agremiadas en el Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador, ‘CONAGOPARE’, como entidades pertenecientes al sector público y, por mandato del art. 313 del COOTAD, al haber aprobado su estatuto y publicarlo en el Registro Oficial, el cual es unitario y rige tanto para la Instancia Nacional como para las Provinciales; para su libre funcionamiento, no están obligadas a someterlo a la aprobación de ningún Ministerio o Secretaría de Estado, pues la Ley les otorga plena autonomía y capacidad legal para resolver sobre su vida institucional”.

Por su parte, la abogada Paola Pabón, Secretaria Nacional de Gestión de la Política, en la comunicación a la que se hizo referencia en los antecedentes, a pedido de esta Procuraduría ha remitido el criterio institucional de esa entidad, contenido en memorando No. SNGP-CAJ-2016-0196-ME de 11 de julio de 2016, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de esa Secretaría de Estado. Dicho criterio institucional cita el artículo 313 reformado del Código Orgánico de Organización

Territorial, Autonomía y Descentralización y su Disposición Transitoria Vigésimo Primera; el artículo 566 del Código Civil, ubicado en el Título XXX que se refiere a las “Personas Jurídicas”, que en su segundo inciso excluye de su ámbito de aplicación a las entidades públicas, previendo que éstas se rigen por sus leyes especiales; y, el Estatuto del CONAGOPARE, publicado en el Registro Oficial Edición Especial No. 238 de 29 de diciembre de 2014. Sobre dicha base normativa concluye:

“El COOTAD expedido en el Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010, crea los entes asociativos nacionales de los diferentes niveles GAD’s; sin contemplar bajo la figura de derecho público a las asociaciones provinciales, considerándolas como de derecho privado.

La reforma del COOTAD, realizada el 21 de enero de 2014, cambia la naturaleza jurídica de las asociaciones provinciales y las encaja dentro del sector público; particular que obliga al CONAGOPARE en acatamiento a la Disposición Transitoria Vigésimo Primera, adecuar su Estatuto; estableciendo consecuentemente una Instancia Nacional e Instancias Organizativas Territoriales Desconcentradas Provinciales, con personería jurídica de derecho público (...).

Del análisis del ordenamiento jurídico mencionado me permito concluir que las Asociaciones Provinciales de las Juntas Parroquiales Rurales, agremiadas en el Consejo Nacional de Gobiernos Parroquiales Rurales del Ecuador, consideradas como entidades pertenecientes al sector público al haber aprobado su estatuto y publicarlo en el Registro Oficial; no están obligadas a someterlo a aprobación de ningún Ministerio o Secretaría de Estado para su funcionamiento; tanto en la instancia Nacional como para las Provinciales la norma les otorga plena autonomía y capacidad legal para sus actuaciones”.

Para atender su consulta es pertinente considerar como antecedente que, de acuerdo con el artículo 17 de la derogada Ley Orgánica de Juntas Parroquiales, las juntas parroquiales rurales podían asociarse y en tal caso, su Reglamento General preveía en el artículo 38 que debían solicitar por escrito al Ministerio de Gobierno el reconocimiento de su Estatuto Social; la norma reglamentaria citada, en su primer inciso disponía:

“Art. 38.- Procedimiento de aprobación del estatuto de las asociaciones parroquiales.- Las juntas parroquiales rurales que hubieren resuelto asociarse, solicitarán por escrito al Ministerio de Gobierno el reconocimiento de su Estatuto Social señalando el objeto, domicilio, forma de administración y liquidación de la sociedad”.

El artículo 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, estableció el procedimiento de aprobación de los estatutos de las entidades asociativas de carácter nacional de los distintos niveles de gobiernos autónomos descentralizados, derogando así el procedimiento de aprobación de los estatutos de las asociaciones parroquiales, hasta entonces previsto para el efecto en el artículo 38 del Reglamento a la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales.

Así, el tenor del primer inciso del artículo 313 del COOTAD, que se encuentra vigente desde su publicación en el Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010, señala:

“Art. 313.- Conformación.- Los gobiernos autónomos descentralizados, en cada nivel de gobierno, tendrán una entidad asociativa de carácter nacional, de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio. Para este fin, los gobiernos autónomos descentralizados respectivos aprobarán en dos debates de la asamblea general su propio estatuto, el cual será publicado en el Registro Oficial.

En el caso de los gobiernos parroquiales rurales los debates para la aprobación de sus estatutos se realizarán en la reunión de los presidentes de las asociaciones provinciales. En los estatutos de estas asociaciones nacionales podrán crearse instancias organizativas territoriales, de género, interculturales y otros fines específicos de acuerdo a sus responsabilidades”.

Por su parte, el inciso final del artículo 313 del Código Ibídem, incorporado a la norma citada en el párrafo precedente por el artículo 20 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 166 de 21 de enero de 2014, confiere expresamente carácter público a las instancias organizativas territoriales de las entidades asociativas nacionales de los GADs. El tenor de dicho inciso es el siguiente:

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

Finalmente, la Disposición Transitoria Vigésimo Primera del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la cual no ha sido modificada desde la entrada en vigencia del mencionado Código Orgánico, señala que las entidades asociativas de gobiernos autónomos descentralizados creadas al amparo de la legislación anterior, debían ajustar sus estatutos a ese Código.

Del análisis jurídico efectuado se desprende que, las entidades asociativas de carácter territorial que creen las entidades asociativas nacionales de los distintos niveles de Gobiernos Autónomos Descentralizados conforme al modelo de gestión previsto en los respectivos estatutos, integran el sector público a partir de la reforma introducida al artículo 313 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el tenor del inciso final del artículo 313 reformado del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la creación de las instancias organizativas territoriales de carácter público, se sujeta al Estatuto de la respectiva entidad asociativa nacional de cada nivel de Gobierno y por tanto no requiere aprobación posterior de ningún Ministerio o Secretaría de Estado.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante la aplicación a casos particulares del marco jurídico antes referido.

**CONCEJALES:  
ENTREGA DE INFORMACIÓN MUNICIPAL EN FORMA INDIVIDUAL**

**OF. PGE. N°:** 05241 de 23-03-2016

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

**CONSULTAS:**

“1) ¿Es procedente y legal que los señores concejales principales del GADM del cantón Palestina, soliciten documentos oficiales a la Alcaldía, de la Dirección Financiera, entre



ellos comprobantes de egresos, SPI, detalle de los pagos realizados desde el inicio de la administración hasta la presente fecha, amparados en las Normas de Control Interno de uso exclusivo de la Contraloría General del Estado, arrogándose atribuciones que son propias de ese Organismo de Control?;

2) ¿Es causal de remoción del Alcalde, la falta de entrega de la documentación de la Dirección Financiera a los Ediles, toda vez que los únicos facultados para la revisión y predeterminación de responsabilidades administrativas, civiles culposos y de presunción de responsabilidad penal, es la Contraloría General del Estado?;

3) ¿Es procedente y legal que los concejales del GADM de Palestina, para ejercer la facultad fiscalizadora que le otorga el Art. 58 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, puedan solicitar a la Alcaldía documentos financieros de gastos y egresos que son privativos de la Contraloría General del Estado, para el control en los exámenes especiales de auditoría interna y/o externa; y se me inteligencie que comprende la facultad fiscalizadora de los concejales cantonales, toda vez que el ámbito de gestión administrativa y Financiera, es de facultad exclusiva del Alcalde, quien responde por su acción u omisión ante los organismos de control?;

“4) ¿La facultad fiscalizadora de los Concejales, debe entenderse como una acción individual o debe ejercerse a través del concejo cantonal, adoptada en resolución, como lo prevé el literal m) del Art. 57 de acuerdo a las atribuciones que tiene el Concejo Municipal; y si adoptada la resolución, debe entregarse la documentación que solicitan, cuyo órgano fiscalizador es la Contraloría General del Estado?”.

5) ¿Es procedente que los señores concejales se amparen en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts.18 núm. 2; 226 y 237 núm. 3.  
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, Arts. 9, 29, 30, 53, 56, 57 letra m), 58 letra d), 88 letra d) y 328 letra a).  
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 letra e) y 13.  
Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Arts. 2 letra c), 6, 17, 22 y 23.  
Res. N° 017, R. O. N° 102 de 11-06-2007, Art. 2.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Me refiero a su oficio No. GADMP-LP-A-2016-007-OF de 5 de enero de 2016, ingresado el 7 de enero del presente año, por el que formula a la Procuraduría General del Estado varias consultas relacionadas con la facultad fiscalizadora que establece el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, respecto de los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

Con oficio No. 04248 de 13 de enero de 2016, este Organismo solicitó a la Municipalidad consultante, reformule los términos de la tercera pregunta con relación a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica y remita en texto independiente el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Procurador Síndico, conteniendo un análisis de las normas y la posición institucional adoptada con base a dicho análisis, lo que ha sido atendido con oficio No. GADMP-LP-A-2016-030-OF de 19 de enero de 2016, recibido el 22 de enero del presente año.



A fin de contar con mayores elementos de análisis, mediante oficio No. 04249 de 13 de enero de 2016 e insistencia contenida en el oficio No. 04482 de 29 de enero de 2016, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas referente al contenido de la cuarta consulta por usted formulada, lo cual fue atendido por dicha institución, mediante oficio No. 126-DE-2016 de 18 de febrero de 2016, e ingresado a este organismo el 24 del mismo mes y año.

Con los antecedentes expuestos, atiendo sus consultas en los siguientes términos:

### **PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA (reformulada) y QUINTA PREGUNTAS**

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

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

En aplicación de las normas legales precedentes, esta Procuraduría emitió la Resolución No. 017 de 29 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que en su artículo 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional

De la lectura de los términos de sus consultas primera, segunda, tercera reformulada y quinta, no aparece que estén dirigidas 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, motivo por el cual y con fundamento en la normativa jurídica citada me abstengo de pronunciarme sobre dichos particulares.

### **CUARTA CONSULTA**

El informe inicial del Procurador Síndico de la Municipalidad consultante, contenido en oficio No. GADMP-PS-FA-001-2016 de 4 de enero de 2016, cita entre otras normas el artículo 226 de la Constitución de la República que establece el principio de legalidad que rige en derecho público, y el artículo 58 letra d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que confiere a los concejales facultad para fiscalizar las acciones del ejecutivo cantonal; y, sobre dicha base manifiesta:

“4.- La facultad fiscalizadora que tienen los Concejales se la ejerce a través del Concejo Cantonal, o sea mediante resoluciones y no antes de resolver algún acto en el que ellos no tengan prohibición legal, como interferir en los asuntos administrativos que es una competencia privativa del Alcalde; (sic)

Como reitero, adoptada la resolución, podrá ejecutarse siempre que no interfiera con las competencias exclusivas que tiene el Alcalde, ya que el Órgano Fiscalizador del Alcalde y de los Concejales y Funcionarios de la Municipalidad es la Contraloría General del Estado, considerado Juez de cuentas de las entidades del Sector Público”.

El criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, remitido a pedido de este Organismo y que consta en los antecedentes, cita como normas para su análisis al numeral 2 del artículo 18 de la Constitución de la República, que establece el derecho de las personas a acceder libremente a la información, los artículos 29, 30, 53, 56, 57 letra m), 58 letra d), 88 letra d) y 328 letra a) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; así como a los artículos 2 letra c), 22 y 23 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que desarrollan el derecho de acceso a la información y sancionan su denegación ilegítima. Sobre dicha base normativa, concluye:

“Del contenido de las disposiciones legales invocadas, se puede colegir que los concejales considerados individualmente o como parte del concejo tienen la atribución de fiscalizar la gestión del alcalde o alcaldesa del gobierno autónomo descentralizado municipal, para cuyo efecto pueden acceder a la documentación que sustente las tareas cumplidas por el ejecutivo mediante pedido formulado al alcalde, quien dispone a los funcionarios de las unidades administrativas respectivas la entrega de los documentos, esto último basado en la prohibición establecida en el Art. 328, literal a) del COOTAD antes referido”.

Para atender su consulta es pertinente considerar previamente que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en su artículo 9 define a la facultad ejecutiva de los gobiernos autónomos descentralizados, en los siguientes términos:

“Art. 9.- Facultad ejecutiva.- 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”.

Del citado artículo se desprende que en el caso materia de su consulta, el Alcalde ejerce la potestad de manejo administrativo del Municipio, siendo responsable por esta labor ejercida en los términos establecidos en la ley.

La norma *Ibidem* en su artículo 29 prevé sobre las funciones de los gobiernos autónomos descentralizados, lo siguiente:

“Art. 29.- Funciones de los gobiernos autónomos descentralizados.-

El ejercicio de cada gobierno autónomo descentralizado se realizará a través de tres funciones integradas:

- a) De legislación, normatividad y fiscalización;
- b) De ejecución y administración; y,
- c) De participación ciudadana y control social”.

En forma concordante con la norma citada, el artículo 53 del referido Código Orgánico, establece la naturaleza y funciones de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, señalando:

“Art. 53.- Naturaleza jurídica.- Los gobiernos autónomos descentralizados municipales son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera. Estarán integrados por las funciones de participación ciudadana; legislación y fiscalización; y, ejecutiva previstas en este Código, para el ejercicio de las funciones y competencias que le corresponden.

La sede del gobierno autónomo descentralizado municipal será la cabecera cantonal prevista en la ley de creación del cantón”.

Por su parte, el artículo 56 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, confiere al concejo municipal el carácter de órgano de legislación y fiscalización del gobierno autónomo descentralizado municipal y establece la forma en que se integra; y los artículos 57 y 58 del mismo Código asignan las atribuciones que corresponden al concejo cantonal y a los concejales, respectivamente.

Siendo así, entre las atribuciones del concejo municipal establecidas por el artículo 57 de la norma *Ibidem*, se establece en su letra m) la fiscalización de la gestión del Alcalde, misma que prevé:

“Art. 57.- Atribuciones del concejo municipal.- Al concejo municipal le corresponde:  
(...)

m) Fiscalizar la gestión del alcalde o alcaldesa del gobierno autónomo descentralizado municipal, de acuerdo al presente Código”.

Por su parte, la letra d) del artículo 58 del mismo Código Orgánico, incluye como atribución de los concejales la de “d) Fiscalizar las acciones del ejecutivo cantonal de acuerdo con este Código y la ley”.

En consecuencia de lo antes señalado, se establece que en un gobierno autónomo descentralizado municipal, la función Ejecutiva se encuentra ejercida por el Alcalde y la función de Legislación y Fiscalización por el Concejo Municipal.

Por otra parte, en fallo publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 275 de 25 de junio de 2014, la Corte Constitucional al referirse a lo resuelto mediante sentencia dictada por los conjueces de la Sala Especializada de lo Laboral, la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, manifiesta que:

“(...) la facultad de fiscalización del Concejo Cantonal constituye un control político que se puede realizar al ejecutivo del Gobierno Autónomo Descentralizado, de igual manera la posibilidad de aplicar la sanción de remoción, por las causas que la ley establece, son controles políticos que se encuentran institucionalizados y regulado su procedimiento, porque cumplen con las características de dicho control, que le diferencia de un control jurídico; así, los agentes del control, en este caso el Concejo Cantonal es un órgano político, no un órgano jurisdiccional, por lo que se evidencia un control subjetivo y no neutral (...).”.

Cabe señalar que la fiscalización tiene su fundamento en el principio de división de funciones, propio del Estado de Derecho, que impone la sujeción al principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República, según el cual “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Del análisis de las normas invocadas y del contenido del fallo antes transcrito, se aprecia que la atribución para fiscalizar que asigna el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización a los Concejos Municipales, corresponde a un control de naturaleza interna, establecida como una “fiscalización administrativa” en tanto debe ser ejecutado por parte de los propios órganos de la persona jurídica

municipal; y, en tal contexto, la fiscalización debe entenderse referida a la revisión o examen que el Concejo Municipal está expresamente autorizado a efectuar respecto de las actividades ejecutadas por el Alcalde, entre ellas por ejemplo las relacionadas con el cumplimiento de la planificación del gobierno autónomo y su ejecución presupuestaria.

Por otra parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que cita el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, desarrolla el derecho de acceso a la información pública, que según la letra c) de ese artículo tiene por finalidad “c) Permitir la fiscalización de la administración pública (...)”. El artículo 5 de esa Ley define el concepto de información pública, como aquella que se encuentra en poder de las instituciones del Estado; y, los artículos 6 y 17 *Ibidem*, excluyen del principio de publicidad a la información que tuviere el carácter de confidencial por estar referida a derechos personalísimos, así como a la información calificada como reservada, respectivamente.

De las normas citadas se aprecia que, los concejales en forma individual o como parte del concejo pueden requerir información pública al Alcalde y que ese personero deberá disponer a los funcionarios de las respectivas unidades administrativas, la entrega de dicha información, con las excepciones referidas a aquella que de acuerdo con los artículos 6 y 17 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, tuviere el carácter de confidencial o reservada. La información recabada por los concejales y el concejo, podrá o no dar lugar al ejercicio de la facultad de fiscalización.

Es decir que tanto el Concejo en ejercicio de su atribución fiscalizadora y sus miembros individualmente, están facultados a acceder a toda la información generada en las distintas dependencias municipales, que les permita estar en condiciones de verificar la adecuación de las actuaciones del Alcalde a las normas que las rigen, entre ellas las que hubiere expedido el propio Concejo en ejercicio de su potestad normativa, para asegurar la buena marcha de la administración municipal.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con los artículos 56 y 57 letra m) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, corresponde al Concejo Municipal como órgano de fiscalización, la atribución de fiscalizar la gestión del Alcalde o ejecutivo cantonal. En consecuencia la competencia que asigna a los concejales la letra d) del artículo 58 del mismo Código, se debe entender que es ejercida como miembros integrantes del Concejo Municipal, por intermedio de dicho cuerpo colegiado y en la forma prescrita por ese cuerpo normativo. Lo dicho sin perjuicio de que, de acuerdo con los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, los concejales puedan acceder a la información municipal en forma individual, garantizando en todo momento la independencia de funciones y la no interferencia en los asuntos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

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

## **CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN: DEFENSORÍA DEL PUEBLO**

**OF. PGE. N°:** 05358 de 04-04-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

### **CONSULTA:**

“¿Debe la Superintendencia de Control del Poder de Mercado entregar información de las investigaciones que realiza al Defensor del Pueblo a pesar de existir norma expresa, en el artículo 47 de la LORCPM, que dispone que sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, función que mantendrá la confidencialidad de la información?”

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República, Arts. 66 núms. 19 y 21; 76 núm. 7; 82, 169, 204, 213; 215 núm. 4; 226 y 425.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Arts. 1, 4; 38 núm. 2; 47, 53, 56; y, 3 y 65 del Reglamento para su Aplicación.

Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Art. 21.

Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, Arts. 1 y 3.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

El informe del Coordinador General de Asesoría Jurídica de la entidad consultante, contenido en memorando No. SCPM-CGAJ-184-2016-M de 1 de marzo de 2016, cita como normas de sustento, los artículos 66 numeral 19 y 21, 76 numeral 7, 82, 169, 213, 215 numeral 4, 226 y 425 de la Constitución de la República, los artículos 1, 4, 38, 47, 53 y 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, los artículos 3 y 65 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social. Sobre dicha base normativa, manifiesta:

“(…) por mandato de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, no es legalmente factible que la Superintendencia entregue a la Defensoría del Pueblo los documentos que forman parte de los expedientes investigativos, al no ser parte procesal dentro del expediente de investigación, de conformidad con lo señalado en los artículos 56 de la LORCPM y 65 de su Reglamento de aplicación; y porque el artículo 47 de la LORCPM de manera expresa manda que sólo se informe sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico”.

Por su parte, el criterio institucional del Defensor del Pueblo contenido en la comunicación a la que se hizo referencia en los antecedentes, cita el numeral 4 del artículo 215 de la Constitución de la República que confiere a ese Organismo atribución para promover la vigilancia del debido proceso; y, los artículos 18 y 21 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo que le autorizan a requerir toda información, inclusive aquella que por ley deba mantenerse en reserva.



Expone el Defensor del Pueblo Subrogante que: “En el marco de las competencias de protección y tutela de derechos conferidas por la Constitución de la República a la Defensoría del Pueblo, corresponde a esta Institución Nacional de Derechos Humanos ejercer y promover la vigilancia del debido proceso (...)”.

Así mismo, en el citado oficio, referente a la vigilancia al debido proceso, se establece que: “(...) constituye un principio jurídico que implica el seguimiento y la supervisión del conjunto de actos y etapas realizados dentro de un proceso, sea administrativo o judicial, a fin de asegurar toda persona el derecho a ciertas garantías procesales mínimas, lo cual se logra mediante la sujeción y observancia por parte de las autoridades y las partes procesales al sistema de reglas vigentes en el ordenamiento jurídico (...)”.

Agrega respecto al artículo 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, sobre cuya aplicación trata la consulta: “No obstante esta disposición especial que impone una obligación de confidencialidad de los hechos que hagan parte de una investigación o proceso que realice la SCPM, en el caso que una parte requiera a la Defensoría del Pueblo realice la vigilancia del proceso, esta Institución debe realizarla pues la Constitución no ha excluido proceso alguno”; y, sobre la base del artículo 21 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, concluye:

*“(...) En relación a información reservada esta misma disposición señala, de manera general para todos los ámbitos de investigación defensorial, que si el Defensor considera necesario requerir información que debe mantenerse en reserva ‘tal información le será proporcionada por quien la posea, quedando el Defensor del Pueblo obligado a mantener la misma reserva. No podrá por consiguiente difundirla o hacerla pública sirviéndole solamente como elemento para ilustrar su criterio respecto de los hechos que investigan’.*

(...) La Superintendencia de Control del Poder de Mercado en efecto debe entregar la información solicitada por la Defensoría del Pueblo en virtud de su competencia constitucional referente a la vigilancia del debido proceso”.

Para atender la consulta es pertinente considerar que el artículo 226 de la Constitución de la República, establece el principio de legalidad que rige en derecho público y dispone: “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 acuerdo con el segundo inciso del artículo 204 de la Constitución de la República, tanto la Superintendencia de Control de Poder de Mercado como la Defensoría del Pueblo, son entidades que integran la Función de Transparencia y Control Social.

El artículo 215 de la Constitución de la República, establece las atribuciones de la Defensoría del Pueblo, sobre protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador, e incluye entre sus atribuciones, la siguiente: “4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso (...)”.

En forma concordante con las disposiciones legales citadas, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo desarrolla las atribuciones de ese Organismo y entre ellas, la letra b) del artículo 2 de esa Ley, le asigna la de “b) Defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la observancia de los derechos



fundamentales individuales o colectivos que la Constitución Política de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen”.

El artículo 21 de la misma Ley, que ha citado el criterio institucional de la Defensoría del Pueblo, establece lo siguiente:

“Art. 21.- Toda autoridad pública, así como los particulares relacionados con las investigaciones que tramite el Defensor del Pueblo, deben suministrar la información que les sea requerida, sin que proceda la invocación de reserva alguna.

Si para el esclarecimiento de un hecho, el Defensor del Pueblo considera necesario requerir información que por la Ley debe mantenerse en reserva, tal información le será proporcionada por quien la posea, quedando el Defensor del Pueblo obligado a mantener la misma reserva. No podrá por consiguiente difundirla o hacerla pública sirviéndole solamente como elemento para ilustrar su criterio respecto de los hechos que investigan.

La información que el Defensor del Pueblo requiera le será suministrada por el funcionario respectivo en un plazo máximo de ocho días y solo podrá extenderse si se justifica ante el Defensor fehacientemente la necesidad de un plazo mayor.

Se entenderá como desacato por parte de las personas y funcionarios obligados, a colaborar con el Defensor, según este artículo, cuando no lo hicieren en forma oportuna u obstaculizaren las investigaciones o el acceso a la información”.

La norma citada confiere a la Defensoría del Pueblo atribución para requerir a toda autoridad pública la información que requiera, inclusive aquella respecto de la cual exista reserva, evento en el que de acuerdo con el tenor del segundo inciso de esa norma, la reserva sobre la información se traslada al Defensor del Pueblo y, en consecuencia, al personal de dicha institución.

Por otra parte, las atribuciones y competencias de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, no constan en la Constitución sino que están establecidas por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuyo artículo 1 dispone que el objetivo de esa ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado.

El numeral 2 del artículo 38 del mismo cuerpo normativo, confiere a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado atribución para “2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley”, previendo el último inciso del mismo artículo que: “Para el ejercicio de sus atribuciones, la Superintendencia actuará de oficio o a petición de parte y podrá requerir la documentación e información que estime pertinente en cualquier etapa procesal”.

Los procedimientos administrativos que sustancia la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, están sujetos al principio del debido proceso y a las garantías que al efecto establece el artículo 76 de la Constitución de la República, cuyo numeral 1 dispone:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.

De las normas hasta aquí citadas se aprecia que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, tiene atribución para iniciar procedimientos administrativos de naturaleza sancionatoria, que según la ley que los rige, tienen por propósito prevenir, corregir y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado, de ser el caso.

En tal contexto, el artículo 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, sobre cuya aplicación trata la consulta, dispone:

“Art. 47.- Deber de secreto y reserva.- Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión, están obligados a guardar confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo.

La obligación de confidencialidad y secreto se extiende a toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia.

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, que pudieren corresponder a los infractores del deber de sigilo, confidencialidad o secreto, la violación de este deber se considerará como causal de destitución. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información”.

El artículo antes referido, establece que todos los hechos que consten en los procedimientos administrativos que se sustancian por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, en las materias regladas por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, son considerados como documentos que deben ser resguardados bajo normas de confidencialidad, reserva y secreto por parte de todos quienes lleguen a tener conocimiento de los mismos, sean estos o no servidores de dicha institución.

Por su parte, el penúltimo inciso del artículo 56 *Ibidem* establece el carácter de reservado que tienen los procesos investigativos que realiza la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, en los siguientes términos: “El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas.”

De igual forma, el artículo 65 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, referente al acceso a la información del expediente, establece lo siguiente:

“Art. 65.- Acceso a información del expediente.- Durante la tramitación del procedimiento en la etapa de investigación, las partes podrán acceder al expediente y obtener copias individualizadas de todos los documentos que lo integren, a excepción de los secretos comerciales de otros interesados o terceros, así como de cualquier otra información confidencial”.

Es decir, de las normas previamente citadas, se establece que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, le confiere el carácter de reservada tanto a la fase previa como a la de investigación, además señalando su reglamento de aplicación, la prohibición que tienen las partes de acceder a la información concerniente a secretos comerciales de otros interesados o terceros, como a cualquier otro tipo de información de carácter confidencial.

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 1 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, toda información que emane o esté en poder de las instituciones públicas tiene el carácter de información pública sujeta al principio de publicidad, del que se excluye a aquella información calificada como confidencial o reservada, definidas por los artículos 6 primer inciso y 17 letra b) de la misma Ley, que en su orden disponen:

“Art. 6.- Información Confidencial.- Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República”.

“Art. 17.- De la Información Reservada.- No procede el derecho a acceder a la información pública, exclusivamente en los siguientes casos:

(...) b) Las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes”.

En aplicación de la letra b) del artículo 17 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cabe concluir que la información que consta en los expedientes a cargo de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, tiene el carácter de información reservada, en virtud de que es dicha ley la que le confiere ese carácter.

La reserva que el artículo 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece respecto de la información que conste en los expedientes que sustancia la Superintendencia, constituye un deber de los servidores de esa entidad, pero según el tenor del segundo inciso de esa misma norma, se extiende también a toda persona que llegare a conocer de la información contenida en los expedientes que la Superintendencia sustancie. El incumplimiento de ese deber, de conformidad a dicho artículo, acarrea responsabilidades administrativas, civiles y penales.

Adicionalmente se observa que, la reserva y secreto sobre la información que obra en los expedientes a cargo de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 47 de la Ley Ibídem, se extiende tanto a los servidores de esa entidad como a terceros que llegaren a conocer dicha información.

Por otra parte, en lo referente a la atribución de la Defensoría del Pueblo, de requerir a toda autoridad la información que necesite para sustanciar los procedimientos a su cargo, prevista por el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, tanto como el deber de guardar reserva sobre la información que conste en sus procedimientos, que impone a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado el artículo 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, son disposiciones de igual rango, por lo que es necesario examinar si entre aquellas existe antinomia jurídica.

Para este efecto, en el pronunciamiento contenido en oficio No. 08747 de 11 de julio de 2012, en el que se analizaron varios principios para la resolución de antinomias, cité al tratadista Carlos Santiago Nino, quien sobre la materia expresa lo siguiente:

“Hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles.

(...) Hemos dicho que uno de los requisitos de la contradicción normativa es que ambas normas se refieran a las mismas circunstancias fácticas. Esto puede ocurrir bien porque la descripción del caso que hace una norma es equivalente a la descripción que hace otra, bien porque una de las descripciones implica lógicamente a la otra, o bien porque, a pesar de ser ambas descripciones independientes, hay casos que, contingentemente caen en ambas descripciones...”.

En el caso que motiva la consulta se observa que no existe antinomia pues, como quedó expuesto en los antecedentes, el segundo inciso del artículo 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, expresamente extiende la obligación de guardar reserva sobre los hechos que consten en los expedientes que sustancia la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tanto a los servidores de ese Organismo, como a “(...) toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente ley y en las leyes y reglamentos de la materia”, expresión que incluye al Defensor del Pueblo y a todos los funcionarios de esa Entidad, que lleguen a conocer dicha información por haber sido requerida de acuerdo con el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Defensoría, quedando obligados a mantener la misma reserva.

Es decir que los procedimientos administrativos que en el ámbito de su competencia, corresponde sustanciar a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado según la Ley de la materia, al estar sujetos a la garantía del debido proceso, pueden ser objeto de requerimientos de la Defensoría del Pueblo, relacionados con la vigilancia de este, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 215 de la Constitución de la República, y los artículos 2 la letra b) y 21 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo a las atribuciones constitucionales y legales del Defensor del Pueblo, éste puede requerir la información necesaria para verificar el cumplimiento del debido proceso, en los expedientes administrativos sancionatorios que realiza la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, sin perjuicio que de conformidad con el segundo inciso del artículo 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la reserva de la información contenida en los referidos expedientes, se traslada al Defensor del Pueblo y a los funcionarios de ese Organismo que conozcan dicha información, según el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, por lo tanto no pueden difundirla ni hacerla pública.

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

## **CONTRIBUCIÓN DE ÁREAS VERDES: SUBDIVISIÓN Y NO ENTREGA A FAVOR DE MUNICIPIO**

**OF. PGE. N°:** 05000 de 04-03-2016

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

### **CONSULTA:**

“¿Al amparo del Art. 424 y 470 del Código Orgánico de Organización Territorial y Autonomía y Descentralización (sic): es procedente realizar una Sub-división y no entregar Área Verde a favor de la Municipalidad?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 226.  
Código Orgánico de Organización Territorial y Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 54 letra c), 55, 57 letra x), 382, 424, 470 y 471.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

Con oficio No. 03869 de 10 de diciembre de 2015, este Organismo manifestó que el criterio jurídico contenido en memorando No. AJ-15-701 de 6 de octubre de 2015, adjunto al oficio de consulta, estaba referido a un caso específico y no contenía la posición institucional respecto a la inteligencia de norma en forma general, por lo que se le solicitó aclarar el alcance de los términos de la consulta, a fin de determinar si ésta se refiere a un primer fraccionamiento o si se trata de un nuevo fraccionamiento en un predio que ya fue objeto de división y remitir a este Organismo, en texto independiente, el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Procurador Síndico de la Municipalidad, respecto de la consulta aclarada, conteniendo un análisis jurídico de las normas y la posición institucional adoptada con base en dicho análisis.

A fin de contar con mayores elementos de análisis sobre el tema materia de consulta, con oficio No. 03870 de 10 de diciembre de 2015, esta Entidad requirió el criterio institucional del Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas y con oficio No. 04101 de 30 de diciembre de 2015, se insistió en dicho requerimiento, sin que haya sido atendido hasta la presente fecha.

Mediante oficio No. 04102 de 30 de diciembre de 2015, la Procuraduría General del Estado, insistió a la Municipalidad consultante, en el pedido de aclaración de su consulta.

Con oficio No. AJ-15-73 de 29 de diciembre de 2015, ingresado el 31 de diciembre de 2015, esa Municipalidad reformula la consulta; y, en oficio No. AJ-16-001 de 5 de enero de 2016 ingresado el 7 de enero del presente año, se contesta la insistencia a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior.

La consulta reformulada en oficio No. AJ-15-73 de 29 de diciembre de 2015, ha sido planteada en los siguientes términos:

“¿Cuándo se solicita un fraccionamiento de un lote resultante de una división anterior, en la cual se realizó la entrega por concepto de área verde; es obligatorio volver a solicitar nuevamente que se entregue área verde a favor de la municipalidad a sabiendas que los propietarios del inmueble son las mismas personas?”.

El criterio jurídico institucional, que se ha remitido inserto en el oficio No. AJ-15-73 de 29 de diciembre de 2015, manifiesta:

“En base al Art. 424 del COOTAD mismo que determina en su parte pertinente que ‘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.’ (...) y conforme a los principios Administrativos tipificados en el Art. 382 del COOTAD que indican en su parte pertinente ‘Los procedimientos administrativos que se ejecuten en los gobiernos autónomos descentralizados observarán los principios de legalidad, celeridad, cooperación, eficiencia, eficacia, transparencia, participación, libre acceso al expediente, informalidad, intermediación, buena fe y confianza legítima’ (...); Con los preceptos indicados y fundamentándome en las normas contenidas en Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, este departamento concluye que en un nuevo fraccionamiento o división de un lote de terreno que anteriormente ya fue dividido y en el cual ya se dejó el aporte pertinente de área verde a favor de la municipalidad; no es legal que el GAD Municipal de Santiago de Píllaro solicite un nuevo aporte de área verde, siempre y cuando el titular del bien inmueble sea el mismo; esto conforme a lo tipificado en el Art. 424 del COOTAD y en base al principio de legalidad consagrado en Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador”.

De los antecedentes previamente descritos se desprende que la consulta tiene por finalidad determinar si los artículos 424 y 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que regulan los fraccionamientos o subdivisiones de lotes y prevén la entrega de un porcentaje de área verde en beneficio de la municipalidad, es aplicable a un nuevo fraccionamiento de uno de los predios resultantes de la primera subdivisión; cabe señalar que estas normas fueron sustituidas y reformadas respectivamente por la Ley Orgánica Reformatoria a ese Código, y según su tenor actual, disponen lo siguiente:

“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”. (Lo resaltado me corresponde).

“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”.

El artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, antes y después de la reforma introducida en enero de 2014, establece y regula la contribución de áreas verdes y comunales resultante de fraccionamientos o divisiones de lotes. El citado artículo inicialmente establecía que dicha contribución sería de entre el diez y el veinte por ciento del área útil del terreno fraccionado (10 al 20%); mientras que luego de la reforma, dicha contribución puede ser del quince al veinte y cinco por ciento del área útil del terreno (15 al 25%), en función del criterio técnico de la respectiva municipalidad.

De los antecedentes normativos expuestos se desprende que, el texto inicial del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no preveía que la contribución por áreas verdes se debía efectuar cada vez que se realizare una subdivisión del mismo terreno; y luego de la reforma legal introducida en enero de 2014, según el tenor literal del primer inciso del artículo 424 del COOTAD, en actual vigencia, expresamente prevé que la contribución por áreas verdes “se entregará por una sola vez”.

Por su parte, el artículo 470 del citado Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, define los términos “fraccionamiento o subdivisión urbana” y “reestructuración”; y establece que el fraccionamiento o subdivisión urbana tiene por finalidad dividir un terreno de dos a diez lotes, con frente o acceso a alguna vía pública existente o en proyecto, mientras que la reestructuración tiene por propósito la regularización de la configuración de los lotes, con el fin de distribuir equitativamente las cargas y beneficios de la ordenación urbana entre sus propietarios .

De acuerdo con la letra c) del artículo 54 del referido Código Orgánico, es atribución de las municipalidades “c) Establecer el régimen del uso del suelo y urbanístico, para lo cual determinará las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o

cualquier otra forma de fraccionamiento de conformidad con la planificación cantonal, asegurando porcentajes para zonas verdes y áreas comunales”.

Concordante, la letra x) del artículo 57 del mismo Código confiere al Concejo Municipal atribución para: “x) Regular y controlar, mediante la normativa cantonal correspondiente, el uso del suelo en el territorio del cantón, de conformidad con las leyes sobre la materia, y establecer el régimen urbanístico de la tierra”.

Es decir, que en ejercicio de su competencia en materia de regulación del uso y ocupación del suelo, corresponde a las municipalidades normar mediante Ordenanza los mecanismos que permitan determinar en forma técnica las condiciones en que se deban efectuar todo tipo de fraccionamientos, asegurando la contribución para áreas verdes y comunales prescrita por el artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Con posterioridad a la reforma introducida al artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, en pronunciamiento contenido en oficio No. 20362 de 16 de enero de 2015, expuse y concluí:

“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 de 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.

(...) 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”.

De la cita anterior se evidencia que los artículos 424 y 470 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, inteligenciados en forma armónica, regulan aquellos fraccionamientos para fines urbanos o para urbanización, que den como resultados lotes susceptibles de transferencia de dominio los que están sujetos a la obligación de entregar por una sola vez la contribución para áreas verdes y comunales, prescrita en el artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Es pertinente agregar que la contribución establecida en el artículo 424 del Código Ibídem afecta a cualquier subdivisión, ya se trate de proyectos de lotización, urbanización o proyectos bajo el régimen de propiedad horizontal, de conformidad con las previsiones establecidas en el artículo 470 del citado Código.

En consecuencia, dentro de un proyecto de lotización o urbanización a desarrollarse de acuerdo a los lineamientos establecidos en los planes de ordenamiento territorial y los planes de uso y ocupación del suelo de cada municipalidad, y en los que no se ha realizado anteriormente la contribución de áreas verdes y comunales, previa a su autorización y aprobación le corresponde a la municipalidad determinar los porcentajes

y requisitos de orden técnico correspondientes, para que el administrado cumpla con la reserva y entrega del porcentaje correspondiente a esta contribución.

Finalmente, es necesario considerar que de acuerdo con la letra i) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, compete a las municipalidades “i) Elaborar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales”, lo que impone a esas entidades la obligación de mantener y actualizar las modificaciones que sufran los inmuebles del cantón, incluidas las que se produzcan por concepto de contribución de áreas verdes y comunales a favor del gobierno autónomo descentralizado cantonal.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que de acuerdo al tenor literal del primer inciso del artículo 424 reformado del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, cuando en la subdivisión o urbanización primigenia de un lote de terreno, ya se hubiere satisfecho la contribución de áreas verdes y comunales a favor de la municipalidad, ésta no tiene atribución legal para exigir que en una posterior subdivisión del o los lotes resultantes de la primera, se realice una nueva entrega de áreas verdes y comunales, puesto que aquello contrariaría la expresa disposición del artículo 424 contenida en ese cuerpo legal. Por lo tanto, es responsabilidad de las municipalidades verificar el cumplimiento de la contribución de áreas verdes, al tiempo en que se autorice la primera división del inmueble, así como de su distribución equitativa en los lotes resultantes de los fraccionamientos posteriores.

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.

### **CUERPOS DE BOMBEROS: ASIGNACIONES CONSEJOS PROVINCIALES Y CONCEJOS MUNICIPALES**

**OF. PGE. N°:** 07788 de 21-09-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** PREFECTURA DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO PROVINCIAL DE COTOPAXI

#### **CONSULTA:**

“¿En este marco los cuerpos de bomberos al ser adscritos a los GAD municipales y gozar de autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa, se entendería que el Art. 39 de la Ley de Defensa Contra Incendios se deroga en forma expresa y no continuarían percibiendo las asignaciones previstas en la indicada norma legal?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 264 núm. 13.  
Código Civil, Art. 37, 38 y 39.  
Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, Arts. 55 lit. m), 113, 119 lit. o), 121 y 140.  
Ley de Defensa Contra Incendios, Arts. 39; y, 45 y 55 lit. m) de su Reglamento.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender su consulta, mediante

oficio No. 07338 de 5 de agosto de 2016 e insistencia constante en el oficio No. 07530 de 24 de agosto de 2016, este organismo solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, sin que se haya atendido dicho requerimiento hasta la presente fecha.

Igualmente, mediante oficio No. 07337 de 5 de agosto de 2016 e insistencia contenida en el oficio No. 07531 de 24 del mismo mes y año, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, solicitud que fue atendida mediante oficio No. DE-2016-0088-Of de 22 de agosto de 2016, ingresado en esta Procuraduría el 24 de agosto del presente año.

Al oficio No. DE-2016-0088-Of de 22 de agosto de 2016, el Presidente del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, adjunta el Memorando No. CONGOPE-DAJ-2016-0339-M de 11 de agosto de 2016, que contiene el criterio jurídico del Director de Asesoría Jurídica del Consorcio de Gobiernos Autónomos Provinciales del Ecuador, en el que cita los artículos 226 de la Constitución de la República, 39 de la Ley de Defensa Contra Incendios, 45 del Reglamento a la Ley de Defensa Contra Incendios, 55 letra m), 113, 119 y 140 del COOTAD, para concluir con el siguiente criterio institucional:

#### “ANALISIS

Las asignaciones indispensables para ayudar al desarrollo de los cuerpos de bomberos, así como donaciones que se consideraren necesarias por parte de los Gobiernos Provinciales de acuerdo a lo resuelto por sus respectivos órganos legislativos, se encuentran dentro de una normativa vigente con rango legal como lo es la LEY DE DEFENSA CONTRA INCENDIOS, motivo por el cual dicha disposición es aplicable de acuerdo a la autonomía administrativa de cada Gobierno Provincial.

Los cuerpos de bomberos son autónomos y adscritos a los gobiernos municipales tal como consta en el artículo 140 del COOTAD, ratificándose con ello que estos pueden ser beneficiados de las disposiciones legales correspondientes.

Sobre lo expuesto, si bien el COOTAD en su artículo pertinente establece que el nivel competente para gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios es el gobierno municipal, la misma normativa en el artículo 140 determina que, las acciones de prevención, reacción, mitigación, reconstrucción y transferencia, para enfrentar todas las amenazas de origen natural o antrópico, se gestionarán de manera concurrente y de forma articulada por todos los niveles de gobierno de acuerdo con las políticas y los planes emitidos por el organismo nacional responsable, debiéndose así contar con los aportes vinculantes del órgano que corresponda en cada nivel.

#### CRITERIO

De acuerdo a lo expuesto, la autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa de los cuerpos de bomberos al ser estos considerados como órganos adscritos al nivel de gobierno municipal tal como lo prevé el COOTAD no involucra derogación alguna a la disposición del artículo 39 de la Ley de Defensa Contra Incendio”.

Por otra parte, el informe de la Procuradora Sindica de la entidad consultante, contenido en el Oficio No. GADPC-PS-2016-203 de 26 de julio de 2016, cita el artículo 39 de la Ley de Defensa Contra Incendios, que prevé que los consejos provinciales y los consejos municipales fijarán en sus presupuestos anuales las asignaciones indispensables para ayudar al desarrollo de los cuerpos de bomberos de sus respectivas

jurisdicciones, en concordancia con el artículo 45 del Reglamento a la citada Ley; y el artículo 140 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que en su inciso final dispone que los cuerpos de bomberos del país, serán considerados como entidades adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, quienes funcionarán con autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa.

Así también, expone a manera de análisis que: “A partir de la vigencia del COOTAD a los cuerpos de bomberos del país se les consideró entidades adscritas a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, quienes pasaron a depender de una estructura institucional con autonomía administrativa y financiera, presupuestaria y operativa, sin embargo por no haber sido derogada la Ley de Defensa Contra Incendios, éstas entidades tendrían derecho a las asignaciones previstas en el Art. 39 de la Ley ibídem, considerándole como Ley especial a la que en esa materia se refiere el inciso tercero del Art. 140 del COOTAD”.

Con fundamento en las normas citadas, la Procuradora Sindica del Consejo Provincial de Cotopaxi concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En tal razón sugiero que la asignación prevista en el Art. 39 de la Ley De Defensa Contra Incendios, el Consejo Provincial se debería (sic) continuar entregando a los referidos cuerpos de bomberos de nuestra jurisdicción, previo la expedición de la ordenanza pertinente que regule el valor o porcentaje a entregarse, aprobada por el órgano legislativo del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Cotopaxi”.

El artículo 226 de la Constitución de la República, en su parte final, impone a todas las instituciones del Estado, la obligación de “(...) coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Entre las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, el numeral 13 del artículo 264 de la referida Constitución señala:

“Art. 264.- Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley:  
(...)

13. Gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios”.

De la cita antes referida se puede observar que la Constitución de la República, asigna a los gobiernos autónomos descentralizados municipales la competencia exclusiva para gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, situación que es recogida en los mismos términos en la letra m) del artículo 55 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización - COOTAD.

Así mismo, el artículo 140 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, en su inciso final establece los lineamientos generales para el ejercicio de la competencia de gestión de riesgos por parte de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, en los siguientes términos:

“Art. 140.- Ejercicio de la competencia de gestión de riesgos.- (...)

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”.

De la disposición citada, se aprecia que la misma concuerda con lo dispuesto en el artículo 264 de la Constitución de la República y la letra m) del artículo 55 del Código Ibídem, respecto a la asignación de la competencia de gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios a los municipios; y además establece que los cuerpos de bomberos del país funcionarán como entidades adscritas a las respectivas entidades edilicias, manteniendo una autonomía administrativa y financiera, considerando las disposiciones que se encuentren establecidas en la ley especial y la normativa vigente a la cual están sometidos.

Con relación a la ley especial a la que hace remisión expresa el artículo 140 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y que rige la materia de defensa contra incendios, mediante pronunciamiento contenido en el oficio No. 03806 de 20 de septiembre de 2011, este Organismo manifestó en su parte pertinente que:

“La Ley de Defensa contra Incendios no ha sido derogada en forma expresa, sin embargo, la competencia en esa materia ya no corresponde únicamente al gobierno central, a través del Ministerio de Bienestar Social (hoy Inclusión Económica y Social), en virtud de que se ha asignado a las Municipalidades, por el numeral 13 del artículo 264 de la Constitución de la República y la letra m) del artículo 55 del vigente COOTAD, dejando vigente en la Ley de Defensa Contra Incendios, las demás normas que rigen esa materia.

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que la Ley de Defensa contra Incendios, es la ley especial a la que en esa materia se remite el inciso tercero del artículo 140 del COOTAD”.

Por su parte, el artículo 39 de la Ley de Defensa contra Incendios, sobre la asignación presupuestaria que realizan los consejos provinciales y municipales en favor de los cuerpos de bomberos, referidos en su consulta, prescribe:

“Art. 39.- Los consejos provinciales y los concejos municipales fijarán en sus presupuestos anuales las asignaciones indispensables para ayudar al desarrollo de los cuerpos de bomberos de sus respectivas jurisdicciones, y podrán donar a los cuerpos de bomberos, inmuebles adecuados para cuarteles y otras dependencias”.

Y, el artículo 45 del Reglamento General para la Aplicación de la Ley de Defensa Contra Incendios, en forma concordante con lo dispuesto en el artículo citado en el párrafo precedente dispone:

“Art. 45.- Las asignaciones económicas y donaciones otorgadas por los Consejos Provinciales o Concejos Municipales en favor de los Cuerpos de Bomberos, deberán ser ingresadas o inventariadas, según el caso, por los Tesoreros o Guardalmacenes de los mismos Cuerpos de Bomberos”.

De las normas jurídicas citadas tanto de la Ley de Defensa contra Incendios, así como del Reglamento General para su aplicación, se establece que los consejos provinciales y concejos municipales (actuales gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales respectivamente) deben fijar anualmente una asignación presupuestaria para la gestión de los cuerpos de bomberos de su jurisdicción, pudiendo además donar



bienes inmuebles para el uso de los mismos; mientras que, corresponde a los tesoreros o guardalmacenes de los Cuerpos de Bomberos el ingreso o inventario según corresponda, de las asignaciones o donaciones referidas.

Adicionalmente, el Consejo Nacional de Competencias, en uso de sus facultades legales constantes en los artículos 119 letra o) y 121 del COOTAD, emitió la Resolución No. 0010-CNC-2014 de 12 de diciembre de 2014, la cual en su artículo 15 respecto a los recursos a destinarse para el ejercicio de la competencia para la gestión de los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, prescribe:

“Art. 15.- Los recursos para el ejercicio de la competencia para gestión de servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios, son aquellos previstos en la ley y en las ordenanzas que se expidan de conformidad con ella.

Los gobiernos autónomos descentralizados metropolitanos y municipales fijarán las tasas y contribuciones especiales de mejoras necesarias para el ejercicio de la competencia.

En caso de existir proyectos de interés conjunto, de mutuo acuerdo, el gobierno central y los gobiernos autónomos descentralizados podrán coordinar acciones para contribuir al financiamiento de bienes y servicios relacionados con esta competencia”.

De la lectura de su oficio de consulta se observa que su pregunta está encaminada a establecer si el artículo 39 de la Ley de Defensa Contra Incendios, que impone a los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales fijar de su presupuesto asignaciones económicas a favor de los cuerpos de bomberos, ha sido derogado.

Al respecto es procedente indicar que de acuerdo con las reglas constantes en el Código Civil, según su artículo 37 la derogatoria de una ley puede ser expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua o tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior y además, de acuerdo al artículo 38 *Ibidem*, esta derogatoria deja vigentes en las leyes anteriores aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna en las disposiciones de la nueva ley.

Y por otra parte, el artículo 39 del Código Civil determina cuando opera la derogación de una ley especial, en los siguientes términos:

“Art. 39.- La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa”.

Según el mandato contenido en el artículo citado en el párrafo precedente, una ley especial anterior no puede ser derogado de forma tácita por una ley general posterior, en dicho caso solo cabe una derogación expresa.

De la revisión de las disposiciones Reformatorias y Derogatorias contenidas en el COOTAD, así como del análisis de las normas jurídicas citadas y del pronunciamiento emitido por este Organismo, se evidencia que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, no ha derogado en forma expresa a la Ley de Defensa contra Incendios, como tampoco existe reforma alguna; y, que además en materia de defensa contra incendios, el artículo 140 del citado Código se remite a esa ley especial.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, se concluye que el artículo 39 de la Ley de Defensa Contra Incendios, no ha sido derogado en forma expresa por

ninguna norma de igual o mayor jerarquía y por consiguiente, la disposición legal contenida en dicha norma, que establece la obligación de los consejos provinciales y concejos municipales (actualmente gobiernos autónomos descentralizados provinciales y municipales), de fijar en sus presupuestos las asignaciones correspondientes para ayudar al desarrollo de los cuerpos de bomberos de sus respectivas jurisdicciones, está en vigencia y debe ser observada por esas entidades.

### **DÉCIMA TERCERA REMUNERACIÓN: SERVIDORES DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS**

**OF. PGE. N°:** 07663 de 05-09-2016

**ENTIDADES PÚBLICAS:** EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE MOVILIDAD Y OBRAS PÚBLICAS, EPMMOP

#### **CONSULTA:**

“¿Cuál definición de remuneración debe ser observada por la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas para establecer el monto correspondiente a la décima tercera remuneración de sus servidores, la prevista en el artículo 95 del Código del Trabajo, en el cual se define como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, o en su defecto lo señalado en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, en el cual se excluyen de la remuneración los encargos y subrogaciones?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 233, 315 y 425.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 1, 17, 21, 30 núm. 2 lit. c) y 33.

Código del Trabajo, Arts. 95 y 111.

Reglamento Interno de Administración de Talento Humano de la EPMMOP, Arts. 125 y 127.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 06958 de 11 de julio de 2016, este Organismo requirió el criterio institucional del Ministerio del Trabajo; y, con oficio No. 07191 de 27 de julio de 2016 se insistió en dicho requerimiento, que ha sido atendido mediante oficio No. MDT-DJTE-2016-0413-0F de 11 de agosto de 2016, ingresado el 19 del mismo mes y año, suscrito por el abogado José Gálvez, Viceministro de Trabajo y Empleo.

El informe de la Gerente Jurídica de la entidad consultante, contenido en oficio No. 1829 GJ-EJ de 28 de junio de 2016, cita los artículos 233 y 425 de la Constitución de la República que establecen, en su orden, el principio de responsabilidad de los servidores públicos y el orden jerárquico de aplicación de las normas, la letra c) del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas que excluye del concepto de remuneración a los valores por subrogaciones y encargos; y, los artículos 95 y 111 del Código del Trabajo que se refieren al sueldo y la décima tercera remuneración. Finalmente invoca los artículos 125 y 127 del Reglamento Interno de Administración de Talento Humano de la empresa pública consultante. Sobre dicha base, el referido informe concluye:

“Esta Asesoría Jurídica, luego del análisis respectivo, y teniendo como fundamento las normas antes citadas, se pronuncia en el sentido de que la forma correcta de realizar el cálculo para pago de la décima tercera remuneración se encuentra claramente determinada en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es decir sin considerar los encargos y subrogaciones (...).”

Por su parte, el Viceministro de Trabajo y Empleo, en la comunicación que se citó en los antecedentes, invoca el artículo 315 de la Constitución de la República que se refiere a las empresas públicas; el artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que señala que esa ley rige la constitución, organización y funcionamiento de esas entidades; el numeral 2 del artículo 30 *Ibidem*, materia de consulta; así como el artículo 33 de la misma ley, según el cual en todo lo no previsto por ella y siempre que no contraríe los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código del Trabajo.

Sobre dicha base normativa, con respecto a la aplicación del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, concluye:

“Conforme el artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas esta ley regula entre otras la organización y funcionamiento de la las (sic) empresas públicas, la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas (EPMMOP) al ser una Empresa Pública se encuentra bajo el régimen de la LOEP siendo el Código de Trabajo una ley supletoria a aplicarse únicamente en los casos no previstos por la LOEP, conforme lo dispone en artículo 33 del mencionado cuerpo legal; así por encontrarse categóricamente establecido en el artículo 30 numeral 2 los valores que se excluyen de formar parte de la remuneración deberá estarse a lo dispuesto a lo establecido en el mencionado artículo sin que esto signifique la exoneración en el pago de dichos rubros”.

Del texto de su consulta se desprende que existe una duda sobre si los pagos realizados por encargos y subrogaciones al personal que presta sus servicios en la empresa pública bajo su cargo, deben ser considerados dentro de la base de cálculo para el pago de la décima tercera remuneración.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece el ámbito de aplicación de ese cuerpo normativo en los siguientes términos:

“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 relacionado a la administración del talento humano de las empresas públicas, los incisos primero y segundo del artículo 17 de la Ley *Ibidem*, establecen lo siguiente:

“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”.

Dentro de la materia misma de su consulta, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, desarrolla en su artículo 21 cuando procede un encargo o subrogación en los siguientes términos:

“Art. 21.- SUBROGACION O ENCARGO.- Cuando por disposición de la ley o por orden escrita de autoridad competente, un servidor deba subrogar a superiores jerárquicos o ejercer un encargo en los que perciban mayor remuneración mensual unificada, éste recibirá la diferencia de la remuneración mensual unificada, obtenida entre el valor que percibe al subrogante y el valor que perciba el subrogado, durante el tiempo que dure el reemplazo y a partir de la fecha en que se inicia tal encargo o subrogación, sin perjuicio del derecho del titular a recibir la remuneración que le corresponda”.

Del artículo antes citado se desprende que, cuando en una empresa pública un servidor ha ejercido temporalmente un puesto por subrogación o encargo, tendrá derecho a recibir un pago por ejercer dichas funciones, el cual consiste en la diferencia existente entre las remuneraciones mensuales unificadas que percibe regularmente y la del puesto subrogado o encargado, por el tiempo que este dure.

En lo referente a la regulación de las condiciones de trabajo de servidores y obreros de esas empresas, el artículo 30 numeral 2 de la citada Ley Orgánica de Empresas Públicas, 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:

(...) 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.”

De acuerdo con el tenor de lo señalado en la letra c) del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, los rubros que se pagan por el encargo o subrogación de un puesto dentro de las empresas públicas, no son considerados como parte de la remuneración mensual del trabajador.

En lo concerniente a la décima tercera remuneración, la letra b) del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la menciona entre los rubros excluidos de la remuneración, pero no contiene ninguna disposición que norme lo relacionado con la forma de pago de dicho beneficio respecto de los servidores de esas entidades; sin embargo, dicha regulación consta en el artículo 111 del Código del Trabajo, situación que será analizada más adelante.

Sobre la aplicación de normas supletorias, el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece que en todo lo no previsto en dicho cuerpo legal, se observará lo señalado en el Código del Trabajo. El tenor de la norma es el siguiente:

“Art. 33.- NORMAS SUPLETORIAS.- En todo lo no previsto expresamente en este Título y siempre que no contraríe los principios rectores de la administración del talento humano de las empresas públicas, se estará a lo que dispone la Codificación del Código de Trabajo en lo relativo a la contratación individual”.

Mediante oficio No. 19356 de 29 de octubre de 2014, sobre el carácter supletorio de las normas del Código del Trabajo en materia de administración del talento humano de las empresas públicas, previsto en la norma antes citada, manifesté:

“(…) de acuerdo con el artículo 33 de esa Ley, las disposiciones del Código del Trabajo son aplicables a la gestión del talento humano de las empresas públicas en forma supletoria, esto es, en aquellas materias respecto de las cuales la propia Ley Orgánica de Empresas Públicas y la normativa específica de la empresa expedida por el Directorio de acuerdo con el artículo 17 ibídem, no hubieren reglado en forma expresa”.

Es decir que, de acuerdo a la norma transcrita previamente y conforme se recogió de la cita del oficio No. 19356 de 29 de octubre de 2014, las regulaciones establecidas en el Código del Trabajo únicamente pueden ser aplicables, en forma supletoria dentro de una empresa pública, en los casos en los cuales la Ley Orgánica de Empresas Públicas y las disposiciones de talento humano expedidas por los Directorios de esas entidades, no hubieren regulado.

Por su parte, como se señaló anteriormente, al no estar prevista la forma de pago de la décima tercera remuneración en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, es necesario remitirnos a lo prescrito en el artículo 111 del Código del Trabajo, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 111.- Derecho a la décima tercera remuneración o bono navideño.- Los trabajadores tienen derecho a que sus empleadores les paguen mensualmente, la parte proporcional a la doceava parte de las remuneraciones que perciban durante el año calendario.

A pedido escrito de la trabajadora o el trabajador, este valor podrá recibirse de forma acumulada, hasta el veinte y cuatro de diciembre de cada año.

La remuneración a que se refiere el inciso anterior se calculará de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 95 de este Código”.

La norma transcrita establece el derecho a la décima tercera remuneración y su forma de pago; señalando en su inciso final que la base de cálculo para el pago estará de acuerdo al artículo 95 del mismo Código, según el cual la remuneración del trabajador se forma por todo ingreso lícito que perciba en forma permanente.

De lo expuesto anteriormente, se determina que la premisa que el artículo 33 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas establece para la aplicación supletoria del Código del Trabajo, se cumple únicamente en lo relacionado con la forma de pago de la décima tercera remuneración. Dicha supletoriedad no es aplicable en lo relacionado a los componentes que integran la remuneración de los servidores de las empresas públicas, dado que esta situación está expresamente prevista por el artículo 30 numeral 2 de esa Ley.

De lo hasta aquí analizado, se aprecia que el tenor literal de la letra c) del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, cuyo texto fue transcrito en los antecedentes, excluye en forma expresa del concepto de remuneración, los valores que

los servidores de las empresas públicas perciban por concepto de subrogación y encargo; mientras que en forma supletoria, el artículo 111 del Código de Trabajo, establece la forma de pago de la décima tercera remuneración para los servidores de esas entidades.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que para calcular el valor correspondiente a la décima tercera remuneración de los servidores de las empresas públicas, se debe aplicar la previsión contenida en la letra c) del numeral 2 del artículo 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que expresamente excluye del concepto de remuneración a los pagos efectuados por encargos y subrogaciones.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas y no constituye orden de pago o liquidación, siendo competencia de la Entidad a su cargo, verificar en los casos particulares el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes.

### **DEVENGACIÓN DE ESTUDIOS: POSTGRADO**

**OF. PGE. N°:** 08620 de 22-11-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

#### **CONSULTAS:**

- “1. ¿La duración de los eventos o estudios que se contempla en el Art. 210 del Reglamento a la LOSEP, se entiende que es desde cuando inicia su ciclo académico hasta la obtención y/o registro del título del postgrado que cursó?
2. De ser positiva la respuesta, ¿El tiempo que el servidor público labore sin poseer todavía el título, no se considera como tiempo de devengación?
3. De ser negativa la primera consulta, ¿La duración del tiempo de estudios que refiere el Art. 210 del Reglamento a la LOSEP, es únicamente el tiempo que el servidor público se ausenta de la institución pública donde labora?
4. De ser positiva la tercera consulta ¿El tiempo labora (sic) mientras cursa sus estudios de Postgrado se contabilizan para el periodo de devengación?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229.

Código Civil, Art. 18.

Ley Orgánica de Servicio Público, Arts. 22, 28, 30, 74; y, 41, 50, 210, 211 de su Reglamento General.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 50, 70, 83, 157 y 158.

Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, Arts. 80 y 83.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

El informe jurídico de la Procuradora General de la Universidad consultante, contenido en oficio No. 1020-P-UNACH-2016 de 7 de octubre de 2016, cita los artículos 18 del Código Civil, que contiene las reglas de interpretación de la ley; 83 de la Ley Orgánica de Educación Superior, según el cual es estudiante regular de un establecimiento de



educación superior, quien se encuentre legalmente matriculado; y, 210 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público que regula el convenio de devengación que los servidores sujetos al ámbito de la Ley Orgánica del Servicio Público deben suscribir con la entidad pública que les conceda comisión de servicios o permiso para realizar capacitaciones o estudios de postgrado.

El citado informe contiene un criterio jurídico único en el que concluye lo siguiente:

“Por todo lo antes expuesto, y en una interpretación literal del Art. 210 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, la duración de los eventos o estudios de postgrado duran hasta cuando se obtenga el título de postgrado motivo por el cual se concedió la licencia o remuneración, por cuanto conforme la LOES siguen manteniendo la calidad de estudiantes hasta que obtengan el título.

En tanto que para la contabilización del tiempo de devengación, es criterio de la Procuraduría institucional que se debe contabilizar a partir de que el servidor público obtenga su título, independientemente de la fecha de reintegro a la Institución antes de la obtención del título de postgrado motivo de la licencia o comisión, puesto que el espíritu de la devengación es que el servidor público retribuya a través de los conocimientos adquiridos en sus estudios de postgrado, por los recursos que el Estado ha invertido en su perfeccionamiento y/o capacitación”.

Para analizar el tema materia de consulta, resulta pertinente considerar que, según el tenor del artículo 229 de la Constitución de la República, el término “servidor público” se aplica en forma genérica para referirse a toda persona que preste servicios en las instituciones que integran el sector público, entre ellas las universidades y escuelas politécnicas públicas.

El personal no docente de los establecimientos públicos de educación superior está sujeto al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Servicio Público, y los docentes e investigadores se rigen por la Ley Orgánica de Educación Superior, según su artículo 70, así como por el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior.

Con relación a las normas de la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento que regulan las licencias y comisiones de servicios para realizar estudios y la obligación de devengar dichas licencias o comisiones por parte de los servidores públicos, en pronunciamiento contenido en oficio No. 12036 de 18 de febrero de 2013, este Organismo ha concluido lo siguiente:

“(…) el servidor público beneficiario de una licencia con o sin remuneración, otorgada para que asista a eventos de capacitación, está jurídicamente obligado a mantenerse laborando en la entidad que le concedió la licencia hasta devengarla totalmente, a fin de que los nuevos conocimientos adquiridos puedan ser aplicados en sus funciones específicas; y, que el incumplimiento de esa obligación da lugar a que el servidor deba devolver el valor total o proporcional de lo invertido por la entidad en su capacitación, siendo procedente que de ser necesario aquel valor se descuenta de su liquidación final de haberes”.

El Capítulo III del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, en su Sección Segunda titulada “**Licencias sin remuneración**”, artículo 41, trata sobre la licencia sin remuneración para realizar estudios de postgrado, y dispone:

“Art. 41.- Licencia para estudios regulares de postgrado.-

(...) **Quienes sean beneficiarios de esta licencia, a su retorno tendrán la** obligación de mantenerse laborando en la institución por un tiempo igual al de la realización de los estudios de postgrado, transmitiendo y poniendo en práctica los nuevos conocimientos de conformidad con lo previsto en el capítulo de formación y capacitación del presente Reglamento General; de no reintegrarse a la institución, o presentarse la renuncia sin ser aceptada legalmente, se considerará como abandono del trabajo y se aplicará el régimen disciplinario establecido en la LOSEP y en este Reglamento General. En caso de que el Estado haya financiado parte o la totalidad de los estudios, la autoridad nominadora dispondrá la adopción de las medidas administrativas o judiciales a que hubiere lugar”.

En la Sección Tercera, titulada “De las Comisiones de Servicios con Remuneración”, del Capítulo III del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, su artículo 50 dispone:

“Art. 50.- Otras comisiones de servicios.- Las o los servidores públicos de carrera podrán ser declarados en comisión de servicios con remuneración para efectuar estudios regulares de posgrados, reuniones, conferencias, pasantías y visitas de observación, comprendiendo las establecidas en virtud de convenios internacionales y similares, que benefician a la administración pública, en el país o en el exterior, hasta por un plazo de dos años, previas las autorizaciones correspondientes.

La UATH institucional emitirá el dictamen favorable para la concesión de esta comisión considerando básicamente los requisitos que señala el artículo 41 de este Reglamento General, para los estudios de postgrado; y, en tanto que para reuniones, conferencias, pasantías y visitas se sustentará con los documentos habilitantes que respalden su concesión”.

Por su parte, el artículo 210 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, sobre cuya aplicación trata su actual consulta, regula el contenido del convenio de devengación que se debe suscribir entre el servidor y la entidad que concede licencia sin remuneración o comisión de servicios con remuneración para formación y capacitación. Dicha norma dispone:

“Art. 210.- Convenio de devengación.- La entidad que conceda a la o el servidor comisión de servicios con remuneración para formación y capacitación o los permisos para estudios regulares de especialización o licencia sin remuneraciones para el estudio de postgrados, dentro o fuera del país, suscribirá un convenio de devengación con garantías personales o reales, mediante el cual, la o el servidor se obliga a prestar sus servicios por el triple del tiempo que duren los eventos o estudios.

De igual manera, en el convenio de devengación constará la autorización expresa e irrenunciable del servidor o servidora en el sentido de que la institución a la cual pertenece, pueda utilizar sin costo alguno los estudios o proyectos resultantes del proceso de formación o capacitación.

El servidor o servidora se obligará además a solicitar a la máxima autoridad de la institución se proceda a realizar los estudios de factibilidad para la aplicación de dichos estudios y convenios, de conformidad con los intereses institucionales”.

De acuerdo con la norma citada, ubicada en el Capítulo V del Reglamento General a la LOSEP, que trata sobre “La Formación y la Capacitación” de los servidores públicos, el objeto del convenio de devengación es instrumentar la obligación que adquiere el servidor beneficiario de licencia o comisión de servicios, de prestar sus servicios a la respectiva entidad pública una vez que se reintegre a la institución; y, prevé que al efecto

se le deben exigir garantías personales o reales que afiancen dicha obligación.

En concordancia, el artículo 211 del citado Reglamento, con relación al contrato de devengación, distingue el periodo específico aplicable según se trate de licencia sin remuneración o comisión de servicios y prevé:

“Art. 211.- Procesos de devengación.- Para la o el servidor a quien se le hubiere concedido licencia sin remuneración o comisión de servicios con remuneración para formación y capacitación o los permisos para estudios regulares de especialización o licencia sin remuneraciones para el estudio de posgrado, dentro o fuera del país, previa la suscripción del correspondiente contrato de devengación, se deberá cumplir con una con una de las siguientes obligaciones:

a.- De reintegrarse a la institución la o el servidor, después de la comisión de servicio con remuneración y el servidor cese en sus funciones y no devengue sus servicios por el triple del tiempo, deberá devolver la parte proporcional del tiempo no devengado invertido por el Estado, incluida la remuneración a la institución, entidad u organismo que autorizó y pagó la comisión de servicios con remuneración o el permiso para estudios regulares;

b.- En el evento de que la institución, no pague la remuneración mensual para el caso de licencia sin remuneración, ni tampoco pague el valor de los estudios regulares de postgrado, ni gastos de transporte, la o el servidor no debe devengar el período de tiempo señalado en el artículo 210 del presente Reglamento General; y,

c.- De reprobar o abandonar los estudios regulares de posgrado, la servidora o servidor devolverá todo lo invertido por el Estado, a través de la institución, entidad u organismo a la que pertenece.

Cuando se trate de casos en los que se requiera reintegrar a la institución valores totales invertidos en formación o capacitación se lo hará en un plazo no mayor de 60 días conforme lo señala el artículo 74 de la LOSEP”.

La devengación de la licencia o comisión de servicios es por tanto una obligación exigible al servidor público que, en uso efectivo de licencia sin remuneración o comisión de servicios con remuneración, asista a eventos de formación o capacitación y realice estudios regulares de especialización o postgrado de interés para la administración pública. El contrato de devengación deberá observar las previsiones específicas aplicables a cada caso, contenidas en los artículos 210 y 211 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público.

Por otra parte, en oficio No. 09751 de 13 de septiembre de 2012, este Organismo realizó la distinción pertinente, respecto a los tiempos de devengación según se trate de la licencia sin remuneración o comisión de servicios con remuneración, en los siguientes términos:

“(…) los artículos 41 y 210 del Reglamento a la vigente Ley Orgánica del Servicio Público, disponen a los servidores beneficiarios de licencia sin remuneración o comisión de servicios con remuneración, la obligación de mantenerse laborando a su retorno en la institución, por un tiempo igual al de la realización de los estudios de posgrado en el primer caso; y por el triple del tiempo que duren los estudios en el segundo caso, se concluye que no es procedente que la Escuela Superior Politécnica de Chimborazo otorgue una nueva comisión de servicios con sueldo y licencia sin remuneración a los servidores sujetos a la LOSEP, que no hayan devengado en su totalidad el tiempo de labor por la licencia otorgada anteriormente con o sin remuneración”.

Respecto del personal docente los artículos 80 y 83 del Reglamento de Carrera y

Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, se remiten en materia de licencias y comisiones de servicios para realizar estudios de postgrado a Ley Orgánica del Servicio Público; y, adicionalmente establecen provisiones especiales aplicables al personal docente.

Es decir que, las licencias o comisiones de servicio para realizar estudios de postgrado, que otorguen los establecimientos de educación superior a sus docentes e investigadores, se rigen por las reglas generales establecidas por los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica del Servicio Público, 41, 210 y 211 de su Reglamento General y por las normas especiales previstas expresamente por los artículos 157 y 158 de la Ley Orgánica de Educación Superior, 80 y 83 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que aluden en forma expresa al “periodo oficial de duración de los estudios”.

Por lo tanto, la obligación del servidor de devengar la licencia o comisión, mediante su trabajo en la respectiva institución, se debe calcular considerando el periodo de tiempo durante el cual dicho servidor dejó de asistir a laborar a la respectiva entidad, para en su lugar, cursar los estudios para los que solicitó y obtuvo licencia o comisión de servicios.

Del análisis efectuado se observa que, la licencia o comisión de servicios se otorga a un servidor público con la finalidad de facilitar la realización de estudios de postgrado y, le libera temporal y justificadamente de su obligación de cumplir las jornadas de labor a las que está sujeto según la letra c) del artículo 22 de la Ley Orgánica del Servicio Público, hasta que concluida la licencia o comisión se reintegre a la institución a la que pertenece.

En consecuencia, el convenio de devengación que el servidor beneficiario de licencia o comisión, debe suscribir según el artículo 210 del Reglamento a la Ley Orgánica del Servicio Público, tiene por objeto instrumentar su obligación de mantenerse laborando una vez que, concluidos la licencia o comisión de servicios se reintegra a la respectiva institución pública.

Con tales antecedentes respecto de sus consultas se concluye que, según los artículos 210 y 211 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y los artículos 41 letra c) del mismo Reglamento y 80 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, el periodo de tiempo durante el cual un servidor público ha hecho uso efectivo de licencia o comisión de servicios para asistir y cursar formalmente estudios, es el que sirve de base para determinar su obligación de devengación; y por tanto, al efecto se debe considerar desde la fecha en que el servidor en uso efectivo de licencia o comisión de servicios, ha dejado de asistir a sus jornadas laborales en la institución, para asistir y cumplir obligaciones académicas, hasta su reintegro a la institución independientemente de que el título de postgrado se registre con posterioridad.

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.

**EMPRESA PÚBLICA:  
PAGO DE VALORES POR TARIFAS O CONTRAPRESTACIONES ECONÓMICAS  
POR USO Y EXPLOTACIÓN DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO**

**OF. PGE. N°:** 04562 de 04-02-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** EMPRESA PÚBLICA MUNICIPAL DE TELECOMUNICACIONES, AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y SANEAMIENTO DE CUENCA, ETAPA EP

**CONSULTA:**

“¿Debe la Empresa Pública de mi representación pagar valores por tarifas o contraprestaciones económicas por concepto de uso y explotación del espectro radioeléctrico que le ha sido asignado para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones?”.

**BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 237 núm. 3; 261 núm. 10; 313, 314, 315, 408, 429 y 436 núm. 2.

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

Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Arts. 2; 3 núms. 1, 3, 4, 13 y 14; 7, 9, 39, 54, 94, 146, Disposiciones Transitorias Primera y Quinta; y, 20 de su Reglamento General.

Ley Orgánica de Empresas Públicas, Art. 41.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Arts. 75, 429 y 436 núm. 2.

Código Tributario, Art. 39.

**PRONUNCIAMIENTO:**

Al amparo de lo dispuesto en los artículos 237 numeral 3 de la Constitución de la República, 3 y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 01301 de 26 de mayo de 2015 e insistencia contenida en el oficio No. 1473 de 11 de junio de 2015, este Organismo le requirió reformular la consulta inicialmente presentada, para que verse sobre la inteligencia o aplicación de una norma jurídica. En el mismo oficio se le solicitó a la Empresa que remita el informe jurídico sobre la consulta reformulada, así como copia certificada del Instrumento “Condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones”, mencionado en el informe jurídico contenido en Memorando No. M-0377-2015-SJ de 20 de abril de 2015.

Adicionalmente y con el objeto de contar con mayores elementos de análisis, a través del oficio No. 01302 de 26 de mayo de 2015; y, oficios Nos. 01303 de 26 de mayo de 2015 e insistencia constante en el oficio No. 1474 de 11 de junio de 2015, respectivamente, la Procuraduría General del Estado requirió el criterio institucional del Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información y de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en su orden, los cuales fueron atendidos por las referidas instituciones con oficios No. MINTEL-DM2015-0095-O de 10 de junio de 2015, ingresado en la misma fecha y No. ARCOTEL-DE-20 15-0246-OF de 19 de junio de 2015, ingresado el 22 de junio de 2015 a la Procuraduría General del Estado.

En virtud de que la entidad consultante no atendió la petición de reformulación de consulta y a la solicitud de remisión de documentos constantes en los oficios Nos. 01301 y 1473 de 26 de mayo y 11 de junio de 2015, este Organismo de conformidad con lo



dispuesto en la Resolución No. 121 de 28 de julio de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 264 de 25 de agosto de 2010, a través del oficio No. 01719 de 30 de junio de 2015, la Procuraduría General del Estado dispuso el archivo de la consulta.

Posteriormente, mediante oficio No. O-2015-2320-GG de 15 de diciembre de 2015, usted presentó nuevamente una consulta en términos similares a la inicialmente planteada mediante oficio No. O-2015-0903-GG de 18 de mayo de 2015, motivo por el cual, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, este Organismo mediante oficio No. 04185 de 7 de enero de 2016, se abstuvo de atender la consulta formulada.

Una vez que mediante el oficio No. O-2016-0065-GG de 11 de enero de 2016, que atiendo, se ha dado cumplimiento a los requerimientos efectuados por esta Procuraduría, procedo a atender la consulta reformulada.

En el informe jurídico de la entidad consultante, contenido en el memorando No. M-1120-2015-SJ de 14 de diciembre de 2015, suscrito por el Subgerente Jurídico de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca ETAPA EP, se transcriben los artículos 314, 315 y 408 de la Constitución de la República, los artículos 2, 7, 9, 39 y 54 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, así como el artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En virtud de lo indicado, considero que el pago por el uso y explotación del espectro radioeléctrico asignado a ETAPA EP para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, contradice a lo previsto en la Constitución de la República en cuanto a que se trata de una gestión o prestación de servicios a nombre del propio Estado, el cual, para cumplir precisamente con su responsabilidad de prestar dichos servicios, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 314 de la Constitución, al contar con los recursos necesarios para el cumplimiento de esta finalidad, debe proporcionar de manera gratuita y preferente a las Empresas Públicas que han sido constituidas para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, conforme ordena el Art. 315 de la Constitución, el espectro radioeléctrico necesario para cumplir con el objetivo constitucional de garantizar que dichos servicios se presten con apego a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, velando además por que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos; criterio ratificado por la Sentencia Interpretativa 0006-09-SIC-CC, publicada en el Registro Oficial Núm. 43-Suplemento, del 8 de octubre del 2009, expedida por la Corte Constitucional, la cual establece que: *‘... el espectro radioeléctrico, considerado como recurso y sector estratégico, no puede ser utilizado y aprovechado por empresas ajenas al sector público, razón por la cual, la regla prevista en el inciso segundo del artículo 408 de la Constitución no se aplica respecto al espectro frecuencial eléctrico...’*; lo cual significa que siendo la Empresa Pública, como lo es ETAPA EP, la que usa y explota el recurso, no debe cancelar valor alguno por ello al Estado Central, concepto que fue plasmado inicialmente en el documento *‘Condiciones Generales para la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones por parte de la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA EP’*, que adjunto, en su Art. 13, *‘Régimen Económico’*, numeral 13.1.”

En el criterio institucional contenido en el oficio No. MINTEL-DM-2015-0095-O de 10 de junio de 2015, el Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información cita como fundamentos jurídicos el numeral 2 del artículo 16 y los artículos 261, 313, 315 y 408 de la Constitución de la República, los artículos 3 número 12, 4, 7, 14, 18, 24



número 10, 39, 94, 141, 148 números 1, 3, 4, 13 y 14 y Disposiciones Transitorias Primera y Quinta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, 4 y 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y las sentencias interpretativas de la Corte Constitucional Nos. 006-09-SIC-CC de 1 de octubre de 2009 y 001-12-SIC-CC de 5 de enero de 2012 y concluye con el siguiente criterio institucional:

“Sobre la base de la normativa transcrita se considera que, corresponde al Gobierno Central, a través de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, administrar, regular y controlar los sectores estratégicos de telecomunicaciones y espectro radioeléctrico, por lo que en virtud de dicha atribución, le atañe emitir la normativa técnica necesaria para el ejercicio de sus competencias; dirigir el procedimiento de sustanciación y resolver sobre el otorgamiento y extinción de los títulos habilitantes; recaudar los derechos económicos para el otorgamiento de títulos habilitantes para la prestación de servicios y por el uso, aprovechamiento y/o explotación del espectro radioeléctrico, así como las tasas por trámite establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

A lo referido se tendrá en cuenta que, ni la Ley Orgánica de Telecomunicaciones ni el vigente Reglamento de Tarifas por Uso del Espectro Radioeléctrico, emitido por el CONATEL mediante Resolución 769, publicado en el Registro Oficial 242 de 30 de diciembre de 2003 y sus reformas, exoneran a la empresa pública del cobro de tarifas por uso del espectro radioeléctrico, tarifas que conforme el título habilitante otorgado a las empresas públicas fueron establecidas por el CONATEL en el valor de CERO, pudiendo ser revisadas en cualquier momento por parte de la ARCOTEL, en ejercicio de sus competencias y atribuciones legales, para lo cual deberá observar los principios y objetivos establecidos en la Ley. Es necesario aclarar que, la Disposición Transitoria Quinta señala lo siguiente: *‘La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dentro del plazo de ciento ochenta días contados a partir de la publicación en el Registro Oficial de la presente Ley, adecuará formal y materialmente la normativa secundaria que haya emitido el CONATEL o el extinto CONARTEL y expedirá los reglamentos, normas técnicas y demás regulaciones previstas en esta Ley. En aquellos aspectos que no se opongan a la presente Ley y su Reglamento General. Los reglamentos emitidos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones se mantendrán vigentes, mientras no sean expresamente derogados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.’*

Por consiguiente, el pago de derechos, tarifas, contribuciones y demás obligaciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones son atribuibles y exigibles a la empresa pública, más aun teniendo en consideración que el espectro radioeléctrico es un recurso natural limitado y escaso, que debe ser utilizado bajo los principios de eficiencia y no acaparamiento, con la finalidad de cumplir los objetivos establecidos en el Art. 94 de la citada Ley”.

De su parte, la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en el oficio No. ARCOTEL-DE-2015-0246-OF de 19 de junio de 2015, expresa que:

“El Ex Consejo Nacional de Telecomunicaciones, mediante Resolución TEL-642-19-CONATEL-2011 de 14 de septiembre del 2011, aprobó el texto del título habilitante de autorización que contiene las ‘Condiciones Generales para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones’, con fecha 03 de noviembre de 2011 se suscribe el título habilitante entre la Ex Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la Empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento de Cuenca, ETAPA EP., dicho acto administrativo se encuentra inscrito en el Registro Público de Telecomunicaciones en el Tomo 95 a Fojas 9679, a cuyo contenido se sujetó

ETAPA EP., a través de su representante legal, con relación a las tarifas por uso del espectro, se dispone:

*'ARTÍCULO 13.- Régimen económico (ante el Regulador y ante el abonado/cliente-usuario)*

*'13.1 De conformidad con el marco constitucional vigente y la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada, la Empresa Pública pagará una tarifa cero por concepto de derechos de autorización de servicios y frecuencias y por el uso de frecuencias, por tratarse de prestación directa por parte del Estado Ecuatoriano.'*"

Adicionalmente, la Directora Ejecutiva de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, cita los artículos 7, 39, 54 y 146 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sin consignar un criterio institucional, se limita a informar lo siguiente:

"Con estos antecedentes y de conformidad con el Acta de la sesión 02-ARCOTEL-2015 del Directorio de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, realizada el 28 de abril del 2015, dentro del orden del día el punto dos se somete a conocimiento y aprobación del informe de tarifas por uso de frecuencias a las empresas públicas y se concluye que: *'la tarifa que se cobraría a las empresas públicas será tarifa cero; tal cual consta en el título habilitante, hasta que se expida el reglamento de tarifas por uso de espectro radioeléctrico.'*"

El numeral 10 del artículo 261 de la Constitución de la República del Ecuador, prevé que el Estado tendrá competencias exclusivas sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos.

Adicionalmente, el artículo 313 y los incisos primero y segundo del artículo 315 de la Constitución de la República, que integran el Capítulo quinto "Sectoros estratégicos, servicios y empresas públicas", en su orden, prescriben 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".

"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. (...)"

Del tenor de las normas constitucionales antes citadas, se desprende que el espectro radioeléctrico representa un sector estratégico, cuya administración, regulación, control y gestión ha sido reservado para el Estado, bajo principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia; y, que el Estado tiene competencia para constituir empresas pública 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. Dichas empresas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público.

La Corte Constitucional, como máximo organismo en materia constitucional y al que le corresponde interpretar la norma suprema, según consta de la sentencia publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 629 de 30 de enero de 2012, 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.

(…) 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 (...).

Se deja claro que las empresas públicas gestionan los sectores estratégicos y servicios públicos –entiéndase por gestión del sector estratégico la prestación del servicio público relacionado con el respectivo sector estratégico-, y el Estado delimitará a través de una autorización dicha gestión, bajo los lineamientos señalados en el párrafo precedente, lo cual halla también consistencia en los objetivos plasmados en la Ley Orgánica de Empresas Públicas (artículo 4). No debe entenderse entonces que las empresas públicas, siendo públicas, son el Estado en sí mismo y no requerirían de autorización alguna –según título habilitante que corresponda-, puesto que no les compete a aquellas, la regulación y control de los sectores estratégicos y servicios públicos, siendo contrario a la naturaleza de las normas constitucionales consultadas, puesto que a ellas les corresponde la gestión, cosa distinta a las competencias propias del Estado en general. (...).”

La Corte Constitucional, en la parte pertinente de la sentencia interpretativa que ha sido transcrita, determina por una parte la esfera de competencia de las Empresas Públicas en su calidad de gestoras de los sectores estratégicos y prestadoras de un servicio público; y por otra parte, analiza la capacidad de los entes regulatorios y de control del

Estado, como órganos competentes para determinar los términos y condiciones para la prestación de los servicios públicos.

El artículo 408 de la Constitución de la República dispone:

“Art. 408.- Son de 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, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

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 Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad”.

En cuanto al espectro radioeléctrico, como sector estratégico y recurso natural, que debe ser regulado y su aprovechamiento controlado por parte del Estado, la Corte Constitucional, en la sentencia Interpretativa No.0006-09-SIC-CC, se pronunció en los siguientes términos:

“En síntesis, la normativa citada no califica al espectro radioeléctrico como recurso renovable o no renovable, tan solo lo considera como un *recurso limitado*, por ser que su uso indiscriminado, si bien *no agota el espectro frecuencial radioeléctrico* (aspecto inherente a un recurso no renovable; el espectro radioeléctrico no se extingue por su utilización ya que se encuentra contenido en el recurso aire, y a partir de ello puede ser reutilizado las veces que sean necesarias), *puede generar congestiones o interferencias en los canales radioeléctricos*, aspecto que torna necesaria la presencia de un órgano encargado de regular y controlar el *aprovechamiento del recurso y el uso del sector estratégico de las telecomunicaciones*.

Finalmente, cabe mencionar que a pesar de la imposibilidad de considerar al espectro radioeléctrico como un recurso natural no renovable, es evidente que el inciso segundo del artículo 408 de la Constitución de la República *se aplica a todos los recursos naturales* previstos en el inciso primero de la misma disposición constitucional.

El espectro radioeléctrico como recurso natural y sector económico estratégico

A partir de la utilización de un criterio de interpretación sistemática de los artículos 408 y 313 de la Constitución de la República, se concluye que el espectro radioeléctrico no sólo debe ser considerado como un *recurso natural* (Art. 408), sino también como un *sector estratégico* (Art. 313 inciso tercero). Y ello resulta apenas lógico si consideramos su decisiva influencia económica, social, política y ambiental. Por otro lado, la misma disposición constitucional (Artículo 313 inciso tercero), consagra a las telecomunicaciones, *medio a través del cual se utiliza el espectro frecuencial radioeléctrico*, como otro de los sectores estratégicos que deben ser administrados, regulados y controlados por el Estado. Es decir, tanto el recurso natural que persiste sin la necesidad de la intervención humana, *el espectro radioeléctrico*, como el uso del mismo, *las telecomunicaciones*, forman parte del sector estratégico”.

Una vez que se ha delineado el marco constitucional relacionado con la materia de su

consulta, es pertinente señalar que el ámbito de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de conformidad con el inciso primero de su artículo 2 corresponde a “(...) todas las actividades de establecimiento, instalación y explotación de redes, uso y explotación del espectro radioeléctrico, servicios de telecomunicaciones y a todas aquellas personas naturales o jurídicas que realicen tales actividades a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de los prestadores de servicios y usuarios”.

El artículo 7 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones le asigna competencia al Gobierno Central, en los siguientes términos:

“Art. 7.- Competencias del Gobierno Central.

El Estado, a través del Gobierno Central tiene competencias exclusivas sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de telecomunicaciones. Dispone del derecho de administrar, regular y controlar los sectores estratégicos de telecomunicaciones y espectro radioeléctrico, lo cual incluye la potestad para emitir políticas públicas, planes y normas técnicas nacionales, de cumplimiento en todos los niveles de gobierno del Estado.

La gestión, entendida como la prestación del servicio público de telecomunicaciones se lo realizará conforme a las disposiciones constitucionales y a lo establecido en la presente Ley.

Tiene competencia exclusiva y excluyente para determinar y recaudar los valores que por concepto de uso del espectro radioeléctrico o derechos por concesión o asignación correspondan”.

De otra parte, el artículo 14 de la referida Ley, en cuanto a las formas de gestión prevé que “(...) los servicios públicos de telecomunicaciones son provistos en forma directa por el Estado, a través de empresas públicas de telecomunicaciones o indirecta a través de delegación a empresas de economía mixta en las cuales el Estado tenga la mayoría accionaria o a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria”.

El artículo 18 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone lo siguiente:

“Art. 18.- Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico.

El espectro radioeléctrico constituye un bien del dominio público y un recurso limitado del Estado, inalienable, imprescriptible e inembargable. Su uso y explotación requiere el otorgamiento previo de un título habilitante emitido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, su Reglamento General y regulaciones que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Las bandas de frecuencias para la asignación a estaciones de radiodifusión sonora y televisión públicas, privadas y comunitarias, observará lo dispuesto en la Ley Orgánica de Comunicación y su Reglamento General”.

De las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones hasta aquí referidas, se desprende que le corresponde al gobierno central administrar, regular y controlar los sectores estratégicos de telecomunicaciones y el espectro radioeléctrico, cuyo uso y explotación requiere el otorgamiento previo de un título habilitante emitido por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.



De su parte, el artículo 54 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone lo siguiente:

“Art. 54.- Derechos y Tarifas por Uso de Espectro.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones fijará el valor de los derechos por el otorgamiento de títulos habilitantes, así como de las tarifas por el uso y explotación del espectro radioeléctrico. Los derechos se pagarán al Estado por el otorgamiento de títulos habilitantes. Las tarifas por el uso y explotación del referido recurso limitado, se fijarán de conformidad con el reglamento que a tal efecto dicte la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

La fijación de los parámetros y el establecimiento de modelos para la determinación de los referidos montos deberá atender al interés público; la valoración del espectro radioeléctrico; los ingresos estimados para los concesionarios; inversiones realizadas, o a realizar, por los concesionarios; índices de cobertura; estipulaciones contractuales; cumplimiento de obligaciones sociales o del Servicio Universal; tipo de servicios y el carácter masivo que puedan tener éstos, así como la contribución del concesionario para el desarrollo de proyectos que promuevan la sociedad de la información y del conocimiento, entre otros”.

Adicionalmente, por mandato del artículo 140 de la Ley de Telecomunicaciones, le corresponde al Ministerio encargado del sector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, la calidad de órgano rector de las telecomunicaciones y de la sociedad de la información, informática, tecnologías de la información y las comunicaciones y de la seguridad de la información, siendo atribución de dicha Cartera de Estado, entre otras, según dispone el número 10 del artículo 141 de la Ley Ibídem: “(...)10. Establecer políticas y normas técnicas para la fijación de tasas o contraprestaciones en aplicación de los artículos 9 y 11 de esta Ley (...)”.

En cuanto a las redes de telecomunicaciones, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, al cual se remite el numeral 10 del artículo 141 de la Ley Ibídem, dispone:

“Art. 9.- Redes de telecomunicaciones.

Se entiende por redes de telecomunicaciones a los sistemas y demás recursos que permiten la transmisión, emisión y recepción de voz, vídeo, datos o cualquier tipo de señales, mediante medios físicos o inalámbricos, con independencia del contenido o información cursada.

El establecimiento o despliegue de una red comprende la construcción, instalación e integración de los elementos activos y pasivos y todas las actividades hasta que la misma se vuelva operativa.

En el despliegue de redes e infraestructura de telecomunicaciones, incluyendo audio y vídeo por suscripción y similares, los prestadores de servicios de telecomunicaciones darán estricto cumplimiento a las normas técnicas y políticas nacionales, que se emitan para el efecto.

En el caso de redes físicas el despliegue y tendido se hará a través de ductos subterráneos y cámaras de acuerdo con la política de ordenamiento y soterramiento de redes que emita el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.



El gobierno central o los gobiernos autónomos descentralizados podrán ejecutar las obras necesarias para que las redes e infraestructura de telecomunicaciones sean desplegadas de forma ordenada y soterrada, para lo cual el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información establecerá la política y normativa técnica nacional para la fijación de tasas o contraprestaciones a ser pagadas por los prestadores de servicios por el uso de dicha infraestructura.

Para el caso de redes inalámbricas se deberán cumplir las políticas y normas de precaución o prevención, así como las de mimetización y reducción de contaminación visual.

Los gobiernos autónomos descentralizados, en su normativa local observarán y darán cumplimiento a las normas técnicas que emita la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones así como a las políticas que emita el Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, favoreciendo el despliegue de las redes.

De acuerdo con su utilización las redes de telecomunicaciones se clasifican en:

- a) Redes Públicas de Telecomunicaciones
- b) Redes Privadas de Telecomunicaciones”.

De igual manera, atendiendo lo señalado en el citado numeral 10 del artículo 141 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en su artículo 11 se desarrolla lo relacionado al establecimiento y explotación de redes públicas, bajo el siguiente tenor:

“Art. 11.- Establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicaciones.

El establecimiento o instalación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones requiere de la obtención del correspondiente título habilitante otorgado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Los operadores de redes públicas de telecomunicaciones deberán cumplir con los planes técnicos fundamentales, normas técnicas y reglamentos específicos relacionados con la implementación de la red y su operación, a fin de garantizar su interoperabilidad con las otras redes públicas de telecomunicaciones.

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones regulará el establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicaciones.

Es facultad del Estado Central, a través del Ministerio rector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, en el ámbito de sus respectivas competencias, el establecer las políticas, requisitos, normas y condiciones para el despliegue de infraestructura alámbrica e inalámbrica de telecomunicaciones a nivel nacional. En función de esta potestad del gobierno central en lo relativo a despliegue de infraestructura de telecomunicaciones, los gobiernos autónomos descentralizados deberán dar obligatorio cumplimiento a las políticas, requisitos, plazos, normas y condiciones para el despliegue de infraestructura alámbrica e inalámbrica de telecomunicaciones a nivel nacional, que se emitan.

Respecto del pago de tasas y contraprestaciones que por este concepto corresponda fijar a los gobiernos autónomos descentralizados cantonales o distritales, en ejercicio de su potestad de regulación de uso y gestión del suelo y del espacio aéreo se sujetarán

de manera obligatoria a la política y normativa técnica que emita para el efecto el Ministerio rector de las telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información”.

Como se puede observar, de lo señalado en los artículos 9, 11, 54 y numeral 10 del artículo 140 y de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, dichas normas determinan atribuciones propias del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, para regular el establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, así como el valor de los derechos por el otorgamiento de títulos habilitantes y tarifas por el uso y explotación del espectro radioeléctrico.

La atribución de recaudar los derechos económicos para el otorgamiento de títulos habilitantes para la prestación de servicios y por el uso, aprovechamiento y/o explotación del espectro radioeléctrico, así como las tasas por trámites, le corresponde al Director Ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, según lo prevé el numeral 13 del artículo 148 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

El numeral 10 del artículo 24 de dicha Ley Orgánica, entre las obligaciones que les competen a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, dispone:

“Art. 24.- Obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones.

Son deberes de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, con independencia del título habilitante del cual se derive tal carácter, los siguientes:

(...) 10. Pagar en los plazos establecidos sus obligaciones económicas tales como los valores de concesión, autorización, tarifas, tasas, contribuciones u otras que correspondan (...).”

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, en su artículo 41 contiene una norma general para las empresas públicas, en cuanto al régimen tributario aplicable a las mismas, en el siguiente tenor:

“Art. 41.- REGIMEN TRIBUTARIO.- Para las empresas públicas se aplicará el Régimen Tributario correspondiente al de entidades y organismos del sector público, incluido el de exoneraciones, previsto en el Código Tributario, en la Ley de Régimen Tributario Interno y demás leyes de naturaleza tributaria. Para que las empresas antes mencionadas puedan beneficiarse del régimen señalado es requisito indispensable que se encuentren inscritas en el Registro Único de Contribuyentes, lleven contabilidad y cumplan con los demás deberes formales contemplados en el Código Tributario, esta Ley y demás leyes de la República.

Las empresas públicas que presten servicios públicos estarán exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes.

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

Como se aprecia del inciso segundo del precitado artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las empresas públicas que presten servicios públicos se encuentran exentas del pago de regalías, tributos o de cualquier otra contraprestación por el uso u ocupación del espacio público o la vía pública y del espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes,

exenciones que no abarcan el uso del espectro radioeléctrico que constituye “el conjunto de ondas electromagnéticas, que se propagan por el espacio sin necesidad de guía artificial utilizado para la prestación de servicios de telecomunicaciones, radiodifusión sonora y televisión, seguridad, defensa, emergencias, transporte e investigación científica, entre otros”, y cuya administración regulación y control le corresponde al Estado a través del Gobierno Central.

De su parte, el artículo 39 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, expedida con posterioridad a la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ha previsto disposiciones especiales para las empresas públicas que prestan servicios de telecomunicaciones, en el siguiente tenor:

“Art. 39.- Condiciones Generales de las empresas públicas para la prestación de servicios.

Se otorgan mediante autorización e instrumento de adhesión, a favor de las empresas públicas constituidas para la prestación de servicios de telecomunicaciones que cumplan con los requisitos establecidos por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. Dicha autorización será suscrita por el Director Ejecutivo y aceptada por el representante legal de la empresa pública de que se trate. El título habilitante será inscrito en el Registro Público de Telecomunicaciones.

Las empresas públicas, a fin de garantizar el interés general y el cumplimiento de los principios del servicio público consagrado en la Constitución de la República, se someterán a esta Ley, su Reglamento General y a las regulaciones y acciones de control de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, tal como lo determina la Constitución de la República. Sin perjuicio de lo cual las empresas públicas gozarán de las exenciones, excepciones, exoneraciones y prerrogativas establecidas en las leyes.

Las empresas públicas y entidades públicas para la prestación de servicios de telecomunicaciones, estarán obligadas al pago de derechos, tarifas, contribuciones y demás obligaciones, establecidas en la presente Ley, excepto por lo siguiente:

1. Por otorgamiento o renovación de títulos habilitantes.
2. Por el otorgamiento o renovación de autorización de frecuencias para su uso y explotación.

No obstante de las exoneraciones indicadas, las empresas públicas de telecomunicaciones deberán cumplir con la política pública que emita el ente rector de las telecomunicaciones y con las obligaciones de carácter social, de servicio universal o de ejecución de políticas públicas que disponga la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones para devengar la asignación de espectro radioeléctrico realizada por el Estado. Estas obligaciones son independientes de las relacionadas con la contribución al Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones”.

El artículo 20 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 676 de 25 de enero de 2016, ratifica las exenciones dispuestas por la norma legal antes citada, en los siguientes términos:

“Art. 20.- Exención del pago de derechos por el otorgamiento del título habilitante de Autorización.- Las entidades públicas y las empresas públicas creadas para la prestación de servicios del régimen general de telecomunicaciones están exoneradas del pago de derechos por el otorgamiento o renovación del título habilitante de Autorización para la prestación de servicios del régimen general de telecomunicaciones

y del espectro radioeléctrico; excepto del pago de las tarifas mensuales por el uso y explotación del espectro radioeléctrico.

La obligación de devengamiento por la asignación de espectro radioeléctrico de las empresas públicas prestadoras de servicios de telecomunicaciones establecido en el artículo 39 de la Ley de Telecomunicaciones es independiente de la contribución del 1% de los ingresos totales facturados y percibidos que tienen la obligación de aportar todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones conforme lo previsto en el artículo 92 de la LOT”.

Cabe señalar que la creación, modificación y supresión de tributos, los que comprenden impuestos, tasas y contribuciones, se efectúan necesariamente a través de una ley, en virtud del principio establecido en el artículo 132 de la Constitución de la República, al igual que las exenciones tributarias que por mandato del artículo 32 del Código Tributario, también deben provenir de una norma legal. En armonía con dicho principio, el inciso quinto del artículo 39 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones ha exonerado a las empresas públicas y entidades públicas encargadas de la prestación de servicios de telecomunicaciones, del pago de derechos y tarifas y demás obligaciones correspondientes, únicamente al otorgamiento o renovación de títulos habilitantes y de autorización de frecuencias para su uso y explotación.

De otra parte, la Disposición Transitoria Quinta de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, mencionada en su consulta, contiene la siguiente previsión:

“Quinta.- La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, dentro del plazo de ciento ochenta días contados a partir de la publicación en el Registro Oficial de la presente Ley, adecuará formal y materialmente la normativa secundaria que haya emitido el CONATEL o el extinto CONARTEL y expedirá los reglamentos, normas técnicas y demás regulaciones previstas en esta Ley. En aquellos aspectos que no se opongan a la presente Ley y su Reglamento General, los reglamentos emitidos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones se mantendrán vigentes, mientras no sean expresamente derogados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones”.

La norma precitada, establece la obligación de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, de adecuar al marco legal vigente la normativa secundaria que haya emitido el CONATEL o el extinto CONARTEL y expedir los reglamentos, normas técnicas y demás regulaciones previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, señalando además la vigencia de los reglamentos emitidos por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, en tanto no se opongan a la indicada Ley Orgánica y su Reglamento, mientras no sean expresamente derogados por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones.

Por lo expuesto, del análisis jurídico efectuado, en atención a los términos de su consulta, se concluye en primer lugar que, en virtud del artículo 54 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, le corresponde a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, a través del respectivo reglamento, fijar las tarifas por el uso y explotación del espectro radioeléctrico y, que, según lo dispuesto en el artículo 39 de la misma Ley Orgánica y el artículo 20 de su Reglamento General, las empresas públicas y entidades públicas que prestan servicios de telecomunicaciones, están obligadas al pago de derechos, tarifas, contribuciones y demás obligaciones, establecidas en el indicado cuerpo legal, excepto por otorgamiento o renovación de títulos habilitantes o por el otorgamiento o renovación de autorización de frecuencias para su uso y explotación; sin que dentro de esta exención se encuentre la obligación correspondiente

al pago de las tarifas mensuales por el uso y explotación del referido espectro radioeléctrico.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas. La Procuraduría General del Estado, no es competente para resolver la supuesta contradicción entre las normas analizadas y la Constitución de la República, conforme sugiere el informe jurídico de la Empresa consultante, cuya decisión corresponde a la Corte Constitucional en su calidad de máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esa materia de conformidad con los artículos 429 y 436 numeral 2 de la Constitución y el artículo 75 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

### **EMPRESAS PÚBLICAS: ALIANZAS ESTRATÉGICAS CON EMPRESA PÚBLICA ESTATAL**

**OF. PGE. N°:** 04701 de 16-02-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

#### **CONSULTA:**

“¿Si una Empresa Pública, al conformar una alianza estratégica con una empresa pública estatal, perteneciente a la comunidad internacional, al amparo de lo dispuesto en el número 3 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se encuentra facultada para estipular en el contrato de alianza, las condiciones específicas de contratación pública para el cumplimiento de su objetivo?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 288, 315, 316, 328 y 424.  
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 34 núm. 3 y 37.  
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 4.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

El informe jurídico de la entidad consultante, que se ha remitido adjunto a su consulta, consta en el oficio No. 0000044 de 4 de febrero de 2016, suscrito por el Procurador Metropolitano, encargado, quien cita el numeral 3 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En consecuencia, las empresas públicas metropolitanas deberán conseguir de su Directorio la aprobación de la Alianza Estratégica con una empresa estatal perteneciente a la Comunidad Internacional para viabilizar legalmente el Proyecto, siendo éste el único requisito de validez legal para su implementación y formalización.

El contrato de Alianza Estratégica que celebren la empresa estatal perteneciente a la Comunidad Internacional y las empresas públicas metropolitanas, deberá contener todas las disposiciones, términos y condiciones con las cuales las partes acuerden ejecutar el Proyecto.

En virtud de lo expuesto, considero que es plenamente viable la celebración de Alianzas Estratégicas que permitan la ejecución de Proyectos, siendo exclusivamente de

responsabilidad del Directorio de las empresas públicas metropolitanas aprobar este esquema asociativo”.

El artículo 315 de la Constitución de la República, prevé la capacidad del Estado para 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; mientras que, el artículo 316 Ibídem, permite la delegación para la participación en sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria y solo por excepción, la delegación de estas actividades a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, 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”.

“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”.

Del tenor de las disposiciones constitucionales citadas, se evidencia que 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, el Estado puede recurrir en primer término a las empresas públicas, luego a las empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria y solo en forma excepcional a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria.

Su consulta se halla referida a la conformación de una alianza estratégica y al régimen de contratación de dicha alianza, por lo que es pertinente precisar qué es una alianza estratégica, entendiéndose a la misma como “(...) una asociación entre dos o más empresas que unen recursos y experiencias para desarrollar una actividad específica, crear sinergias de grupo o como una opción estratégica para el crecimiento”. Cabe señalar que este término no se encuentra definido en nuestra legislación.

En cuanto a las compras públicas, la Constitución de la República ha establecido principios generales, en su artículo 288:



“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”.

Como se aprecia, la Norma Suprema determina como principios de la contratación pública, la eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social, priorizando productos y servicios nacionales, lo cual concuerda con los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional, establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Concomitante con lo anterior, la Constitución de la República, en su artículo 424 dispone:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

La disposición anteriormente invocada, establece el principio de jerarquía normativa, a la vez que determina la obligatoriedad de que las normas y actos del poder público mantengan conformidad con la Constitución, so pena de carecer de eficacia jurídica. De lo dicho se desprende que los actos o contratos que realicen las entidades públicas para el cumplimiento de sus objetivos no pueden contrariar los principios rectores de la contratación pública, que conforme ha quedado señalado, están consagrados en la Norma Constitucional.

Por su parte, el artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas regula el régimen de contratación en las empresas públicas; y, el numeral 3, que es materia de su consulta, dispone lo siguiente:

“Art. 34.- CONTRATACION EN LAS EMPRESAS PUBLICAS.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarbúricos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente:

(...) 3. REGIMEN ESPECIAL.- En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (...).”.

El numeral 3 del artículo 34 en mención, contiene una disposición particular para las empresas públicas que hubieren suscrito contratos o convenios tales como alianzas estratégicas, asociaciones, consorcios u otros similares, que prescribe que en dichos instrumentos jurídicos se deberán establecer los procedimientos de contratación y la normativa aplicable a tales contratos o convenios.

Adicionalmente, el numeral 3 del artículo 34 de la Ley *Ibidem* establece que para el caso de las empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional, para las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el mismo.

Cabe recalcar que en lo no previsto en los contratos, convenios de asociación o en los instrumentos de constitución con empresas de la comunidad internacional referente a los procedimientos de contratación, se deberá observar y cumplir con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

De su parte, el artículo 37 de la Ley Orgánica que se analiza, prevé:

“Art. 37.- AMBITO Y ALCANCE DE LOS NUEVOS EMPRENDIMIENTOS.- Los emprendimientos y asociaciones previstos en el artículo anterior se sujetarán al contenido específico de los acuerdos que se celebren y en lo no previsto en ellos, a lo dispuesto en esta Ley, en las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la normativa específica dictada para las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos y para las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional.

La administración del talento humano en las empresas de economía mixta se sujetará a las disposiciones de esta Ley y la Codificación del Código de Trabajo en lo que corresponda. En estas empresas no habrá pago de utilidades conforme lo señala el último inciso del Art. 328 de la Constitución de la República”.

En armonía con lo hasta aquí analizado, el inciso primero del artículo 37 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone que los emprendimientos y asociaciones deben sujetarse al contenido de los acuerdos que se celebren y en lo no previsto en tales instrumentos, a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la normativa específica dictada para las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos y de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, según sea el caso. Lo dicho concuerda con la remisión que efectúa el numeral 3 del artículo 34 del mismo cuerpo legal, a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para lo no previsto sobre el régimen de contratación en el respectivo convenio o contrato.

Del análisis jurídico precedente, en atención a los términos de su consulta, se concluye que por disposición del numeral 3 del artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, aquellas empresas que hubieren suscrito contratos o convenios tales como alianzas estratégicas, asociaciones, consorcios y otros de similar naturaleza, están sujetas al régimen especial dispuesto por esa norma que permite que sea el convenio asociativo o el contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable; y en el caso de empresas constituidas con empresas pertenecientes a la Comunidad Internacional, la misma disposición legal les faculta para estipular en el documento de asociación, las condiciones específicas de contratación de bienes obras y servicios para el cumplimiento de su objetivo. Dichas condiciones son de responsabilidad de las autoridades de las empresas públicas suscriptoras del respectivo convenio de alianza estratégica, en acatamiento del marco constitucional y legal vigente.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de una norma jurídica, siendo responsabilidad exclusiva de las máximas autoridades de las empresas públicas determinar y autorizar los términos de la alianza que se pretende conformar, en función de los justificativos técnicos, económicos y empresariales. No es competencia de la Procuraduría General del Estado la aprobación de las condiciones particulares que formen parte de los contratos de Alianza Estratégica.

### **ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS FISCOMISIONALES: TIEMPO PARCIAL DE SERVICIOS**

**OF- PGE. N°:** 05325 de 31-03-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO  
PROVINCIAL DE NAPO

#### **CONSULTA:**

“El Art. 225 de La Constitución determina de modo taxativo cuáles son las instituciones del sector público y, entre ellas, no constan de modo explícito los Colegios o Unidades Educativas Fiscomisionales, por ello, consultamos si para establecer el tiempo total de servicio, acorde con los Artículos 285 y 288 del Reglamento General a la LOSEP, se debe o no incluir el tiempo que un funcionario o servidor ha laborado en establecimientos educativos fiscomisionales, si tales instituciones educativas cancelan las remuneraciones de su personal con fondos públicos y no han establecido pensiones para sus alumnos”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República, Arts. 225, 345 y 348 inciso segundo.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3, 81, 128, 129; y, 96, 261, 285, 288 y 317 de su Reglamento General.

Ley Orgánica de Educación Intercultural, Arts. 6, 10 lit. n), 22 lit. n), 53, 54, 55, 93 y Disposición General Novena.

Ley de Seguridad Social, Art. 2.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

El informe jurídico del Gobierno Autónomo Descentralizado consultante, consta en el informe No. 31-AJ-GADPN-ON de 22 de octubre de 2015, suscrito por el Procurador Síndico Provincial, quien cita los artículos 128 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, así como el artículo 288 de su Reglamento General y el Reglamento del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Por lo expuesto, se concluye que para efectos del beneficio por jubilación de los servidores del GAD provincial de Napo, 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. 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 (sic) de servicio, contados a partir del quinto año y hasta un valor máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total.

Como se aprecia de los artículos transcritos, en cuanto al derecho de los servidores públicos de acogerse a la jubilación, los mismos se remiten al cumplimiento de las leyes de seguridad social.

Del análisis jurídico realizado se desprende que el requisito dispuesto en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, para que proceda el reconocimiento del beneficio por jubilación, es que el servidor debe cumplir con los requisitos y presupuestos que disponen la Ley de Seguridad Social y el Reglamento del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte (inicialmente expedido mediante Resolución del Consejo Superior del IESS No. 100, publicada en el Registro Oficial No. 225 de 9 de marzo de 2006) y en el presente caso se encuentran cumplidos debiendo establecer la unidad financiera el valor de la liquidación que corresponda para el servidor requirente”.

A fin de contar con mayores elementos para atender su consulta, mediante oficio No. 04560 de 4 de febrero de 2016, se solicitó el criterio institucional del Ministerio de Educación, lo cual fue atendido por dicha Cartera de Estado a través del oficio No. MINEDUC-CGAJ-2016-00032-OF de 16 de febrero de 2016, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 17 de los mismos mes y año, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del referido Portafolio, quien cita el artículo 348 de la Constitución de la República, los artículos 55 y 93 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural y los artículos 96 y 261 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, normas en base las cuales emite el siguiente criterio institucional:

“De conformidad con los artículos 345 y 348 de la Constitución del Ecuador la educación pública será gratuita y el Estado la financiará de manera oportuna, regular y suficiente; además, la distribución de los recursos destinados a la educación se regirá por criterios de equidad social, poblacional y territorial, entre otros. En el cumplimiento de este deber ineludible, se establece además que el Estado podrá apoyar financieramente total o parcialmente a la educación fiscomisional, siempre que cumplan con los siguientes principios: a) Gratuidad, b) Obligatoriedad, c) Igualdad de oportunidades para el acceso y permanencia, d) Rendición de cuentas de sus resultados educativos, e) Rendición de cuentas del manejo de los recursos públicos, f) Respecto a la libertad de credo de las familias; y, g) No tener fines de lucro.

La Autoridad Educativa Nacional, en observancia a la referida disposición constitucional, a nivel nacional ha venido brindando el apoyo correspondiente a las instituciones educativas fiscomisionales, a través del pago partidas (sic) de docentes, mediante la asignación de profesionales que hayan participado y ganado los respectivos concursos de méritos y oposición.

En este contexto, y en respuesta a la pregunta planteada por la Prefectura del Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia del Napo, la Coordinación General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación, es del criterio que si el servidor público que se encuentra en proceso de jubilación justifica que laboró en la institución fiscomisional con una partida docente fiscal podría sumársele al tiempo de servicio en el sector público, caso contrario se trataría de un contrato de trabajo suscrito entre el docente y el promotor del establecimiento fiscomisional bajo las disposiciones del Código del Trabajo, en consideración a que según lo determina claramente el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado en su oficio Nro. 03195 de 27 de Julio de 2007, publicado en el Registro Oficial Nro. 227 de 7 de diciembre de 2007 los planteles fiscomisionales son personas jurídicas de derecho privado y sus representantes adquieren o tienen la misma calidad atribuida a dichos centros educativos”.

Adicionalmente, mediante oficio No. 04561 de 4 de febrero de 2016, e insistencia constante en el oficio No. 04806 de 23 de febrero de 2016, se requirió el criterio institucional del Ministerio de Trabajo, solicitud que fue atendida mediante oficio No. MDT-VSP-2016-0145 de 11 de marzo de 2016, suscrito por el Viceministro de Servicio Público e ingresado en la Procuraduría General del Estado el 14 de los mismos mes y año.

En el oficio No. MDT-VSP-2016-0145 de 11 de marzo de 2016, el Viceministro de Servicio Público cita el inciso segundo del artículo 348 de la Constitución de la República, los artículos 3, 81 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, los artículos 10 letra n), 53, 54, 55, 93 y Disposición General Novena de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social y los artículos 91 (la cita corresponde al artículo 96), 261 y 317 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural; además, en el oficio en mención, se citan los artículos 285, 288 y 289 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público y en base a la indicada normativa, concluye con el siguiente criterio institucional:

“De lo expuesto, se colige que los establecimientos educativos fiscomisionales son instituciones de carácter religioso o laica, de derecho privado y sin fines de lucro, independientemente de que se financien con recursos totales o parciales del Estado.

Respecto del personal en estas Instituciones fiscomisionales, hay que hacer una diferencia en cuanto a los docentes que tienen nombramiento fiscal pero prestan sus servicios en los establecimientos fiscomisionales, y el personal docente que trabaja por designación directa desde las autoridades de estos planteles, que no tienen el carácter de servidores públicos.

Siendo así, los docentes con nombramiento fiscal conforme lo señalado por el Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, por el hecho de tener nombramiento fiscal desarrollan una carrera educativa pública, por lo que los tiempos de servicios para efectos del escalafón, se imputan los años laborados en estos establecimientos, no así para aquellos que han laborado por designación directa de estos planteles religioso o laicos.

Por tanto, se deberá determinar por parte de la institución consultante, en el historial laboral de aportes del servidor docente, si los aportes se derivaron por tener nombramiento fiscal o si se derivan de la relación laboral directa con el plantel fiscomisional que tuvieron por designación de sus autoridades.

De acuerdo al artículo 10 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, las y los docentes del sector público tienen entre otros derechos, en la letra s), ‘Gozar de una pensión jubilar, estabilidad y garantías profesionales de conformidad con los términos y condiciones establecidos en la Ley Orgánica de Servicio Público; (...)’.

Por lo expuesto, y tratándose de la jubilación general para efectos de la Ley de Seguridad Social, se imputan los años aportados que haya acreditado el servidor en general. Adicionalmente a la jubilación referida, en el evento de que se establezcan planes para considerar retiros por jubilación de las o los servidores públicos docentes de carrera en la institución, la compensación que se debe aplicar es la que recoge el artículo 129 de la LOSEP, siempre y cuando el beneficiario cumpla con los requisitos de las leyes de seguridad social y demás presupuestos legales, atento que para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago se debe considerar los años laborados en el sector público así como la parte proporcional a que hubiere lugar”.



El artículo 225 de la Constitución de la República, referido en la consulta, señala las entidades y organismos que conforman el sector público:

“Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

De su parte, el inciso primero del artículo 345 de la misma Constitución prevé que la educación como servicio público se prestará a través de instituciones públicas, fiscomisionales y particulares; y, en lo que respecta al financiamiento de la educación, el artículo 348 *Ibídem* dispone:

“Art. 348.- La educación pública será gratuita y el Estado la financiará de manera oportuna, regular y suficiente. La distribución de los recursos destinados a la educación se regirá por criterios de equidad social, poblacional y territorial, entre otros.

El Estado financiará la educación especial y podrá apoyar financieramente a la educación fiscomisional, artesanal y comunitaria, siempre que cumplan con los principios de gratuidad, obligatoriedad e igualdad de oportunidades, rindan cuentas de sus resultados educativos y del manejo de los recursos públicos, y estén debidamente calificadas, de acuerdo con la ley. Las instituciones educativas que reciban financiamiento público no tendrán fines de lucro.

La falta de transferencia de recursos en las condiciones señaladas será sancionada con la destitución de la autoridad y de las servidoras y servidores públicos remisos de su obligación”.

De las normas constitucionales que han quedado citadas, se evidencia que los colegios o unidades educativas fiscomisionales no integran el sector público, no obstante lo cual, el Estado está facultado para apoyar la educación fiscomisional. En armonía con lo anterior, la letra p) del artículo 6 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, determina entre las obligaciones del Estado, la de “Coordinar acciones con sistemas y subsistemas complementarios con los distintos niveles de gobierno, así como con los sectores privados y de la sociedad civil a fin de garantizar una educación de calidad”.

Es pertinente señalar que, según el inciso primero del artículo 53 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, las instituciones educativas pueden ser públicas, municipales, fiscomisionales y particulares y éstas últimas nacionales o binacionales, cuya finalidad es impartir educación escolarizada a las niñas, niños, adolescentes, jóvenes y adultos según corresponda. Respecto de las instituciones educativas fiscomisionales, el artículo 55 *Ibídem* dispone lo siguiente:

“Art. 55.- Instituciones educativas fiscomisionales.- Son instituciones educativas fiscomisionales aquellas cuyos promotores son congregaciones, órdenes o cualquiera otra denominación confesional o laica. Son de carácter religioso o laica, de derecho privado y sin fines de lucro, garantizando una educación gratuita y de calidad.

Estas instituciones educativas contarán con financiamiento total o parcial del Estado,



con la condición de que se cumpla el principio de gratuidad, igualdad de oportunidades para el acceso y permanencia, rendición de cuentas de sus resultados educativos y manejo de los recursos y el respeto a la libertad de credo de las familias. (...)

Como se puede apreciar, la legislación de educación a la que se hace referencia previamente, reconoce como parte del sistema educativo a las instituciones educativas fiscomisionales, como entidades de derecho privado y sin fines de lucro, cuyos promotores son congregaciones, órdenes o cualquiera otra denominación confesional o laica. Dichas entidades pueden contar con financiamiento total o parcial del Estado, para lo cual las mismas deben cumplir con los principios de gratuidad, igualdad de oportunidades de acceso y permanencia, rendición de cuentas y respeto a la libertad de credo de las familias.

La letra n) del artículo 22 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural establece como competencia de la Autoridad Educativa Nacional, autorizar la creación o disponer la revocatoria de las autorizaciones para el funcionamiento de establecimientos educativos, atribución que es recogida también por el artículo 91 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural; y, dentro de esa esfera de competencia, el artículo 96 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, prevé:

“Art. 96.- Resolución. En la resolución que dicte la Autoridad Educativa Zonal, deben constar el nombre y la dirección de la institución educativa, la identificación del representante legal y la del promotor. En el caso de establecimientos fiscomisionales y particulares, debe constar el nivel y modalidad educativa en que ofrecerá sus servicios, el año escolar en que inicia y termina la vigencia de la autorización y la capacidad instalada de la institución educativa.

En la resolución de autorización de un establecimiento fiscomisional se establecerá el número de docentes fiscales que le serán asignados, como mecanismo de apoyo financiero a su funcionamiento. El Estado asumirá el pago de docentes, mediante la asignación de profesionales, que hayan participado y ganado los respectivos concursos de méritos y oposición. Los docentes fiscales asignados a los establecimientos fiscomisionales deberán participar de la misión y valores de las congregaciones, órdenes o cualquiera otra denominación confesional o laica, de la promotora del establecimiento educativo”.

En lo que atañe a los planteles de educación fiscomisionales, el artículo 96 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que ha quedado citado, dispone que en la resolución de autorización de un establecimiento fiscomisional, se determinará el número de docentes fiscales asignados, como mecanismo de apoyo financiero a su funcionamiento; y adicionalmente, dispone que el Estado asumirá el pago de docentes, mediante la asignación de profesionales, que hayan participado y ganado los respectivos concursos de méritos y oposición, lo cual ratifica la posibilidad de que docentes fiscales ejerzan su labor en unidades educativas fiscomisionales.

En lo relacionado al personal que integra la carrera educativa pública, el artículo 93 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, dispone lo siguiente:

“Art. 93.- La carrera educativa pública incluye al personal docente con nombramiento fiscal que labore en establecimientos educativos fiscales o fiscomisionales, en cualquiera de sus funciones, modalidades y niveles. Los docentes que laboren en instituciones particulares estarán amparados por el Código del Trabajo (...)

Concordante con la norma legal invocada, el inciso primero del artículo 261 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, establece:

“Art. 261.- Carrera educativa pública. La carrera educativa pública incluye al personal docente con nombramiento fiscal que labore en los establecimientos educativos fiscales o fiscomisionales, en cualquiera de sus funciones, modalidades o niveles. Se inicia cuando una persona ingresa como docente al sistema educativo fiscal y termina cuando cesa en sus funciones; el ascenso en la carrera se produce al pasar de una categoría a la inmediata superior como consecuencia del cumplimiento de los requisitos establecidos en este Reglamento y en la normativa que expida la Autoridad Educativa Nacional (...)”.

De las normas previamente transcritas, se desprende que la Ley reconoce la carrera educativa pública, la cual incluye al personal docente que labora con nombramiento fiscal en establecimientos fiscomisionales, en cualquiera de sus funciones, modalidades y niveles.

Una vez que fueron analizados los temas relacionados a la carrera docente pública y los planteles fiscomisionales, al atender la materia de su consulta, se observa que esta se encuentra relacionada con la procedencia de la inclusión del tiempo de servicio en calidad de docentes fiscales en establecimientos fiscomisionales para el cálculo del tiempo total de servicios de aquellos servidores que en la actualidad se encuentran laborando en otras instituciones públicas, y que manifiestan su voluntad de acceder al beneficio para acogerse a la jubilación.

En este contexto es procedente observar que el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que fue reformado por el artículo 63 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 483 de 20 de Abril de 2015, respecto al beneficio por jubilación para los servidores públicos prescribe:

“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 (...)”.

En lo principal, de la norma antes citada, se establece que los servidores de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, salvo los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, que se retiren del servicio público para acogerse a la jubilación, tienen derecho a recibir, por una sola vez, cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo cálculo a partir del año 2015, se utilizará el salario básico unificado vigente al 1 de enero del referido año. Para dicho efecto las instituciones del Estado deben efectuar las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal; pudiendo a su vez, pagar este beneficio con bonos del Estado.

En forma concordante, el artículo 288 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, al que hace referencia en su consulta, al reglar el pago de compensación por retiro no obligatorio para acogerse a la jubilación y a la jubilación por invalidez, dispone:

“Art. 288.- De la compensación por jubilación y retiro no obligatorio.- La o el servidor público que cumpla con los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social para la jubilación, podrá presentar voluntariamente su solicitud de retiro de servicio público, solicitud que podrá ser aceptada por la institución de conformidad con el plan aprobado por aquella y se reconocerá al solicitante un estímulo y compensación económica, de conformidad a la Disposición General Primera de la LOSEP, en concordancia con los artículos 128 y 129 de la misma ley. Dicha solicitud será aceptada por la institución previa la verificación de la disponibilidad presupuestaria.

Para proceder al pago de la compensación económica por jubilación y retiro voluntario, se establece que en caso de que la o el servidor público tenga menos de 70 años, la compensación económica podrá ser cancelada en bonos del Estado, si no existiere disponibilidad presupuestaria suficiente, caso contrario se pagará en efectivo.

La o el servidor público que acredite la jubilación por invalidez reconocida de conformidad con las leyes de seguridad social, podrá presentar su solicitud y será cancelada durante el ejercicio económico en que fuere calificada dicha invalidez por la respectiva institución de seguridad social. Para proceder al pago de la compensación económica se aplicará lo establecido en el segundo inciso del presente artículo”.

Finalmente, el artículo 285 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, que también forma parte del contenido de su consulta, al tratar sobre los años de servicio en el sector público que han de considerarse para el cálculo de las compensaciones correspondientes, prescribe:

“Art. 285.- Disposiciones para las compensaciones económicas e indemnizaciones.- Las UATH, dentro de la planificación anual del talento humano, determinarán el número de servidoras y servidores que podrán acogerse durante el siguiente ejercicio fiscal, a las indemnizaciones o compensaciones contempladas en la LOSEP, a fin de contar con la respectiva disponibilidad presupuestaria para el efecto. Esta planificación deberá contar previamente con el dictamen presupuestario favorable del Ministerio de Finanzas respecto de la administración pública central e institucional, en concordancia con lo establecido en el artículo 56 de la LOSEP.

Se considerará para el cálculo de las compensaciones y su correspondiente pago, los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar. En caso de que la servidora o servidor hubiesen recibido indemnización por supresión de puestos o venta de renuncias y hubiere devuelto el valor de la misma, se tomarán en cuenta todos los años de servicios en el sector público, más si no hubiere procedido a hacerlo y ésta o éste reingresó legalmente a laborar en el sector público, sólo se tomarán en cuenta los años de servicios laborados a partir de la fecha de su reingreso.

Se exceptuarán de esta planificación los casos no previstos, siempre que se cuente con el dictamen favorable del Ministerio de Finanzas”.

Del tenor del artículo 285 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, se desprende que para el cálculo de la compensación económica por renuncia voluntaria para acogerse al beneficio por jubilación, establecido en el artículo 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se considerarán los años laborados en el sector público, así como la parte proporcional a que hubiere lugar.

Adicionalmente, por mandato de la misma disposición reglamentaria, las Unidades de Administración de Talento Humano UATH, con el fin de contar con la disponibilidad presupuestaria correspondiente, determinarán anualmente dentro de su planificación el número de servidores que podrán acogerse a las indemnizaciones o compensaciones contempladas en la Ley Orgánica del Servicio Público en el siguiente ejercicio fiscal, la misma que deberá contar previamente con el dictamen presupuestario favorable del Ministerio de Finanzas.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta y al amparo del artículo 93 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que determina que la carrera educativa pública, incluye al personal docente con nombramiento fiscal que labore en establecimientos educativos fiscales o fiscomisionales, se concluye que para establecer los años totales de servicio en el sector público, en aquellos casos de servidores que hayan laborado anteriormente con una partida de docente fiscal en establecimientos fiscomisionales, se debe incluir ese tiempo de prestación de servicios dentro del cálculo de la compensación establecida en los artículos 285 y 288 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público. En el evento de que el servidor haya laborado en el establecimiento fiscomisional en base a un contrato de trabajo suscrito con el representante del establecimiento educativo, es decir a través de una relación laboral directa con el plantel fiscomisional, no procede el reconocimiento de dichos años como servidor público.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas; no constituye autorización u orden de pago y la aplicación de dichas normas a los casos concretos, así como la verificación y determinación de la naturaleza de la relación laboral entre la entidad fiscomisional y el docente, son de estricta responsabilidad de los funcionarios de la entidad consultante.

## **FORO DE ABOGADOS: INSCRIPCIÓN PARA EJERCER PROFESIÓN**

**OF. PGE. N°: 08524 de 14-11-2016**

**ENTIDAD CONSULTANTE: DEFENSORÍA PÚBLICA GENERAL DEL ESTADO**

### **CONSULTAS:**

“1. Si en virtud de lo dispuesto en los literales a) y b) de la Disposición Transitoria Octava del Código Orgánico de la Función Judicial, las normas de afiliación obligatoria al Foro administrado por el Consejo de la Judicatura, contenidas en los arts. 324, 325, 326 y 327, no son aplicables a los abogados graduados antes del 9 de marzo de 2009, fecha de promulgación del citado Código Orgánico. En consecuencia: a) la procedencia legal de que un abogado graduado antes del 9 de marzo del 2009, ejerza su profesión únicamente con la credencial o carné de afiliación extendido por un Colegio de Abogados; b) la procedencia legal de que un abogado graduado con posterioridad al 9 de marzo del 2009, ejerza su profesión únicamente con la credencial o carné de afiliación extendido por un Colegio de Abogados; y, c) la procedencia legal de que un abogado extranjero que ha homologado o inscrito su título en el Ecuador antes del 9 de marzo del 2009, ejerza su profesión únicamente con la credencial o carné de afiliación extendido por un Colegio de Abogados.

2. Si el art. 16 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, al reconocer que los Colegios de Abogados son personas jurídicas de derecho privado, les permite que rijan sus actuaciones por el principio de libertad consignado en el art. 8 del Código Civil, y,

en consecuencia, ante el silencio de la ley, los requisitos y procedimientos para proceder a la afiliación de los profesionales que lo soliciten deben ser aquellos que consten en sus respectivos estatutos”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República, Arts. 11 núm. 2; 82; y, 237 núm. 3.

Código Civil, Art. 7.

Código Orgánico de la Función Judicial, Arts. 324, 325, 326, 327 y 332, y Disp. Trans. Octava.

Ley Orgánica de la Función Judicial, Arts. 146, 147 y 148 (derogada).

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

Ley de Federación de Abogados del Ecuador, Art. 2 inc. tercero (declarado inconstitucional).

Ley de Control Constitucional, Art. 22 (derogada).

Resolución del Tribunal Constitucional Nro. 0038-2007-TC, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 336 de 14 de Mayo del 2008.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Mediante oficio 07745 de 13 de septiembre de 2016, este Organismo insistió que se remita el informe jurídico debidamente fundamentado y en texto independiente, por parte de la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica de la Defensoría Pública que usted representa. Dicho requerimiento fue atendido en oficio No. DP-DPG-2016-0245-O de 21 de septiembre de 2016.

Mediante oficio No. 07744 de 13 de septiembre de 2016 e insistencia constante en el oficio No. 08047 de 3 de octubre del mismo año, se solicitó el criterio institucional del Consejo de la Judicatura respecto a las consultas reformuladas por la entidad consultante mediante oficio No. DP-DPG-2016-0226-O de 29 de agosto de 2016.

Con oficio No. CJ-DG-2016-1307 de 14 de octubre de 2016, ingresado a este Organismo el 18 del mismo mes y año, el Director General del Consejo de la Judicatura, en respuesta al oficio No. 08047 de 3 de octubre de 2016, manifiesta: “(...) el Consejo de la Judicatura se ha pronunciado oportunamente con el criterio institucional contenido en el Oficio No. CJ-DG-2016-1159 de 14 de septiembre de 2016. En este sentido y al no haber variado los elementos de la consulta, ratifico el criterio institucional antes indicado, con el cual, se da contestación a la consulta solicitada por la Defensoría Pública”.

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

#### **PRIMERA CONSULTA**

En el informe jurídico de la entidad consultante, la Directora Nacional de Asesoría Jurídica de la Defensoría Pública, cita como fundamentos jurídicos 1os artículos 324, 325, 326, 327 y Disposición Transitoria Octava del Código Orgánico de la Función Judicial y la Sentencia del Tribunal Constitucional (actual Corte Constitucional), dictada en el caso No. 0038-2007-TC, en base a lo cual realiza el siguiente análisis:

“2. En concordancia con la Disposición Transitoria Octava del mismo cuerpo legal, la norma antes señalada es aplicable obligatoriamente para los abogados graduados a partir del 9 de Marzo del 2009, fecha de publicación en el Registro Oficial del Código Orgánico de la Función Judicial, mas no para los abogados graduados antes de dicha fecha, los cuales, según la citada Disposición Transitoria, pueden continuar ejerciendo



la profesión por el solo hecho de haber estado registrados con anterioridad en la Corte Nacional de Justicia o en las Cortes Provinciales de Justicia del país y, por ende, inscritos en uno de los Colegios de Abogados del país. De este modo, el principio de la irretroactividad de la ley -consagrado en el Art. 7 del Código Civil y respaldado en el derecho a la seguridad jurídica prevista en el Art. 82 de la Constitución de la República, encuentra cabal aplicación”.

Con fundamento en el análisis realizado, la Directora Nacional de Asesoría Jurídica de la Defensoría Pública, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“1.- En virtud de lo dispuesto en los literales a) y b) de la Disposición Transitoria Octava del Código Orgánico de la Función Judicial, las normas de afiliación obligatoria al Foro administrado por el Consejo de la Judicatura, contenidas en los Arts. 324, 325, 326 y 327 del mismo cuerpo legal no son aplicables a los abogados graduados antes del 9 de marzo de 2009. En consecuencia los abogados graduados antes de dicha fecha, pueden continuar ejerciendo la profesión por el solo hecho de haber estado registrados con anterioridad en la Corte Nacional de Justicia o en las Cortes Provinciales de Justicia del país y, por ende, afiliados a uno de los colegios de abogados del país. Consecuentemente, la credencial o carné de afiliación extendido por un Colegio de Abogados del país es suficiente para estos efectos. Lo dicho no excluye la posibilidad de que puedan solicitar por escrito el otorgamiento de su credencial ante el respectivo Director Provincial del Consejo de la Judicatura, pero ya no como una exigencia obligatoria, ni tampoco con registro o inscripción adicional alguna.

Todo abogado que se hubiere graduado después de esa fecha, para poder ejercer su profesión, tiene la obligación de inscribirse en el Foro del Consejo de la Judicatura y acreditar su condición con la credencial respectiva. Por lo tanto, la credencial o carné de afiliación extendido por un Colegio de Abogados del país no es suficiente para estos efectos.

Los abogados extranjeros que hubieren homologado o inscrito su título en el Ecuador antes del 9 de marzo de 2009, pueden ejercer su profesión únicamente con la credencial o carné de afiliación extendido por un Colegio de Abogados”.

Con relación a los temas consultados inicialmente por la Defensoría Pública, y que fueron reformulados en la primera consulta que absuelvo, el Consejo de la Judicatura, mediante Oficio No. CJ-DG-2016-1159 de 14 de septiembre de 2016, consignó el siguiente criterio institucional:

“1.- Si la Inscripción en un Colegio de Abogados de cualquier provincia del país autoriza o no el ejercicio profesional de la abogacía; y en qué casos’.

Respuesta: Las inscripciones en los Colegios de Abogados a nivel nacional de aquellos profesionales que hasta el 9 de marzo del 2009 obtuvieron su título de abogado son válidas para el ejercicio de la profesión de conformidad con las normas de la Ley de Federación de Abogados vigente hasta esta fecha; y, de conformidad con las normas del Código Orgánico de la Función Judicial. En concreto la obtención de la credencial que acredite la afiliación de un profesional del derecho a un Colegio de Abogados de cualquier provincia del país hasta el 9 de marzo del año 2009, le permite el ejercicio de la representación judicial de los usuarios del sistema de justicia sin importar la provincia a la que pertenezca la organización gremial.

Respecto de los casos en los que estos profesionales pueden hacer uso de esta credencial para el patrocinio judicial son los siguientes:



- a) Cuando la credencial de afiliación a un Colegio de Abogados hubiese sido obtenida hasta antes del 9 de marzo del 2009;
- b) Cuando en el caso de que la credencial otorgado por el Colegio de Abogados tuviese fecha de expiración en su impresión, la misma se encuentre vigente a la fecha en la cual el abogado ejerza el patrocinio judicial; y,
- c) Las credenciales obtenidas hasta la fecha indicada en el literal a), pueden ser usadas por los profesionales del derecho a nivel nacional.

‘4.- Procedencia legal de que un abogado graduado con posterioridad al 9 de marzo del 2009, ejerza su profesión únicamente con la credencial o carné de afiliación extendido por un Colegio de Abogados’.

Respuesta: No es procedente el ejercicio profesional del patrocinio judicial de los profesionales del derecho cuya fecha de graduación profesional sea posterior al 9 de marzo del 2009 con la credencial de afiliación extendida por un colegio de abogados, esta habilitación para el patrocinio solo se la otorga a través de la credencial del foro de abogados otorgada por el Consejo de la Judicatura de conformidad a las normas citadas en el párrafo de respuesta de la pregunta tres (3).

‘5.- Procedencia legal de que un abogado graduado antes del 9 de marzo del 2009, ejerza su profesión únicamente con la credencial de afiliación por un Colegio de Abogados’.

Respuesta: Si (sic) procedente el ejercicio profesional con el carnet del colegio de abogados siempre que se cumplan las condiciones explicadas en el párrafo de respuesta de la pregunta uno (1). Es decir, se podrá ejercer la litigación en el sistema judicial con los carnés otorgados hasta el 9 de marzo del 2009 por los Colegios de Abogados a nivel nacional, y que de conformidad a su fecha de expiración de tenerla se encuentre vigente a la fecha y durante el patrocinio judicial.

‘6.- Procedencia legal de que un abogado extranjero, una vez registrado su respectivo título en la Secretaria de Educación Superior, Ciencia y Tecnología e Innovación, se afilie a una Colegio de Abogados basado en el derecho a la libertad de asociación’.

Respuesta: En relación a esta pregunta, es necesario de igual forma diferenciar a aquellos profesionales que registraron su título obtenido en el extranjero en la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación hasta el 9 de marzo del 2009 y aquellos profesionales del derecho que hayan logrado su registro posterior a la fecha indicada.

En este sentido para quienes hayan logrado el registro su título hasta el 9 de marzo del 2009 y en concordancia con las leyes vigentes a esa fecha en especial a la Ley de la Federación de Abogados, les era mandatorio su inscripción en un Colegio de Abogados para el ejercicio profesional con la credencial por estos organismos gremiales otorgadas, sin embargo a partir del 9 de marzo del 2009, para aquellos profesionales que hubiesen obtenido su título en el extranjero, no les es suficiente el solo registro de su título profesional en la Secretaria de Educación, Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, pues adicional a ello deberán realizar las prácticas pre profesionales dispuestas en el Código Orgánico de la Función Judicial vigente a la presente fecha, una vez realizada esta retribución social de práctica pre profesional, podrán obtener su credencial del Foro de Abogados, único documento que habilita al profesional al patrocino judicial a partir del 9 de marzo del año 2009, con las consideraciones dadas en este documento respuesta”.

De la lectura de los términos de su primera consulta reformulada, se puede apreciar que

la misma está encaminada a determinar si las disposiciones contenidas en el Código Orgánico de la Función Judicial, son aplicables a los abogados que han obtenido y registrado sus títulos profesionales antes de la promulgación de dicho Código.

La Constitución de la República, en su artículo 82 garantiza el derecho a la seguridad jurídica, en los siguientes términos:

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

En tanto que el artículo 7 del Código Civil contiene el principio de irretroactividad de la Ley:

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

De las disposiciones enunciadas se puede determinar que, el derecho constitucional a la seguridad jurídica radica en la existencia de normas jurídicas emitidas previamente a los actos que regula, lo cual es reforzado con el principio de irretroactividad de la ley contenido en el Código Civil, por el cual se establece que la ley rige únicamente para lo venidero.

En este contexto es necesario remitirnos inicialmente a las disposiciones contenidas en la derogada Ley Orgánica de la Función Judicial, que fue publicada en el Registro Oficial No. 636 de 11 de septiembre de 1974 y que estuvo vigente hasta el 09 de marzo del 2009, referentes al tema materia de su consulta.

Es así que, los artículos 146, 147 y 148 de la derogada Ley Orgánica de la Función Judicial, sobre la inscripción de los abogados, la matrícula profesional y el ejercicio de la profesión estipulaban:

“Art. 146.- Son doctores en jurisprudencia o abogados los que hubieren obtenido estos títulos en las universidades de la República, conforme a la Ley.

Solo la inscripción de un Colegio de Abogados hecha a base de la matrícula, autoriza el ejercicio de la profesión en cualquier lugar de la República”.

“Art. 147.- En la Corte Suprema se llevará un libro, a cargo de la Secretaría General, en el que se inscribirán por orden alfabético los nombres de todos los doctores en jurisprudencia y abogados de la República, con expresión de la fecha en que hubieren obtenido su título.

Las Cortes Superiores llevarán, a su vez, un registro de los doctores en jurisprudencia y abogados matriculados en su respectiva provincia.

Las facultades de Jurisprudencia remitirán a la Corte Suprema y a la correspondiente Corte Superior, la nómina de los profesionales, graduados. A su vez, los Colegios de Abogados proporcionarán semestralmente a dichas Cortes, los datos relativos a las inscripciones de Abogados que hubieren efectuado”.

“Art. 148.- En los tribunales y juzgados no se admitirá escrito alguno que no esté firmado por un profesional inscrito en la matrícula.

La matrícula es una sola en la República y, en consecuencia, inscrito el título en la Corte

Suprema o en cualquiera de las Cortes Superiores y Colegios de Abogados, los profesionales pueden ejercer la profesión ante los tribunales y juzgados de cualquier lugar del país”.

De las disposiciones previamente citadas, se puede establecer que, el segundo inciso del artículo 146 de la derogada Ley Orgánica de la Función Judicial, prescribía que los profesionales de derecho para estar autorizados para ejercer la profesión en cualquier lugar de la República debían inscribirse previamente en un colegio de abogados. Esta inscripción debía efectuarse a base de la matrícula profesional otorgada una vez inscrito el título profesional en el registro a cargo de la Secretaría General de la Corte Suprema, y las Cortes Superiores de su jurisdicción de acuerdo a lo prescrito en el artículo 147 *Ibidem*.

Finalmente, el artículo 148 de la derogada Ley prescribía que la matrícula profesional de abogado era una sola para todo el país, la cual se obtenía inscribiendo el título profesional en la Corte Suprema o Cortes Superiores y era el requisito previo para que un profesional pudiera obtener la inscripción correspondiente en un colegio de abogados del país y así quedar habilitado para ejercer la profesión ante los tribunales y juzgados de toda la República; estableciendo además que ningún tribunal o juzgado podía admitir escritos que estuvieren firmados por un abogado que no hubiere obtenido dicha matrícula.

Las normas previamente citadas, guardaban relación con la disposición contenida en el tercer inciso del artículo 2 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador que dispone: “La afiliación de los Abogados a los Colegios provinciales es obligatoria”.

Es procedente indicar que la obligación de afiliación contenida en el artículo 2 de la referida Ley de Abogados, fue declarada inconstitucional por razones de fondo mediante Resolución del Tribunal Constitucional Nro. 0038-2007-TC, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 336 de 14 de Mayo del 2008, la misma que en su parte pertinente manifiesta:

“(…)

DÉCIMA SEGUNDA.- (...) En definitiva, es evidente, que todas y cada una de las normas cuya inconstitucionalidad se demanda, contienen una carga impositiva de asociarse o afiliarse a determinada agrupación gremial o entes privados asociativos, llegando al extremo de condicionar en algunos casos la afiliación previa, para el otorgamiento de puestos públicos o de cualquier otra índole. Es claro entonces, que del estudio realizado todas y cada una de las normas determinadas en el libelo inicial vulneran los preceptos contenidos en los numerales, 3, 16 y 19 del artículo 23 de la ley; así también, tanto el artículo 20 numeral 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuanto el artículo 22 inciso primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, contra el principio de supremacía determinado en el artículo 272 de la Constitución Política, lo cual las tornan en inconstitucionales.

(…)

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales,

**RESUELVE:**

1.- Declarar la inconstitucionalidad por razones de fondo de la siguiente normativa:

(...) artículos 2, 17, literal a), artículo 33: incisos primero, en la parte que dice: ‘afiliados a los Colegios’, inciso segundo, en la parte que dice: ‘y afiliados a los Colegios de

Abogados', 35, primer inciso, en la parte que dice: 'afiliado a un Colegio', 38, 39, en la parte que dice: 'afiliado' 47, 50, en la parte que dice: 'inscrito en la matrícula de un Colegio de Abogados', 51, en la parte que dice: 'afiliado', 60, en la parte que dice: 'afiliados' y 61 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador (Decreto Supremo No. 201) publicado en el Registro Oficial No. 507 de 7 de Marzo de 1974; del artículo 5 innumerado: inciso primero, en su parte que dice: 'afiliado' e inciso tercero de la Ley Reformatoria a la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 91 de 20 de Junio de 1997; (...)"

Es decir que a partir del 14 de mayo de 2008, fecha en que fue publicada la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, la afiliación a las agrupaciones gremiales como son los Colegios de Abogados contenida en el artículo 2 de la Ley de la Federación de Abogados, dejó de ser obligatoria y se mantuvo la inscripción de los profesionales graduados como abogados o doctores en jurisprudencia, en el libro de registro de la Secretaría General de las entonces Corte Suprema y en las Cortes Superiores respectivamente, en los términos previstos en los artículos 147 y 148 de la derogada Ley Orgánica de la Función Judicial.

Con relación a la inconstitucionalidad de las normas, el artículo 22 de la derogada Ley de Control Constitucional que estuvo vigente a la fecha de emisión de la resolución No. 0038-2007-TC, determinaba que, las disposiciones que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales, cesarán en su vigencia desde su publicación en el Registro Oficial sin que juez o autoridad alguna puedan invocarlas o aplicarlas; sin embargo, la declaratoria de inconstitucionalidad no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales disposiciones y antes que sea declarada su inconstitucionalidad.

Posteriormente, el 9 de marzo de 2009 se publicó el en Registro Oficial No. 544 el Código Orgánico de la Función Judicial que introdujo nuevas disposiciones legales respecto al registro e inscripción de los abogados, y en sus disposiciones reformativas y derogatorias derogó la Ley Orgánica de la Función Judicial.

El numeral 3 del artículo 324 del Código Orgánico de la Función Judicial, que trata sobre los Requisitos para el Patrocinio, en relación a la inscripción de los abogados, prescribe:

“Art. 324.- REQUISITOS PARA EL PATROCINIO.- Para patrocinar se requiere:

1. Tener título de abogada o abogado otorgado por una facultad de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas de una universidad legalmente reconocida e inscrita en el Consejo de Educación Superior; si se trata de un título obtenido en el extranjero, deberá acreditarse su previa homologación e inscripción;
2. Hallarse en goce de los derechos de participación política; y si la abogada o abogado es extranjero hallarse en goce de los derechos civiles;
3. Formar parte del Foro mediante su incorporación al registro que, al efecto, mantendrá el Consejo de la Judicatura, a través de las direcciones regionales”.

En forma concordante los artículos 325 y 326 del Código Ibídem establecen el procedimiento a aplicarse para la incorporación al foro de los profesionales y la expedición de la matrícula profesional, de la siguiente manera:

“Art. 325.- LIBRO DE INCORPORACION AL FORO.- Las Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura llevarán un libro, en el que se inscribirán por orden cronológico los nombres de todos las abogadas y abogados de la República que se hayan incorporado al Foro, con expresión de la fecha en que hubieren obtenido su título y la

facultad de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas que lo ha extendido. Al efecto, las direcciones regionales enviarán, mensualmente, un informe con la nómina de los abogados que se hayan incorporado al Foro en los respectivos distritos judiciales al Consejo de la Judicatura. El Consejo de la Judicatura enviará mensualmente a todas las judicaturas del país una copia de la lista actualizada de abogados incorporados al Foro.

Las facultades de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas de las universidades legalmente establecidas en el país remitirán al Consejo de la Judicatura y a las direcciones regionales la nómina de los profesionales, graduados, dentro de los ocho días de que lo hayan hecho. A su vez, las direcciones regionales remitirán esta información a las cortes, tribunales y juzgados, cuyos titulares se regirán por esta nómina para autorizar el acceso a los abogados legalmente inscritos a la revisión de los expedientes y al patrocinio en las causas”.

“Art. 326.- MATRICULA PROFESIONAL.- El número de la inscripción en el libro respectivo, será el de la matrícula profesional, que incorporado a un carné servirá como acreditante ante los órganos jurisdiccionales y demás organismos del sector público y privado, de la calidad profesional de abogada o abogado.

La elaboración y entrega del carné estará a cargo de las direcciones regionales del Consejo de la Judicatura.

En ningún caso se entregará este carné sin la acreditación de haber concluido el año de práctica pre profesional a la que se refieren los siguientes artículos. El incumplimiento de esta disposición por parte del servidor respectivo constituirá falta susceptible de destitución”.

Como se puede apreciar de las normas analizadas, el artículo 325 del Código Orgánico de la Función Judicial determina que las Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura deben llevar un libro en el que se inscribirán cronológicamente los nombres de todas las abogadas y abogados de la República que se incorporen al Foro y el artículo 326 determina que el número de dicha inscripción será el número de matrícula profesional, el cual deberá ser incorporado a un carné para que le sirva como documento acreditante a las abogadas y abogados a fin de que puedan actuar ante cualquier órgano jurisdiccional y demás organismos del sector público y privado.

Con relación a la intervención de los abogados en el patrocinio de causas, el inciso segundo del artículo 327 del referido Código, prescribe que “En los tribunales y juzgados no se admitirá escrito alguno que no esté firmado por un abogado incorporado al Foro, excepto en el caso de la tramitación de procesos relativos a garantías jurisdiccionales y las causas que conozcan las juezas y jueces de paz”.

En este contexto, y ante las reformas introducidas por el Código Orgánico de la Función Judicial, es pertinente analizar el contenido de la Disposición Transitoria Octava de ese cuerpo legal que regula los plazos y requisitos para la inscripción en el foro del Consejo de la Judicatura y cuyo tenor es el siguiente:

“OCTAVA.- DISPOSICIONES RELATIVAS A LAS ABOGADAS Y LOS ABOGADOS.-

a. Dentro de los ciento ochenta días siguientes a la promulgación de este Código, quienes se graduaren de abogadas y abogados deberán acudir a la oficina provincial del Consejo de la Judicatura para inscribirse en el Foro, portando su título de abogada o abogado, el certificado de inscripción respectivo otorgado por el CONESUP, o copias notariadas de los mismos. Podrá sustituirse el título de abogada o abogado por una



certificación extendida por la facultad de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas en que haya obtenido legalmente el título profesional. La Corte Nacional de Justicia y las Cortes Provinciales remitirán al Consejo de la Judicatura el listado de las abogadas y abogados que ya estuvieran inscritos en sus registros, los mismos que no deberán reinscribirse, pero podrán solicitar por escrito el otorgamiento de su credencial, ante el respectivo Director Provincial del Consejo de la Judicatura.

En el mismo día que se presente la abogada o el abogado con los documentos requeridos, el director provincial del Consejo de la Judicatura le incorporará al Foro y le extenderá la credencial con el número de la matrícula que le corresponda en estricto orden secuencial, este documento será el único que habilitará para el ejercicio de la profesión.

Pasado un año de promulgado este Código, ninguna abogada ni abogado podrá ejercer la profesión si no está inscrito en el Foro y lo acredita con la credencial respectiva, salvo las abogadas y abogados que por haber estado inscritos en la Corte Nacional o en las Cortes Provinciales no estuvieren obligados a la obtención de la credencial, en cuyo caso su incorporación al Foro se constatará en las listas que el Consejo de la Judicatura remita de conformidad con el Artículo 325 de este Código. Similar disposición se aplicará para lo previsto en la siguiente letra.

b. Cumplido este plazo, no se admitirá en ningún tribunal o juzgado escrito alguno que no esté firmado por una abogada o abogado incorporado al Foro, excepto en el caso de la tramitación de procesos relativos a garantías jurisdiccionales y las causas que conozcan las juezas y jueces de paz;

c. Los estudios jurídicos colectivos actualmente existentes pondrán en conocimiento de la dirección regional respectiva del Consejo de la Judicatura, la nómina de los integrantes, con señalamiento de la fecha de su incorporación al Foro y el número de matrícula respectiva, dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del plazo máximo para que las abogadas y los abogados se inscriban en el Foro; y,

d. El Consejo de la Judicatura dictará el reglamento respectivo para regular la práctica pre profesional obligatoria para los estudiantes egresados de las facultades de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas. Dichas prácticas serán exigibles a partir del 20 de octubre del año 2011”.

La disposición transitoria citada, otorgó el plazo de 180 días contados a partir del 9 de marzo de 2009, para cumplir con lo dispuesto en la letra a) de esa disposición transitoria y una vez transcurrido un año de la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial, estableció la prohibición del ejercicio de la profesión para aquellos profesionales que no se hayan inscrito en el Foro del Consejo de la Judicatura, con excepción de aquellos abogados inscritos en la Corte Nacional o en las Cortes Provinciales (Anteriores Corte Suprema y Cortes Superiores respectivamente), que no están obligados a reinscribirse en el Foro del Consejo de la Judicatura.

Con relación a este tema, mediante Resolución No. 65-09 de 5 de noviembre de 2009, el Consejo de la Judicatura emite el Instructivo para el Registro de Títulos de Abogados en el Consejo de la Judicatura, el mismo que en su Disposición Transitoria Tercera dispone:

“Tercera.- Los abogados y abogadas que poseen la credencial otorgada por los Colegios de Abogados, seguirán ejerciendo su profesión con la presentación de dicha credencial. Los abogados y abogadas que se hayan inscrito en la Secretaría de la Corte Nacional de Justicia y Cortes Provinciales, podrán ejercer su profesión con la presentación del



número de inscripción otorgado por la Secretaría correspondiente”.

En base al análisis jurídico efectuado, se puede determinar que, los abogados que hayan obtenido su matrícula profesional, antes de la promulgación del Código Orgánico de la Función Judicial, pueden seguir ejerciendo su profesión sin necesidad de obtener una nueva inscripción o matrícula en el Foro del Consejo de la Judicatura, ya que previamente cumplieron con el requisito de inscripción en la Secretaría de la Corte Nacional de Justicia y Cortes Provinciales para obtener su respectiva matrícula y así estar facultando legalmente para ejercer la profesión.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República, artículo 7 del Código Civil y la Disposición Transitoria Octava del Código Orgánico de la Función Judicial, las normas de afiliación obligatoria al Foro del Consejo de la Judicatura, contenidas en los artículos 324, 325, 326 y 327 del Código Orgánico de la Función Judicial, no tiene carácter retroactivo y por ende no son aplicables a los abogados graduados antes del 9 de marzo de 2009, fecha de promulgación del citado Código Orgánico.

Por lo tanto, un abogado graduado antes del 9 de marzo del 2009, puede ejercer su profesión con la matrícula profesional y la inscripción a un colegio de abogados del país o solo con el número de inscripción otorgado por la Corte Nacional o las Cortes Provinciales, en virtud de lo prescrito en el inciso tercero de la disposición transitoria octava del Código Orgánico de la Función Judicial que reconoce su derecho al ejercicio profesional en los diferentes tribunales y juzgados a nivel nacional desde el momento de su inscripción en la Secretaría de la Corte Nacional o Cortes Provinciales respectivamente.

Por otro lado, aquellos abogados graduados con posterioridad al 9 de marzo del 2009, pueden ejercer su profesión únicamente con la inscripción en el Foro del Consejo de la Judicatura y acreditar el particular con la credencial o carné de afiliación entregado por dicho Consejo o sus Direcciones Regionales.

En lo relacionado a los abogados que hubieren obtenido su título en el extranjero, para que puedan ejercer la profesión en el país, la derogada Ley Orgánica de la Función Judicial, en su artículo 152 contemplaba que:

“Art. 152.- Podrán ejercer la abogacía en la República, los abogados que hubieren obtenido su título en el exterior, sean extranjeros o no, siempre que cumplan los requisitos previstos en los Tratados Internacionales suscritos por el Ecuador y que obtengan la revalidación de su título en la forma y bajo las condiciones que prescriba la Ley, y siempre que se observare el principio de reciprocidad”.

Y, el artículo 332 del actual Código Orgánico de la Función Judicial, sobre los abogados graduados en el extranjero dispone lo siguiente:

“Art. 332.- ABOGADOS GRADUADOS EN EL EXTRANJERO.- Podrán ejercer la abogacía en el país, quienes hubieren obtenido su título en el extranjero, siempre que cumplan los requisitos previstos en los tratados y convenios internacionales suscritos por el Ecuador, que obtengan la revalidación o el reconocimiento de su título en la forma y bajo las condiciones que prescriba la ley, y con observancia del principio de reciprocidad.

Previamente a su incorporación al Foro realizarán el año de práctica pre procesal al que se refiere este Código”.

En concordancia con lo dispuesto en la norma precedente, el penúltimo inciso del artículo 2 de la Resolución No. 65-09 del Consejo de la Judicatura dispone:

“Podrán incorporarse al Foro los abogados que hubieren obtenido su título en el exterior, sean extranjeros o no, siempre que, a más de los requisitos señalados en el inciso anterior, cumplieren con aquellos previstos en los Tratados Internacionales suscritos por el Ecuador y que obtengan la convalidación de su título en la forma y bajo las condiciones que prescriba la ley”.

De las normas previamente analizadas se puede apreciar que, aquellos profesionales que hasta el 09 de marzo de 2009 hubieren obtenido su título de abogado en el extranjero y lo hubieren revalidado en el territorio nacional cumpliendo con los requisitos establecidos por la Ley para el efecto, podían inscribirlo y obtener la matrícula correspondiente ante la Corte Suprema y Cortes Superiores respectivamente, quedando habilitados para el ejercicio profesional.

Finalmente, el principio de igualdad contenido en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones.

Por lo expuesto, con fundamento en el análisis jurídico efectuado, y en atención a los términos de su consulta se concluye que, los títulos de abogados obtenidos en el exterior por nacionales o extranjeros, revalidados en el Ecuador antes del 9 de marzo de 2009, habilitaban el ejercicio profesional de sus titulares, quienes podían solicitar la inscripción y obtener la matrícula correspondiente en la Corte Nacional o Cortes Provinciales (Anteriores Corte Suprema y Cortes Superiores respectivamente), en las mismas condiciones de aquellos abogados que hubieren obtenido su título profesional en el país; y consecuentemente en la actualidad están autorizados para ejercer la profesión ante los diferentes Tribunales y Juzgados de la República con esa matrícula.

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**

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

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

En aplicación de las normas legales precedentes, esta Procuraduría emitió la Resolución No. 017 de 29 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que en su artículo 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la indicada disposición constitucional.

De la lectura de los términos de su segunda consulta reformulada se evidencia que la misma no está dirigida a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, según la

esfera de mis competencias previstas en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, razón por la cual, en cumplimiento de la normativa jurídica citada, me abstengo de pronunciarme sobre el particular.

## **FUNCIONAMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES SOCIALES Y CIUDADANAS**

**OF. PGE. N°:** 08599 de 18-11-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** SECRETARÍA NACIONAL DE GESTIÓN DE LA POLÍTICA

### **CONSULTAS:**

“1. ¿Si el Decreto Ejecutivo No. 16 del 04 de junio de 2013, publicado en el Registro Oficial No. 19 de 20 de junio de 2013, se encuentra vigente o en su defecto está derogado?

2. ¿Si el Decreto Ejecutivo No. 739 de 03 de agosto de 2015, publicado en el Registro Oficial No. 570 de 21 de agosto de 2015, al ser una norma que fue publicada con posterioridad al Decreto Ejecutivo No. 16 del 04 de junio de 2013, publicado en el Registro Oficial No. 19 de 20 de junio de 2013, lo derogó al mismo de forma tácita a la luz del artículo 99 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva?

3. ¿Qué norma jurídica se debe aplicar para reglamentar el funcionamiento de las organizaciones sociales y ciudadanas?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República, Arts. 3; 66 núm. 13; 147; y, 227.

Código Civil, Arts. 1, 5, 7, 37, 38 y 565.

Ley Orgánica de Participación Ciudadana, Arts. 31 y 36.

Reglamento para el Funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas, D.E. No. 16 de 04-06-2013 publicado en el R.O.S. N° 19 de 20-06-2013.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Arts. 11 lit. k) y 99.

D.E. No. 355, R.O.2° S N° 288 de 03-07-2014.

D.E. No. 739, R.O. N° 570 de 21-08-2015.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

El informe jurídico de la entidad consultante consta en el memorando No. SNGP-DAJ-2016-0104-ME de 9 de noviembre de 2016, suscrito por la Directora de Asesoría Jurídica de la Secretaría Nacional de Gestión de la Política, quien hace referencia al Decreto Ejecutivo No. 16 de 4 de junio de 2013, publicado en el Registro Oficial No. 19 de 20 de junio de 2013, a través del cual se expidió el “Reglamento para el Funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas”. También señala que mediante el Decreto Ejecutivo No. 739 de 03 de agosto de 2015, publicado en el Registro Oficial No. 570 de 21 de agosto de 2015, se expidió la “Codificación y Reformas al Decreto Ejecutivo No. 16 del 4 de junio de 2013, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 19 del 20 de junio de 2013 y sus reformas” y se refiere especialmente al Quinto Considerando de dicho cuerpo normativo.

En el mismo memorando, la Directora de Asesoría Jurídica de la Secretaría consultante cita los artículos 3, 147 y 227 de la Constitución de la República, a los artículos 1, 5 y 7 del Código Civil, así como los artículos 11, 99 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y efectúa el siguiente análisis jurídico:

“De la exposición normativa expuesta; se puede constatar la existencia de dos Decretos Ejecutivos (No. 16 y No. 739) que reglamentan el Funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas, mismos que fueron emitidos por el Ejecutivo dentro de sus potestades constitucionales y reglamentarias.

Conforme el precepto jurídico de la armonía y unidad de las normas, el Estado es el llamado a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico y en ese sentido, bajo los mandatos del Código Civil, las normas tienen vigencia desde su publicación en el Registro Oficial y por ende desde la referida publicación, son conocidas por todos los habitantes del país y son de cumplimiento obligatorio.

En línea con lo referido, el Decreto Ejecutivo No. 739 del 03 de agosto de 2015, publicado en el Registro Oficial No. 570 de 21 de agosto de 2015, entró en vigencia el 21 de agosto de 2015 (luego de su publicación en el Registro Oficial), fecha que resulta ser posterior al 20 de junio del 2013 en la cual fue publicado en el Registro Oficial el Decreto Ejecutivo No. 16. De ahí que, al amparo del quinto considerando del Decreto Ejecutivo No. 739, se mencionó que el objeto del mismo es precisamente compilar en un solo cuerpo normativo lo descrito en el Decreto Ejecutivo No. 16 y las diferentes reformas que se han dado.

(...)

Este Despacho considera que la norma aplicable para regular el funcionamiento de organizaciones sociales – a la luz de las disposiciones legales citadas – es el Decreto Ejecutivo No. 739, puesto que la misma al ser publicada de forma posterior al Decreto Ejecutivo No. 16, le derogó tácitamente; además que al ser publicada en el Registro Oficial No. 570 de 21 de agosto de 2015, entró en vigencia en dicha fecha y por ende es de conocimiento y cumplimiento obligatorio; y que, conforme el precepto jurídico estipulado en el artículo 18 del Código Civil, que las normas se interpretarán en su forma literal, el quinto considerando del Decreto Ejecutivo No. 739 estipuló que la intención del presente Decreto es compilar en un solo cuerpo legal lo descrito en su momento por el Decreto Ejecutivo No. 16 y sus reformas”.

En lo que respecta a la primera consulta, la Directora de Asesoría Jurídica de la Secretaría Nacional de Gestión de la Política en el memorando No. SNGP-DAJ-2016-0104-ME de 9 de noviembre de 2016 concluye con el siguiente criterio jurídico:

“Por lo expuesto; en líneas anteriores y conforme lo expresado con claridad en el artículo 99 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva – aplicable a la Secretaría Nacional de Gestión de la Política – que dice a la letra: “Los actos normativos podrán ser derogados o reformados por el órgano competente para hacerlo así se lo considere conveniente. Se entenderá reformado tácitamente un acto normativo en la medida en que uno expedido con posterioridad contenga disposiciones contradictorias o diferentes al anterior”.

En lo concerniente a la segunda consulta, la Directora de Asesoría Jurídica expresa como criterio jurídico lo siguiente:

“Por lo indicado, se considera que el Decreto Ejecutivo No. 739 derogó tácitamente el Decreto Ejecutivo No. 16”.

Finalmente sobre la tercera consulta, la Directora de Asesoría Jurídica concluye:

“Que conforme el Quinto Considerando del Decreto Ejecutivo No. 739 del 03 de agosto de 2015, publicado en el Registro Oficial No. 570 de 21 de agosto de 2015 se menciona lo siguiente: ‘Que a efectos de propiciar un mejor entendimiento del Decreto Ejecutivo No. 16, es necesario recoger en un solo cuerpo legal las diferentes reformas que de aquella norma se han hecho’.

Y en razón del artículo 99 del ERJAFE citado anteriormente, la norma jurídica aplicable es el Decreto Ejecutivo No. 739”.

En virtud de que las tres consultas efectuadas en el oficio que atiendo, se encuentran referidas a un mismo tema, a continuación procedo a atenderlas de manera conjunta.

El artículo 565 del Código Civil establece la competencia del Presidente de la República para aprobar la personalidad jurídica de las corporaciones y fundaciones; y, la letra k) del artículo 11 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE prescribe entre las atribuciones del Presidente de la República:

“Art. 11.- ATRIBUCIONES Y DEBERES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.- El Presidente de la República tendrá las atribuciones y deberes que le señalan la Constitución Política de la República y la ley:

(...)

k) Delegar a los ministros, de acuerdo con la materia de que se trate, la aprobación de los estatutos de las fundaciones o corporaciones, y el otorgamiento de personalidad jurídica, según lo previsto en el Art. 584 (actual artículo 565 según la Codificación del año 2005) del Código Civil”. (La frase en paréntesis me corresponde)

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, el Presidente de la República, mediante el Decreto Ejecutivo No. 16 de 04 de junio de 2013, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 19 de 20 de junio de 2013, expidió el “REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA UNIFICADO DE INFORMACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES SOCIALES Y CIUDADANAS”, mismo que contiene la normativa que regula el Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales, -SUIOS-, para garantizar el derecho de asociación contenido en el numeral 13 del artículo 66 de la Constitución de la República, así como en los artículos 31 y 36 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana.

Con fecha 3 de julio de 2014, se promulgó en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 288, el Decreto Ejecutivo 355, que reformó las disposiciones transitorias segunda, tercera y cuarta del Decreto Ejecutivo No. 16 de 4 de junio de 2013, referido en el párrafo precedente.

Con posterioridad, mediante el Decreto Ejecutivo No. 739, publicado en el Registro Oficial No. 570 de 21 de agosto de 2015, se expidió la “CODIFICACIÓN Y REFORMAS AL DECRETO EJECUTIVO No. 16 DEL 4 DE JUNIO DE 2013, PUBLICADO EN EL SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 19 DE 20 DE JUNIO DE 2013 Y SUS REFORMAS”, cuerpo normativo que de conformidad con su Disposición Final, entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

El Considerando Quinto del citado Decreto Ejecutivo No. 739, indica que “(...) a efectos de propiciar un mejor entendimiento del Decreto Ejecutivo No. 16, es necesario recoger en un solo cuerpo legal las diferentes reformas que de aquella norma se han hecho”.

Adicionalmente, de la revisión del Decreto Ejecutivo No. 739 publicado en el Registro Oficial No. 570 de 21 de agosto de 2015, se observa que este cuerpo normativo también reformó las disposiciones reglamentarias contenidas en el Decreto Ejecutivo No. 16 de 4 de junio de 2013.

De la lectura de su oficio de consulta, se observa que sus preguntas están encaminadas a establecer si el Decreto Ejecutivo No. 739 de 3 de agosto de 2015, ha derogado al Decreto Ejecutivo No. 16 de 4 de junio de 2013.

Al respecto es procedente indicar que de acuerdo con las reglas constantes en el Código Civil, según lo prescrito en el artículo 37, la derogatoria de una ley puede ser expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua o tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior, y además de acuerdo al artículo 38 *Ibíd*em, esta derogatoria deja vigentes las leyes anteriores aunque versen sobre la misma materia, en todo aquello que no pugna en las disposiciones legales de la ley. El tenor de los referidos artículos es el siguiente:

“Art. 37.- La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial.

Art. 38.- La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.

Respecto a la derogatoria de las leyes, los tratadistas Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic comentan:

“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.

(...)

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. Pero como no debe llevarse esta presunción más allá de su razón y objeto, la derogación tácita (...) ‘deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley’.”



En armonía con lo expuesto, el artículo 99 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, dispone lo siguiente:

**“DE LA EXTINCION Y REFORMA DE LOS ACTOS NORMATIVOS**

Art. 99.- MODALIDADES.- Los actos normativos podrán ser derogados o reformados por el órgano competente para hacerlo cuando así se lo considere conveniente. Se entenderá reformado tácitamente un acto normativo en la medida en que uno expedido con posterioridad contenga disposiciones contradictorias o diferentes al anterior.

La derogación o reforma de una ley deja sin efecto al acto normativo que la regulaba. Así mismo, cuando se promulga una ley que establece normas incompatibles con un acto normativo anterior éste pierde eficacia en todo cuanto resulte en contradicción con el nuevo texto legal”.

Del análisis jurídico efectuado, se puede evidenciar que los dos Decretos Ejecutivos a que se refieren sus consultas tienen el mismo nivel jerárquico, la misma especialidad y la misma competencia, ya que ambos decretos ejecutivos tienen por objeto regular los procedimientos para otorgar personalidad jurídica a las organizaciones sociales y ciudadanas por parte de las instituciones del Estado y regular el funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales –SUIOS-, por lo que es pertinente relieves el principio de ley posterior, que en este caso otorga preponderancia al Decreto Ejecutivo No. 739, publicado en el Registro Oficial No. 570 de 21 de agosto de 2015.

Por lo expuesto, en atención a sus consultas, se concluye que con la finalidad de propiciar un mejor entendimiento de las disposiciones contenidas en el Decreto Ejecutivo No. 16 de 4 de junio de 2013, el Decreto Ejecutivo No. 739 de 3 de agosto de 2015, que es un cuerpo normativo expedido con posterioridad y que regula a las organizaciones sociales y ciudadanas y su Sistema Único de Información, reformó y codificó las disposiciones sobre tal materia y en consecuencia, derogó tácitamente el Decreto Ejecutivo No. 16 del 4 de junio de 2013, de conformidad con los artículos 37 y 38 del Código Civil y el artículo 99 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Por lo tanto, para reglamentar el funcionamiento de las organizaciones sociales y ciudadanas, debe aplicarse el Decreto Ejecutivo No. 739 de 3 de agosto de 2015 que fue publicado en el Registro Oficial No. 570 de 21 de agosto de 2015 que contiene la “Codificación y reformas al Decreto Ejecutivo No. 16 del 4 de junio de 2013”.

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

**INGRESOS NO TRIBUTARIOS DEL 10%:  
PROGRAMAS SOCIALES PARA LA ATENCIÓN A GRUPOS DE ATENCIÓN  
PRIORITARIA**

**OF. PGE. N°:** 06511 de 14-06-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO  
PROVINCIAL DE LOJA

**CONSULTAS:**

**PRIMERA CONSULTA:**

1.- “¿Debe el Gobierno Provincial de Loja asignar de su presupuesto, por lo menos, el 10% de sus ingresos no tributarios para el financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria, tal como lo determina el artículo 249 del COOTAD, pese a que esta actividad, de conformidad con el Art. 263 de la Constitución, no es de su competencia?”.

2.- “¿En caso de que considere que el GAD Provincial deba destinar el 10% de sus ingresos no tributarios para el financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria que determina el Art. 249 del COOTAD, se debe tomar como base de cálculo únicamente los ingresos que genera la propia entidad, o debe incluir los fondos provenientes del gobierno central?”.

**BASES LEGALES:**

Constitución de la República, Arts. 35, 41 letra g), 226, 238 letra d), 239, 249, 260, 261, 263, 270 y 425.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 3 letra d), 171, 173, 189, 198, 223, 226 y 249.

Plan Nacional del Buen Vivir, Res. N° 2, R.O.S. N° 78 de 11-09-2013.

**PRONUNCIAMIENTO:**

1.- El informe jurídico del procurador síndico de la entidad consultante, contenido en memorando No. 088-DPS-2016 de 18 de marzo de 2016, cita los artículos 226, 239, 263 y 425 de la Constitución de la República, que en su orden establecen el principio de legalidad, el sistema nacional de competencias, las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados provinciales y el orden jerárquico de aplicación de las normas jurídicas.

Por otra parte, el informe jurídico invoca la letra d) del artículo 3 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que prevé el ejercicio supletorio y temporal de competencias por otro nivel de gobierno, en los casos previstos en esa norma; así como las definiciones de “competencias” y de “autonomía”, contenidas en los artículos 113 y 124 *Ibidem*. Con relación a la autonomía financiera de la que gozan los gobiernos autónomos descentralizados, cita los artículos 171, 189 y 198 del COOTAD, que prevén que las transferencias que efectúa el Gobierno Central a los GADs, se destine al ejercicio de sus competencias exclusivas, según la planificación de cada gobierno autónomo.

Adicionalmente, el informe referido en el párrafo precedente cita el Plan Nacional del Buen Vivir, contenido en la Resolución No. 2, publicada en el Suplemento del Registro

Oficial No. 78 de 11 de septiembre de 2013, que según el criterio jurídico de la entidad consultante, asigna al Ministerio de Inclusión Económica y Social, responsabilidad directa en la atención a grupos en estado de vulnerabilidad; y, sobre dicha base, manifiesta:

“(…) en ese contexto, el artículo 263 de la Constitución de la República define las competencias exclusivas de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sin mencionar, entre ellas, el financiamiento, planificación y ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria; destacando que el último inciso de la norma constitucional antes mentada, circunscribe la facultad legislativa de los GADS provinciales al ámbito de sus competencias y territorio.

(…) considero que no le corresponde al Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja, asignar de su presupuesto por lo menos el 10% de sus ingresos no tributarios para el financiamiento de planificación y ejecución de programas sociales para la atención de grupos de atención prioritaria, por ser una función que no es de su competencia; por no tener la capacidad de generar sus propios recursos en las condiciones que la ley otorga a otros niveles de gobierno como los GAD municipales; y, por ser contraria al régimen de competencias regulado por la Constitución”.

Por su parte, el Ministerio de Finanzas, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes, cita el artículo 35 de la Constitución de la República que establece los grupos de atención prioritaria y sobre dicha base manifiesta:

“En base a lo mencionado, se estima que la planificación y ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria no constituye una competencia adicional atribuida a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, sino más bien que, considerando que es el Estado en su conjunto el que debe garantizar la atención prioritaria y especializada a estos grupos, los programas a los que hace mención el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización COOTAD, deberían estar enmarcados dentro del gasto de inversión destinado a la ejecución de las competencias de cada nivel de gobierno”.

El artículo 249 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, sobre cuya aplicación trata la consulta, señala:

“Art. 249.- Presupuesto para los grupos de atención prioritaria.- No se aprobará el presupuesto del gobierno autónomo descentralizado si en el mismo no se asigna, por lo menos, el diez por ciento (10%) de sus ingresos no tributarios para el financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales para la atención a grupos de atención prioritaria”.

Como se podrá apreciar, el citado artículo establece que el presupuesto de los gobiernos autónomos descentralizados, debe prever una asignación destinada al financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales para grupos de atención prioritaria y prohíbe la aprobación del presupuesto del GAD si no se incluye dicha asignación.

Con el fin de esclarecer la afirmación contenida en el criterio jurídico del gobierno provincial consultante, respecto a que la atención a grupos vulnerables no constituye materia de competencia exclusiva de ese nivel de gobierno, que justifique que se incluya en su presupuesto una asignación para atender a dichos grupos, corresponde observar el artículo 260 de la Constitución de la República que sobre las competencias exclusivas señala:

“Art. 260.- El ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno”.

Luego, el artículo 261 y siguientes de la Constitución de la República, enumeran las competencias exclusivas que corresponden al gobierno central y a los distintos niveles de gobiernos autónomos descentralizados, entre ellos los provinciales.

El artículo 263 *Ibídem* detalla las competencias exclusivas de ese nivel de gobierno, entre las que no se encuentra ninguna relacionada en forma específica con la atención a grupos vulnerables o que tengan derecho a atención preferente. Sin embargo, el primer inciso de la citada norma constitucional prevé en forma expresa que “Los gobiernos autónomos provinciales tendrán las siguientes competencias, sin perjuicio de las otras que determine la ley (...)”.

En tal contexto, la letra g) del artículo 41 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, incluye dentro de las funciones del gobierno autónomo descentralizado provincial, la siguiente:

“(...)”

g) Promover los sistemas de protección integral a los grupos de atención prioritaria para garantizar los derechos consagrados en la Constitución en el marco de sus competencias”.

Por otro lado, es pertinente considerar que el artículo 249 del COOTAD, no es la única disposición que en ese cuerpo normativo regula lo relacionado con el presupuesto destinado a programas en beneficio de grupos de atención prioritaria. Así, la letra d) del artículo 328 *Ibídem* prohíbe a sus órganos legislativos “Aprobar el presupuesto anual si no contiene asignaciones suficientes para la continuación de los programas y proyectos iniciados en ejercicios anteriores y contenidos en los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial; y si no se asigna como mínimo el diez por ciento del presupuesto para programas de desarrollo con grupos de atención prioritaria”

De lo expuesto en el párrafo precedente, se desprende que los artículos 249 y 328 letra d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, concuerdan al determinar la obligación de los órganos legislativos de todos los gobiernos autónomos descentralizados, inclusive de los provinciales, de establecer dentro de su presupuesto una asignación destinada al financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales en beneficio de los grupos de atención prioritaria, y en prohibir la aprobación del presupuesto si aquello se incumple.

Del análisis jurídico hasta aquí efectuado se observa que tanto la Constitución de la República como el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determinan las competencias y deberes que tiene cada uno de los niveles de gobierno dentro de su jurisdicción; y que el cumplimiento de programas sociales a favor de los grupos de atención prioritaria, que es materia de la consulta, constituye un deber general del Estado en todos sus niveles, y por tanto no se trata de una competencia exclusiva cuya titularidad corresponda a un solo nivel de gobierno.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de acuerdo con la función constante en la letra g) del artículo 41 y expresa previsión del artículo 249 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, deben

incluir en su presupuesto la asignación destinada al financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales para los grupos de atención prioritaria.

## SEGUNDA CONSULTA

Respecto de los recursos financieros de los gobiernos autónomos, el informe del procurador síndico de la entidad consultante, cita los artículos 270 de la Constitución de la República, 226 y 249 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Agrega que la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES), publicó el “Nuevo sistema de transferencias a favor de los GADs” que conceptualiza a los ingresos no tributarios. Sobre dicha base, manifiesta y concluye:

“Es de tener claro que, el mencionado artículo (sic) (249 del COOTAD) obliga a esta asignación en la medida de la percepción de sus propios ingresos del GAD, no de aquellos provenientes de transferencias desde el Gobierno Central.

(...) Los Gobiernos Provinciales, como ya lo he manifestado, por su naturaleza, no tienen esta capacidad de autogestión de recursos en la magnitud de los GADS municipales; por lo que la inteligencia del artículo 249 del COOTAD se refiere a los ingresos propios de cada gobierno descentralizado.

(...) Por lo expuesto, de considerar que el Gobierno Provincial de Loja deba asignar recursos para actividades (programas sociales) que no son de su competencia (Art. 249 del COOTAD), éstos deberán calcularse sobre SUS INGRESOS NO TRIBUTARIOS, es decir, se deben tomar como referencia los ingresos no tributarios generados por la propia entidad, sin que deba sumarse los recursos que, por ley, se transfieren desde el Gobierno Central, tal y como lo describe la SENPLADES”.

Por su parte, el Ministerio de Finanzas cita los artículos 189 y 226 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que en su orden se refieren a las transferencias que se efectúan del Presupuesto General del Estado a los gobiernos autónomos descentralizados; y, la clasificación de los ingresos no tributarios de esos gobiernos. Con tales fundamentos jurídicos, concluye:

“Sobre la base de lo señalado, esta Cartera de Estado considera que conforme a lo establecido en el artículo 249 del COOTAD, los recursos que deberán asignar los GAD para la atención a grupos de atención prioritaria corresponden a 10% de sus ingresos no tributarios, los cuales como se detalla en el artículo 226 del COOTAD, incluyen también a las transferencias y asignaciones fiscales que los GAD reciben del Gobierno Central”.

Al atender su primera consulta se concluyó que, los gobiernos autónomos descentralizados provinciales, deben incluir en su presupuesto la asignación destinada al financiamiento de la planificación y ejecución de programas sociales en beneficio de los grupos de atención prioritaria, de acuerdo con los artículos 249 y 328 letra d) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Según el artículo 249 del COOTAD, que fue transcrito en los antecedentes, para atender a los grupos de atención prioritaria, los gobiernos autónomos descentralizados deben asignar en su presupuesto por lo menos, el diez por ciento “de sus ingresos no tributarios”, por lo que para atender su segunda consulta, corresponde examinar, las normas que establecen cuáles son los ingresos de carácter no tributario de los gobiernos autónomos descentralizados.

El artículo 171 del citado Código, clasifica los tipos de recursos financieros de los gobiernos autónomos descentralizados y dispone:

“Art. 171.- Tipos de recursos financieros.- Son recursos financieros de los gobiernos autónomos descentralizados los siguientes:

- a) Ingresos propios de la gestión;
- b) Transferencias del presupuesto general del Estado;
- c) Otro tipo de transferencias, legados y donaciones;
- d) Participación en las rentas de la explotación o industrialización de recursos naturales no renovables; y,
- e) Recursos provenientes de financiamiento”.

Respecto de las transferencias que se efectúan en beneficio de los gobiernos autónomos descentralizados, el artículo 173 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, las define en la siguiente forma:

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

Por otro lado, sobre la clasificación de los ingresos presupuestarios de los gobiernos autónomos descentralizados, los artículos 223 y 226 del COOTAD, disponen en su orden:

“Art. 223.- Títulos, Los ingresos presupuestarios se dividirán en los siguientes títulos:

- Título I. Ingresos tributarios;
- Título II. Ingresos no tributarios; y, Título III. Empréstitos”.

“Art. 226.- Clasificación.- Los ingresos no tributarios se clasificarán en los siguientes capítulos:

Capítulo I.- Rentas patrimoniales, que comprenderán los siguientes grupos:

- a) Ingresos provenientes del dominio predial (tierras y edificios);
- b) Utilidades provenientes del dominio comercial;
- c) Utilidades provenientes del dominio industrial;
- d) Utilidades de inversiones financieras; y,
- e) Ingresos provenientes de utilización o arriendo de bienes de dominio público.

Capítulo II.- Transferencias y aportes con los siguientes grupos:

- a) Asignaciones fiscales;
- b) Asignaciones de entidades autónomas, descentralizadas o de otros organismos públicos; y,
- c) Transferencias del exterior.

Capítulo III.- Venta de activos, con los siguientes grupos:

- a) De bienes raíces; y,
- b) De otros activos.



Capítulo IV.- Ingresos varios, que comprenderán los que no deben figurar en ninguno de los grupos anteriores incluidas donaciones”.

Según se desprende del texto del artículo 223 del COOTAD, constituyen ingresos de los gobiernos autónomos descentralizados, tanto los tributarios como los no tributarios; y, éstos últimos según los artículos 173 y 226 Ibídem, incluyen a las transferencias que esos gobiernos reciben del Presupuesto General del Estado.

Por lo expuesto, en armonía con lo analizado al atender su primera pregunta, respecto de la segunda se concluye que, para aplicar el artículo 249 del Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización y establecer la asignación presupuestaria destinada a planes y programas de cuidado de grupos de atención prioritaria, los gobiernos autónomos descentralizados provinciales deberán calcular dicho porcentaje sobre el presupuesto anual de sus ingresos no tributarios, conforme lo establece el artículo 226 del citado Código, es decir incluyendo aquellos que provengan de las transferencias señaladas en el artículo 173 del COOTAD.

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

### **INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR: EXENCIÓN DE IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES**

**OF. PGE. N°:** 05947 de 12-05-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** UNIVERSIDAD TÉCNICA DE MANABÍ

#### **CONSULTA:**

¿De acuerdo a la disposición normativa contenida en del (sic) Art. 37 de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) las instituciones de educación superior se encuentran exentas de todo tipo de tributo, incluidos: impuestos, tasas y contribuciones?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 1, 11 núm. 6, 120 núm. 7, 132 núm. 3; 226, 238, 240, 264, 301, 425, 426 y Disposición Derogatoria.

Código Tributario, Arts. 1, 3, 13 y 65.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 55 letra m), 57 letra b) y 567.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 37 y 208.

Ley de Defensa contra Incendios, Arts. 32, 33, 35; y, 39 de su Reglamento General.

Código Civil, Art. 1453.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

Como informe jurídico de la entidad consultante, se ha remitido anexo al oficio de consulta, copia del Oficio No. UTM-PG-044OF de 23 de febrero de 2016, en el cual el Procurador General Universitario, ratifica el criterio jurídico contenido en el oficio No. 198 PG-UTM de 1 de agosto de 2014, suscrito por quien a la fecha ejercía las funciones de Procurador General Universitario, encargado.

En el informe contenido en el oficio No. 198 PG-UTM de 1 de agosto de 2014, se señala como antecedentes lo siguiente:

“Mediante oficio 053-JGC-CBP-2014, fechado el 10 de abril de 2014, Crnl. (B) Jorge Gonzáles Cusme, Jefe del Cuerpo de Bomberos de Portoviejo – Manabí, hace conocer que se ha procedido a dar de baja, a favor de la Universidad Técnica de Manabí, la contribución predial; no así el cobro por concepto de la tasa de servicios, por no ser lo mismo que predios urbanos, manifestando que se deberá presentar la cancelación de la referida tasa, la patente municipal actualizada y el comprobante del pago del año 2013 por parte de la UTM”.

Adicionalmente, en el oficio No. 198 PG-UTM, se citan como fundamentos jurídicos el último inciso del artículo 1 del Código Tributario, el artículo 37 de la Ley Orgánica de Educación Superior, artículo 35 de la Ley de Defensa contra Incendios, el artículo innumerado agregado después del artículo 39 del Reglamento General para la Aplicación de la Ley de Defensa contra Incendios y en base de dichas normas, el Procurador General encargado, concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En mérito a todo lo expuesto, a criterio de esta Procuraduría General no es procedente el pago de la tasa de servicios prevista en el Art. 35 de la Ley de Defensa contra Incendios, puesto que las instituciones de educación superior (IES) se encontrarían exentas de todo tipo de tributos, lo cual incluye: impuestos, tasas y contribuciones”.

A fin de contar con mayores elementos para atender el requerimiento de la Universidad a su cargo, mediante oficio No. 05209 de 18 de marzo de 2016 e insistencia constante en el oficio No. 05437 de 6 de abril de 2016, dirigidos al Presidente de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, se solicitó el criterio institucional de dicha entidad.

El requerimiento referido en el párrafo precedente, fue atendido a través del oficio No. 231-DE-AME-2016 de 28 de marzo de 2016, recibido en este Despacho el 7 de abril del mismo año, suscrito por el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, quien cita como argumentos legales los artículos 1, 11 numeral 6, 120 numeral 7, 132 numeral 3, 226, 238, 240, 264, 301, 425, 426 y la Disposición Derogatoria de la Constitución de la República. Cita también los artículos 37 y 208 de la Ley Orgánica de Educación Superior, artículos 55 letra m) y 57 letra b) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, artículos 3 y 4 del Código Tributario y artículos 1453 y 1745 del Código Civil.

Además, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas en el oficio antes citado, hace referencia a la Resolución No. 0010-CNC-2014, mediante la cual el Consejo Nacional de Competencias emitió la regulación para el ejercicio de la competencia para gestionar los servicios de prevención, protección, socorro, extinción de incendios, a favor de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales y cita una parte de la sentencia de la Corte Constitucional dictada dentro del caso No. 0034-206, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 607 de 8 de junio de 2009, la cual analiza la aplicación de las leyes promulgadas con anterioridad a la Constitución y su actual vigencia. Cabe observar que dicha sentencia, se dio en el contexto de una acción de inconstitucionalidad de fondo de varias normas de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Con los antecedentes que han quedado expuestos en líneas anteriores, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas expresa el siguiente criterio institucional:

“Habiéndose determinado que la Ley de Defensa contra Incendios es una ley preconstitucional que no guarda conformidad con el Art. 84 Constitucional y no puede entrar en vigencia ipso facto a la luz de la nueva Constitución de la República – Neoconstitucionalismo- los cuerpos de bomberos a través de los Consejos de Administración y Disciplina no tienen competencia – Art. 226 Constitucional – para decidir sobre la exención de tasas; la competencia exclusiva para gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios se ha transferido a favor de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Metropolitanos y Municipales, siendo competencia de los órganos legislativos –Concejos Municipales y Metropolitanos- establecer cualquier tipo de exención en cuanto a tasas y contribuciones especiales de mejoras. Además el Art. 65 del Código Tributario prescribe que en el ámbito provincial o municipal, la dirección de la administración tributaria corresponderá, en su caso, al Prefecto Provincial o al Alcalde, quienes la ejercerán a través de las dependencias, direcciones u órganos administrativos que la ley determine.

Es claro que en la disposición del Art. 37 en cita el legislador hizo referencia únicamente a los impuestos. Por otro lado, en lo atinente al literal b) del artículo citado su aplicación es totalmente distinta, dice relación a los actos contractuales y obligaciones en general, aquellos que nacen del Art. 1453 del Código Civil; el pago del tributo al que se hace referencia es aquel contemplado en el Art. 1745 del Código Civil que refiere: ‘Los impuestos fiscales o municipales, las costas de la escritura y de cualesquiera otras solemnidades de la venta, serán a cargo del vendedor, a menos de pactarse otra cosa’. Por tanto cuando las entidades de educación superior suscriban actos y contratos el pago de los tributos siempre será a cargo de la contraparte.

Finalmente debe considerarse lo dispuesto por el Art. 208 de la Ley de Educación Superior (sic) en relación a que ‘los Organismos de Control del Estado verificarán periódicamente el uso de las exenciones tributarias contempladas en esta Ley (...)’ Serán por tanto los organismos de control los que se pronuncien sobre las exenciones”.

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”.

De su parte, los artículos 1 y 3 del Código Tributario, en su orden disponen:

“Art. 1.- Ámbito de aplicación.- Los preceptos de este Código regulan las relaciones jurídicas provenientes de los tributos, entre los sujetos activos y los contribuyentes o responsables de aquellos. Se aplicarán a todos los tributos: nacionales, provinciales, municipales o locales o de otros entes acreedores de los mismos, así como a las situaciones que se deriven o se relacionen con ellos.

Para estos efectos, entiéndese por tributos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales o de mejora”.

“Art. 3.- Poder tributario.- Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes.

Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana”.

De las normas citadas, se establece que en la legislación ecuatoriana se reconoce 3 tipos de tributos, siendo estos los impuestos, tasas y contribuciones especiales o de mejora, los cuales se pueden crear, modificar o extinguir mediante acto normativo de órgano competente y en los términos establecidos en la Ley.

Por su parte, conforme la letra e) del artículo 55 del Código Orgánico 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”.

En armonía con la atribución antes señalada, el artículo 566 del mismo Código expresa que las municipalidades y distritos metropolitanos podrán aplicar las tasas retributivas por servicios públicos que se establecen en este Código; agrega que podrán también aplicarse tasas sobre otros servicios públicos municipales o metropolitanos, siempre que su monto guarde relación con el costo de producción de dichos servicios, mientras que el artículo 567 *Ibídem* establece la obligación de pago del Estado y más entidades del sector público, en el siguiente tenor:

“Art. 567.- Obligación de pago.- El Estado y más entidades del sector público pagarán las tasas que se establezcan por la prestación de los servicios públicos que otorguen las municipalidades, distritos metropolitanos y sus empresas. Para este objeto, harán constar la correspondiente partida en sus respectivos presupuestos.

Las empresas privadas que utilicen u ocupen el espacio público o la vía pública y el espacio aéreo estatal, regional, provincial o municipal, para colocación de estructuras, postes y tendido de redes, pagarán al gobierno autónomo descentralizado respectivo la tasa o contraprestación por dicho uso u ocupación”.

La consulta formulada por la Universidad guarda relación con la exoneración que prevé la letra a) del artículo 37 de la Ley Orgánica de Educación Superior, a favor de las instituciones de educación superior y de los tributos determinados en la Ley de Defensa contra Incendios, a favor de los cuerpos de bomberos del país.

La Ley de Defensa contra Incendios determina tres rubros a favor de los Cuerpos de Bomberos, conforme sus artículos 32, 33 y 35, mismos que en forma individualizada se analizan a continuación.

En primer término, el artículo 32 de la Ley de Defensa contra Incendios determina a favor de los cuerpos de bomberos, una contribución especial, en los siguientes términos:

“Art. 32.- Además de los recursos económicos señalados por leyes especiales, los cuerpos de bomberos tendrán derecho a una contribución adicional mensual que pagarán los usuarios de los servicios de alumbrado eléctrico a cuyos nombres se encuentren registrados los medidores, en la siguiente escala:

1. El equivalente al cero punto cincuenta por ciento (0.50%) de la remuneración básica mínima unificada los medidores de servicio residencial o particular;
2. El equivalente al uno punto cinco por ciento (1.5%) de la remuneración básica mínima unificada los medidores destinados al servicio comercial; y,

3. El equivalente al tres por ciento (3%) de la remuneración básica mínima unificada a los medidores destinados a los pequeños industriales y el equivalente al seis por ciento (6%) del salario mínimo vital a los medidores de los demás industriales.

El tributo previsto en este artículo podrá ser cobrado por las empresas eléctricas previo convenio aprobado por aquellas y el valor respectivo podrá ser recaudado a través de una factura independiente de aquella que establece el costo del servicio eléctrico.

Los recursos provenientes de la contribución adicional que se señala en los incisos anteriores, se distribuirán en los siguientes porcentajes: 30% para incrementos salariales; 10% para capacitación y entrenamiento; 50% para equipamiento; y, 10% para el seguro de vida y accidentes del personal bomberil.”

El citado artículo, además de los recursos económicos que se señalen en otras leyes especiales, establece a favor de los cuerpos de bomberos “una contribución adicional mensual” que pagarán los usuarios de los servicios de alumbrado eléctrico, de conformidad con las escalas que establece la misma disposición legal.

El tributo establecido en el artículo 32 de la Ley Ibídem, se encuentra regulado por el Reglamento de Aplicación de los artículos 32 y 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios, contenido en el Acuerdo Ministerial No. 586 y publicado en el Registro Oficial No. 140 del 05 de agosto de 2003. Es procedente precisar que ninguna de las disposiciones de dicho reglamento de aplicación, contradice u ocasiona una aparente confusión sobre la naturaleza del tributo denominado “contribución adicional mensual” que se recauda a través de las empresas eléctricas.

Un segundo tributo a favor de los cuerpos de bomberos se encuentra prescrito en el artículo 33 de la Ley de Defensa contra Incendios, que dispone:

“Art. 33.- Unifícase la contribución predial a favor de todos los cuerpos de bomberos de la República en el cero punto quince por mil, tanto en las parroquias urbanas como en las parroquias rurales, a las cuales se les hace extensivo”.

Previo a realizar el análisis del artículo 33 citado en el párrafo precedente, es procedente revisar el origen que tuvo este tributo a favor de los Cuerpos de Bomberos del país en la legislación nacional, mismo que fue establecido en forma primigenia en el artículo 1 del Decreto Ley de Emergencia No. 339, publicado en el Registro Oficial No. 156 de 9 de marzo de 1949, que fue sustituido por el Decreto Ley de Emergencia No. 668, publicado en Registro Oficial No. 493 de 19 de abril de 1950, en los siguientes términos:

“Art. 1.- Establécese en toda la República el impuesto anual del uno y medio por mil sobre la propiedad urbana de las poblaciones de la costa y del uno por mil sobre la propiedad urbana de las poblaciones de la Sierra.

Como las ciudades de Guayaquil, Milagro y Naranjito, gozan actualmente del impuesto del uno por mil se les aumentará únicamente el medio por mil.

Asimismo, como la ciudad de Cuenca, por ley especial tiene ya el medio por mil, se le aumentará solo el medio por mil.

La ciudad de Quito, se mantendrá con el mismo impuesto del uno por mil de que goza actualmente.

Las Instituciones Bomberiles de estas cinco ciudades: Guayaquil, Milagro, naranjito (sic), Cuenca y Quito, seguirán percibiendo e invirtiendo el producto de los impuestos

especiales, anteriores al de Emergencia de febrero de 1949, en la misma forma y proporción establecidas por los Decretos que los crearon y el medio por mil que se aumenta a Guayaquil, Milagro, Naranjito y Cuenca pasará a incrementar la cuenta especial que se determina en el Art. 3 del Decreto Ley de Emergencia No. 339' (...)"

Posteriormente, con la promulgación de la Ley de Defensa contra Incendios, en su artículo 33 se unificó el valor del tributo que se venía cobrando a favor de todos los cuerpos de bomberos del país.

De lo hasta aquí expuesto se puede evidenciar que el pago a favor de los cuerpos de bomberos del tributo sobre el impuesto predial, inicialmente se lo definió como un impuesto y posteriormente el artículo 33 de la Ley de Defensa contra Incendios lo calificó como una "contribución".

Además de lo indicado previamente, es procedente tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 del Código Tributario respecto de la interpretación de la normativa tributaria, mismo que nos permitirá establecer claramente la naturaleza del tributo antes señalado, siendo su tenor el siguiente:

"Art. 13.- Interpretación de la ley.- Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica.

Las palabras empleadas en la ley tributaria se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, a menos que se las haya definido expresamente.

Cuando una misma ley tributaria contenga disposiciones contradictorias, primará la que más se conforme con los principios básicos de la tributación".

Respecto de las contribuciones especiales, el tratadista Héctor Villegas expresa lo siguiente:

"Las contribuciones especiales son los tributos debidos en razón de beneficios individuales o de grupos sociales derivados de la realización de obras o gastos públicos o de especiales actividades del Estado.

(...) La particularidad de la contribución especial con respecto a otros tributos es indiscutible. Se diferencia del impuesto porque mientras en la contribución especial se requiere una actividad productora de beneficio, en el impuesto la prestación no es correlativa a actividad estatal alguna".

De igual forma, el tratadista Rodolfo Spisso al referirse a las contribuciones especiales señala:

"(...) Giuliani Fonrouge señala que en los último tiempos se han desarrollado numerosas contribuciones con fines económicos y sociales, concordantes con las nuevas funciones asumidas por el Estado, que suelen agruparse con la denominación genérica de parafiscalidad. Se trata de tributos establecidos a favor de entes públicos, estatales y no estatales con fines sociales, o de regulación y fomento económico.

Estas contribuciones parafiscales que agrupan un sinnúmero de ellas de contenido heterogéneo, revisten naturaleza tributaria, pues los aportes, cuotas, contribuciones, etc., son establecidos por el Estado en ejercicio de su poder de imperio, se aplican



coactivamente a quienes se encuentren en las situaciones descritas (sic) por la ley respectiva, y se destinan a financiar objetivos estatales”.

En este contexto, el artículo 38 del Reglamento General a la Ley de Defensa contra Incendios, se refiere a la recaudación del tributo determinado en el artículo 33 de la Ley de Defensa Contra Incendios y prescribe:

“Art. 38.- Para el fiel cumplimiento de la recaudación de la contribución establecida en el Art. 33 de la Ley, y de conformidad con la facultad otorgada en el numeral 5 del Art. 4 de la misma las Jefaturas de Zona recabarán de los tesoreros Municipales la entrega oportuna de la recaudación mensual de dichos fondos, bajo responsabilidad de estos funcionarios”.

De las disposiciones previamente citadas, se aprecia que el artículo 38 ratifica la calidad de contribución que le confiere el artículo 33 de la Ley de Defensa contra Incendios, al tributo del cero punto quince por mil sobre el avalúo catastral de los inmuebles, tanto en las parroquias urbanas como en las parroquias rurales.

No obstante lo señalado en líneas anteriores, el artículo 43 del Reglamento General a la Ley de Defensa contra Incendios, dispone lo siguiente:

“Art. 43.- Los Jefes de los Cuerpos de Bomberos solicitarán a los Concejos Municipales y a la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros (DINAC), una copia de los catastros de las propiedades urbanas y rurales para efectos de recaudación de la tasa predial del uno y medio por mil, en el año siguiente”.

Como se puede observar del tenor del artículo 43 del Reglamento General a la Ley de Defensa contra Incendios, éste regula exclusivamente al tributo establecido en el artículo 33 de dicha Ley y dentro de su contenido se refiere a una “tasa predial”, lo cual genera confusión al existir una aparente contradicción entre la referida norma reglamentaria y el artículo 33 de la Ley de Defensa contra Incendios, por lo que para solucionar dicha contradicción es menester tener en cuenta el principio de jerarquía normativa dispuesto en el artículo 425 de la Constitución de la República, que determina que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, deberá ser aplicada la norma superior.

Como consecuencia del orden jerárquico de las normas, es pertinente aplicar la disposición legal contenida en el artículo 33 de la Ley de Defensa contra Incendios, que determina a ese tributo como una “contribución predial” y que es la norma especial y superior al artículo 43 de su Reglamento General. En forma concordante con el artículo 33 de la Ley Ibídem, el artículo 38 del Reglamento General a la Ley de Defensa Contra Incendios ratifica la calidad de contribución.

En tal virtud, en base a las reglas de interpretación de las normas tributarias contenidas en el artículo 13 del Código Tributario y de la doctrina analizada, se puede determinar que la naturaleza de dicho tributo es el de una contribución especial que está destinada a financiar un objetivo estatal que es en forma general la gestión de la prevención, protección, socorro y extinción de incendios que de acuerdo con la Constitución corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales, y cuyos beneficiarios son los Cuerpos de Bomberos del país, por estar así expresamente prescrito en la Ley.

De su parte, como un tercer tributo establecido por la Ley de Defensa contra Incendios, a favor de los cuerpos de bomberos, su artículo 35 dispone:

“Art. 35.- Los primeros jefes de los cuerpos de bomberos del país, concederán permisos anuales, cobrarán tasas de servicios, ordenarán con los debidos fundamentos, clausuras de edificios, locales e inmuebles en general y, adoptarán todas las medidas necesarias para prevenir flagelos, dentro de su respectiva jurisdicción, conforme a lo previsto en esta Ley y en su Reglamento.

Los funcionarios municipales, los intendentes, los comisarios nacionales, las autoridades de salud y cualquier otro funcionario competente, dentro de su respectiva jurisdicción, previamente a otorgar las patentes municipales, permisos de construcción y los permisos de funcionamiento, exigirán que el propietario o beneficiario presente el respectivo permiso legalmente otorgado por el cuerpo de bomberos correspondiente.

Los primeros jefes de los cuerpos de bomberos y los funcionarios mencionados en el inciso anterior, que no den cumplimiento a estas disposiciones y todas aquellas que se refieran a la concesión de permisos anuales y ocasionales de edificios, locales e inmuebles en general que sean idóneos, serán personal y pecuniariamente responsables de los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de la destitución de su cargo”.

En el pronunciamiento contenido en el oficio No. 04034 de 3 de octubre de 2011, al atender la tercera consulta formulada por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Gualaquiza, referente al cobro anticipado de tasas establecidas en el artículo 35 de la Ley *Ibíd*em por parte del Cuerpo de Bomberos de ese cantón, dentro del análisis correspondiente la Procuraduría General del Estado manifestó en su parte pertinente que:

“De las normas hasta aquí señaladas, que establecen impuestos a favor de los cuerpos de bomberos, se evidencia que los impuestos no tienen como contrapartida un servicio específico y directo por parte de la entidad pública, sino que la ocurrencia del hecho generador determina el pago del impuesto.

Por otra parte, conforme señalé al atender su primera consulta, el artículo 35 de la Ley de Defensa contra Incendios, que es la ley especial de la materia, determina entre las competencias de los Primeros Jefes de los Cuerpos de Bomberos del país, la potestad de emitir los permisos anuales de funcionamiento y de manera general, la facultad para cobrar tasas por los servicios que prestan tales entidades, mientras que el artículo 11 del Reglamento de Aplicación a los Arts. 32 y 35 de la Ley de Defensa contra Incendios, reformada, dispone que, para el cobro de tasas de servicios, los cuerpos de bomberos emitirán un recibo numerado y depositarán en la cuenta que la institución mantiene en los bancos de su jurisdicción (...).”

Así mismo, luego del análisis realizado en el citado pronunciamiento, se concluyó:

“En el caso de los (sic) tasas por servicios que el artículo 35 de la Ley de Defensa contra Incendios faculta cobrar, es evidente que la tasa que deba pagar el usuario es aplicable contra la prestación de un servicio, cuantificada en relación al costo de dicho servicio, pues no debe confundírsela con el impuesto que se cobra independientemente de la prestación directa del servicio, El impuesto está en relación con el servicio general de prevención y mitigación contra incendios, mientras que la tasa está en relación con el servicio específico y directo y su costo, como en el caso de los permisos anuales de funcionamiento.

De lo expuesto, con fundamento en el artículo 35 de la Ley de Defensa contra Incendios, en concordancia con el artículo 11 del Reglamento de Aplicación a los Arts. 32 y 35 de

la Ley de Defensa contra Incendios, en atención a su consulta se concluye que el Cuerpo de Bomberos de Gualaquiza se halla facultado para cobrar tasas por servicios”.

En forma concordante a lo señalado en el pronunciamiento previo, en lo concerniente a la facultad de los Concejos Cantonales para establecer las tasas por los servicios prestados por los cuerpos de bomberos, la Procuraduría General del Estado se pronunció a través del oficio No. 10484 de 31 de octubre de 2012, dirigido al Cuerpo de Bomberos de Quito, en el que al atender la primera consulta concluí:

“En atención a los términos de su consulta se concluye que, si bien de conformidad con el artículo 12 del Reglamento de Aplicación de los artículos 32 y 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios, el Consejo de Administración del Cuerpo de Bomberos tuvo competencia para revisar y aprobar en forma anual los valores que cobran esas entidades por los permisos de funcionamiento que les corresponde otorgar, a partir de la promulgación del COOTAD, los Cuerpos de bomberos son entidades adscritas a las municipalidades, según el artículo 140 de ese Código Orgánico, por lo que la modificación de los valores correspondientes a las tasas por servicios que prestan los Cuerpos de Bomberos se debe efectuar mediante Ordenanza, en los términos que disponen los artículos 186 y 566 del COOTAD.

Hasta que el Concejo Cantonal del Distrito Metropolitano de Quito expida la Ordenanza que fije el monto de las tasas por los servicios que presta el Cuerpo de Bomberos, se aplicarán los valores establecidos por el Consejo de Administración del Cuerpo de Bomberos de Quito, conforme al citado artículo 12 del Reglamento de Aplicación de los Arts. 32 y 35 de la Ley de Defensa Contra Incendios”.

Una vez que han sido analizados los tres tributos establecidos en la Ley de Defensa contra Incendios a favor de los cuerpos de bomberos del País, es procedente citar el artículo 37 de la Ley Orgánica de Educación Superior, que es objeto de su consulta, el cual determina los casos y tipos de tributos que las Instituciones de Educación Superior están exentas del pago, en los siguientes términos:

“Art. 37.- Exoneración de tributos.- Se establecen exoneraciones tributarias conforme a las siguientes disposiciones:

- a) Las instituciones de educación superior están exentas del pago de toda clase de impuestos y contribuciones fiscales, municipales, especiales o adicionales, incluyendo la contribución a la Contraloría General del Estado;
- b) En los actos y contratos en que intervengan estas instituciones, la contraparte deberá pagar el tributo, en la proporción que le corresponda; y,
- c) Todo evento cultural y deportivo organizado por las instituciones del Sistema de Educación Superior en sus locales estará exento de todo impuesto siempre y cuando sea en beneficio exclusivo de la institución que lo organiza”.

La letra a) del artículo 37 de la Ley *Ibidem*, al tratar de los tributos objeto de exención a favor de las instituciones de educación superior considera a los impuestos y contribuciones fiscales, municipales, especiales o adicionales, incluyendo la contribución a la Contraloría General del Estado, sin que dentro de ellos se haga referencia alguna a las tasas, por lo que la exención no puede hacerse extensiva a las tasas por servicios a favor de los cuerpos de bomberos, que legalmente les corresponda cancelar a las instituciones de educación superior.

De otra parte, la letra b) establece que en los actos y contratos que generen pago de tributos, como por ejemplo en la compraventa de inmuebles, en que intervenga un Cuerpo de Bomberos, le corresponde a la contraparte pagar los tributos pertinentes en la proporción correspondiente. Es preciso advertir que esta exoneración no es complementaria de la contenida en la letra a) del mismo artículo, como lo sugiere el informe jurídico constante en el oficio No. 198-PG-UTM suscrito por el Procurador General Encargado de la Universidad Técnica de Manabí, ya que son casos y situaciones jurídicas distintas una de otra.

Mediante oficio No. 17795 de 7 de diciembre de 2010, al atender la consulta formulada por la Universidad Estatal de Milagro sobre el pago de valores adeudados al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Milagro por concepto de tasas y contribuciones especiales, dentro del análisis de las normas contenidas en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización y en la Ley Orgánica de Educación Superior, concluí en la parte pertinente que:

“Por lo expuesto, con fundamento en el análisis jurídico que antecede, y en atención a los términos de su consulta, de conformidad con el Art. 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, es procedente el cobro de tasas, más no de contribuciones especiales a los centros de educación superior, en aplicación de la norma expresa del Art. 37 letra a) de la Ley Orgánica de Educación Superior que los exonera del pago de toda clase de impuestos y contribuciones fiscales, municipales, especiales o adicionales, incluyendo la contribución a la Contraloría General del Estado; y, por lo tanto la Universidad Estatal de Milagro debe pagar al Concejo Municipal de Milagro los valores por concepto de tasas por servicios públicos prestados durante los años 2005 al 2010; pero no debe pagar las contribuciones especiales generadas entre los años 2005 al 2010”.

Del análisis de las normas jurídicas así como de los pronunciamientos citados y en atención a los términos de su consulta, se concluye que del tenor del artículo 37 de la Ley Orgánica de Educación Superior, las Instituciones de Educación Superior se encuentran exentas del pago de impuestos y contribuciones fiscales, municipales, especiales o adicionales, incluyendo la contribución a la Contraloría General del Estado, más no de tasas puesto que no lo ha previsto así la ley; por lo que, están en la obligación de pagar estas últimas en los términos que la respectiva norma lo haya señalado.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas legales y no constituye orden o autorización de pago, 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.

**JURISDICCIÓN COACTIVA:  
RECAUDACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS POR EL MINISTERIO DE FINANZAS**

**OF. PGE. N°:** 07188, de 27-07-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO DE CONTRATACIÓN DE OBRAS

**CONSULTA:**

“Al tenor de lo prescrito en el segundo inciso del artículo 75 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; y, artículo 2 del Acuerdo No. 0288, publicado en el Registro Oficial 369 de 06 de noviembre de 2014 (REGLAMENTO PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN COACTIVA DEL MINISTERIO DE FINANZAS COMO ENTE RECTOR DE LAS FINANZAS PÚBLICAS), ¿el Ministerio de Finanzas es la entidad pública competente para ejercer la jurisdicción coactiva a fin de propiciar la recaudación o recuperación de los recursos públicos que bajo cualquier concepto (multas, anticipos no amortizados, etc.) le sean adeudados al Servicio de Contratación de Obras?, o en su defecto, los mismos pueden ser parte del componente de daños y perjuicios, que deben ser requeridos por parte del Servicio de Contratación de Obras a través del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

Considerando además, que la entidad contratante, al momento de realizar la liquidación del contrato en los términos previstos en el artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se determinan valores (multas, anticipo no amortizado, etc.) que el contratista tiene que devolver a la entidad contratante y no lo hace en el término de 10 días concedido, que superan los montos afianzados por las garantías de fiel cumplimiento del contrato y buen uso del anticipo, por lo que resulta insuficiente la ejecución de estas pólizas de seguros para la recuperación total de dichos créditos”.

**BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 132 núm. 2 y 233.  
Código Orgánico General de Procesos, Art. 326 núm. 4 lit. e).  
Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Arts. 70, 71, 74 y 75.  
Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 3; 31 núms 12 y 34; 40; y, 54.  
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 74, 75, 94 núm. 3, 105; y, 125 y 163 de su Reglamento General.  
Reglamento para el Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva del Ministerio de Finanzas como ente Rector de las Finanzas Públicas, Acuerdo N° 0288 publicado en el R.O. 369 de 06-11-2014 Arts. 1 y 2, y Disp. Gral. Segunda.

**PRONUNCIAMIENTO:**

Anexo al oficio que atiendo, la entidad consultante adjunta el “CRITERIO JURÍDICO DEL COORDINADOR GENERAL DE GESTIÓN JURÍDICA DEL SERVICIO DE CONTRATACIÓN DE OBRAS”, sin fecha y sin número, suscrito por el referido Coordinador General, quien señala que el Servicio de Contratación de Obras es un organismo de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía administrativa, operativa y financiera, cuyo objetivo principal es contratar las obras de infraestructura que requieran las instituciones de la Administración Pública Central, Institucional y otras entidades del sector público.



A continuación el Coordinador General de Gestión Jurídica del Servicio de Contratación de Obras, cita como fundamentos jurídicos el artículo 233 de la Constitución de la República, que establece el principio de responsabilidad de los servidores públicos, el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que define para la aplicación de dicha ley qué se entiende como recursos públicos y el artículo 40 que determina la obligación de los servidores públicos de actuar con la diligencia debida. También cita el artículo 75 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que confiere potestad coactiva al ente rector de las finanzas públicas, el artículo 125 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que regula la liquidación del contrato y el “Reglamento para el ejercicio de la jurisdicción coactiva del Ministerio de Finanzas como ente rector de las Finanzas Públicas”, luego de lo cual, concluye:

“De conformidad al segundo inciso del artículo 75 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y artículo 2 del Acuerdo No. 0288, publicado en el Registro Oficial 369 de 06 de noviembre de 2014 (REGLAMENTO PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN COACTIVA DEL MINISTERIO DE FINANZAS COMO ENTE RECTOR DE LAS FINANZAS PÚBLICAS), el Ministerio de Finanzas es la entidad pública competente para ejercer la jurisdicción coactiva y propiciar la recaudación o recuperación de los recursos públicos que bajo cualquier concepto le sean adeudados al Servicio de Contratación de Obras, cuando los montos por recuperar superan los afianzados por las garantías de fiel cumplimiento del contrato y/o buen uso del anticipo.

Sin embargo de lo expuesto es fundamental elevar esta inquietud hacia la Procuraduría General del Estado, con el propósito de que inteligencie y aclare el verdadero alcance jurídico que tiene el artículo 2 del Acuerdo No. 0288, publicado en el Registro Oficial 369 de 06 de noviembre de 2014 (REGLAMENTO PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN COACTIVA DEL MINISTERIO DE FINANZAS COMO ENTE RECTOR DE LAS FINANZAS PÚBLICAS); es decir, se determine si la competencia para recuperar los valores descritos en líneas anteriores recae en el Ministerio de Finanzas a través de la jurisdicción coactiva, o en su defecto, los mismos pueden ser parte del componente de daños y perjuicios, que deben ser requeridos por parte del Servicio de Contratación de Obras a través del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente”.

El artículo 70 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prescribe que el Sistema Nacional de Finanzas Públicas (SINFIP) comprende el conjunto de normas, políticas, instrumentos, procesos, actividades, registros y operaciones que las entidades y organismos del Sector Público, deben realizar con el objeto de gestionar en forma programada los ingresos, gastos y financiamiento públicos, con sujeción al Plan Nacional de Desarrollo y a las políticas públicas establecidas en dicho cuerpo normativo. Adicionalmente el artículo 71 del mismo Código Orgánico dispone que la rectoría del SINFIP le corresponde al Presidente de la República, quien la ejercerá a través del Ministerio a cargo de las finanzas públicas.

El artículo 75 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, respecto de la potestad coactiva que motiva su consulta, dispone:

“Art. 75.- Delegación de facultades.- La Ministra(o) a cargo de las finanzas públicas podrá delegar por escrito las facultades que estime conveniente hacerlo. Los actos administrativos ejecutados por los funcionarios, servidores o representantes especiales o permanentes delegados para el efecto por el Ministro(a) a cargo de las finanzas públicas, tendrán la misma fuerza y efecto que si los hubiere hecho el titular o la titular de esta Cartera de Estado y la responsabilidad corresponderá al funcionario delegado.



Para el cumplimiento de sus deberes y atribuciones, el ente rector del SINFIP tendrá jurisdicción coactiva, que se ejercerá de acuerdo con la ley”.

Como se puede observar de las disposiciones legales previamente transcritas, el Ministerio a cargo de las Finanzas Públicas tiene la calidad de rector del Sistema Nacional de Finanzas Públicas SINFIP; y, el inciso segundo del artículo 75 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, añadido por el numeral 2 de la Disposición Reformatoria Tercera del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, le confirió potestad coactiva para “el cumplimiento de sus deberes y atribuciones”.

En este sentido, es necesario identificar las atribuciones que ejerce el ente rector del SINFIP, las cuales se encuentran detalladas en el artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, y son las siguientes:

“Art. 74.- Deberes y atribuciones del ente rector del SINFIP.- El ente rector del SINFIP, como ente estratégico para el país y su desarrollo, tiene las siguientes atribuciones y deberes, que serán cumplidos por el Ministro(a) a cargo de las finanzas públicas:

1. Formular y proponer, para la aprobación del Presidente o Presidenta de la República, los lineamientos de política fiscal inherentes a los ingresos, gastos y financiamiento, en procura de los objetivos del SINFIP;
2. Ejecutar la política fiscal aprobada por el Presidente o Presidenta de la República;
3. Precautelar el cumplimiento de los objetivos de política fiscal prevista en la Constitución de la República y las leyes, en el ámbito de su competencia;
4. Analizar las limitaciones, riesgos, potencialidades y consecuencias fiscales que puedan afectar a la sostenibilidad de las finanzas públicas y a la consistencia del desempeño fiscal e informar al respecto a las autoridades pertinentes de la función ejecutiva;
5. Acordar y definir con el ente rector de la Planificación Nacional las orientaciones de política de carácter general, de cumplimiento obligatorio para las finanzas públicas;
6. Dictar las normas, manuales, instructivos, directrices, clasificadores, catálogos, glosarios y otros instrumentos de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades del sector público para el diseño, implantación y funcionamiento del SINFIP y sus componentes;
7. Organizar el SINFIP y la gestión financiera de los organismos, entidades y dependencias del sector público, para lograr la efectividad en la asignación y utilización de los recursos públicos;
8. Formular y actualizar la programación fiscal plurianual y anual;
9. Formular la proforma del Presupuesto General del Estado, y ponerla a consideración de la Presidenta o Presidente de la República, junto con la Programación Presupuestaria Cuatrianual y el límite de endeudamiento, en los términos previstos en la Constitución de la República y en este código, previa coordinación con la institucionalidad establecida para el efecto;
10. Aumentar y rebajar los ingresos y gastos que modifiquen los niveles fijados en el Presupuesto General del Estado hasta por un total del 15% respecto de las cifras aprobadas por la Asamblea Nacional.
11. Dictar de manera privativa las políticas, normas y directrices respecto a los gastos permanentes y su gestión del Presupuesto General del Estado;
12. Coordinar con otras entidades, instituciones y organismos nacionales e internacionales para la elaboración de estudios, diagnósticos, análisis y evaluaciones relacionados con la situación fiscal del país;
13. Requerir a las entidades, instituciones, organismos y personas de derecho público y/o privado, la información sobre la utilización de los recursos públicos; en coordinación con la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo;

14. Participar y asesorar en la elaboración de proyectos de ley o decretos que tengan incidencia en los recursos del Sector Público;
15. Dictaminar en forma previa, obligatoria y vinculante sobre todo proyecto de ley, decreto, acuerdo, resolución, o cualquier otro instrumento legal o administrativo que tenga impacto en los recursos públicos o que genere obligaciones no contempladas en los presupuestos del Sector Público no Financiero, exceptuando a los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Las Leyes a las que hace referencia este numeral serán únicamente las que provengan de la iniciativa del Ejecutivo en cuyo caso el dictamen previo tendrá lugar antes del envío del proyecto de ley a la Asamblea Nacional;
16. Celebrar a nombre del Estado ecuatoriano, en representación del Presidente o Presidenta de la República, los contratos o convenios inherentes a las finanzas públicas, excepto los que corresponda celebrar a otras entidades y organismos del Estado, en el ámbito de sus competencias;
17. Dictaminar obligatoriamente y de manera vinculante sobre la disponibilidad de recursos financieros suficientes para cubrir los incrementos salariales y los demás beneficios económicos y sociales que signifiquen egresos, que se pacten en los contratos colectivos de trabajo y actas transaccionales;
18. Invertir los recursos de la caja fiscal del Presupuesto General del Estado, así como autorizar y regular la inversión financiera de las entidades del Sector Público no Financiero;
19. Asignar recursos públicos a favor de entidades de derecho público en el marco del Presupuesto General del Estado, conforme a la reglamentación correspondiente;
20. Dictaminar en forma previa a la emisión de valores y obligaciones por parte del Banco Central;
21. Asesorar a las entidades y organismos del sector público, en materias relacionadas con el SINFIP;
22. Utilizar instrumentos y operaciones de los mercados financieros nacionales y/o internacionales, a fin de optimizar la gestión financiera del Estado;
23. Determinar los mecanismos de financiamiento público;
24. Normar los procesos de negociación y contratación de operaciones de endeudamiento público;
25. Realizar las negociaciones y contratación de operaciones de endeudamiento público del Presupuesto General del Estado, y designar negociadores, manteniendo la debida coordinación con las entidades del Estado a cuyo cargo estará la ejecución de los proyectos o programas financiados con deuda pública;
26. Participar a nombre del Estado, en procesos de negociación de cooperación internacional no reembolsable originada en canje o conversión de deuda pública por proyectos de interés público, que se acuerden con los acreedores;
27. Aprobar o rechazar la concesión de garantías de la República del Ecuador, para endeudamientos de las entidades y organismos del sector público;
28. Efectuar el seguimiento y evaluación de la gestión fiscal del Estado;
29. Participar en las comisiones de costeo de recursos para la transferencia de competencias a los Gobiernos Autónomos Descentralizados;
30. Preparar y elaborar estadísticas fiscales y consolidar la información presupuestaria, contable, financiera y de deuda pública de las entidades sujetas a este código;
31. Elaborar y mantener actualizados los registros de los entes financieros públicos y registro de los responsables de la gestión financiera;
32. Armonizar, homogeneizar y consolidar la contabilidad en el sector público;
33. Elaborar los Estados Financieros Consolidados de las entidades y organismos que forman parte del Sector Público no Financiero;
34. Elaborar y proporcionar la información fiscal necesaria para la formulación de las cuentas nacionales y las cuentas fiscales;
35. Custodiar las acciones y títulos valores que se generen en la gestión pública, sin perjuicio de las atribuciones legales de otras entidades del sector público;
36. Realizar las transferencias y pagos de las obligaciones solicitadas por las entidades

y organismos del sector público contraídas sobre la base de la programación y la disponibilidad de caja; y,  
37. Las demás que le fueren asignadas por la ley o por actos administrativos de la Función Ejecutiva”.

De la disposición legal transcrita, se desprende que las atribuciones del Ministerio rector del SINFIP, se hallan relacionadas con las políticas económicas, financieras y fiscales, inherentes a los ingresos, gastos y financiamiento, que debe aplicar y observar el sector público, sin que alguna se refiera a la recuperación de valores derivados de las contrataciones que para la provisión de obras, bienes y servicios efectúen las entidades y organismos del Estado que integran el presupuesto general del estado.

Por su parte, los artículos 1, 2 y Disposición General Segunda del “Reglamento para el Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva del Ministerio de Finanzas como ente Rector de las Finanzas Públicas”, que se menciona en su consulta, establecen lo siguiente:

“Art. 1.- Objeto.- Este reglamento tiene por objeto normar el ejercicio de la jurisdicción coactiva del Ministerio de Finanzas como ente rector de las finanzas públicas para asegurar la recaudación y/o recuperación de los recursos públicos que se deban a la Cuenta Corriente Única del Tesoro Nacional o a éste por cualquier concepto.

Art. 2.- Ámbito de aplicación.- El ente rector de las finanzas públicas ejercerá la jurisdicción coactiva para la recaudación o recuperación de los recursos públicos que bajo cualquier concepto le sean adeudados a la Cuenta Corriente Única del Tesoro Nacional o a las entidades que conforman el presupuesto general del estado. Las disposiciones de este reglamento son de aplicación obligatoria para las y los servidores que administren recursos públicos, así como también para las personas naturales y/o jurídicas que mantengan obligaciones pendientes con el Gobierno Central”.

#### “DISPOSICIONES GENERALES

Segunda.- La normativa del presente reglamento se aplicará para el cobro de multas y otras obligaciones pendientes de pago que se deban a la Cuenta Corriente Única del Tesoro Nacional por vía coactiva, que se hayan generado y se encuentren impagas hasta la presente fecha”.

De las disposiciones reglamentarias antes invocadas, se establece que el Ministerio de Finanzas ejerce la jurisdicción coactiva bajo la potestad otorgada en el último inciso del artículo 75 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, y por ende su ámbito de aplicación está enmarcado en las disposiciones legales contenidas en dicho cuerpo normativo, lo que permite inferir entonces, que las normas del “Reglamento para el Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva del Ministerio de Finanzas como ente Rector de las Finanzas Públicas”, antes citadas, deben aplicarse en el ámbito de las leyes que regulan las competencias del ministerio rector del Sistema Nacional de Finanzas Públicas SINFIP, sin que proceda una aplicación o interpretación extensiva de tales leyes.

En el pronunciamiento contenido en el oficio No. 04541 de 28 de octubre de 2011, con motivo de una consulta formulada por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, con relación a la aplicación de la potestad coactiva en asuntos derivados de la contratación pública por parte de la Contraloría General del Estado, este organismo manifestó al respecto:

“(…) en materia de contratación pública, cualquier crédito a favor de la entidad contratante, debe ser determinado observando las disposiciones de la Ley Orgánica del

Sistema Nacional de Contratación Pública, que establece un sistema de garantías que avalan el cumplimiento de las obligaciones por parte de los contratistas frente a la entidad contratante, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía, según el inciso final del artículo 73 de esa Ley Orgánica.

A manera de ejemplo, citó el caso de retardo o cumplimiento tardío de obligaciones por parte del contratista, que da lugar a la imposición de multas, que son sanciones pecuniarias cuyo propósito es que el contratista corrija su conducta, para no seguir recibiendo dicha sanción inmediata, según se ha pronunciado este Organismo en oficio No. 16251 de 31 de agosto de 2010. Por ello, el inciso final del artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que con cargo a la garantía de fiel cumplimiento, se puedan efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

De otra parte, el artículo 125 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé que ‘En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducírsele o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. Podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva...’. La misma norma agrega que ‘Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada’.

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

De conformidad con el artículo 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 163 de su Reglamento General, para las controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el domicilio del demandado, aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

El análisis jurídico anterior, es igualmente aplicable a su consulta, ya que como ha quedado señalado, la liquidación económica de los contratos determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debe efectuarse de conformidad con las previsiones del primer inciso del artículo 125 de su Reglamento General, en la que se determinan los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducírsele o deba devolver por cualquier concepto, los cuales deben ser devueltos en el término señalado en el segundo inciso de la citada norma reglamentaria, es decir dentro de los diez días siguientes a la liquidación; y, una vez vencido este término, la parte afectada podrá solicitar el pago de intereses legales y demandar los daños y perjuicios a que tuviere derecho.

Adicionalmente, es pertinente observar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no confiere al ministerio rector del Sistema Nacional de Finanzas Públicas SINFIIP ni a ningún otro organismo o entidad del sector público, atribución para hacer efectivos los valores adeudados por incumplimientos contractuales a favor de entidades públicas contratantes mediante el ejercicio de la acción coactiva, en el ámbito de la contratación pública.

Con relación a la jurisdicción en temas de contratación pública, los artículos 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 163 de su Reglamento General, en su orden, disponen:

“Art. 105.- Instancia Única.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.

“Art. 163.- Contencioso Administrativo.- De no pactarse cláusula compromisoria o no acordarse ventilar mediante solución arbitral, las controversias se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción en el domicilio del demandado, observando lo previsto en la ley de la materia”.

Concordante con las disposiciones precedentes, el artículo 326 numeral 4 letra e) del Código Orgánico General de Procesos, prevé lo siguiente:

“Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones;

(...) 4. Las especiales de:

(...) e) Las controversias en materia de contratación pública”.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 163 de su Reglamento General y el artículo 326 numeral 4 letra e) del Código Orgánico General de Procesos, en materia de contratación pública, para las controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje, el procedimiento judicial se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo del domicilio del demandado.

De otra parte, con relación al hecho de que las multas excedan la garantía de fiel cumplimiento del contrato, que es una de las situaciones que se señala en su oficio de consulta, este Organismo dentro del análisis jurídico contenido en el oficio No. 16251 de 31 de agosto de 2010, al atender la consulta formulada por la Empresa Pública Metropolitana de Movilidad y Obras Públicas, señaló en su parte correspondiente que:

“La imposición de sanciones, y entre ellas las de carácter pecuniario como son las multas, así como la terminación unilateral de un contrato, expresa una combinación de potestades regladas y discrecionales que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración, pues por un lado la imposición de sanciones solo procede en los casos previstos en la norma (potestad reglada), atendiendo además al principio de reserva de ley establecido en el numeral 2 del artículo 132 de la vigente Constitución de la República, que dispone que se requiere de ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes, así como con sujeción al procedimiento previo que corresponda; pero por otro lado, la entidad contratante queda habilitada por la norma para calificar la oportunidad de la medida, esto es su conveniencia para el interés público



especifico (potestad discrecional). La aplicación de sanciones en materia contractual en definitiva, debe realizarse dentro de la legalidad y de la razonabilidad”.

Además en el mismo oficio concluí que: “(...) compete a la entidad contratante determinar la oportunidad y conveniencia de aplicar en un contrato específico, la disposición contenida en la letra c) del artículo 104 de la derogada Ley de Contratación Pública, que establece que si las multas ‘superan’ la garantía de fiel cumplimiento, (5% del valor del contrato) se configura la causal de terminación unilateral y anticipada del contrato”; situación jurídica que se encuentra recogida en similares términos en el numeral 3 del artículo 94 de la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Cabe advertir que de conformidad con el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, es obligación de la entidad contratante vigilar la ejecución de los contratos, a efectos de adoptar todas las medidas para que se cumplan las estipulaciones, costos y plazos contractuales.

En lo que atañe a la falta de amortización del anticipo entregado al contratista, que supere los valores afianzados a través de la garantía que prevé el artículo 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es pertinente considerar lo señalado en dicha disposición:

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

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

Del tenor de la norma citada, se evidencia que el contratista se halla obligado a rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios.

De lo hasta aquí analizado, se desprende que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con la finalidad de precautelar los recursos económicos que el Estado invierte en la ejecución de obras, bienes y servicios, establece que el contratista debe entregar las respectivas garantías (de fiel cumplimiento de contrato y/o buen uso de anticipo) previo a su ejecución, las cuales deben estar sujetas a los montos y condiciones señaladas en dicha Ley.

Por lo expuesto y en atención a los términos de su consulta, se concluye que el Ministerio de Finanzas, como ente rector del Sistema Nacional de Finanzas Públicas SINFI, de conformidad con las atribuciones que le otorga el artículo 74 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, no es competente para ejercer la jurisdicción coactiva a fin de propiciar la recaudación o recuperación de los recursos públicos, que bajo cualquier concepto (multas, anticipos no amortizados, etc.) le sean adeudados al Servicio de Contratación de Obras, dentro del ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 163 de su Reglamento General y el artículo 326



numeral 4 letra e) del Código Orgánico General de Procesos, la entidad consultante debe requerir los valores adeudados ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en el evento en que las partes no hayan acordado someter las controversias originadas en la ejecución de los contratos suscritos a los procedimientos de mediación y arbitraje respectivos.

Lo expuesto sin perjuicio de las responsabilidades en la correcta celebración y administración del contrato que, de haberlas, deberán ser determinadas a través de la auditoría interna de la Institución o de la Contraloría General del Estado, al amparo del último inciso del artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y los numerales 12 y 34 del artículo 31 de la misma Ley.

### **MANCOMUNIDAD CENTRO NORTE DE LA PROVINCIA DE MANABÍ: FUSIÓN POR ABSORCIÓN CON UNA EMPRESA PÚBLICA MANCOMUNADA**

**OF. PGE. N° 04700 de 16-02-2016**

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MANCOMUNIDAD CENTRO NORTE DE LA PROVINCIA DE MANABÍ

#### **CONSULTA:**

“¿Puede la Mancomunidad Centro Norte de la Provincia de Manabí absorber por el proceso de Fusión contemplado en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Empresa Pública (sic) a la Empresa Pública (sic) Mancomunada EMAARS-EP?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República, Arts. 85 núm. 1; 226, 243, 264 y 315.  
Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, Arts. 55 letra d), 57 letra q), 137, 274, 285, 286 y 289.  
Ley Orgánica de Empresas Públicas, Arts. 1, 4, 48 y 54.  
Ordenanza de creación de la EMAARS-EP, Art. 36.  
Estatuto de la Mancomunidad Centro Norte, Art. 13 núm. 8.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender su consulta, mediante oficio No. 04194 de 7 de enero de 2016 e insistencia contenida en el oficio No. 04384 de 25 de enero de 2016, este Organismo solicitó el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas – AME, sin que hasta la presente se haya atendido dicho requerimiento.

El informe jurídico de la mancomunidad consultante, que ha sido remitido como anexo a la consulta, consta en el oficio No. 136-LZC-MCN-2015 de 24 de diciembre de 2015, suscrito por la Asesora Jurídica de dicha entidad, quien como antecedentes, señala los siguientes:

“Mediante Registro Oficial No. 481 del 30 de junio del 2011, se crea la Mancomunidad Centro Norte de la Provincia de Manabí, mediante Convenio de constitución que integra los cantones Tosagua, Sucre, San Vicente, Bolívar y Junín, para la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial, y los servicios integrales del manejo de residuos sólidos, tanto de las zonas urbanas como de las rurales de sus respectivas jurisdicciones.

(...) Mediante Registro Oficial No. 565 del 27 de Octubre del 2011, se constituye de La (sic) Empresa Pública Municipal Mancomunada de agua potable, alcantarillado y servicios integrales del manejo de residuos sólidos, urbanos y rurales de los cantones de Bolívar, Junín, San Vicente, Sucre y Tosagua **EMAARS-EP**".

Como fundamentos legales, la Asesora Jurídica, en su informe cita el numeral 1 del artículo 85, numeral 4 del artículo 264 y 315 de la Constitución de la República, los artículos 55 letra d) y 285 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como los artículos 1, 4 y 48 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; artículo 36 de la Ordenanza de creación de la EMAARS-EP y el numeral 8 del artículo 13 del Estatuto de la Mancomunidad Centro Norte. Con los antecedentes y la argumentación jurídica antes indicada, la Asesora Jurídica concluye con el siguiente criterio jurídico:

"Con todos estos antecedentes y siendo la resolución del directorio de la Mancomunidad del 25 de Julio del 2011, el génesis de la constitución de la EMAARS EP es el criterio de esta asesoría jurídica que es procedente que la Mancomunidad Centro Norte absorba por el proceso de Fusión consagrado en el artículo 48 de la Ley Orgánica de empresas Publicas (sic) a la EMAARS EP".

En primer término, es pertinente señalar que la Mancomunidad Centro Norte de la Provincia de Manabí, conformada por los cantones: Tosagua, Sucre, San Vicente, Bolívar y Junín, se constituyó al amparo del artículo 243 de la Constitución de la República, que dispone:

"Art. 243.- Dos o más regiones, provincias, cantones o parroquias contiguas podrán agruparse y formar mancomunidades, con la finalidad de mejorar la gestión de sus competencias y favorecer sus procesos de integración. Su creación, estructura y administración serán reguladas por la ley".

De otra parte, 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, que funcionarán como entidades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

El artículo 57 letra q) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, entre las competencias asignadas al Concejo Municipal, prevé la de "Decidir la participación en mancomunidades o consorcios", mientras que la letra j) de la misma norma señala que le corresponde al Concejo aprobar la creación de empresas públicas.

El artículo 137 del mismo Código Orgánico, en su parte pertinente dispone que las competencias de prestación de servicios públicos de agua potable, en todas sus fases, las ejecutarán los gobiernos autónomos descentralizados municipales con sus respectivas normativas y las regulaciones y políticas nacionales establecidas por las autoridades correspondientes. Añade la misma norma legal, que podrán establecer convenios de mancomunidad con las autoridades de otros cantones y provincias en cuyos territorios se encuentren las cuencas hidrográficas que proveen el líquido vital para consumo de su población.

El inciso primero del artículo 274 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que integra el TÍTULO VII “Modalidades de Gestión, Planificación, Coordinación y Participación”, Capítulo I “Modalidades de Gestión”, establece:

“Art. 274.- Responsabilidad.- Los gobiernos autónomos descentralizados son responsables por la prestación de los servicios públicos y la implementación de las obras que les corresponda ejecutar para el cumplimiento de las competencias que la Constitución y la ley les reconoce de acuerdo con sus respectivos planes de desarrollo y de ordenamiento territorial, asegurando la distribución equitativa de los beneficios y las cargas, en lo que fuere aplicable, de las intervenciones entre los distintos actores públicos y de la sociedad de su territorio”.

Dentro del mismo Título VII de la norma *Ibidem*, en cuanto a las mancomunidades, ha previsto en los artículos 285 y 286 lo siguiente:

“Art. 285.- Mancomunidades y consorcios.- Los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, distritales, cantonales o parroquiales rurales y los de las circunscripciones territoriales indígenas, afroecuatorianas y montubias podrán formar mancomunidades entre sí, con la finalidad de mejorar la gestión de sus competencias y favorecer sus procesos de integración, en los términos establecidos en la Constitución y de conformidad con los procedimientos y requisitos establecidos en este Código. Cuando el mancomunamiento se realice entre dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo nivel de gobierno que no fueran contiguos o entre gobiernos autónomos descentralizados de distintos niveles se denominarán consorcios. Las mancomunidades y consorcios que se constituyan podrán recibir financiamiento del presupuesto general del Estado para la obra o proyecto objeto del mancomunamiento, en función de la importancia de la obra o proyecto, previa aprobación por parte del gobierno central.

Art. 286.- Naturaleza jurídica.- Las mancomunidades y consorcios son entidades de derecho público con personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines específicos determinados de manera expresa en el convenio de creación”.

De las disposiciones legales previamente transcritas, se desprende que los gobiernos autónomos descentralizados son responsables de la prestación de los servicios públicos y la implementación de las obras para el cumplimiento de sus competencias; para lo cual, dentro del marco legal vigente, cuando estas instancias de gobierno son contiguas y del mismo nivel, pueden formar mancomunidades entre sí, con el objeto de mejorar la gestión de sus competencias, situación jurídica que puede ser también realizada por dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo nivel de gobierno, que no fueran contiguos o entre gobiernos autónomos descentralizados de distintos niveles, en cuyo caso se denomina a esta alianza como consorcios; cabe señalar que tanto las mancomunidades y consorcios son entidades de derecho público con personalidad jurídica, para el cumplimiento de los fines específicos determinados expresamente en el convenio de creación.

Adicionalmente, el artículo 289 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, determina la posibilidad de que los gobiernos autónomos descentralizados, agrupados en mancomunidades o consorcios, creen empresas públicas:

“Art. 289.- Empresas en mancomunidad o consorcios.- Los gobiernos autónomos descentralizados mancomunados o que conformaren consorcios, podrán crear empresas públicas de acuerdo con la ley que regula las empresas públicas, para dar

cumplimiento a las finalidades de la mancomunidad o consorcio. Los estatutos sociales de la empresa determinarán la forma de integración del directorio y los aportes que realizará cada gobierno autónomo descentralizado.

Los gobiernos autónomos descentralizados mancomunados o que constituyan consorcios, podrán crear empresas públicas a través del acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados que deseen conformar la empresa en comunidad, de acuerdo con la ley que regula las empresas públicas”.

Según dispone el artículo 289 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la creación de empresas públicas en mancomunidad o consorcios, se rige por la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, establece el ámbito de dicho cuerpo normativo, en los siguientes términos:

“Art. 1.- ÁMBITO.- 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”.

De igual forma, el inciso primero del artículo 4 de la norma *Ibidem*, define a las empresas públicas como: “(...) entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado”.

En el contexto antes señalado, el artículo 48 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que es objeto de su consulta, prescribe:

“Art. 48.- PROCEDENCIA.- La fusión de las empresas públicas se produce:

1. Cuando dos o más empresas públicas se unen para formar una nueva que las sucede en sus derechos y obligaciones; y,
2. Cuando una o más empresas públicas son absorbidas por otra que continúa subsistiendo.

Para la fusión de cualquier empresa pública con otra en una nueva se acordará primero la disolución sin liquidación y luego se procederá al traspaso total de los respectivos patrimonios sociales a la nueva empresa.

Si la fusión resultare de la absorción de una o más empresas públicas por otra empresa existente, ésta adquirirá en la misma forma los patrimonios de la o de las empresas absorbidas. La empresa absorbente se hará cargo de pagar el pasivo de la absorbida y asumirá por este hecho las responsabilidades propias de un liquidador respecto a los acreedores de ésta.

La fusión será resuelta y aprobada por los directorios de las empresas públicas que se vayan a fusionar y requerirá de forma previa el informe favorable del organismo nacional de planificación o de la unidad de planificación del gobierno autónomo descentralizado,

según corresponda.

La o las empresas fusionadas asumirán las obligaciones laborales frente al recurso humano de las empresas que se fusionan y que pasen a formar parte de su nómina”.

La norma jurídica antes invocada, en todo su contenido se refiere a la fusión entre “empresas públicas” exclusivamente y establece dos formas de fusión. La primera cuando dos o más empresas públicas se unen para formar una nueva, que las sucede en sus derechos y obligaciones; y la segunda, cuando una o más empresas públicas son absorbidas por otra que continúa subsistiendo. El citado artículo establece que la fusión debe estar precedida por la resolución del Directorio de cada empresa pública, lo cual concuerda con la atribución que el numeral 12 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas confiere a dicho cuerpo colegiado; y adicionalmente no prevé la posibilidad de que los procesos de fusión se efectúen entre entidades públicas de distinta naturaleza.

De su parte, el artículo 54 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, dispone que: “En lo que se refiere a las normas de procedimiento no contempladas en esta Ley, tanto para la fusión como para la escisión, se aplicarán las normas previstas en la Ley de Compañías”.

Del análisis jurídico hasta aquí efectuado, se determina que tanto las mancomunidades como los consorcios constituidos por los gobiernos autónomos descentralizados, al amparo del Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomías y Descentralización, constituyen figuras asociativas destinadas a mejorar la gestión de las competencias asignadas legalmente a sus integrantes; mientras que, las empresas públicas son entidades públicas destinadas en general al desarrollo de actividades económicas que le corresponden al Estado, las cuales pueden ser conformadas, en el presente caso, por una mancomunidad según lo previsto en el Código Orgánico antes señalado y en la Ley Orgánica de Empresas Públicas; por lo cual se evidencia que legalmente tanto las mancomunidades o consorcios y las empresas públicas, son personas de derecho público con naturaleza jurídica distinta cuya constitución obedece a situaciones y objetivos diferentes.

Por lo expuesto, de conformidad con el artículo 48 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y en aplicación del principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República, que determina que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y quienes actúen en virtud de una potestad estatal deben ejercer solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley, en atención a los términos de su consulta, se concluye que no es jurídicamente posible que una mancomunidad se fusione por absorción con una empresa pública mancomunada, en virtud de que la indicada norma no ha previsto una eventual fusión entre una empresa pública y otro tipo de entidad.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia de normas jurídicas y la aplicación de dichas normas a los casos concretos, es de estricta responsabilidad de los funcionarios de la entidad consultante.

**RECLAMO ADMINISTRATIVO:  
PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA DE UN  
CONTRATO**

**OF. PGE. N°:** 05946 de 12-05-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

**CONSULTA:**

“¿Debe este órgano de control, dentro del reclamo administrativo planteado por una entidad pública al amparo de lo previsto en el artículo 42 de la Ley General de Seguros, constatar que ésta haya cumplido previamente con el procedimiento de terminación unilateral y anticipada de un contrato, contemplado en los artículos 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 139 y 146 de su Reglamento General, antes de exigir a la compañía aseguradora el pago de las garantías de buen uso del anticipo o de fiel cumplimiento del contrato?”.

**BASES LEGALES:**

Código Orgánico Monetario y Financiero, Arts. 78.  
Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1, 73, 74, 75, 92, 94, 95; y, 139 y 146 de su Reglamento General.  
Ley General de Seguros, Arts. 1, 3, 10, 42 y 43.  
Código de Comercio, Arts. 32 y 34.  
Código Civil, Art. 2238.

**PRONUNCIAMIENTO:**

Al oficio señalado, la entidad consultante adjunta el informe jurídico, suscrito por el Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional, contenido en el memorando No. SCVS.INPAI.15.809 de 1 de diciembre de 2015, quien cita el artículo 78 del Código Orgánico Monetario y Financiero, los artículos 1, 10, 42 y 43 de la Ley General de Seguros, así como los artículos 32 y 34 del Código de Comercio, Título XVII, referido al Contrato de Seguro, artículos 1, 73, 74, 75 y 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y los artículos 139 y 146 de su Reglamento General y concluye con el siguiente criterio jurídico:

“A criterio de esta Intendencia, es procedente que la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en el ejercicio de la atribución contemplada en el artículo 42 de la Ley General de Seguros, dirima las controversias que se deriven de las reclamaciones administrativas que formulen los entes públicos o privados; facultad que comprende constatar que la entidad pública haya cumplido previamente con el procedimiento de terminación unilateral y anticipada de un contrato, contemplado en los artículos 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 139 y 146 de su Reglamento General, antes de exigir a la compañía aseguradora el pago de las garantías de buen uso del anticipo o de fiel cumplimiento del contrato”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender su consulta, mediante oficio No. 04045 de 23 de diciembre de 2015, e insistencia constante en el oficio No. 04496 de 1 de febrero de 2016, la Procuraduría General del Estado solicitó el criterio institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, requerimiento que fue atendido por el Director General de dicha entidad, a través del oficio No. SERCOP-DG-



2016-0074-OF de 18 de febrero de 2016, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 19 del mismo mes y año.

En el citado oficio, el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, refiere como fundamentos jurídicos los artículos 73, 74, 75 y 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 146 de su Reglamento General y en base a dichas normas concluye:

“Es así que de conformidad a lo establecido en la LOSNCP, la garantía deberá ejecutarse sin mayor trámite, una vez que se ha declarado la terminación unilateral y anticipada del contrato en el cual se haya determinado la existencia de incumplimiento por parte del contratista, y éste no ha cancelado los valores correspondientes, en caso de haberlos, en el término señalado en el párrafo precedente. (En dicho párrafo se cita el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que determina un plazo de 10 días)

Sobre el incumplimiento de las obligaciones de las compañías aseguradoras me permito indicar, que es potestad de las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, solicitar al Servicio Nacional de Contratación Pública, la inhabilitación en el Sistema Nacional de Contratación Pública, hasta el cumplimiento de su obligación. En caso de reincidencia será inhabilitada por dos (2) años”.

El artículo 1 de la Ley General de Seguros, establece que dicho cuerpo legal regula la constitución, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas y las operaciones y actividades de las personas naturales que integran el sistema de seguro privado, las mismas que se sujetan al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

El artículo 3 de la Ley Ibídem prevé que las empresas de seguros, son sociedades anónimas constituidas en el País y las sucursales de empresas extranjeras, legalmente establecidas en el Ecuador, cuyo objeto exclusivo es el negocio de asumir directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas; y, el inciso tercero del mismo artículo determina que son empresas de seguros generales aquellas que aseguren los riesgos causados por afecciones, pérdidas o daños de la salud, de los bienes o del patrimonio y los riesgos de fianza o garantías.

El artículo 2238 del Código Civil, define a la fianza como “(...) una obligación accesoría 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”.

De su parte, en el ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de las garantías que avalan los contratos regulados por dicha Ley, en su artículo 73 se establece lo siguiente:

“Art. 73.- Formas de garantías.- En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:

1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;
2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;
3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el

correspondiente avalúo catastral correspondiente;

4. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor; y,

5. Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley.

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.

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 del presente artículo, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita. En caso de incumplimiento, el banco, la institución financiera o la compañía aseguradora, será inhabilitada en el Sistema Nacional de Contratación Pública por el organismo responsable, hasta el cumplimiento de su obligación. En caso de reincidencia será inhabilitada por dos (2) años”.

Del citado artículo se desprende que para los procesos de contratación pública que realiza el Estado, se prevé la obligación de los contratistas de rendir garantías para afianzar los contratos suscritos, en cualquiera de las cinco formas que determina la indicada norma; específicamente, para el presente caso en su numeral 2, se establece que las pólizas de seguros, tendrán la calidad de “incondicionales e irrevocables”, y conforme lo señalado en su último inciso, para su ejecución, bastará el requerimiento por escrito de la entidad contratante y por ende beneficiaria de la garantía, sin que medie trámite administrativo previo por parte de la aseguradora.

Por otra parte, el artículo 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece las causas de terminación de los contratos regidos por esa Ley, señalando entre ellas en su numeral 4, a la terminación unilateral por parte del contratante, causal que es desarrollada posteriormente en el artículo 94 de la misma Ley, en los siguientes términos:

“Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,

7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato”.

Como se puede apreciar del tenor del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los casos en que procede la terminación unilateral del contrato administrativo, son de variada índole y es responsabilidad exclusiva de la entidad contratante, determinar la existencia de acciones o inacciones de la contratista que configuren una o más causas de terminación unilateral del contrato, siendo igualmente responsabilidad de la contratante, la emisión de la declaratoria de terminación unilateral del contrato, observando el procedimiento establecido en el artículo 95 de la misma Ley, el cual se cita a continuación:

“Art. 95.- Notificación y Trámite.- Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley.

Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo.

Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad

Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de esta Ley”.

Del artículo previamente transcrito, se establece que una vez realizada la notificación por parte de la entidad contratante al contratista para que justifique la mora o remedie el incumplimiento en el que se hallare, en el caso que esta última no lo hiciere o no contestara satisfactoriamente, la institución del Estado, mediante Resolución debidamente motivada, lo declarará contratista incumplido, decisión que dará paso a la ejecución de las garantías que avalaban la correcta ejecución del contrato.

En forma concordante con la citada norma, el artículo 146 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con relación al procedimiento de terminación unilateral del contrato, prevé:

“Art. 146.- Notificación de terminación unilateral del contrato.- La notificación prevista en el artículo 95 de la Ley se realizará también, dentro del término legal señalado, a los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley; para cuyo efecto, junto con la notificación, se remitirán copias certificadas de los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

La declaración de terminación unilateral del contrato se realizará mediante resolución motivada emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, la que se comunicará por escrito al SERCOP, al contratista; y, al garante en el caso de los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley.

La resolución de terminación unilateral del contrato será publicada en el portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec) y en la página web de la entidad contratante e inhabilitará de forma automática al contratista registrado en el RUP.

En la resolución de terminación unilateral del contrato se establecerá el avance físico de las obras, bienes o servicios y la liquidación financiera y contable del contrato; requiriéndose que dentro del término de diez días contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de terminación unilateral, el contratista pague a la entidad contratante los valores adeudados hasta la fecha de terminación del contrato conforme a la liquidación practicada y en la que se incluya, si fuera del caso, el valor del anticipo no devengado debidamente reajustado.

En el caso de que el contratista no pague el valor requerido dentro del término indicado en el inciso anterior, la entidad contratante pedirá por escrito al garante que dentro del

término de 48 horas contado a partir del requerimiento, ejecute las garantías otorgadas y dentro del mismo término pague a la entidad contratante los valores liquidados que incluyan los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago”.

Conforme se evidencia del inciso primero del artículo 146 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la notificación de terminación unilateral de un contrato debe efectuarse también dentro del término legal a los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley; para cuyo efecto, junto con la notificación, se remitirán copias certificadas de los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista, luego de lo cual, la entidad contratante podrá solicitar al garante la ejecución de las pólizas.

Por otro lado, en el caso que una compañía de seguros y reaseguros se negare a pagar la póliza que emitió en garantía, tanto por buen uso del anticipo como por fiel cumplimiento del contrato, la Ley General de Seguros en su artículo 42 desarrolla el reclamo administrativo que puede ser presentado ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, mismo que dispone:

“Art. 42.- Las compañías de seguros y reaseguros tienen la obligación de pagar el seguro contratado o la parte correspondiente a la pérdida debidamente comprobada, según sea el caso, dentro del plazo de treinta (30) días siguientes de presentada la reclamación por parte del asegurado o beneficiario, acompañando los documentos determinados en la póliza.

Las compañías de seguros y reaseguros podrán objetar por escrito y motivadamente, dentro del plazo antes mencionado el pago total o parcial del siniestro, no obstante si el asegurado o el beneficiario se allanan a las objeciones de la compañía de seguros, ésta pagará inmediatamente la indemnización acordada.

Si el asegurado o beneficiario no se allana a las objeciones podrá presentar un reclamo ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a fin de que ésta requiera a la aseguradora que justifique su negativa al pago. Dentro del plazo de 30 días de presentado el reclamo, y completados los documentos que lo respalden, el organismo de control dirimirá administrativamente la controversia, aceptando total o parcialmente el reclamo y ordenando el pago del siniestro en el plazo de 10 días de notificada la resolución, o negándolo.

La resolución podrá ser impugnada en sede administrativa con arreglo al artículo 70 de la presente Ley.

El incumplimiento del pago ordenado será causal de liquidación forzosa de la compañía aseguradora. La interposición de acciones o recursos judiciales no suspenderá los efectos de la resolución que ordena el pago.

En sede judicial, el asegurado cuyo reclamo haya sido negado podrá demandar a la aseguradora ante la justicia ordinaria o recurrir a los procedimientos alternativos de solución de controversias estipulados en el contrato de seguro. La aseguradora, por su parte, podrá demandar la revocatoria o anulación de la resolución que le obligó al pago de la indemnización, en jurisdicción contencioso administrativa, solamente cuando haya honrado la obligación de pago. En caso de haberse revocado o anulado la resolución, para obtener la restitución de la indemnización pagada, la aseguradora deberá necesariamente también demandar al asegurado o beneficiario que la haya cobrado,



quien intervendrá como parte en el juicio.

La presentación del reclamo que regula el presente artículo suspende la prescripción de la acción que tiene el asegurado o el beneficiario contra la aseguradora, hasta la notificación de la resolución a la aseguradora.

Todos los reclamos de asegurados contra aseguradoras se sujetarán a las normas precedentes. No les es aplicable, en consecuencia, el procedimiento regulado por la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.

Adicionalmente, tratándose de pólizas de seguros de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo que se contrate en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las compañías de seguros deben emitirlos cumpliendo la exigencia de que sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, por lo que tienen la obligación de pagar el valor del seguro contratado, dentro del plazo de diez (10) días siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución.

Queda prohibido a las compañías aseguradoras en el caso de las mencionadas pólizas giradas en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, exigir al asegurado para el pago de la garantía, documentación adicional o el cumplimiento de trámite administrativo alguno, que no fuere el previsto en dicha ley y en su reglamento. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.

El incumplimiento de estas disposiciones dará lugar, asimismo, a la liquidación forzosa de la compañía de seguros”.

De la norma antes citada, se establece que una compañía de seguros o reaseguros puede objetar por escrito y motivadamente el pago total o parcial de un siniestro, dentro de los treinta días siguientes de presentada la reclamación por parte del asegurado o beneficiario. En el evento de que el asegurado o el beneficiario no se allanen a las objeciones de la compañía de seguros, podrá presentar un reclamo ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, y dicha Superintendencia requerirá a la aseguradora que justifique su negativa al pago. El reclamo administrativo ante el Órgano de Control, deberá ser resuelto dentro del plazo de 30 días de presentado el mismo, aceptando total o parcialmente el reclamo y ordenando el pago del siniestro en el plazo de 10 días de notificada la resolución, o negándolo.

Es oportuno observar que, tanto en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el artículo 146 de su Reglamento General, se establece como un requisito previo a que las entidades contratantes soliciten la ejecución de la garantía de buen uso del anticipo y de fiel cumplimiento de contrato, el haber seguido el respectivo procedimiento administrativo para la declaratoria de contratista incumplido, misma que se materializa a través de la Resolución expedida por la máxima autoridad o su delegado; solo luego de lo cual, se podrá exigir el pago de la garantía a las compañías de seguros y reaseguros registradas en el país.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, de conformidad a lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 42 de la Ley General de Seguros, que confiere a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la potestad de dirimir administrativamente la controversia surgida entre la aseguradora y el asegurado o beneficiario del seguro, en el caso de no pago de una fianza por objeciones de la compañía aseguradora, se concluye que corresponde a dicha Superintendencia verificar que se hayan cumplido en el aspecto formal, los requisitos y el procedimiento



administrativo de terminación unilateral de contrato contenido en los artículos 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 146 de su Reglamento General.

A cada entidad contratante le corresponde determinar las razones técnicas o legales que configuran la causal de terminación de un contrato, de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin que sea atribución de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros pronunciarse sobre tales causas de terminación, ya que conforme a lo indicado previamente, a dicho organismo le compete únicamente verificar el cumplimiento de los requisitos formales dispuestos para la terminación de un contrato en la referida Ley y su Reglamento General.

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

## **REELECCIÓN DE ASAMBLEÍSTAS: PARLAMENTO ANDINO**

**OF. PGE: N°:** 08498 de 11-11-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** ASAMBLEA NACIONAL

### **CONSULTAS:**

“1.- ¿Se consideran como un mismo cargo, el de Asambleísta y el de Parlamentario Andino, para efectos de la reelección, de conformidad con el Art. 93 de la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia?”

2.- ¿Puede un asambleísta, que por dos ocasiones ha sido electo como asambleísta alterno, inscribirse como candidato a asambleísta principal?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 114 y 120.

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

Ley Orgánica de la Función Legislativa, Arts. 2, 4, 9, 74 y 112.

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, Arts. 64, 93, 99 inc. primero y 165 inc. primero.

Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, Arts. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 12 y 13.

Reglamento General del Parlamento Andino, Arts. 12 y 13.

### **PRONUNCIAMIENTOS:**

A su consulta se ha acompañado el informe jurídico que prescribe el segundo inciso del artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; en dicho informe, contenido en documento sin número ni fecha, con relación a su primera consulta se invocan los artículos 1, 2, 3, 13 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, que regulan su composición así como la elección de los representantes de cada país miembro mediante sufragio universal y directo y las atribuciones del Parlamento Andino; los artículos 2, 4 y 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Y con respecto a su segunda consulta, el informe referido en el párrafo precedente cita adicionalmente el artículo 93 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas

de la República del Ecuador, Código de la Democracia y el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

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

### **PRIMERA CONSULTA**

El informe jurídico que se ha acompañado a la consulta, cita las normas sobre la integración del Parlamento Andino y elección de los representantes de los países miembros y los artículos 2, 4 y 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que se refieren a la conformación y atribuciones de la Asamblea Nacional. Sobre dicha base manifiesta y concluye lo siguiente:

“De esto se desprende que si bien a los cargos de Asambleístas y de representantes del Ecuador para Parlamentario Andino se accede de igual forma, esto es a través de elección popular y por lo tanto en ambos casos tienen la calidad de dignatarios: para los fines exclusivamente de la reelección establecida en el artículo 93 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas del Ecuador, Código de la Democracia, en atención a las competencias establecidas en el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y 13 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, sus atribuciones y funciones son diferentes, por lo que la reelección se entiende solo respecto de un Asambleísta que hubiere sido electo por dos ocasiones, en consecuencia podría inscribir su candidatura como Parlamentario Andino; así como también, respecto de un Parlamentario Andino que hubiere sido electo por dos ocasiones, en consecuencia podría inscribir su candidatura como Asambleísta”.

De la lectura de la conclusión contenida en el informe jurídico se evidencia la necesidad de examinar el concepto de reelección que establece el vigente ordenamiento jurídico y sus limitaciones; y, por otra parte, analizar si, para efectos de reelección, son asimilables la dignidad de Asambleísta del legislativo nacional y la de Parlamentario Andino.

El texto del artículo 114 de la Constitución de la República, que tiene vigencia en la actualidad, es el anterior a la Enmienda, y por tanto tiene el siguiente tenor:

“Art. 114.- Las autoridades de elección popular podrán reelegirse por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo. Las autoridades de elección popular que se postulen para un cargo diferente deberán renunciar al que desempeñan”.

Según se aprecia del texto constitucional vigente, el artículo 114 de la Constitución de la República permite la reelección de los dignatarios de elección popular por una sola vez para el mismo cargo, previendo que dicha reelección puede ser consecutiva o no.

Lo expuesto evidencia que, con relación a los dignatarios de elección popular, el artículo 114 de la Constitución de la República regula dos materias: los límites a la reelección, que es el tema de su actual consulta; y, la obligación de renunciar cuando el dignatario en funciones se postula para un cargo diferente, reglado por la parte final de esa norma sobre la que trató mi pronunciamiento contenido en oficio No. 10671 de 14 de noviembre de 2012.

En el pronunciamiento de la referencia, este organismo analizó únicamente la previsión contenida en el artículo 93 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia en armonía con en el artículo 114 de la Constitución referente a la imposición de renunciar al cargo de Asambleísta previamente a la inscripción de una candidatura como Parlamentario Andino o

viceversa; así como las normas respecto a la materia contenidas en los artículos 5, 7 y 8 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y los artículos 12 y 13 del Reglamento General del Parlamento Andino, que regulan la estructura, funcionamiento y procedimiento de designación de sus miembros para concluir que debido a la forma de elección tanto de los Asambleístas como de los Parlamentarios Andinos no se requería la renuncia al cargo previamente a inscribir sus candidaturas; sin que dicho pronunciamiento haya equiparado ambas dignidades de elección popular para efectos de reelección.

En el contexto de su actual consulta resulta pertinente revisar el artículo 93 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, cuyo texto también se encuentra vigente, dispone:

“Art. 93.- A toda elección precederá la proclamación y solicitud de inscripción de candidaturas por las organizaciones políticas y su calificación a cargo de la autoridad electoral competente, las candidatas y candidatos deberán reunir los requisitos y no encontrarse comprendidos en las prohibiciones determinadas en la Constitución de la República y en la ley. Las candidaturas se considerarán inscritas de forma oficial únicamente luego de la resolución en firme que las califique, que constituye el acto por el cual el organismo electoral competente acepta su inscripción.

Los dignatarios de elección popular podrán reelegirse por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo. Las autoridades de elección popular que se postulen para un cargo diferente deberán renunciar al que desempeñan antes de presentar la solicitud de inscripción de su candidatura. Los dignatarios que opten por la reelección inmediata podrán hacer uso de licencia sin remuneración desde la inscripción de sus candidaturas hasta el día siguiente de las elecciones.

Esta disposición no rige para las autoridades de elección popular que ostenten la calidad de alternos que al momento de la inscripción de su candidatura no estén en el ejercicio de las funciones de principales; sin embargo, si participan para una dignidad diferente de la de su alternabilidad no podrán principalizarse durante el proceso electoral y automáticamente perderán su condición de alternos en el caso de ser electos.

Se entenderá por reelección, igualmente, la de las autoridades que habiendo sido elegidos para un cargo han pasado a desempeñar por subrogación definitiva otro cargo de elección popular, siempre que tal subrogación se haya producido con dos años de anticipación por lo menos, a la fecha de presentación de sus candidaturas para su inscripción”. (El énfasis me pertenece)

Del segundo inciso del artículo 93 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, se observa que, en armonía con el texto vigente del artículo 114 de la Constitución de la República, limita la reelección de los dignatarios de elección popular, por una sola vez para el mismo cargo, independientemente de que dicha reelección sea o no consecutiva.

Es decir que, de acuerdo con el vigente concepto legal de reelección, concluido el periodo para el cual fue elegido un dignatario de elección popular, éste puede por una sola vez, presentar su candidatura para desempeñar la misma dignidad.

Ahora corresponde examinar la naturaleza de las funciones que desempeñan los miembros del Legislativo nacional y los Parlamentarios Andinos, a fin de establecer si dichas dignidades de elección popular, para efectos de reelección, pueden ser consideradas el mismo cargo.

Las atribuciones legislativas y de fiscalización y control político que corresponde ejercer a la Asamblea Nacional, están descritas con detalle en el artículo 120 de la Constitución de la República.

El artículo 2 de la citada Ley Orgánica de la Función Legislativa, reiteran las previsiones constitucionales que establecen que la Asamblea ejerce la Función Legislativa; y los artículos 9 y 74 de la Ley Ibídem describen las funciones legislativa y de fiscalización y control político que ejerce la Asamblea.

Por su parte, de acuerdo con los artículos 2 y 9 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, ese organismo tiene carácter comunitario y personalidad jurídica internacional; y, según el artículo 12 del mismo Tratado, le corresponde ejercer atribuciones relacionadas con el proceso de integración subregional andina, que incluyen la armonización de las legislaciones de los países miembros, así como la promoción de relaciones de cooperación y coordinación con los parlamentos de los Países Miembros, los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, y los Órganos Parlamentarios de Integración o Cooperación con Terceros Países, de acuerdo con las letras f y g) de ese artículo.

Los Parlamentarios Andinos se eligen por sufragio universal y directo y pueden ser legisladores de sus propios países, de acuerdo con el citado artículo 2 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino; y, de acuerdo con el artículo 5 Ibídem, sus representantes "(...) serán elegidos por un período de dos años y podrán ser reelegidos. Los representantes continuarán siendo miembros del Parlamento Andino hasta que sean legalmente reemplazados de conformidad con el artículo 2 del presente tratado" y se les reconoce inmunidad en los términos del artículo 10 del mismo Tratado.

Por tanto, la designación mediante elección popular de Assembleístas y Parlamentarios Andinos permite que esas dignidades sean asimilables según las normas que rigen a ese Organismo internacional y el ordenamiento jurídico interno, lo que determina que sea innecesario que el dignatario que se encuentre en ejercicio de una de esas funciones deba renunciar para postularse a la otra, conforme a la absolución de consulta realizada por este Organismo mediante oficio No. 10671 de 14 de noviembre de 2012.

Finalmente, el artículo 4 del Tratado Constitutivo del Parlamento Andino y Elecciones prescribe que: "En tanto se establezca un Régimen Electoral Uniforme, el Sistema de Elección de los representantes titulares del Parlamento Andino, así como el de sus suplentes se regirá de acuerdo a la Legislación Interna de cada País Miembro"; sin que esto signifique que se equiparen las funciones de esos dignatarios con las de los miembros del órgano legislativo interno de cada país miembro.

Del análisis hasta aquí efectuado se aprecia que, los Assembleístas que integran la Función Legislativa y los Parlamentarios Andinos, tienen la calidad de dignatarios de elección popular, pero las atribuciones de la Asamblea Nacional y del Parlamento Andino son diferentes, pues mientras la Asamblea es el órgano legislativo nacional, el Parlamento Andino es un órgano comunitario y una persona jurídica internacional.

También difieren las funciones específicas que corresponde desempeñar a los miembros que integran esos organismos. Así, los Assembleístas ejercen la función legislativa y de control político que compete al órgano legislativo nacional, según los artículos 120 de la Constitución de la República y 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa; mientras que, los miembros del Parlamento Andino según el artículo 12 del Tratado Constitutivo de ese Organismo, cumplen funciones relacionadas con el proceso de integración subregional andina.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que los cargos de Asambleísta y de Parlamentario Andino, son distintos para efectos de aplicar el concepto de reelección que consta en el segundo inciso del artículo 93 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia. Por tanto, quien hubiere desempeñado la dignidad de Asambleísta por dos ocasiones consecutivas o no, podría inscribir su candidatura como Parlamentario Andino y viceversa.

## **SEGUNDA CONSULTA**

El informe jurídico que se ha acompañado a la consulta, con relación a la segunda consulta cita el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y el artículo 93 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia y concluye:

“De esto se desprende, que los asambleístas suplentes, no se encuentran incursos en la prohibición establecida en el artículo 93 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas, Código de la Democracia, salvo que se hubieran principalizado como asambleístas titulares, ante la ausencia definitiva del principal. En consecuencia, los asambleístas suplentes pueden inscribir sus candidaturas para participar como candidatos asambleístas principales, siempre y cuando no se encuentren principalizados”.

El artículo 112 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que trata sobre el reemplazo de los asambleístas principales en casos de ausencia prescribe:

“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”.

Del artículo citado en el párrafo precedente se observa que esa norma regula el reemplazo de los Asambleístas principales por sus respectivos alternos, distinguiendo los casos de ausencia temporal o definitiva del principal.

En lo que respecta al procedimiento aplicable para la posesión de los Asambleístas alternos, para el caso de ausencia temporal del Asambleísta principal, el cuarto inciso dispone que se indiquen las sesiones en las que el principal no actuará, de manera que pueda ser reemplazado por el alterno, sin que esto se entienda como una principalización en forma permanente. Mientras que, en el caso de ausencia definitiva del Asambleísta principal, éste pierde esa calidad, la misma que se traslada a su alterno a partir del momento de su principalización permanente ante la Presidencia del Pleno de la Asamblea Nacional y la Presidencia de la comisión especializada a la que se integre.

Es decir que, el artículo 112 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa utiliza la expresión “principalización” para referirse al caso de subrogación permanente de un dignatario principal que se ausenta definitivamente y es reemplazado también en forma definitiva por su suplente.

De acuerdo con el segundo inciso del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, una vez que el Asambleísta suplente sea principalizado de forma permanente, y solo en ese caso, rigen para él las restricciones o prohibiciones que se aplican para los Asambleístas principales.

Por otra parte, el inciso primero del artículo 99 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, establece que las candidaturas pluripersonales se presentarán en listas completas con candidatos principales y sus respectivos suplentes, mientras que el artículo 64 *Ibidem*, determina que el procedimiento para la adjudicación de escaños en las elecciones pluripersonales.

El primer inciso artículo 165 de la Ley *Ibidem* respecto a 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”.

Por su parte, los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 93 contenido en la Sección Tercera denominada “Presentación de candidaturas por parte de las organizaciones políticas” de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del



Ecuador, Código de la Democracia respecto a las limitaciones para la reelección de las autoridades que ostentan la calidad de alternos, prescribe:

“Art. 93.- (...)

Los dignatarios de elección popular podrán reelegirse por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo. Las autoridades de elección popular que se postulan para un cargo diferente deberán renunciar al que desempeñan antes de presentar la solicitud de inscripción de su candidatura. Los dignatarios que opten por la reelección inmediata podrán hacer uso de licencia sin remuneración desde la inscripción de sus candidaturas hasta el día siguiente de las elecciones.

Esta disposición no rige para las autoridades de elección popular que ostenten la calidad de alternos que al momento de la inscripción de su candidatura no estén en el ejercicio de las funciones de principales; sin embargo, si participan para una dignidad diferente de la de su alternabilidad no podrán principalizarse durante el proceso electoral y automáticamente perderán su condición de alternos en el caso de ser electos.

Se entenderá por reelección, igualmente, la de las autoridades que habiendo sido elegidos para un cargo han pasado a desempeñar por subrogación definitiva otro cargo de elección popular, siempre que tal subrogación se haya producido con dos años de anticipación por lo menos, a la fecha de presentación de sus candidaturas para su inscripción”.

Según el tenor de los incisos segundo y tercero del artículo 93 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, se aprecia que, la disposición que ordena la renuncia de los dignatarios de elección popular en forma previa a la inscripción de su candidatura, se aplica a quienes postulan “para un cargo diferente” al que desempeñan, y que dicha disposición “(...) no rige para las autoridades de elección popular que ostenten la calidad de alternos que al momento de la inscripción de su candidatura no estén en el ejercicio de las funciones de principales”.

El cuarto inciso del artículo 93 de la citada Ley, es claro al disponer que el concepto de reelección también se aplica respecto de los dignatarios que “habiendo sido elegidos para un cargo han pasado a desempeñar por subrogación definitiva otro cargo de elección popular, siempre que tal subrogación se haya producido con dos años de anticipación por lo menos, a la fecha de presentación de sus candidaturas para su inscripción”.

Finalmente, es procedente observar que, tanto el artículo 114 de la Constitución de la República como el artículo 93 respecto a la reelección prevén que “Los dignatarios de elección popular podrán reelegirse por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo”.

En consecuencia, respecto de su segunda consulta se concluye que los Asambleístas que por dos ocasiones han sido electos como alternos podrían inscribir su candidatura como Asambleístas principales en el evento que no hayan sido principalizados de forma permanente en dos periodos, sean estos consecutivos o no, pues de conformidad con el segundo inciso del artículo 112 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, no les son aplicables las restricciones o prohibiciones que rigen para los Asambleístas principales. Por su parte, aquellos Asambleístas que han sido elegidos en un periodo como Asambleísta alterno y otro periodo como Asambleísta principal, también podrían inscribir sus candidaturas siempre que no hubieran sido principalizados de forma permanente en el periodo que fueron designados alternos.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas legales, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares. No es competencia de la Procuraduría General del Estado determinar y verificar las condiciones de elegibilidad de los dignatarios de elección popular principales y suplentes.

## **REFUGIADOS EN EL ECUADOR: COMISIÓN PARA RESOLVER SOLICITUD**

**OF. PGE. N°:** 08749 de 02-12-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD HUMANA

### **CONSULTA:**

“¿Cuál es la Comisión competente para resolver las solicitudes de refugio presentadas antes del 30 de mayo del 2012, fecha en la cual se derogó el Decreto Ejecutivo No. 3301?”

En caso de que su respuesta a la pregunta anterior concluya que la Comisión competente es la dispuesta en el Decreto Ejecutivo No. 3301, me permito formular la siguiente pregunta complementaria: ¿El integrante de la Comisión que correspondería al Ministerio de Gobierno debe ser ahora designado por el Ministerio del Interior, en virtud del Decreto Ejecutivo No. 410?”

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 11 núms. 1, 5 y 9; 41; 82; y, 226.  
Código Civil, Art. 7.

Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967. D.E. N° 3301 de 06-05-1992, R.O. N° 933 de 12-05-1992, Arts. 4, 5, 7 y 9 (derogado).

Reglamento para la aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio establecido en el Art. 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967. D.E. N°1182 de 30-05-2012, R.O. N° 727 de 19-06-2012, Arts. 15, 19, 20, 32 y 34.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

En el oficio de consulta que atiendo, en el acápite “3.- PROBLEMÁTICA”, se señalan los siguientes antecedentes:

“Hasta el 30 de mayo del 2012, las solicitudes de refugio eran conocidas por la Comisión dispuesta en el Decreto Ejecutivo No. 3301 de 1992, esto es por dos personas de Cancillería y una persona del Ministerio de Gobierno (que desde el 2010, pasó a llamarse Ministerio del Interior, según el Decreto Ejecutivo No. 410).

A partir de dicha fecha, se creó una nueva Comisión en virtud del Decreto Ejecutivo No. 1182 de 2012 conformada por una persona de Cancillería, una persona del Ministerio del Interior y una persona de Derechos Humanos y Cultos, sin embargo, quedaron solicitudes sin resolver presentadas e ingresadas antes del 30 de mayo del 2012,

existiendo la discrepancia sobre cuál es la Comisión competente para conocer dichas solicitudes de refugio”.

El informe jurídico de la Cartera de Estado consultante consta en el Dictamen No. 57-DALGI-2016 de 10 de junio de 2016, suscrito por el Coordinador General Jurídico y el Director de Asuntos Legales de Gestión Interna, quienes citan como fundamentos legales los artículos 11 numeral 5, 41, 82 y 226 de la Constitución de la República, el artículo 7 del Código Civil, artículos 4, 5, 7 y 9 del Decreto Ejecutivo No. 3301 de 6 de mayo de 1992, publicado en el Registro Oficial No. 933 de 12 de mayo de 1992; y, los artículos 15, 19, 20, 32 y 34 del Decreto Ejecutivo No. 1182 de 30 de mayo de 2012, publicado en el Registro Oficial No. 727 de 19 de junio de 2012.

El Dictamen No. 57-DALGI-2016 del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, contiene el siguiente análisis jurídico:

“Por los antecedentes expuestos, y en amparo del artículo 82 de la Constitución de la República, sobre el derecho a la seguridad jurídica que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, es menester puntualizar que, el derecho que adquirieron los solicitantes de refugio con el Decreto Ejecutivo No. 3301 de 06 de mayo de 1992 no puede ser extinguido por el Decreto Ejecutivo No. 1182 de 30 de mayo de 2012, conforme lo determina el artículo 7 del Código Civil, esto es, que el Decreto Ejecutivo No. 1182 no es retroactivo, rige a partir de que entra en vigencia hacia el futuro, y no hacia atrás.

Cabe resaltar que los Decretos Ejecutivos 3301 de 1992 y 1182 de 2012, respectivamente determinan dos procedimientos distintos de solicitud de refugio, y dos formas diferentes de integración de la Comisión que determina la condición de refugiado en el país; así:

En el Decreto Ejecutivo 3301 de 1992, se señalaba que la Comisión estaba conformada por: dos funcionarios de Cancillería y uno del Ministerio de Gobierno (actual Ministerio del Interior) con sus respectivos suplentes designados mediante Acuerdo Ministerial, pudiendo convocarse a la reunión de la Comisión al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en calidad de observador; el funcionario responsable de la sección de refugiados de la Cancillería actúa en calidad de Secretario de la Comisión, con voz informativa. Le corresponde a esta Comisión y al Ministro de Relaciones Exteriores conocer y decidir en segunda y última instancia los casos de refugio. En cuanto al procedimiento de solicitud de refugio, se establecía que una vez que se recibía la solicitud de refugio el Ministerio de Relaciones Exteriores extendía el certificado provisional de refugio por un plazo de 90 días.

En el Decreto Ejecutivo No. 1182 de 2012, se determina que la Comisión para determinar la Condición de Refugiado/a está conformada por una persona designada por el Ministerio de Relaciones Exteriores; una persona designada por el Ministerio del Interior; y, una persona designada por el Ministerio de Justicia. Esta comisión, mediante resolución determina la condición de refugiado de un solicitante de refugio; por otro lado, en cuanto al procedimiento para el efecto se establece el informe de admisibilidad, lo cual no contemplaba el anterior Decreto 3301”.

En base de los argumentos legales y del análisis que han quedado señalados, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En este contexto, no cabría la aplicación total ni parcial del Decreto Ejecutivo 1182, para resolver los casos de refugio presentados hasta antes del 30 de mayo de 2012, so pretexto de no haberse resuelto los mismos en el tiempo que debieron resolverse, por lo tanto, bajo el principio de ultractividad y no retroactividad, el Decreto Ejecutivo 3301 de 1992 debe seguirse aplicando totalmente para los casos de refugio presentados antes de la vigencia del Decreto Ejecutivo 1182, por cuanto dichas solicitudes se presentaron durante la vigencia del Decreto 3301.

A juicio de la CGJ-DALGI, la Comisión para la determinación de la condición de refugiados, misma que resolverá los casos de refugio presentados hasta antes del 30 de mayo de 2012, deberá estar conformada por dos funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, y uno del Ministerio del Interior (ex Ministerio de Gobierno), con sus respectivos suplentes, designados mediante Acuerdo Ministerial, debiendo actuar como Secretario de la misma, con voz informativa el funcionario responsable de la Dirección de Refugio, y observarse el procedimiento de solicitud de refugio establecido en el Reglamento, emitido mediante Decreto Ejecutivo Nro. 3301”.

Con este antecedente atiendo en forma conjunta sus dos preguntas.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 3301, publicado en el Registro Oficial No. 933 de 12 de mayo de 1992, se expidió el “Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967”, en el cual se crea una “Comisión para determinar la condición de Refugiados en el Ecuador”, la cual estaba conformada por dos funcionarios de la Cancillería y uno del Ministerio de Gobierno.

Posteriormente, el 14 de julio de 2010 se publicó en el Registro Oficial No. 235 el Decreto Ejecutivo No. 410, mediante el cual se cambió la denominación del Ministerio de Gobierno, Policía, Cultos y Municipalidades por el de Ministerio de Interior.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1182 de 30 de mayo de 2012, publicado en el Registro Oficial No. 727 de 19 de junio de 2012, el Presidente de la República expidió el “Reglamento para la aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio establecido en el Art. 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967”, el cual dispuso: “Derogase el Decreto Ejecutivo número 3301, de 6 de mayo de 1992, publicado en el Registro Oficial No. 933, de 12 de mayo de 1992 (...).

De la revisión de los Reglamentos contenidos en los Decretos Ejecutivos Nos. 3301, publicado en el Registro Oficial No. 933 de 12 de mayo de 1992 y 1182, publicado en el Registro Oficial No. 727 de 19 de junio de 2012, en lo principal, se evidencia que la conformación de la Comisión encargada de determinar la condición de refugiado en el Ecuador, difiere entre uno y otro Reglamento.

Además, cabe advertir que el Decreto Ejecutivo No. 410 que cambió la denominación del Ministerio de Gobierno por la de Ministerio del Interior y que es mencionado en su consulta, no alteró la conformación de la Comisión encargada de conocer y resolver sobre las solicitudes de refugio en el Ecuador, ya que según lo expuesto, estos cambios fueron dispuestos por el Decreto Ejecutivo No. 1182.

Su consulta se halla encaminada a determinar cómo debe integrarse la Comisión encargada de conocer y resolver las solicitudes de refugio presentadas antes del 30 de mayo de 2012, fecha de vigencia del Decreto Ejecutivo No. 1182.

El derogado “Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto y en su Protocolo de 1967”, disponía:

“Artículo 4.- Créase bajo la coordinación del Ministerio de Relaciones Exteriores la ‘Comisión para determinar la Condición de los Refugiados en el Ecuador’, en adelante denominada ‘la Comisión’, integrada por dos funcionarios de la Cancillería y uno del Ministerio de Gobierno, con sus respectivos suplentes, designados mediante Acuerdo Ministerial.

A las sesiones de la Comisión podrá ser convocado en calidad de observador un Representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

La Comisión podrá también invitar a su seno a otros delegados de instituciones gubernamentales o no gubernamentales.

Actuará como Secretario de la Comisión, con voz informativa, el funcionario responsable de la sección de refugiados de la Cancillería”.

El vigente “Reglamento para la aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio establecido en el Art. 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967”, dispone:

“Art. 15.- Créase la Comisión para determinar la Condición de los/las Refugiados/as en el Ecuador, en adelante “la Comisión”, funcionará bajo la coordinación del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, y estará integrada de la siguiente manera:

1. Una persona designada por Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, uno de los cuales presidirá la Comisión;
2. Una persona designada por el Ministerio del Interior; y
3. Una persona designada por el Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos.

Las personas designadas por cada Secretaría de Estado con representación en la Comisión, tendrán sus respectivos suplentes y serán designados por Acuerdo Ministerial.

A las sesiones de la Comisión podrá ser invitado en calidad de observador, un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, los cuales no tendrán derecho a voto.

La Comisión podrá también invitar a su seno a otros delegados de instituciones gubernamentales o no gubernamentales, en este último caso se garantizará el principio de confidencialidad además de que no contarán con derecho a voto.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración ejercerá, a través de la unidad administrativa competente, la Secretaría Técnica de la Comisión para determinar la condición de los Refugiados en el Ecuador.

En circunstancias que demanden atención prioritaria, la Comisión podrá, de manera excepcional, por medio de resolución, conformar una o más Comisiones temporales, de funcionamiento simultáneo, con iguales atribuciones y composición”.

El inciso primero del artículo 7 del Código Civil establece el principio general de irretroactividad de la Ley, al prever que “La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo (...)” y la regla vigésima del mismo artículo, dispone que:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente”.

De acuerdo a la norma citada, la irretroactividad de la Ley constituye un principio general de nuestra legislación, en consecuencia, es pertinente aplicar a los procedimientos administrativos la regla general vigésima del artículo 7 del Código Civil, esto es que las leyes que regulan la sustanciación y ritualidad de los procedimientos, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir, observando además que para los términos que se estuvieren decurriendo, así como las actuaciones y las diligencias que hayan sido comenzadas deben regirse por la ley que se encontraba vigente.

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

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

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

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

Complementan los mismos autores:

“Las leyes que pertenecen al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo reciben una aplicación inmediata, es decir, rigen desde su entrada en vigor, tanto las situaciones jurídicas que nacen a partir de esa fecha como las consecuencias que surgen desde esa misma fecha pero de situaciones nacidas antes. Esto no significa efecto retroactivo sino inmediato”.

Por su parte, el artículo 82 de la Constitución de la República consagra el derecho a la seguridad jurídica, el cual se “(...) fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.



Adicionalmente, cabe citar el artículo 11 de la Constitución de la República, referido a los principios de aplicación de los derechos, que en sus numerales 1, 5 y 9, respectivamente, disponen:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

(...)

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

(...)

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Como se puede apreciar de las normas constitucionales transcritas, corresponde a las autoridades garantizar el ejercicio de los derechos de los individuos, siendo deber del Estado respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución y de los servidores públicos el aplicar la norma y la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de tales derechos.

En este orden, tanto el Decreto Ejecutivo No. 3301, actualmente derogado, que establecía el “Reglamento para la Aplicación en el Ecuador de las Normas contenidas en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967”, durante su vigencia, como el Decreto Ejecutivo No. 1182 que contiene el “Reglamento para la aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio establecido en el Art. 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967”, reconocen el derecho al refugio, garantizado por la Constitución de la República y permiten obtener el carácter de refugiado en el país, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos al efecto.

Por su parte, el Dictamen No. 57-DALGI-2016 que se acompaña a su consulta, establece que “(...) el derecho que adquirieron los solicitantes de refugio con el Decreto Ejecutivo No. 3301 de 06 de mayo de 1992, no puede ser extinguido por el Decreto Ejecutivo No. 1182 de 30 de mayo de 2012 (...)”.

Ante esta afirmación es preciso señalar que el Decreto Ejecutivo No. 1182 no extinguió ni afectó el derecho a solicitar refugio en el Ecuador, y tampoco modificó la competencia de la Comisión que conoce y tramita dichas solicitudes al igual que el procedimiento para su resolución, sino que se limitó a cambiar la conformación de ese cuerpo colegiado; es decir, que se mantiene la posibilidad de presentar solicitudes de refugio y que tales peticiones sean debidamente tramitadas, conocidas y resueltas por la Autoridad competente, que tiene la potestad de decidir conceder o no la calidad de refugiado.

De lo hasta aquí analizado, se establece que el Decreto Ejecutivo No. 1182 de 30 de mayo de 2012, que contiene el “Reglamento para la aplicación en el Ecuador del Derecho de Refugio establecido en el Art. 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto

de los Refugiados y en su Protocolo de 1967”, según su Disposición Transitoria Primera derogó el Decreto Ejecutivo No. 3301 de 6 de mayo de 1992, modificando entre otros temas, la conformación de la Comisión encargada de conocer, tramitar y resolver las solicitudes de refugio.

Por lo expuesto, del análisis jurídico precedente, se establece que a partir del 30 de mayo de 2012, la Comisión competente para resolver las solicitudes de refugio que se hubieren presentado antes y después de esa fecha, debe integrarse por una persona designada por Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, una persona designada por el Ministerio del Interior y una persona designada por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Ejecutivo No. 1182 de 30 de mayo de 2012, que contiene el reglamento vigente sobre la materia.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia o aplicación de normas jurídicas relacionadas con la conformación de la Comisión para determinar la condición de refugiados en el Ecuador, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares.

### **REGISTRO DE LA PROPIEDAD: PROCEDIMIENTOS QUE REGULAN LOS CONCURSOS DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN APLICABLES A GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS MUNICIPALES**

**OF. PGE. N° 08731 de 01-12-2016**

**ENTIDAD CONSULTANTE: DIRECTOR NACIONAL DE REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS**

#### **CONSULTA:**

“¿Considerando la autonomía de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales contenida en el artículo 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, les son aplicables a esos gobiernos los procedimientos que regulan los concursos de méritos y oposición para la selección y designación de Registro de la Propiedad (sic) establecido mediante Resolución de la DINARDAP, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y artículo 20 de su Reglamento General?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 154 núm. 1; 228; 229; 238; 265; 269; y, 425.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, Arts. 3, 5, 6 inc. primero, 112, 115 y 142.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, Arts. 19; y, 20 de su Reglamento.

Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 núm. 2; 4; 5; 65; y, 66.

#### **PRONUNCIAMIENTO:**

En forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 08479 de 10 de noviembre de 2016, este Organismo requirió el criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, el cual fue atendido con oficio No. 954-DE-AME-2016, de 21 de noviembre de 2016, ingresado el 24 del mismo mes y año en esta Institución.

El informe jurídico de la Entidad consultante, contenido en memorando No. DINARDAP-DJU-2016-0159-M de 7 de noviembre de 2016, cita los artículos 265 y 425 de la Constitución de la República, 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y 20 de su Reglamento; 3, 5, 112, 115 y 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como la sentencia de la Corte Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 656 de 8 de marzo de 2012.

El referido informe invoca adicionalmente las Resoluciones Nos. 19-NG-DINARDAP-2015 y 07-NG-DINARDAP-2016 que contienen, la primera la Norma que establece el procedimiento para el concurso de méritos y oposición para selección y designación de registradores de la propiedad; y, la segunda, la Norma que complementa el procedimiento para el concurso de méritos y oposición para selección y designación de registradores de la propiedad.

Sobre dicha base, el informe jurídico manifiesta y concluye:

“Por lo manifestado, es criterio de esta Dirección de Asesoría Jurídica en base a todo el análisis legal y constitucional vertido en el presente criterio, que la atribución de la DINARDAP, contenida en los artículos 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y 20 de su Reglamento, de dictar las normas para la reglamentación de los concursos de méritos y oposición para la selección y designación de registradores de la propiedad no implica que se incida en el libre ejercicio de la autonomía municipal, sino ejercicio pleno de una competencia concurrente en tanto en cuanto cada órgano de gobierno ejerce las facultades que le corresponde, por lo tanto las resoluciones No.- 19-NG-DINARDAP-2015 publicada en el Registro Oficial de 24 de agosto de 2015 y No.- 07-NG-DINARDAP- 2016 publicada en el Registro Oficial el 4 de abril de 2016, deben ser acatadas por dichos GADs Municipales”.

Por su parte, el Director Ejecutivo de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, en el oficio al que se ha hecho referencia en los antecedentes, incluye en su análisis la garantía de autonomía municipal, establecida por el artículo 6 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, y manifiesta:

“La finalidad del ejercicio concurrente es asegurar de una parte la gestión eficiente de la administración del Registro de la Propiedad por parte de las Municipalidades dado que tienen a su cargo los catastros de predios urbanos y rurales. En tanto que al ejecutivo le corresponde articular la información de ese registro, con fines informativos para facilitar el acceso ciudadano a servicio de datos públicos.

La estructuración administrativa –atribuida a las municipalidades- no solo involucra la determinación de áreas administrativas, sus tareas y coordinación de las actividades a desarrollar por parte de las personas que hacen parte de la entidad, sino que además implica la designación de todo su personal; en cuya virtud, el mismo enunciado normativo referido, dispone que ‘El concurso de méritos y oposición será organizado y ejecutado por la municipalidad respectiva con la intervención de una veeduría ciudadana. Una vez concluido el proceso, la Alcaldesa o Alcalde procederá al nombramiento del postulante que mayor puntuación hubiere obtenido, por un período fijo de 4 años, quien podrá ser reelegida o reelegido por una sola vez’ ”.

El criterio institucional de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas también se refiere a la sentencia de la Corte Constitucional No. 003-11-SIN-CC de 21 de junio de 2011, e invoca los principios de competencia y de orden jerárquico de aplicación de las normas, sobre cuya base manifiesta “(...) las normas expedidas por la Dirección Nacional del Registro de Datos Públicos, carecen de eficacia jurídica y en consecuencia

las municipalidades no tienen obligación de aplicarlas”; y concluye con el siguiente criterio institucional:

“Con fundamento en los argumentos expuestos es claro entonces que a la DINARDAP le corresponde establecer los lineamientos generales traducidos en políticas públicas tal como lo determina el Art. 154 numeral 1 de la Constitución de la República; y, a los gobiernos municipales la administración del sistema del registro de la propiedad a nivel local a través de las ordenanzas que se aprueben.

Por tanto, demandamos el respeto de la autonomía constitucional; a las ordenanzas municipales respecto de la administración del registro de la propiedad; y, el cumplimiento de la competencia concurrente, correspondiéndole a cada nivel de gobierno el desarrollo de sus funciones y competencias claramente establecidas en la constitución y leyes constitucionales, sin que se invadan esferas competenciales propias de los gobiernos municipales”.

Para atender la consulta es pertinente considerar que, el artículo 238 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce autonomía a los gobiernos autónomos descentralizados, entre ellos a los municipales, en los siguientes términos:

“Art. 238.- Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. En ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional.

Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales”.

Concordante con la norma constitucional previamente citada, el tercer inciso del artículo 5 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD, y el inciso primero del artículo 6 *Ibidem*, con relación a la autonomía de los gobiernos autónomos descentralizados, en su orden prescriben:

“Art. 5.- Autonomía.- (...) La autonomía administrativa consiste en el pleno ejercicio de la facultad de organización y de gestión de sus talentos humanos y recursos materiales para el ejercicio de sus competencias y cumplimiento de sus atribuciones, en forma directa o delegada, conforme a lo previsto en la Constitución y la ley.

Art. 6.- Garantía de autonomía.- Ninguna función del Estado ni autoridad extraña podrá interferir en la autonomía política, administrativa y financiera propia de los gobiernos autónomos descentralizados, salvo lo prescrito por la Constitución y las leyes de la República (...).”

Por otra parte, el artículo 229 de la Constitución de la República determina que son servidores públicos, todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público y que la Ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Similar previsión consta en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

El artículo 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, dispone:

“Art. 142.- Ejercicio de la competencia de registro de la propiedad.- La administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

El sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central, y su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales de acuerdo con lo que disponga la ley que organice este registro. Los parámetros y tarifas de los servicios se fijarán por parte de los respectivos gobiernos municipales”.

La sentencia No. 003-11-SIN-CC de la Corte Constitucional que han citado la entidad consultante y la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, desechó la demanda de inconstitucionalidad del artículo 142 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, y al efecto concluyó lo siguiente:

“La concurrencia está determinada dentro del régimen de competencias que establece la Constitución de la República; así, el artículo 265 de la Constitución determina la administración concurrente del sistema público de registro de la propiedad entre el ejecutivo y las municipalidades.

(...)

En aquel sentido, al someter al examen de constitucionalidad el artículo 142 del COOTAD, se debe observar no solo esta disposición de manera particular, y contrastarla con el artículo 265 de la Constitución, sino que debe ser analizada bajo los principios que rigen el sistema nacional de competencias consagrado en el artículo 269 de la Constitución y dentro del contexto general del COOTAD y observar lo que este cuerpo normativo dispone respecto a la competencia concurrente y principio de subsidiariedad.

Se determina que el artículo 142 del COOTAD guarda armonía con el texto constitucional en cuanto a la competencia concurrente que debe existir por parte del gobierno central y las municipalidades en la administración del sistema público de registro de la propiedad; sistema público que, conforme se ha determinado en líneas anteriores, comprende un conjunto de principios, normas, reglas e instituciones que permiten llevar adelante este servicio público.

Dentro de aquel sistema se encuentran inmersos los diversos registros de la propiedad en el ámbito cantonal, cuya administración, conforme lo determina el artículo 142 del COOTAD, la ejercerán las municipalidades, sin que aquello comporte la realización de una competencia exclusiva de los municipios, puesto que las bases normativas deben estar a cargo de organismos del gobierno central, en la especie, la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

Se debe mencionar que el ejercicio de las competencias concurrentes no implica una duplicidad de actividades realizadas por dos instituciones de distintos niveles de gobierno, puesto que esto atentaría contra el principio de eficiencia de la administración pública.

No sería viable que los dos niveles de gobierno se dediquen simultáneamente a realizar una misma actividad, lo que iría en detrimento de los usuarios del servicio registral, el mismo que es un servicio público para la colectividad”.

La sentencia de la Corte Constitucional, previamente transcrita, deja claramente establecida la competencia concurrente que corresponde ejercer al Gobierno Central y



a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, respecto de los registros de la propiedad como parte del sistema nacional de registro de datos públicos.

Por otra parte, considerando que los registradores de la propiedad, son servidores públicos en los términos que establecen los artículos 229 de la Constitución de la República y 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público, resulta pertinente considerar que con relación a los procedimientos de selección de personal de las instituciones del sector público, el artículo 228 de la Constitución de la República, dispone lo siguiente:

“Art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora”.

El numeral 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, incluye en su ámbito de aplicación, a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales; y, el artículo 5 de la misma Ley determina los requisitos para el ingreso al servicio público, previendo en su antepenúltimo inciso que:

“(...) Las instituciones públicas sujetas a esta Ley, garantizarán que los procesos de selección e incorporación al servicio público, promuevan políticas afirmativas de inclusión a grupos de atención prioritaria, la interculturalidad y, la presencia paritaria de hombres y mujeres en los cargos de nominación y designación”.

Concordantes con lo previsto en el artículo 228 de la Constitución de la República, los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica del Servicio Público, en su orden disponen que, para el ingreso a un puesto público y para llenar puestos vacantes, debe efectuarse un concurso de merecimientos y oposición.

De las disposiciones constitucionales y legales que se han citado se desprende que, el ingreso al servicio público se debe realizar mediante concurso de méritos y oposición y por tanto, ese mecanismo es igualmente aplicable para la designación de los Registradores de la Propiedad.

La parte final del primer inciso del artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, sobre cuya aplicación trata la consulta, confiere expresamente a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos la atribución para dictar las normas que regulen el funcionamiento de los Registros a nivel nacional en los siguientes términos:

“Art. 19.- Registro de la Propiedad.- De conformidad con la Constitución de la República, el Registro de la Propiedad será administrado conjuntamente entre las municipalidades y la Función Ejecutiva a través de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. Por lo tanto, el Municipio de cada cantón o Distrito Metropolitano se encargará de la estructuración administrativa del registro y su coordinación con el catastro. La Dirección Nacional dictará las normas que regularán su funcionamiento a nivel nacional.

Los Registros de la Propiedad asumirán las funciones y facultades del Registro Mercantil, en los cantones en los que estos últimos no existan y hasta tanto la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos disponga su creación y funcionamiento.

Las Registradoras o Registradores de la propiedad deberán ser de nacionalidad ecuatoriana, abogadas o abogados y acreditar ejercicio profesional por un período mínimo de 3 años y los demás requisitos que la ley prevé para el ejercicio del servicio



público y Ley del Registro. El concurso de méritos y oposición será organizado y ejecutado por la municipalidad respectiva con la intervención de una veeduría ciudadana. Una vez concluido el proceso, la Alcaldesa o Alcalde procederá al nombramiento del postulante que mayor puntuación hubiere obtenido, por un período fijo de 4 años, quien podrá ser reelegida o reelegido por una sola vez.

Las Registradoras o Registradores podrán ser destituidos o destituidos de sus cargos por incumplimiento de las funciones registrales debidamente comprobado, de conformidad con la presente ley, su reglamento y las demás normas que regulen el servicio público.

También podrán ser destituidos en los casos en los que impidan o dificulten la conformación y funcionamiento del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, de conformidad con el reglamento de la presente ley.”

En armonía con la norma legal citada, el artículo 20 del Reglamento General a la Ley del Sistema de Registro de Datos Públicos, establece lo siguiente:

“Art. 20.- De los concursos de mérito y oposición.- El concurso de mérito y oposición para la designación de los Registradores de la Propiedad a nivel nacional, será llevado a cabo por la municipalidad respectiva con la intervención de una veeduría ciudadana, en base a la reglamentación que sobre dicho concurso expida la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos”.

De la lectura del artículo referido en el párrafo precedente, se aprecia que la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos tiene competencia para expedir las normas que regulen los concursos de merecimiento y oposición para la designación de los registradores de la propiedad a nivel nacional.

Por lo expuesto y en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y 20 de su Reglamento General, los concursos que los gobiernos autónomos descentralizados municipales convoquen para seleccionar y designar a los registradores de la propiedad, están sujetos a los procedimientos reglados mediante las resoluciones que expida la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

Finalmente, las ordenanzas que expidan los gobiernos autónomos descentralizados municipales dentro de los concursos de mérito y oposición para la selección de registradores de la propiedad, en ejercicio de su facultad normativa, deberán guardar armonía y observar las disposiciones que regulan los procedimientos de selección de esos funcionarios que han sido expedidas por la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

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.

## **SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS: SANCIÓN DE INFRACCIONES**

**OF. PGE. N°:** 08848 de 14-12-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS

### **CONSULTA:**

“¿Cuál es la entidad del sector público que tiene la competencia para sancionar a las compañías sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que incurrieron en las infracciones previstas en la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, vigente hasta el 20 de julio de 2016?”.

### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 76 núm. 3; 82; y, 226.

Código Civil, Arts. 6 y 7.

Ley de Compañías, Arts. 431 y 433.

Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, Arts. 3, 4, 5, 12 lit. I), 21, Disp. Gral. Primera y Disp. Derogatoria.

Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, Arts. 3, 5, 19, 21; y, 12 de su Reglamento General (derogados).

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Arts. 192, 193, Disp. Gral. Tercera y Disp. Final Primera.

### **PRONUNCIAMIENTO:**

El informe jurídico de la entidad consultante consta en el Memorando No. SCVS.INPAI.G.16.2157 de 9 de septiembre de 2016, suscrito por el Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, quien cita como fundamentos jurídicos los artículos 3 e innumerado a continuación del artículo 19 de la derogada Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos; artículo 12 de su Reglamento General; artículos 431 y 433 de la Ley de Compañías; el Reglamento para la Aplicación de Sanciones por Falta de Envío de Información Prevista en la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos; artículos 12 letra I) y 21 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos; así como, los artículos 226 de la Constitución de la República y 6 del Código Civil; con los cuales realiza el siguiente análisis:

“Si bien en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se puede establecer una vigencia temporal distinta de una ley, es decir que no rija desde su publicación en el Registro Oficial, sino que determinados procedimientos que se encuentran en trámite se sustancien con la ley vigente al inicio de los mismos, esta situación no se verificó al momento de la expedición de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.

En la referida ley, el legislador no incorpora una disposición que ordene a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, continuar aplicando las sanciones

económicas a las compañías que hayan incumplido con el envío de la información prevista en el artículo 3 de la ley de la materia vigente hasta el 20 de julio de 2016 (...).

Se debe tener en cuenta que las normas de los artículos 12 y 21 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, no son de naturaleza sancionadora, sino que en ellas se estipula la competencia de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) para imponer las sanciones previstas en la referida ley”.

Con la base legal referida y el análisis señalado, el Intendente Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros concluye con el siguiente criterio jurídico:

“En virtud de lo expuesto, es opinión de esta Intendencia Nacional de Procuraduría y Asesoría Institucional que no corresponde a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros sancionar a las compañías que fueron reportadas por la Unidad de Análisis Financiero (UAF), en los oficios números UAF-DPR-DG-2016-1071 Y UAF-DPR-DG-2016-1073, de 20 de julio de 2016; atribución que actualmente es de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), acorde a lo dispuesto en los artículos 12 y 21 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, publicada en el Registro Oficial No. 802 de 21 de julio de 2016”.

A fin de contar con mayores elementos de análisis para atender su requerimiento, mediante oficio No. 07979 de 26 de septiembre de 2016, este Organismo solicitó el criterio institucional de la Unidad de Análisis Financiero y Económico, lo cual fue atendido por dicha entidad, mediante oficio No. UAF-DJ-DG-2016-1451 de 10 de octubre de 2016, ingresado a esta Procuraduría el 11 del mismo mes y año. En el indicado oficio se citan los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República, el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 19 de la derogada Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos y 12 de su Reglamento General, artículos 12 letra l) y 20 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos y el artículo 193 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y 7 del Código Civil, en base de los cuales el Director General de la Unidad de Análisis Financiero efectúa el siguiente análisis:

“La Ley Orgánica de Prevención, Detección, Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos es un cuerpo normativo que contiene normas de Derecho Público, cuya aplicación se sujeta al principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador. La citada Ley, instituye a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), teniendo entre sus funciones la potestad sancionadora para imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la mencionada Ley.

La extinta Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, daba tal facultad sancionadora a cada organismo de control en el que se encuentran regulados los sujetos obligados a informar; procedimiento sancionatorio que inicia con la comunicación de la Unidad de Análisis Financiero que informaba a cada organismo el listado de los sujetos obligados que incumplieron su obligación de emitir la información exigida por la indicada Ley, para que una vez desarrollado el procedimiento sancionatorio definido en el Reglamento General a la Ley, el organismo de control sancione cuando corresponda (...).

Por su parte, la actual Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos en cuanto al régimen sancionatorio no establece disposiciones con efecto retroactivo, lo cual guarda conformidad con el principio de irretroactividad de la Ley dispuesto en el artículo 7 del Código Civil.

(...)

Adicionalmente es preciso indicar que al no expedirse aún el Reglamento General a la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento (sic), no permitiría a la Unidad (supuesto no consentido) establecer la gradación de las sanciones, una vez que la citada Ley dispone en su artículo 20 que las multas se impondrán de forma proporcional considerando los parámetros que determina la Ley y los que además establezca el reglamento. Por lo tanto, en el evento de que el organismo sancionador fuere la Unidad de Análisis Financiero y Económico por la comisión de infracciones anteriores a la actual Ley, al no existir el reglamento, correspondería aplicar el 'Reglamento para la aplicación de sanciones por falta de envío de información prevista en la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos' expedido por la Superintendencia de Compañías, lo cual sin duda escapa de toda lógica jurídica y afecta ineludiblemente el principio de seguridad jurídica establecido por el mandato constitucional.

En el marco antes indicado, es claro que el conocimiento, trámite y resolución de las infracciones administrativas cometidas al tiempo de estar vigente la extinta Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, debe regirse con el procedimiento previsto en el Reglamento General de dicha Ley y con la normativa interna que haya sido expedida por cada organismo de control. La actual Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos (publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 802, de 21 de julio de 2016) no ha previsto que los procesos administrativos sancionadores anteriores a la expedición de esta Ley, deban ser conocidos y resueltos por la Unidad de Análisis Financiero”.

Con los antecedentes señalados, el Director General de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) concluye con el criterio institucional que transcribo:

“Por todo lo expuesto, considerando el principio de irretroactividad de la Ley, los principios de la potestad sancionadora de la Administración Pública previstos en el ERJAFE, los elementos jurisprudenciales y doctrinarios aportados, y casos análogos de la administración pública, es criterio institucional de la Unidad de Análisis Financiero que las contravenciones que se hayan cometido mientras estaba vigente la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos deben ser conocidas, tramitadas y resueltas por cada organismo de control siguiendo el procedimiento establecido en el Reglamento General a la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos y normativa interna de cada organismo, garantizando así el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica”.

Los artículos 3, innumerado añadido a continuación del artículo 3 y 5 de la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, actualmente derogada, determinaban la obligación de las instituciones del sistema financiero ecuatoriano; las bolsas y casas de valores; las administradoras de fondos y fideicomisos; las cooperativas, fundaciones y organismos no gubernamentales; las personas naturales y jurídicas que se dedicaban en forma habitual a las actividades determinadas en el artículo 4 de la indicada ley, estaban

obligadas a reportar a la Unidad de Análisis Financiero, las operaciones que se realizaban por un monto igual o superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras monedas.

En el caso de que los sujetos señalados en el párrafo precedente incumplieran las obligaciones previstas en dicha Ley, eran sancionados por el respectivo organismo de control al cual se encontraban sujetos, con las multas establecidas en el artículo innumerado añadido a continuación del artículo 19 de la derogada Ley *Ibídem*, en base al informe que sobre tal incumplimiento debía emitir la Unidad de Análisis Financiero. Para este efecto, el procedimiento sancionatorio se encuentra reglado por el artículo 12 que integra el Capítulo VI titulado “DEL PROCEDIMIENTO DE JUZGAMIENTO DE CONTRAVENCIONES”, del Reglamento General a la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, el cual señala:

“Art. 12.- Procedimiento sancionatorio.- Una vez que la Unidad de Análisis Financiero (UAF) comunique sobre el incumplimiento en el envío de información, el organismo de control notificará al sujeto obligado del presunto incumplimiento para que presente los justificativos y descargos de los que se creyere asistido. De no presentarse los justificativos y descargos requeridos en el término de diez días o que los mismos no desvirtúen la falta cometida; el organismo de control impondrá las sanciones previstas en el artículo 19 o artículo innumerado agregado a continuación del artículo 19 de la ley, según corresponda.

Los justificativos y descargos presentados por el sujeto obligado se trasladarán a conocimiento de la Unidad de Análisis Financiero (UAF) para que en un término de treinta días presente al organismo de control el correspondiente informe técnico jurídico debidamente motivado.

Sobre la base del referido informe técnico jurídico emitido por la Unidad de Análisis Financiero, el organismo de control, dentro de los quince días hábiles siguientes de recibido el mismo aplicará, de ser el caso, la sanción correspondiente y notificará con la misma al sujeto obligado incumplido”.

Al amparo del marco normativo anteriormente referido, mediante Resolución No. SC-DSC-G-12-008, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, expidió el Reglamento para la Aplicación de Sanciones por Falta de Envío de Información Prevista en la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, publicada en el Registro Oficial No. 702 de 14 de mayo de 2012, reformada mediante Resolución No. 5, publicada en Registro Oficial No. 5 de 31 de Mayo del 2013 y Resolución No. 1, publicada en Registro Oficial 726 de 5 de Abril del 2016.

Del artículo 12 del Reglamento General a la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, antes citado, se evidencia que el procedimiento sancionatorio por las contravenciones por falta de envío de información, se inicia con el reporte efectuado por la Unidad de Análisis Financiero (actualmente Unidad de Análisis Financiero y Económico UAFE) sobre el incumplimiento en el envío de información, al organismo de control correspondiente, lo cual concuerda con la previsión del artículo 1 del “Reglamento para la Aplicación de Sanciones por Falta de Envío de Información prevista en la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos”.

Con posteridad, el 21 de julio de 2016, en el Suplemento del Registro Oficial No. 802, se promulgó la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de



Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, que en su artículo 3, bajo el Título “DE LA INFORMACION”, prescribe:

“Art. 3.- Se entenderá por operaciones o transacciones económicas inusuales, injustificadas o sospechosas, los movimientos económicos, realizados por personas naturales o jurídicas, que no guarden correspondencia con el perfil económico y financiero que éstas han mantenido en la entidad reportante y que no puedan sustentarse”.

De su parte, el artículo 4 de la citada Ley Orgánica determina los deberes y las obligaciones de las instituciones del sistema financiero y de seguros, además de los establecidos en el Código Orgánico Monetario y Financiero y otras de carácter específico.

Adicionalmente, el artículo 5 *Ibidem* establece que también son sujetos obligados a informar a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) a través de la entrega de los reportes previstos en esa ley, “(...) de acuerdo a la normativa que en cada caso se dicte, entre otros: las filiales extranjeras bajo control de las instituciones del sistema financiero ecuatoriano; las bolsas y casas de valores; las administradoras de fondos y fideicomisos; las cooperativas, fundaciones y organismos no gubernamentales; (...)”, y las personas naturales y jurídicas que de manera habitual se dediquen a las actividades establecidas en la misma norma legal.

El artículo 12 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos determina las atribuciones de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), entre las que se destacan las siguientes:

“Art. 12.- La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) deberá cumplir las siguientes funciones:

(...) b) Solicitar de los sujetos obligados a informar, de conformidad con lo previsto en esta ley, la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones. De igual manera podrá solicitar las aclaraciones o ampliaciones;

c) Incorporar nuevos sujetos obligados a reportar; y podrá solicitar información adicional a otras personas naturales o jurídicas;

(...) l) Imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley; y,

m) Las demás que le correspondan, de acuerdo con esta ley”.

En armonía con la atribución para imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones determinadas en la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, el artículo 21 de la misma Ley Orgánica prevé lo siguiente:

“Art. 21.- En el procedimiento administrativo sancionador los expedientes se tramitarán y resolverán, en primera instancia, ante el Director de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE).

Los recursos de apelación y extraordinarios de revisión se radicarán ante el órgano de control correspondiente, en caso de haberlo para cada sujeto obligado; y en el caso de aquellos que no tienen un controlador propio, ante el Ministro Coordinador de la Política Económica o quien ejerza sus competencias”.



La Disposición General Primera de la Ley Orgánica antes indicada, determina que en todo lo que no estuviere previsto expresamente en dicha Ley, se aplicarán las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal, Código Orgánico Monetario y Financiero y demás leyes pertinentes; mientras que, en su Disposición Derogatoria prevé:

#### “DISPOSICION DEROGATORIA

Derógase la ley para Reprimir el Lavado de Activos publicada en el Registro Oficial No. 127 de 18 de octubre de 2005; posteriormente denominada ley de Prevención, Detección y Erradicación del delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos mediante ley reformativa de la ley para Reprimir el Lavado de Activos publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 352 de 30 de diciembre de 2010; y todas sus reformas”.

Con relación a la vigencia de la Ley Orgánica Ibídem, se establece en su Disposición Final que: “(...) entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial”.

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

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

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

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

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

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

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

En consideración a la derogatoria dispuesta por la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos y la norma del artículo 6 del Código Civil, se desprende que a partir del 21 de julio de 2016, el incumplimiento de las obligaciones de información previstas en la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, deben sustanciarse de conformidad con dicho cuerpo legal

y le corresponde a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) imponer las sanciones establecidas en la Ley Orgánica en mención.

Su consulta se halla referida a la competencia para sancionar a las compañías sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que incurrieron en las infracciones previstas en la derogada Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, asunto sobre el cual la vigente Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos no contempla una disposición transitoria.

Previamente, es pertinente considerar que el artículo 82 de la Constitución de la República consagra el derecho a la seguridad jurídica, el cual se “(...) fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Para efectos del análisis que se va a realizar, cabe tener en cuenta que existen tres aspectos que coexisten dentro de los procesos sancionatorios referidos en su consulta y que merecen ser individualizados: 1) la norma punitiva aplicable, que es la que configura la infracción, a la vez que determina la sanción, 2) el procedimiento sancionatorio aplicable y, 3) la competencia del ente administrativo para sancionar, mismos que serán analizados a continuación.

1) La norma punitiva aplicable, que es la que configura la infracción, a la vez que determina la sanción.

Con relación a la norma aplicable para la sustanciación del procedimiento sancionatorio, en el criterio institucional de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) se expresa lo siguiente:

“Por otro lado es importante mencionar señor Procurador, que la Corte Constitucional como máximo organismo de control de la constitucionalidad en el Ecuador, al generar sus líneas jurisprudenciales, dentro de la Sentencia No. 182-14-SP-EC, Caso 1581-10-EP, conoció el fondo del asunto dentro del proceso administrativo sancionatorio seguido a un funcionario judicial, el mismo que fue sancionado administrativamente por el Consejo de la Judicatura. En dicha sentencia, dentro del problema jurídico planteado por la Corte, ésta se preguntó si la decisión judicial impugnada por el servidor judicial vulneró sus derechos a la seguridad jurídica y debido proceso en la garantía de tipicidad y juzgamiento de una persona con observancia del trámite propio de cada procedimiento, una vez que se le impuso una sanción en base a normas que no se encontraban vigentes al momento de cometerse la infracción.

En la resolución del problema planteado, la Corte Constitucional, considera lo siguiente:

‘(...) el Consejo de la Judicatura debió sustanciar el sumario administrativo e imponer la sanción al accionante en base a las normas que se encontraban vigentes a la fecha del cometimiento de la infracción, ya que atendiendo al principio de ‘irretroactividad’, las normas solo pueden ser aplicadas hacia el futuro y de manera retroactiva, únicamente cuando sean más favorables a los ciudadanos y en el caso sub judice, el Consejo de la Judicatura sancionó al doctor (...) en base al Código Orgánico de la Función Judicial, que entró en vigencia con posterioridad al cometimiento de la infracción’ ”.

Con el fin de establecer la norma punitiva aplicable, es pertinente tener en cuenta el principio constitucional establecido en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República que dispone:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, al que se refiere el criterio institucional de la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), en su Disposición General Tercera y la Disposición Final Primera, en su orden prescriben:

“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.

#### Disposiciones finales

PRIMERA.- Las normas procesales aquí contenidas prevalecen sobre cualquier otra norma procedimental administrativa aplicable a la Administración Pública Central, salvo lo previsto en leyes especiales”.

De lo expuesto, se evidencia que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, puede aplicarse tanto a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros como a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), en este contexto el artículo 193 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, citado por la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), dispone:

“Art. 193.- Irretroactividad.

1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.
2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

Sobre la aplicabilidad de las normas, el catedrático de Derecho Civil, Jesús Delgado Echeverría, en su artículo “Las Normas Derogadas, Validez, vigencia, aplicabilidad” efectúa el siguiente análisis:

“Determinar los criterios según los cuales una norma pertenece al sistema aplicable a un caso es tarea compleja, en que juegan, entre otros, los criterios de *lex specialis*, de *lex superior* y de competencia. De ello no nos ocuparemos aquí. Lo que nos importa es señalar que cuando una norma es derogada, no por ello deja necesariamente de pertenecer al sistema de las normas aplicables (luego insistiremos sobre la continuidad de su pertenencia al ordenamiento, que es cuestión muy distinta). Más aún, en la mayor parte de los casos seguirá siendo la única normativa aplicable (como lo era antes de su derogación) a todos los casos subsumibles bajo su hipótesis ocurridos cuando la norma estaba vigente. No es esto sino la manifestación del fenómeno ordinario de la no retroactividad de las leyes: las leyes derogadas pierden su virtualidad para regir indefinidamente los casos de su hipótesis, pero siguen siendo aplicables a los casos ya acaecidos. (...) Los casos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley

derogatoria no pueden resolverlos los tribunales con la aplicación de la ley nueva (que no tenga efecto retroactivo), luego habrán de aplicar para justificar la sentencia la norma derogada”.

Por su parte, el tratadista Juan Larrea Holguín comenta:

“Otro aspecto que merece especial consideración es el de la irretroactividad y la retroactividad de las leyes penales. Por otra parte el precepto constitucional, obliga también al legislador, a no castigar a nadie por un delito que no existía configurado por una ley anterior a la comisión del acto que se pretende castigar. Aparte, de esto, se considera como un principio de civilización jurídica universal, el de la no retroactividad de las leyes penales, en cuanto hacen más grave la sanción, o más grave en cualquier forma la situación del delincuente (por ejemplo restringiendo los medios de defensa). En cambio se admite la retroactividad de cualquier ley penal que disminuya el rigor de la pena o suprima figuras delictivas, o Garantice más ampliamente la defensa del acusado de un delito”.

Del tenor de la disposición constitucional invocada, se desprende que dentro de los procedimientos sancionatorios se deben aplicar las disposiciones que establecen sanciones, vigentes al momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa, lo cual concuerda con el artículo 193 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y se ajusta al principio general del derecho que determina que para que una conducta sea calificada como infracción, debe estar establecida como tal y con anterioridad a su realización ya que a nadie se le puede imponer una sanción por un hecho que no esté previamente tipificado como infracción; y que, se puede aplicar la ley posterior en el evento que ésta sea favorable al infractor.

## 2) El Procedimiento Sancionatorio Aplicable.

En primer término, se debe puntualizar que la competencia para sancionar y el procedimiento sancionatorio son dos aspectos diferentes, puesto que el primero se refiere a la potestad que tiene la autoridad correspondiente para imponer una sanción, mientras que el segundo concierne al conjunto de actos y trámites que deben cumplirse de manera previa a la sanción. Con dicha aclaración, conviene tener presente que el inciso primero del artículo 7 del Código Civil establece el principio general de irretroactividad de la Ley, al prever que: “La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo (...)”.

La regla vigésima del artículo 7 del Código Civil, que se cita en el criterio institucional de la Unidad de Análisis Financiero, dispone que:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente”.

La norma del Código Civil antes invocada, es aplicable de manera supletoria en virtud de que la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, anteriormente transcrita, determina que, en todo lo no previsto, se aplicarán las disposiciones del Código Orgánico Integral Penal, Código Orgánico Monetario y Financiero y demás leyes pertinentes.

En consecuencia, de conformidad con la norma general de la regla vigésima del artículo 7 del Código Civil, se desprende que las leyes que regulan la sustanciación y ritualidad

de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir.

### 3) Competencia para sancionar.

Como tercer punto de análisis, es necesario establecer la entidad que es competente para sancionar las infracciones cometidas a la derogada Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.

La competencia es un requisito fundamental de todo acto administrativo, según lo señala el tratadista Roberto Dromi:

“La competencia es un elemento esencial del acto administrativo. Debe respetarse para no afectar la validez del acto (...). La competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente”.

Respecto de la competencia, Agustín Gordillo nos ilustra:

“La competencia es el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer; el concepto de ‘competencia’ da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo. *Es su aptitud legal de obrar* y por ello se ha podido decir que incluso formaría parte esencial e integrante del propio concepto de órgano.

Frecuentemente se compara a la competencia de los órganos administrativos con la capacidad de los sujetos privados de derechos. En ambos se estaría señalando una aptitud de obrar, la medida de las actividades que el órgano o el sujeto pueden legalmente ejercer. Sin embargo, es importante destacar que mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla, y por lo tanto se presume en tanto una norma expresa no venga a negarla, en el derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente.

Por lo demás, uno de los antiguos principios que tradicionalmente regían a la competencia es el que la misma es inderogable o improrrogable, esto es que no puede ser renunciada ni extendida (...) así mismo que sólo puede surgir de la ley en sentido estricto”.

Dentro del contexto antes señalado, de manera general se puede establecer como premisa que la competencia nace del propio ordenamiento jurídico y en el caso que nos ocupa, esta competencia se halla referida a la facultad o potestad pública, para imponer una sanción administrativa. Al respecto, es ilustrativa la Sentencia, de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia que con relación a la regla vigésima del artículo 7 del Código Civil, efectúa la misma distinción, en el ámbito jurisdiccional, al señalar:

“(...) Presentada una demanda bajo el amparo de una ley que permitía hacerlo, esto es, en el caso ante un juez de lo civil, la derogación posterior de esa ley por otra que asigna competencia a otro órgano jurisdiccional para el conocimiento de los casos en que esté involucrado el Estado y otras entidades del sector público, podría considerarse que está incurso en la regla 20 del Art. 7 del Código Civil esto es que tiene que ver con la sustanciación y ritualidad de los juicios, pero tratándose de la competencia del Juez, que es la medida dentro de la cual se ejerce la jurisdicción, esto es el poder de administrar justicia, potestad que esta (sic) distribuida entre los diversos tribunales y



juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados (Art. 1 del Código de Procedimiento Civil), la Sala considera que no se trata de mera sustanciación y ritualidad de los juicios, sino de algo más de fondo, que tiene que ver con el poder de administrar justicia (...) que es la esencia misma de la jurisdicción. Por tanto, en el caso en litigio, si al haberse deducido la acción o demanda ante un juez que era competente para conocerla constituye un derecho adquirido en virtud del oportuno ejercicio de la facultad legal que le permitía proponer la demanda ante el Juez de lo Civil. Al respecto, la doctrina acepta uniformemente que: ‘en cuanto a la sustanciación de los juicios, los trámites iniciados bajo el imperio de la ley anterior constituyen derechos adquiridos y no pueden ser afectados por la ley posterior’.

De otra parte, a fin de analizar la competencia para sancionar, cabe referirse a la potestad pública en general. Al respecto, es ilustrativo lo expuesto por los tratadistas Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández:

“En efecto: la potestad no se genera en relación jurídica alguna, ni en pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento. En segundo término, no recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas (...)”.

Sobre la potestad sancionadora, que es considerada como una potestad pública, los mismos tratadistas señalan:

#### “1. Concepto y formación de una potestad sancionatoria administrativa

Por sanción entendemos aquí un mal infringido 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 un derecho, imposición de una obligación de pago de multa (...)”.

Dentro de nuestra legislación, el artículo 192 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva refiere como “potestad sancionadora” a la competencia para sancionar, estableciendo como principios de la misma los siguientes:

“De la potestad sancionadora. Principios de la potestad sancionadora

Art. 192.- Principio de legalidad.

1. La potestad sancionadora de la Administración Pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta norma.
2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal.
3. Las disposiciones de este título no son de aplicación al ejercicio, por la Administración Pública Central, de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”.

Como se aprecia, la potestad sancionadora de la Administración Pública, solo nace de la Ley y su ejercicio le corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida por aquella, situación que está acorde con el principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República que orienta el accionar público, determina que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores y las personas que actúen en virtud de una potestad



estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas por la Constitución y la Ley.

Como quedó señalado anteriormente y en armonía con el análisis doctrinario efectuado a lo largo de este pronunciamiento, el artículo innumerado añadido a continuación del artículo 19 de la derogada Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos otorgaba a los organismos de control pertinentes la competencia para llevar adelante el proceso administrativo sancionatorio por incumplimientos en el envío de información, el cual iniciaba con el informe que sobre tal incumplimiento debía emitir la Unidad de Análisis Financiero y sustanciarse según el procedimiento determinado en el artículo 12 del Reglamento a la Ley en mención.

Entre la documentación remitida a esta Procuraduría por la Unidad de Análisis Financiero Económico (UAFE), como anexos al oficio No. UAF-DJ-DG-2016-1451 de 10 de octubre de 2016, constan varias resoluciones emitidas por la Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, en fechas posteriores a la promulgación a la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, a través de las cuales el Órgano de Control resolvió recursos administrativos presentados por las compañías sujetas a su control, por multas impuesta por incumplimientos a la derogada Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, lo cual evidencia que la competencia sancionatoria se mantiene para conocer y resolver los procedimientos que a la fecha de promulgación de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos se hubieren iniciado por incumplimientos a la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.

Por lo expuesto, del análisis jurídico precedente y en atención a los términos de su consulta, de conformidad con el principio de irretroactividad de la Ley establecido en el artículo 7 del Código Civil y el principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República, se concluye que el organismo competente para conocer y sancionar las infracciones que se hayan cometido mientras estaba vigente la Ley de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos es el respectivo organismo de control, en este caso la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

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.

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO:  
EMISIÓN DE NORMAS CON EL CARÁCTER DE GENERALMENTE  
OBLIGATORIAS**

**OF. PGE. N°:** 08862 de 16-12-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** SUPERINTENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

**CONSULTAS:**

1.- “¿Puede la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en aplicación al artículo 37 de la LORCPM emitir normas con el carácter de generalmente obligatorias; así como el Superintendente con fundamento en el 44 numeral 6, aprobar normativa

técnica general, pese a que el Decreto Ejecutivo 1161, en el artículo 6, por el cual se incorpora a continuación del artículo 51 del Reglamento un artículo innumerado limita a la expedición de normativa administrativa y de control interno?”.

2.- “¿A través de la reforma al artículo 42 literal b) del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se puede atribuir a la Junta de Regulación la facultad de expedir los métodos para la determinación de mercados y mercados relevantes y otros criterios de evaluación de las prácticas tipificadas en la ley, cuando ésta atribución está asignada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el artículo 5 de la LORCPM?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República, Arts. 76, núm. 7 lit. l); 82; 132 núm. 6; 147 núm. 13; 213; 226; y, 425.

Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, Art. 3.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Arts. 1, 5, 6, 8, 9, 15, 35 inciso final, 36, 37, 38, 42, 44 núms. 6 y 16, 51 y Disp. Gral. Cuarta; y, 42 lit. b); 49 y 51 de su Reglamento de Aplicación.

D.E. N° 1161, R.O. N° 842 de 16-09-2016, Arts. 3 y 6.

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Me refiero a su oficio No. SCPM-DS-197-2016 de 26 de septiembre de 2016, ingresado el 27 del mismo mes y año, por el que formula a la Procuraduría General del Estado dos consultas relacionadas con la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento, reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 1161, publicado en el Registro Oficial No. 842 de 16 de septiembre de 2016.

En la consulta se manifiesta que los artículos 3 y 6 del referido Decreto, contravienen a la Ley, en tanto otorgan a la Junta de Regulación atribución para expedir los métodos de determinación de mercados y mercados relevantes, y para el cálculo del importe de las multas y aplicación de los compromisos de cese; y, con relación a la capacidad normativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado disponen que se enmarca exclusivamente al ámbito administrativo y de control interno.

A fin de contar con mayores elementos de análisis de los temas materia de consulta, mediante oficios Nos. 08110, 8111, 8112 y 8113 de 10 de octubre de 2016, este Organismo solicitó el criterio institucional de los Ministros Coordinadores de Desarrollo Social; de la Política Económica; de la Producción, Empleo y Competitividad; y, de Sectores Estratégicos, que de acuerdo con el inciso final del artículo 35 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, integran la Junta de Regulación. Con oficios Nos. 08346, 08347, 08348 y 08349 de 26 de octubre de 2016, se insistió en el requerimiento dirigido a dichas autoridades.

Han remitido su criterio institucional, el Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social, mediante oficio No. MCDS-MCDS-2016-1139-OF de 25 de octubre de 2016, recibido el 28 del mismo mes y año, suscrito por el Ministro Subrogante, magister José Antonio Martínez; así como, el Ministerio Coordinador de los Sectores Estratégicos, con oficio No. SE-DM-2016-0074 de 14 de noviembre de 2016, suscrito por su titular, ingeniero Augusto Espín, ingresado el 16 de noviembre del año que decurre. Mientras que los Ministerios Coordinadores de la Política Económica y de la Producción, Empleo y Competitividad, no han atendido el requerimiento de este Organismo hasta la presente fecha.

El informe jurídico de la entidad consultante consta en memorando No. SCPM-CGAJ-726-2016-M de 26 de septiembre de 2016, que contiene un criterio jurídico único respecto de las dos consultas formuladas.

En dicho informe el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, cita los artículos 76, numeral 7 letra l), 82, 132 numeral 6, 147 numeral 13, 213 y 226 de la Constitución de la República, que se refieren a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos, el derecho a la seguridad jurídica, la necesidad de ley para otorgar a los organismos de control la facultad de expedir normas generales, la potestad reglamentaria del Presidente de la República; el carácter de organismos técnicos de vigilancia y control que corresponde a las Superintendencias y el principio de legalidad.

El informe cita adicionalmente, los artículos 5, 37, 38, 44 numeral 6 y 91 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que establecen las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en materia de mercados relevantes; así como el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social que incluye al principio de independencia, entre aquellos que rigen a esa Función del Estado.

Finalmente, el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado invoca el principio de jerarquía normativa, establecido por el artículo 425 de la Constitución de la República, y varios pronunciamientos de esta Procuraduría en los que se ha aplicado dicho principio; y, con relación al Decreto Ejecutivo No. 1161, que agrega un artículo innumerado a continuación del artículo 51 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, manifiesta en sus partes pertinentes:

“ANÁLISIS:

(...)

Esta disposición reglamentaria contradice a la Ley puesto que la capacidad normativa de la Superintendencia está recogida en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en tanto que el artículo 44 de la Ley *ibidem* concede facultades al Superintendente para ‘Elaborar y aprobar la normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de esta Ley’. En consecuencia son atribuciones y facultades diferentes, para la persona jurídica (Superintendencia) y para su representante legal (Superintendente).

CONCLUSIONES:

(...)

Se elimina la facultad de la SCPM de emitir reglas con carácter ‘erga omnes’ quedándole solamente la potestad regulatoria exclusivamente interna administrativa.

(...)

La SCPM no podrá emitir metodologías para el cálculo de importe multas, aplicación de compromisos de cese, metodología de determinación de mercados y mercados relevantes.

## CRITERIO JURIDICO:

El Decreto Ejecutivo 1161 no prevalece sobre la Constitución y la LORCPM ante lo cual las facultades y atribuciones de la SCPM otorgadas por Ley Orgánica siguen inalterables y vigentes, por lo que la Institución debe aplicar la Ley en el sentido estricto de derecho, porque la ley contiene el elemento de soberanía otorgado por el pueblo al legislador, mas no un Decreto o Reglamento”.

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

## PRIMERA CONSULTA

El criterio jurídico del Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social, contenido en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes manifiesta:

“Al respecto debo manifestar que, en virtud de las referidas reformas, la Superintendencia no ha perdido su potestad normativa de conformidad con lo establecido en la Ley de la materia, sin embargo dicha capacidad debe ser ejercida de conformidad con lo establecido en el Reglamento a la Ley, es decir, el Superintendente podrá seguir emitiendo normas con el carácter de generalmente obligatorias, siempre y cuando éstas se refieran a temas administrativos y de control interno, tal como lo establece el artículo 6 del Decreto Ejecutivo 1161; no existe sobre este tema contradicción normativa alguna, ya que se mantienen las facultades establecidas por Ley, debiendo aplicárselas en la forma que lo determina el Reglamento a la misma”.

En el mismo sentido, el Ministro Coordinador de los Sectores Estratégicos, cita los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Disposición General Cuarta de la misma Ley y el artículo 42 de su Reglamento; y, expresa:

“(…) La SCPM y el Superintendente de Control de Poder del Mercado, les compete la emisión de normas dentro del ámbito de su competencia, es decir únicamente en lo relativo a la administración y control interno”.

Con relación a la potestad normativa de la Junta de Regulación y de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, esta Procuraduría ya se ha pronunciado en oficio No. 00287 de 2 de marzo de 2015, en los siguientes términos:

“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.”

Con posterioridad a dicho pronunciamiento, mediante Decreto Ejecutivo No. 1161, publicado en el Registro Oficial No. 842 de 16 de septiembre de 2016, se promulgaron

reformas al Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El artículo 3 del Decreto Ejecutivo 1161 reformó el artículo 42 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que trata sobre las atribuciones de la Junta de Regulación, cuya letra b) sustituyó y agregó el literal k). El texto de la norma reformada es el siguiente:

“Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:

(...) b) Expedir los métodos de determinación de mercados y mercados relevantes; y otros criterios para la evaluación de las prácticas tipificadas en la ley, los cuales serán vinculantes para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado;

(...) k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese”.

El artículo 6 del Decreto Ejecutivo 1161 agregó un artículo innumerado a continuación del artículo 51 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 6.- A continuación del artículo 51, agréguese el siguiente artículo innumerado:

‘Artículo...- Ámbito normativo.- La capacidad normativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado establecida en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, estará enmarcada exclusivamente al ámbito administrativo y de control interno, sin contravenir las normas de carácter general dictadas por la Junta de Regulación’.”.

Según se desprende del tenor de su primera consulta, se evidencia que la misma está orientada a determinar si la reforma introducida mediante el artículo innumerado a continuación del artículo 51 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, ha limitado las facultades para emitir normas con carácter generalmente obligatorio asignadas en los artículos 37 y 44 numeral 6 de la Ley de Poder del Control de Mercado a la Superintendencia a su cargo.

De acuerdo con el numeral 13 del artículo 147 de la Constitución de la República, corresponde al Presidente de la República, “Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración”.

Por su parte, el numeral 6 del artículo 132 de la Constitución de la República, establece que se requiere de ley para “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”.

De las normas constitucionales citadas se aprecia que, la potestad reglamentaria corresponde al Presidente de la República, mientras que, respecto de los organismos públicos de control, como es el caso de las Superintendencias según el artículo 213 Ibídem, la potestad que la ley les confiere para expedir normas, según el numeral 6 del artículo 132 de la Constitución de la República, se refiere y limita a “las materias propias de su competencia”.

Para atender su consulta es pertinente considerar adicionalmente que, el ordenamiento jurídico constituye una unidad en la que todas las normas que lo integran deben guardar entre sí la debida correspondencia y armonía; y, que el orden jerárquico de aplicación de las normas consta establecido por el artículo 425 de la Constitución de la República, cuyo primer inciso dispone:

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

El artículo 226 de la Constitución de la República que establece el principio de legalidad, impone a las instituciones del sector público “(...) el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Por otro lado, el segundo inciso del artículo 35 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, confiere a la Junta de Regulación, potestad normativa, en los siguientes términos:

“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”.

Mientras que, según los artículos 37, 42 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 la expedición de normativa técnica general, según el numeral 6 del artículo 44 de esa Ley, así como normativa interna de acuerdo con el numeral 16 del mismo artículo. El tenor de esas normas, es el siguiente:

“Art. 37.- Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.

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”.

“Art. 42.- Del Superintendente.- El Superintendente es la máxima autoridad administrativa, resolutoria y sancionadora, y le corresponde la representación legal, judicial y extrajudicial de la Superintendencia”.

“Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley:

(...) 6. Elaborar y aprobar la normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de esta Ley.



(...)16. Expedir resoluciones de carácter general, guías y normas internas para su correcto funcionamiento”.

En el pronunciamiento contenido en oficio No. 00287 de 2 de marzo de 2015, cuyo tenor consta en los antecedentes del presente oficio, con relación a la potestad normativa de la Superintendencia, contenida en los numerales 6 y 16 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, este Organismo ya indicó que se limita a la expedición de normas para dar operatividad al control que le compete, “(...) sin que esas normas puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación”.

El Decreto Ejecutivo 1161 al reformar el Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, incorpora un artículo innumerado a continuación de su artículo 51 que dispone que, la Superintendencia deberá ejercer su capacidad normativa establecida en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esto es la relacionada con la aprobación de normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de esa Ley, dentro del ámbito administrativo y de control interno sin contravenir las normas de carácter general dictadas por la Junta de Regulación, sin que esto signifique que se haya limitado la facultad de la Superintendencia para expedir normas con el carácter generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, contenida en el segundo inciso del artículo 37 de la Ley *Ibidem*, siempre que no alteren las disposiciones expedidas por la Junta de Regulación.

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 37 inciso segundo, 42 y 44 numeral 6 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y el Superintendente como máxima autoridad de ese Organismo, tiene atribución para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, así como para elaborar y aprobar la normativa técnica general e instrucciones particulares en el ámbito de la referida Ley Orgánica, mismas que deberán guardar armonía y observar los lineamientos que establezcan las normas que expida la Junta de Regulación.

## **SEGUNDA CONSULTA**

El criterio del Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social manifiesta sobre este tema lo siguiente:

“La segunda consulta se refiere a la procedencia de haber atribuido a la Junta de Regulación, a través de las reformas al Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la facultad de expedir métodos para la determinación de mercados relevantes, cuando –a criterio del consultante- esa atribución está asignada por Ley a la Superintendencia.

Sobre este punto cabe señalar que, tampoco existe contradicción normativa, toda vez que la facultad atribuida a la Junta de Regulación, no es la misma que por Ley tiene la Superintendencia. El literal *b* del artículo 42 de Reglamento claramente menciona que, es facultad de la Junta de Regulación, expedir los métodos de determinación de mercados y mercados relevantes, y otros criterios para la evaluación de las prácticas tipificadas en la ley. Por otra parte, corresponde a la Superintendencia, de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, determinar los mercados relevantes.

Lo expuesto significa que, mientras a la Junta de Regulación le compete expedir métodos –con carácter vinculante- para la determinación de mercados relevantes, a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, de conformidad con la ley, le corresponde determinar los mercados, siguiendo los métodos que para el efecto dicte la mencionada Junta de Regulación, manteniéndose intacta la atribución que tiene la Superintendencia sobre la determinación de mercados relevantes”.

El Ministro Coordinador de los Sectores Estratégicos, en el oficio al que se hizo referencia en los antecedentes expresa:

“(…) Conforme a lo previsto en el RLORCPM, tanto a la SCPM como al Superintendente de Control de Poder del Mercado, les corresponde la determinación de los mercados, acogiendo los métodos y otros criterios de evaluación emitidos por la JCPM”.

En materia de mercados relevantes, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, dispone:

“Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto”.

Según el tenor de la norma legal transcrita, corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, determinar para cada caso el mercado relevante, considerando los criterios establecidos en esa norma, así como los que constan en el artículo 8 de la misma Ley para establecer si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante y establecer si incurre en las infracciones establecidas por el artículo 9 Ibídem, lo que le permitirá ejercer la potestad sancionadora de dichas conductas.

Es pertinente considerar como antecedente que, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el objeto de esa Ley es sancionar el abuso de los operadores económicos con poder de mercado, pero también prevenirlo, “(…) 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”.

Es por ello que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado distribuye las potestades normativas en esa materia, entre la Junta de Regulación y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del ámbito de competencia de cada uno de dichos organismos.

En tal contexto, de acuerdo con el artículo 35 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, las atribuciones de la Junta de Regulación, como órgano de la Función Ejecutiva son establecidas en el Reglamento para la aplicación de la Ley *Ibidem* y se refieren a la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de esta Ley; mientras que, según los artículos 15 y 37 de la misma Ley, corresponde a la Superintendencia, expedir las normas para dar operatividad al control, intervención y sanción de las operaciones de concentración económica sujetas a esa Ley.

La reforma introducida por el artículo 3 del Decreto Ejecutivo 1161 a la letra b) del artículo 42 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado, asigna a la Junta de Regulación atribución para establecer metodologías que permitan determinar mercados y mercados relevantes y otros criterios de evaluación de las prácticas tipificadas en esa Ley, las cuales son vinculantes para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado al tiempo en que ejecuta los controles que le corresponden y valora la oportunidad de intervenir o sancionar conductas concretas.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, corresponde a la Superintendencia determinar los mercados y mercados relevantes de productos o servicios utilizando al efecto los criterios establecidos por esa norma legal, así como las metodologías que establezca la Junta de Regulación según la atribución que le confiere a ese órgano colegiado la letra b) del artículo 42 reformado del Reglamento a esa Ley.

Los presentes pronunciamientos se limitan 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.

**UNIVERSIDADES Y ESCUELAS POLITÉCNICAS DEL ECUADOR:  
NORMATIVA QUE RIGE EL SISTEMA DE EDUCACIÓN SUPERIOR,  
PERSONAS JURÍDICAS DEL SECTOR PÚBLICO**

**OF. PGE. N°:** 08992 de 30-12-2016

**ENTIDAD CONSULTANTE:** UNIVERSIDAD POLITÉCNICA ESTATAL DEL CARCHI

**CONSULTAS:**

“1.- ¿Es aplicable lo dispuesto en el inciso final del Art. 2 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, para las Universidades y Escuelas Politécnicas, que son parte del Sistema de Educación Superior; esto es el ERJAFE es norma supletoria para las Universidades?”.

2.- ¿La interposición del Recurso Extraordinario de Revisión (establecido en el ERJAFE) presentado ante las Universidades o Escuelas Politécnicas, resulta improcedente por cuanto las Universidades y Escuelas Politécnicas poseen normativa específica, especial y general, para su organización como son la LOES, LOSEP entre otras; que rigen el Sistema de Educación Superior?

3.- ¿Las Universidades y Escuelas Politécnicas del Ecuador son personas jurídicas del sector público autónomas cuyo órgano de cogobierno es el Órgano Colegiado Académico Superior; el mismo que no está compuesto o integrado por delegados o representantes de la Función Ejecutiva; por lo que éste Órgano Colegiado no está obligado a la aplicación del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva?”.

#### **BASES LEGALES:**

Constitución de la República de Ecuador, Arts. 141, 173, 226, 237 núm. 3, y 355.  
Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 12, 17, 18 lits. e) y h) y 47.  
Ley Orgánica del Servicio Público, Arts. 3 y 62; y, 173 de su Reglamento General.  
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. e) y 13.  
Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), Arts. 2 y 178, y Disp. Gral. Tercera  
D.E. N° 618, R.O. N° 475 de 08-04-2015  
Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, Arts. 44 y 78.  
Consejo de Educación Superior, Resolución N° RPC-SO-24-N° 299-2015 de 24-06-2015, Arts. 3 y 10

#### **PRONUNCIAMIENTOS:**

Con oficio No. 08407 de 1 de noviembre de 2016, este Organismo le solicitó reformular los términos de su segunda y tercera consultas, de manera que traten sobre la inteligencia o aplicación de una norma, y remitir en texto independiente el criterio jurídico debidamente fundamentado por parte del Procurador General de ese establecimiento de educación superior, conteniendo un análisis de las normas legales y la posición institucional en la que se concluya en base a dicho análisis.

A fin de contar con mayores elementos de análisis, en forma previa a atender sus consultas, mediante oficio No. 08408 de 1 de noviembre de 2016 e insistencia contenida en el oficio No. 08612 de 21 de noviembre de 2016, esta Procuraduría solicitó el criterio institucional del Consejo de Educación Superior, sin haber recibido respuesta hasta la presente fecha.

Mediante oficio No. UPEC-R-2016-0617-OF de 10 de noviembre de 2016, ingresado en la misma fecha en la oficina de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Tulcán y recibido en este Despacho el 12 de noviembre del presente año, la Universidad consultante reformuló sus consultas segunda y tercera y ha planteado una nueva consulta en los siguientes términos:

“2.- ¿Se puede interponer Recurso Extraordinario de Revisión (establecido en la ERJAFE (sic) ante las resoluciones adoptadas por las Instituciones de Educación Superior –Universidades o Escuelas Politécnicas-, toda vez que la ERJAFE (sic) no es norma supletoria para la IES?

3.- ¿Las IES pueden declarar el Recurso Extraordinario de Revisión previsto en la ERJAFE (sic), como improcedente o inadmisibles; por cuanto las Universidades y

Escuelas Politécnicas poseen normativa propia (específica, especial y general), para su organización y funcionamiento?

4.- ¿El órgano Colegiado Académico Superior en las Instituciones de Educación Superior ecuatorianas, está obligado a la aplicación del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva; en virtud de que las IES son personas jurídicas del sector público autónomas cuyo órgano de cogobierno es el Consejo Superior; y, además, porque en su integración no cuenta con la participación por delegados o representantes de la Función Ejecutiva como lo establece la ERJAFE (sic)?”.

Los informes jurídicos del Procurador General de la Universidad consultante, constan en memorandos Nos. UPEC-PG-2016-132-M de 20 de octubre de 2016 y UPEC-PG-2016-134-M de 10 de noviembre de 2016.

Con tales antecedentes, atiendo sus consultas, la primera formulada en la petición inicial contenida en oficio No. UPEC-R-2016-0583-OF de 21 de octubre de 2016, y las preguntas segunda, tercera y cuarta, constantes en el oficio No. UPEC-R-2016-0617-OF de 10 de noviembre de 2016.

#### **PRIMERA CONSULTA:**

El informe del Procurador General de la entidad consultante, contenido en memorando No. UPEC-PG-2016-132-M de 20 de octubre de 2016 cita los artículos 355 de la Constitución de la República que reconoce autonomía a las universidades y escuelas politécnicas; 12, 17, 18 letras e) y h) de la Ley Orgánica de Educación Superior que señalan los principios que rigen a los establecimientos de educación superior y reiteran su autonomía; y, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público que establece el ámbito de aplicación de ese cuerpo normativo y dispone que los docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas.

Por otra parte, el citado informe invoca los artículos 2 y 178 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) que señalan su ámbito de aplicación y el procedimiento administrativo aplicable para la resolución del recurso extraordinario de revisión; el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, sin precisar ningún artículo; así como el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, contenido en oficio No. 13839 de 10 de julio de 2013 que, como se revisará más adelante, trata sobre un tema distinto al que constituye materia de su actual consulta.

Sobre la base normativa invocada, el Procurador General de la Universidad Politécnica Estatal del Carchi concluye:

“Por los antecedentes legales expuestos es criterio de esta Procuraduría que las Universidades y Escuelas Politécnicas públicas de educación superior no integran la administración pública central e institucional descrita por el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Respecto de la interposición de un Recurso Extraordinario de Revisión ante las Instituciones de Educación Superior, devendría en improcedentes e inadmisibles, por cuanto las Universidades no están obligadas a observar lo dispuesto en la ERJAFE (sic) por poseer normativa propia”.

Como antecedente, es oportuno considerar que el pronunciamiento contenido en oficio No. 13839 de 10 de julio de 2013, al que se refiere el informe jurídico de la entidad consultante, atendió una consulta formulada por la Universidad de Guayaquil que tenía por finalidad establecer si el Ministerio de Relaciones Laborales (actual Ministerio de



Trabajo), debía aprobar el manual de clasificación de puestos de dicha Universidad; ante lo cual y luego del respectivo análisis concluí:

“En atención a los términos de su consulta se concluye que, los establecimientos públicos de educación superior no integran la administración pública central e institucional, por lo que de acuerdo con el segundo inciso del artículo 173 del Reglamento General a la LOSEP, no requieren que el Ministerio de Relaciones Laborales apruebe su Manual de descripción, valoración y clasificación de puestos; sin embargo, para la elaboración de dicho Manual, de conformidad con el artículo 62 de la Ley Orgánica del Servicio Público, están obligados a observar el subsistema de clasificación de puestos diseñado por el Ministerio de Relaciones Laborales, contenido en la Norma Técnica que se ha citado en este pronunciamiento”.

Del pronunciamiento transcrito, se aprecia que para determinar si los establecimientos públicos de educación superior requerían la aprobación del Manual de descripción, valoración y clasificación de puestos institucional por parte del Ministerio del Trabajo conforme lo establece el artículo 173 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, se analizó el listado taxativo constante en el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante ERJAFE), el cual determina las entidades que forman parte de la administración pública central e institucional, dentro de las cuales, no se encuentran comprendidas las universidades y escuelas politécnicas.

Por su parte, su actual consulta está orientada a determinar si lo previsto en el inciso final del artículo 2 del ERJAFE es aplicable a las universidades y escuelas politécnicas.

Para atender su consulta, es pertinente establecer cómo está integrada la Función Ejecutiva, para lo cual nos remitiremos al artículo 141 de la Constitución de la República que señala:

“Art. 141.- La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública.

La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios 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”.

De la norma constitucional citada, se aprecia que la Función Ejecutiva a más de la Presidencia y Vicepresidencia de la República y los Ministerios de Estado, está integrada por los órganos e instituciones cuya atribución corresponde a la rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y sus respectivos planes, en el ámbito de su competencia.

El ERJAFE, en su artículo 2 establece su ámbito de aplicación en los siguientes términos:

“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”.

De la norma transcrita, se establece que el ERJAFE es aplicable para las instituciones que comprenden dicha función del Estado; y, en su parte final refiere que las personas del sector público autónomas que tengan un órgano de dirección integrado por delegados o representantes de la Función del Estado, podrán aplicar dicho Estatuto de forma supletoria, siempre y cuando esos temas no hayan sido regulados por leyes o reglamentos especiales.

Cabe señalar que dentro del listado taxativo del artículo 2, no se ha incluido a las instituciones de educación superior; por lo que, para determinar si es aplicable el inciso final del citado artículo, se debe revisar la conformación del órgano de dirección de dichas casas de estudio.

En este sentido, la Ley Orgánica de Educación Superior (en adelante LOES) establece en su artículo 47, lo siguiente:

“Art. 47.- Órgano colegiado académico superior.- Las universidades y escuelas politécnicas públicas y particulares obligatoriamente tendrán como autoridad máxima a un órgano colegiado académico superior que estará integrado por autoridades, representantes de los profesores, estudiantes y graduados.

Para el tratamiento de asuntos administrativos se integrarán a este órgano los representantes de los servidores y trabajadores.

Las universidades y escuelas politécnicas conformarán Comités Consultivos de graduados que servirán de apoyo para el tratamiento de los temas académicos. La conformación de estos comités se hará de acuerdo a lo que dispongan sus respectivos estatutos”.

Como se puede apreciar de la disposición legal antes citada, en las universidades y escuelas politécnicas, el Órgano Colegiado Académico Superior es su autoridad máxima, cuya integración estará regulada por los respectivos estatutos de cada casa de estudio, debiendo contar entre ellos con las autoridades y los representantes de los profesores, estudiantes y graduados.

Es preciso anotar que este Órgano Colegiado no está integrado por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, condición establecida en el inciso final del artículo 2 del ERJAFE, para que las personas jurídicas del sector público autónomas se encuentren comprendidas dentro del ámbito de aplicación de dicho instrumento legal.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta, se concluye que las universidades y escuelas politécnicas que integran el Sistema de Educación Superior, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación regulado en el inciso final del artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

## **SEGUNDA CONSULTA:**

Con relación a la segunda consulta reformulada, en memorando No. UPEC-PG-2016-134-M de 10 de noviembre de 2016, el Procurador General de la entidad consultante, cita los artículos 47 de la Ley Orgánica de Educación Superior, 2 y 178 del ERJAFE, referidos al recurso extraordinario de revisión, y emite su criterio en los siguientes términos:

“Por los antecedentes legales expuestos es criterio de esta Procuraduría General, que las Universidades y Escuelas Politécnicas públicas de educación superior no integran la administración pública central e institucional descrita por el artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Respecto de la interposición de un Recurso Extraordinario de Revisión ante las Instituciones de Educación Superior, devendría en improcedentes e inadmisibles, por cuanto las Universidades no están obligadas a observar lo dispuesto en la ERJAFE por no integrar (sic) la administración pública central e institucional; y además por poseer normativa propia”.

Para atender su consulta, es pertinente considerar las disposiciones de los artículos 173 y 226 de la Constitución de la República, que establecen los principios de impugnabilidad de los actos administrativos y de legalidad que rige en derecho público. El tenor de las citadas normas constitucionales, es el siguiente:

“Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

“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”.

Adicionalmente cabe tener en cuenta que, mediante Decreto Ejecutivo No. 618 publicado en el Registro Oficial No. 475 de 8 de abril de 2015, se reformó el ERJAFE, introduciéndose la siguiente la siguiente disposición general:

“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”.

De acuerdo con el tenor literal de la Disposición citada, la aplicación supletoria del procedimiento administrativo reglado por el Libro II del ERJAFE, procede en el caso de

falta de normas en las leyes y reglamentos que regulen a las respectivas entidades del sector público.

El informe jurídico de la entidad consultante afirma que existe normativa propia para los establecimientos públicos de educación superior, pero no precisa ni invoca normas específicas que regulen recursos en sede administrativa, que permitan impugnar las resoluciones que dichas entidades adopten.

Corresponde por tanto examinar las disposiciones de la LOES y su Reglamento; así como las del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, que cita el informe jurídico de la entidad consultante, a fin de determinar si se configura o no el vacío normativo, esto es la falta de normas específicas que regulen la posibilidad de interponer recursos en sede administrativa, respecto de las decisiones que los establecimientos públicos de educación superior adoptan respecto de sus servidores docentes.

La LOES y su Reglamento no contienen normas sobre impugnación de actos administrativos en general, solamente establece en el penúltimo inciso de su artículo 207, que ante las sanciones disciplinarias, los estudiantes, profesores e investigadores, podrán interponer los recursos de reconsideración ante el Órgano Superior de la Institución o de apelación al Consejo de Educación Superior.

Por su parte, el Reglamento General a la LOES tampoco contiene disposiciones expresas a la impugnación y recursos que se puedan interponer ante los actos administrativos de las instituciones de educación superior; sin embargo, en su artículo 39 determina que el Consejo de Educación Superior expedirá el reglamento que norme el procedimiento para la imposición de sanciones a las instituciones o autoridades del sistema de educación superior.

En relación a los actos administrativos susceptibles de impugnación, el artículo 44 del Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, ubicado en el Título III que trata sobre “Ingreso del Personal Académico”, dispone:

“Art. 44.- Impugnación de los resultados del concurso público de merecimientos y oposición.- Los concursantes podrán impugnar los resultados del concurso ante el órgano que la institución de educación superior pública defina en su estatuto, en el ejercicio de su autonomía responsable, dentro del término de diez (10) días contados desde la fecha en que se notifiquen los resultados del concurso.

El órgano correspondiente resolverá sobre las impugnaciones en el término de veinte (20) días”.

El artículo 78 del citado Reglamento, ubicado en el Título IV “Evaluación y Perfeccionamiento de Personal Académico”, establece el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“Art. 78.- Recurso de apelación.- El personal académico que no esté de acuerdo con los resultados de su evaluación integral podrá apelar ante el órgano colegiado académico superior o la máxima autoridad, en el caso de los institutos y conservatorios superiores, en el término de diez días desde la notificación. Dicho órgano, en el término de veinte (20) días, emitirá una Resolución definitiva, en mérito de lo actuado. Sobre la decisión no existirá recurso alguno en la vía administrativa”.

El artículo 44 del citado Reglamento prevé la posibilidad de impugnar los resultados del concurso de merecimientos y oposición para el ingreso de personal docente, y confiere atribución para resolver dicho recurso al órgano que la respectiva institución de educación superior defina en su estatuto; mientras que, el artículo 78 *Ibidem*, confiere carácter definitivo en sede administrativa, a la decisión del recurso de apelación de los resultados de la evaluación docente.

El citado Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior, bajo el título de “Norma Supletoria”, dispone: “En todo aquello no contemplado en el presente Reglamento y las normas aplicables vigentes, se estará a lo que resuelva el Consejo de Educación Superior”.

De acuerdo con las normas que se han citado, se observa que, el Reglamento de Carrera y Escalafón del Profesor e Investigador del Sistema de Educación Superior ha previsto y reglado expresamente los recursos que en sede administrativa, permiten impugnar las decisiones que se adoptan respecto al ingreso y evaluación del personal académico; y, ha dispuesto que en lo no contemplado en sus normas, se observen las resoluciones del Consejo de Educación Superior.

Por su parte, el Consejo de Educación Superior mediante Resolución No. RPC-SO-24-No.299-2015 de 24 de junio de 2015, emitió la normativa para la tramitación del recurso de apelación de las resoluciones expedidas, entre otros, por el Órgano Colegiado Académico Superior de las universidades y escuelas politécnicas en contra de sanciones disciplinarias impuestas a los estudiantes, profesores e investigadores de las referidas casas de estudio. Su artículo 3 establece el objeto y naturaleza de este recurso bajo los siguientes términos:

“Art. 3.- Recurso de apelación.- Objeto y naturaleza.-

El recurso de apelación ante el CES podrá interponerse una vez agotados todos los recursos establecidos en el Estatuto de la IES, incluyendo el de reconsideración ante el OCAS de las universidades o escuelas politécnicas o la máxima autoridad de los institutos superiores técnicos, tecnológicos, pedagógicos, de artes y los conservatorios superiores mediante petición presentada ante la institución de educación superior o ante el CES.

También podrá interponerse cuando, por responsabilidad de la autoridad encargada del desarrollo del proceso disciplinario no se hubiere emitido la resolución del recurso de reconsideración al que se refiere el párrafo precedente, en el término de treinta (30) días, contados desde la fecha de la presentación de éste. En este caso el procedimiento se entenderá agotado y el recurrente podrá interponer el recurso de apelación ante la propia institución o ante el CES”.

Adicionalmente, el artículo 10 *Ibidem* establece que: “La resolución que expida el Pleno del CES, en relación al recurso de apelación, pondrá fin a la vía administrativa del proceso disciplinario”.

Es decir que, en materia de educación superior sí existen normas que regulen los recursos administrativos que permiten la impugnación de las decisiones que adopten las universidades y escuelas politécnicas respecto de su personal docente; y sobre las sanciones disciplinarias impuestas a los estudiantes, profesores e investigadores de las referidas casas de estudio; en consecuencia, en estos casos no se configura el supuesto que establece la Disposición General Tercera del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, para su aplicación supletoria.

Por lo expuesto, en armonía con lo analizado al atender su primera consulta, y en aplicación del principio de legalidad establecido por el artículo 226 de la Constitución de la República, con relación a su segunda pregunta se concluye que, en los casos en los cuales se encuentran regulados expresamente los recursos administrativos de impugnación de las resoluciones adoptadas por las Instituciones de Educación Superior, no es jurídicamente procedente aplicar el ERJAFE; mientras que, según la Disposición General Tercera del citado Estatuto, las normas sobre procedimiento administrativo contenidas en su Libro II se podrán aplicar de manera supletoria en lo no previsto por la LOES y los reglamentos específicos que rijan a los establecimientos de educación superior. Lo dicho sin perjuicio de las acciones judiciales que se puedan intentar para impugnar dichos actos administrativos.

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

### **TERCERA Y CUARTA CONSULTAS:**

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

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

En aplicación de las normas legales precedentes, esta Procuraduría emitió la Resolución No. 017 de 29 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que en su artículo 2 reitera los principios legales antes citados, en todo lo que no contravenga a la citada disposición constitucional.

De la lectura de los términos de sus consultas tercera reformulada y cuarta, se evidencia que las mismas no están dirigidas a la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, según la esfera de mis competencias previstas en el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República y los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, razón por la cual y en cumplimiento de la normativa jurídica citada, me abstengo de atender sus requerimientos.