



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

J BOLETÍN
URÍDICO
NÚMERO 1

ABRIL A DICIEMBRE 2008

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Dr. Rafael Parreño Navas
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO



J BOLETÍN **JURÍDICO** NÚMERO 1

ABRIL A DICIEMBRE 2008

Elaboración:

Dirección Nacional de Asesoría Jurídica

FUENTE

Dirección Nacional de Consultoría

DISEÑO, SUPERVISIÓN EDITORIAL Y DIFUSIÓN

Comunicación Social y Relaciones Públicas

Impreso y hecho en Ecuador

Procuraduría General del Estado

Robles 731 y Amazonas

Teléfono: 256-2080

Quito - Ecuador

Web Site: www.pge.gov.ec

Impresión

Grupo Orbe

Í N D I C E

PRESENTACIÓN	21
ABREVIATURAS	23
ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS	
Imprudencia de contratar personas accionistas de una compañía, como servidores públicos	27
ADQUISICIÓN DE EQUIPO CAMINERO	
Cuanfía en concurso público y licitación desierta	29
AGENCIA DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS, AGD	
Disposición de gastos corrientes de fideicomiso	30
Incautación de bienes y devolución de depósitos	32
ALCALDES	
Renuncia para participar en reelección	35
Seguro privado complementario	36
ALMUERZOS	
Trabajadores municipales	38
ARQUITECTOS	
Contribución del uno por mil	39
Certificado del pago del uno por mil	40
ARTESANOS	
Asignación de recursos	42
ASAMBLEISTAS	
Porcentaje del aporte patronal	43

AUDITOR INTERNO	
Pago de diferencia de remuneraciones	46
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR	
Prestación de servicios de certificación de información	48
Improcedencia de aportes económicos a corporaciones de garantías y retrogarantías	53
BECA	
Extinción de obligación por muerte del profesional	55
BIENES MUEBLES	
Donación a instituciones educativas	56
BONIFICACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO	57
BONO	
Docentes y directivos de la ESPE (personal civil)	59
CÁMARA PROVINCIAL DE TURISMO	
Sede y domicilio	61
CAPACITACIÓN POST – GRADO	63
CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	
Ingreso sin concurso de méritos y oposición	65
Jefaturas	67
Jefe del Cuerpo de Bomberos	68
CARTAS DE CRÉDITO DOMÉSTICAS	
Pago de bienes	69
CASA DE LA CULTURA “BENJAMIN CARRIÓN”	
Naturaleza Jurídica	71
CERTIFICADO DE REDUCCIÓN DE EMISIONES CERs	
Venta Internacional de carbono – procedimiento –	73

CENTRO DE SERVICIOS TÉCNICOS Y TRANSFERENCIA TECNOLÓGICA AMBIENTAL DE LA FACULTAD DE CIENCIAS DE LA ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DEL CHIMBORAZO, CESSTA - ESPOCH Régimen laboral y administrativo del personal	77
CHOFERES Cálculo para el pago por comisión de servicios	80
Cambio de régimen laboral y administrativo	81
Viáticos	82
COLEGIO MILITAR ELOY ALFARO Naturaleza jurídica y pluriempleo – docentes –	84
COMBATIENTES DEL CONFLICTO BÉLICO DE 1995 Revalorización de sueldos, pensiones y asistencia médica	88
COMERCIO EXTERIOR Pago de tributos	92
COMERCIO ELECTRÓNICO Empresas Certificadoras de Información a Usuarios	94
COMISIÓN DE SERVICIOS CON REMUNERACIÓN Beneficios y Prestaciones	97
Diferencia de sueldo unificado	99
COMITÉ DE CONTRATACIONES Dietas dignatarios y funcionarios	101
Conocimiento y resolución de trámites pendientes de procesos precontractuales anteriores – controversias y sanciones –	103
COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL GUAYAS Clasificación de puestos y escala de remuneraciones	104
COMISIÓN DE SERVICIOS SIN REMUNERACIÓN Nueva comisión	106

COMODATO

Bienes inmuebles del municipio	108
Bien inmueble a favor de la Liga deportiva cantonal	110
Bienes muebles e inmuebles a escuela	112
Centro Artesanal Ecológico y Turístico	113
Restitución de bienes inmuebles	114

COMPAÑÍAS CONSULTORAS DEL ECUADOR

Aporte del 20% del fondo de consultoría	117
---	-----

CONADIS

Exoneración de tributos de vehículos ortopédicos para discapacitados	119
--	-----

CONARTEL

Miembros activos del Consejo	121
--	-----

CONCEJAL

Licencia sin sueldo a dignatario de elección popular – profesora – directora	123
Licencia sin remuneración – reintegro de funciones –	125
Viáticos dentro y fuera del país por capacitación	126

CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Licitación	127
----------------------	-----

CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS

Montos de los procedimientos	129
--	-----

CONEA

Declaración juramentada e inhabilidad de funciones de los vocales	130
---	-----

CONELEC

Creación de puestos y ubicación en la escala institucional – personal contratado –	132
---	-----

CONESUP

Registro de títulos emitidos en el país y en el exterior	137
--	-----

CONGRESO NACIONAL	
Honorario de trabajo de la Jefatura de Actas	139
Régimen administrativo	140
CONSEJERO	
Dietas e integración de directorio de empresas de derecho privado	141
CONSEJERO ALTERNO	
Cargo de libre nombramiento y remoción	
– nombramiento a puesto de servidor de carrera	143
CONSEJEROS SUPLENTE	
Convocatoria a sesión del consejo	145
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL	
Bono electoral	146
CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA	
Régimen de remuneraciones	147
CONSEP	
Arrendamiento de bienes incautados	150
Calificación de sustancias químicas	151
Depósito de bienes inmuebles y cobro de derechos	153
CONTRATACIÓN DE ABOGADOS EXTERNOS ESPECIALISTAS	
Montos para el pago	156
CONTRATACIÓN DE ÍNFIMA CUANTÍA	
– Coeficiente –	159
CONTRATACIONES PARA OBRAS, BIENES Y SERVICIOS	
Exploración y explotación hidrocarburífera	
– Régimen de excepción –	161
CONTRATO COLECTIVO	
Aprobación de presupuesto	166

CONTRATO COMPLEMENTARIO PARA LA ADQUISICIÓN DE VEHÍCULOS Incremento del ICE	167
CONTRATO DE CONCESIÓN Obras adicionales	169
CONTRATOS DE EMERGENCIA Adquisición de máquina retroexcavadora	173
CONTRATO DE FISCALIZACIÓN Retenciones, pago de anticipos, contribución a favor de la Procuraduría General del Estado e impuesto a la renta	175
CONTRATOS DE SERVICIOS OCASIONALES Indemnización	179
Improcedencia de nombramiento sin concurso de méritos y oposición	181
CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES U OCASIONALES Financiamiento	182
CONTRATOS DE CONCESIÓN Eventual renovación	184
CONTRATOS DE CONSULTORÍA Acta de recepción	186
CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS POR CONTAMINACIÓN Explotación petrolera	188
CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS Baja de Títulos de Crédito	190
CONTRIBUCIONES Entidades Públicas	191
CONSEJO NACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL Entrega de copias de grabaciones magnetofónicas a persona natural o jurídica	195

CONTRATO DE PARTICIPACIÓN DE HIDROCARBUROS Incremento de carga tributaria para financiamiento del ECORAE y organismos seccionales	197
CONTRATO COLECTIVO Indemnización a empleados por cambio de institución	200
CONTRATOS DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS DE VIGILANCIA Y ADJUDICACIÓN FALLIDA	201
CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA, CAE Adjudicación o transferencia gratuita de lotes de joyas de oro, relojes, brazaletes, etc	203
Naturaleza jurídica y administrativa	205
Naturaleza Jurídica y Administrativa – Autonomía –	207
– Régimen jurídico y administrativo – supresión de puestos: autonomía	208
CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL, CFN Procesos de desinversión de paquetes accionarios y participaciones	211
CULTURA, CIENCIA Y DEPORTE Reconocimiento económico a personajes destacados por su trayectoria	213
DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA Avalúo	215
Indemnización del inmueble (construcción)	217
DELITOS COMETIDOS CONTRA EL ESTADO Convenio y traslado de personas condenadas	220
DERECHO DE REPETICIÓN Procedimiento	221
DIETAS Comité de contrataciones	224
Cuerpos Colegiados (Comisiones Técnicas y Subcomisiones) – Mandato Constituyente N°. 2 –	226

Junta Parroquial228
Pago a Concejales a sesiones no asistidas229
Trabajadores de Compañías de FLOPEC constituidas en Panamá230
Secretario del comité de contrataciones y representante de trabajadores231
DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTROL DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL	
Aplicación de la normativa jurídica234
DISCAPACITADOS	
Exoneración de impuestos de vehículos importados236
DOCENCIA	
Pago de clases por horas impartidas239
DOCENCIA UNIVERSITARIA	
Jornada laboral242
DONACIÓN	
Barcaza bajo régimen de internación temporal243
Útiles escolares, televisores y material didáctico246
Improcedencia de transferencia de bien inmueble a Universidad247
EDUCACIÓN FISCOMISIONAL	
Sueldo básico unificado y emolumentos a los servidores250
EMERGENCIA VIAL	
Adquisición de equipo caminero252
ENERGÍA ELÉCTRICA	
Certificado de concesión o permiso y licencias para la prestación del servicio254
Garantías de Fiel Cumplimiento en los procesos de contratación257
Improcedencia de convenio de dotación258

Utilización de postes para distribución por parte de empresa privada	260	
ESTABLECIMIENTOS TURÍSTICOS		
Licencia para el funcionamiento	262	
ESTADO DE EMERGENCIA DEL SECTOR AGROPECUARIO		
Contratos de construcción	263	
ESTADO DE EMERGENCIA		
Exoneración de los procedimientos precontractuales	265	
EXPROPIACIÓN		
Monto de capital privado de compañía	266	
FARMACIAS MUNICIPALES		
Descuentos	269	
FIDEICOMISO INMOBILIARIO INTEGRAL		
Concurso e informe previo	270	
FISCALIA GENERAL DEL ESTADO		
Homologación Salarial	272	
FONDESEC		
Recursos propios para gastos corrientes	274	
FONDO DE CONSULTORÍA		
Retención del 5% como garantía	276	
FONDO DE JUBILACIÓN PATRONAL Y CESANTÍA PRIVADA		
Asignación de recursos	278	
FONDOS DE REPOSICIÓN DEL GASTO ELECTORAL		280
FONDOS DE RESERVA		
Cálculo y aportes	282	
Saldo diferencial y reliquidaciones	286	
Trabajadores municipales	289	

FUNCIONES PRORROGADAS

Personal de la ex Comisión de Control Cívico de la Corrupción294

HORAS EXTRAS Y EXTRAORDINARIAS

Cálculo – fondos de reserva –296

IESS

Improcedencia de aportes por servicios profesionales299

INCREMENTO DEL PRECIO DEL PETRÓLEO

Participación del Estado en el excedente301

INDAGACIONES PREVIAS POR DELITOS ADUANEROS

Convenio institucional para el pago de peritaje303

INDEMNIZACIÓN

Supresión de partidas, retiro voluntario, jubilación y reingreso304

INDUSTRIAS GUAPÁN

Aplicación a la LOSCCA, Mandatos Constituyentes
y beneficios del contrato colectivo307

INFORMES

Actividades de exploración y explotación Hidrocarburífera309

Contratación pública316

Contrato de ejecución de obra317

Deuda pública319

Procesos precontractuales anteriores a la nueva Ley del
Sistema Nacional de Contratación Pública321

Procedimientos precontractuales323

Informes previos a los contratos adjudicados324

INGALA

Recaudación de tributos326

Recaudación y transparencia de tributos329

INGENIEROS CIVILES	
Retención del 1%	330
Trámites de propiedad horizontal	332
INTERESES Y MULTAS	
Administradora fiduciaria	334
ISSFA	
Convenio de Alianza Estratégica y Fideicomiso Mercantil	336
Naturaleza jurídica y adquisición de bien inmueble	341
JUNTAS ADMINISTRADORAS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO	
Naturaleza jurídica y competencias	343
JUNTAS PARROQUIALES	
Incremento de remuneración a Presidente	345
JUNTA NACIONAL DE DEFENSA DEL ARTESANO	
Remuneración mensual unificada	346
MANDATOS CONSTITUYENTES	
Prevalencia – Retiro voluntario –	347
MIGRANTES Y DISCAPACITADOS	
Importación de vehículos usados	350
MIGRANTES	
Repatriación de cadáver	352
MONTO PARA LICITACIÓN Y CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS	353
MUNICIPALIDAD	
Conformación de compañía de economía mixta	354
Contrato de sociedad con compañía de economía mixta de fomento turístico	357
Remuneraciones, tasas de supervisión y fiscalización; y, donaciones para la asociación interprofesional de maestros	361

Proforma presupuestaria y prórroga de funciones	365
Creación, circunscripción territorial y traspaso de bienes	366
Escala de remuneraciones	368
MÚSICOS	
Pluriempleo y carga horaria	370
NEPOTISMO	
Concejal	371
Contrato de servicios ocasionales: consejero	372
NOMBRAMIENTO PROVISIONAL	
Pago de diferencias de remuneraciones, subrogación	373
Puesto de funcionario en comisión de servicios	376
ORQUESTA SINFÓNICA DE LOJA	
Delegación a seridor como representante del director	377
ORQUESTA SINFÓNICA NACIONAL	
Director, voz y voto de las decisiones de la Junta Directiva	379
PATENTES MUNICIPALES	
Impuestos	381
PATRIMONIO CULTURAL	
Afectación de bienes, indemnización y terminación anticipada del contrato	382
PARTIDOS POLÍTICOS	
Fondo de Reposición Partidario Permanente	384
PATRONATO MUNICIPAL SAN MIGUEL DE IBARRA	
Naturaleza jurídica	387
PERMUTA	
Equipos y accesorios	389

PETROECUADOR

Aplicación de contratos de obras, bienes y servicios – constitución de compañía de economía mixta, nacionales o extranjeras	391
Agente de retención de gravamen por transporte	393
Constitución de compañía de economía mixta	395
Intereses por mora en el pago de planillas	397

PETROECUADOR Y PETROPRODUCCIÓN

Facturación del tributo del 2.5%	402
--	-----

PLURIEMPLEO

Policia de Sanidad	405
------------------------------	-----

PÓLIZAS DE SEGUROS DE VIDA

Incremento de primas	407
--------------------------------	-----

PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES

Proceso de construcción de obra	409
---	-----

PRESUPUESTO GENERAL DEL ESTADO

Financiamiento a entidades creadas	410
--	-----

PRESUPUESTO MUNICIPAL

Inversión en útiles escolares	413
---	-----

PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Responsabilidad de adjudicación – informes –	414
--	-----

PROCESOS DE CONTRATACIÓN

Régimen Especial	416
----------------------------	-----

PROCESO PRECONTRACTUAL DE EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA

Registro único de proveedores	418
---	-----

PROFORMA PRESUPUESTARIA	
Universidad Politécnica Estatal del Carchi	420
PROYECTOS Y PROGRAMAS DE INVERSIÓN Y DE CAPACIDAD FINANCIERA	
Compatibilidad	422
RECURSO DE REVISIÓN	
Trámites de impugnación	424
REINGRESO AL SECTOR PÚBLICO	
Servidores y/o trabajadores públicos	427
REFRIGERIO	
Mandato Constituyente N° 2	431
Pago a servidores sujetos a la LOSCCA	433
REGISTRO SANITARIO	
Rotulación de productos	435
REMOCIÓN E INDEMNIZACIÓN DE GERENTE GENERAL	
Mandato Constituyente N° 2	438
REMUNERACIONES	
Consejo Provincial de Pichincha	441
RESIDENCIA	
Compensación económica, zona, viático diario – Mandato Constituyente N° 2 –	443
Compensación económica Directores de Área	445
Compensación económica	447
Pago de viáticos – Mandato Constituyente N° 2 –	449
SENACYT	
Convenios con recurso públicos para financiamiento de estudios	451
Integración de compañías mercantiles o de economía mixta	453
SERVICIOS PROFESIONALES	
Directores de otras entidades públicas	455

SISTEMA ECUATORIANO DE CALIDAD	
Vigencia y/o Derogatoria	456
SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	
Delegación de firmas para la adjudicación del contrato	457
Procedimientos para contratos, adquisición de bienes y prestación de servicios	461
Procedimientos de cotización de menor cuantía - aplicación de reglamentos internos	463
SOLCA	
Exoneración de servicios básicos	466
Examen especial	468
Régimen laboral, remunerativo y administrativo	471
SUBDIVISIÓN DE TERRENOS RURALES	
Regulación de tenencia de suelo	472
SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS	
Acreencias de los depositantes y de los ex accionistas de Filanbanco S. A: desincautación	474
Subrogación y encargo de funciones: remuneración	478
SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES	
Legalidad para contratar y auditoría externa	479
SUPRESIÓN DE PARTIDAS	
Cálculo para indemnización – Mandato Constituyente N°. 2 –	483
Militares en servicio pasivo que prestan servicio público	484
TAME	
Bono por aniversario	487
TELECSA S.A.	
Naturaleza jurídica e informes	489

TERMINAL TERRESTRE	
Competencias para integración del Directorio492
UNIVERSIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS	
Jornada laboral y carga horaria de los docentes – régimen laboral –494
VACACIONES ANUALES	
Liquidación a funcionarios de libre nombramiento y remoción y de período fijo496
VACACIONES NO GOZADAS	
Cesación de funciones498
Pago por cesación de funciones500
VIÁTICOS	
Cambio de domicilio habitual – funciones en el campo –502
Dignatarios, servidores y trabajadores504
Miembros del directorio de la empresa turística Ciudad Mitad del Mundo506
VIÁTICOS Y SUBSISTENCIAS	
Asignación de partida para pago retroactivo509
Voluntariado del patronato municipal511
VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA	
Delegación de funciones como atribución de ordenador de gastos de inversión – cuantía –512
ZONA FRANCA	
Exoneración de impuestos seccionales y del 1.5 por mil de los activos totales514

PRESENTACIÓN

Procurador es quien con facultad recibida de otro, actúa en su nombre; la Procuraduría General del Estado, actúa en nombre de la patria.

Según la disposición del artículo 216 de la Constitución Política de 1998, correspondía al Procurador General el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la ley. Con el artículo 237 No. 3 de la Constitución de Montecristi aprobada en octubre de 2008, la Norma Suprema determina que es función del Procurador, “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”.

Al asumir las funciones de Procurador General del Estado, se me entregó la trascendental misión de asesorar al aparato administrativo público; en una primera etapa bajo el imperio de la Constitución Política de 1998, con la que hemos absuelto consultas que inteligen no solamente la norma legal sino también las disposiciones constitucionales, según el régimen anterior; en tanto que desde que entra en vigencia la nueva Constitución de la República, en octubre de 2008, nuestro trabajo se ha circunscrito a la absolución de consultas que no involucren la aplicación de la norma constitucional.

Desde esta perspectiva, la Procuraduría General del Estado, pone a consideración del foro jurídico ecuatoriano la presente publicación, que contiene criterios relacionados con la inteligencia y aplicación de las normas vigentes en el país, respetando las disposiciones constitucionales.

Es deber del Abogado del Estado, el afianzar la seguridad jurídica del país, razón por la cual, con el presente trabajo, fruto de la absolución diaria de consultas sobre puntos controvertidos o aplicación de la Ley, estamos entregando una herramienta eficiente de trabajo, para quienes tienen en sus manos la administración pública de nuestro país.

Dr. Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

ABREVIATURAS UTILIZADAS

ACUERDO INTERINSTITUCIONAL _____	A.I
ACUERDO MINISTERIAL _____	A.M
AGENCIA DE GARANTÍAS DE DEPÓSITO _____	A.G.D
AUTOMÓVIL CLUB DEL ECUADOR _____	ANETA
ARTÍCULO _____	Art.
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR _____	B.C.E
CAPÍTULO _____	Cap.
CASA DE LA CULTURA ECUATORIANA _____	C.C.E
CERTIFICADOS DE REDUCCIÓN DE EMISIONES _____	CERs
CENTRO DE RECONVERSIÓN ECONÓMICA DEL AZUAY, CAÑAR Y MORONA SANTIAGO _____	CREA
CODIFICACIÓN _____	Codif.
COMISIÓN ESPECIAL DE LIMITES INTERNOS DE LA REPÚBLICA _____	CELIR
COMISIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA ZONA NORTE DE MANABÍ _____	CEDEM
CONSEJO NACIONAL DE RADIODIFUSIÓN Y TELEVISIÓN _____	CONARTEL
CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDADES _____	CONADIS
CONSEJO NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR _____	CONESUP
CONSEJO NACIONAL DE ELECTRICIDAD _____	CONELEC
CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN Y ACREDITACIÓN _____	CONEA
CONSEJO NACIONAL DE JUNTAS PARROQUIALES _____	CONAJUPARE
CONSEJO NACIONAL DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS _____	CONSEP
CONSEJO NACIONAL DE ZONAS FRANCAS _____	CONAZOFRA
CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL _____	C.F.N
DECRETO EJECUTIVO _____	D.E

DECRETO LEGISLATIVO _____	D.L
DECRETO SUPREMO _____	D.S
DIRECCIÓN GENERAL DE LA MARINA MERCANTE _____	DIGMER
DIRECCIÓN NACIONAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE TERRESTRE _____	DNTTT
DISPOSICIÓN FINAL _____	Disp. Fin
DISPOSICIÓN GENERAL _____	Disp. Gen
DISPOSICIÓN TRANSITORIA _____	Disp. Trans
ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DEL LITORAL _____	ESPOL
EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO _____	EMAPA
FONDO DE DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS _____	FODEC
FONDO DE DESARROLLO SECCIONAL _____	FONDESEC
IMPUESTO AL VALOR AGREGADO _____	I.V.A
INCISO _____	Inc
INNUMERADO _____	inn
INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA POLICÍA _____	ISSPOL
INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL _____ DE LAS FUERZAS ARMADAS _____	ISSFA
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL _____	IESS
INSTITUTO ECUATORIANO DE CRÉDITO EDUCATIVO Y BECAS _____	IECE
INSTITUTO NACIONAL DE CAPACITACIÓN CAMPESINA _____	INCA
INSTITUTO NACIONAL DE DESARROLLO AGRARIO _____	INDA
LITERAL _____	lit
MANDATO CONSTITUYENTE _____	M.C
NUMERAL _____	num
NÚMERO _____	N°
LEY _____	L

LEY ORGÁNICA DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE UNIFICACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE REMUNERACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS _____	LOSCCA
LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA Y CONTROL _____	LOAFYC
ORDINAL _____	Ord
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO _____	P.G.E
REFORMADO _____	ref.
REGISTRO OFICIAL _____	R.O
REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO _____	R.O.S
REGULACIÓN _____	Reg
RESOLUCIÓN _____	Res.
RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA _____	R.A.
RESOLUCIÓN MINISTERIAL _____	R.M.
SECCIÓN _____	Secc.
SECRETARÍA NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA _____	SENACYT
SECRETARIA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO _____	SENPLADES
SECRETARIA NACIONAL TÉCNICA DE DESARROLLO DE RECURSOS HUMANOS Y REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO _____	SENRES
SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CANCER _____	SOLCA
SERVICIO DE RENTAS INTERNAS _____	S.R.I
SIN FECHA _____	S/F
SIN NÚMERO _____	S/N
TÍTULO _____	tít
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL _____	T.C
TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL _____	T.S.E.
JUNTA BANCARIA _____	J.B
SOCIEDAD DE INGENIEROS DEL ECUADOR _____	SIDE
SUPERINTENDENCIA DE BANCOS _____	S.B

ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS: IMPROCEDENCIA DE CONTRATAR PERSONAS ACCIONISTAS DE UNA COMPAÑÍA, COMO SERVIDORES PÚBLICOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE LORETO

CONSULTAS:

1. Con respecto al inciso segundo del artículo 26 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública, en base a qué criterio se debe considerar la oferta más conveniente, si respecto al menor precio, y cuál es el sustento legal.
2. Existe prohibición legal de contratar a un funcionario y/o un servidor público cualquiera, que en calidad de accionistas de una compañía de la que son socios, pudieren y/o pretendan contratar con una u otra institución pública distinta a la que prestan servicios públicos en el Estado.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Art. 26 lit. o).
Codificación a la Ley de Contratación Pública, Arts. 16 lit. k) y 26.
Código Civil, Art. 18 Regla Primera.
Reglamento de Contrataciones del Municipio de Loreto, Ordenanza Municipal 1, R. O. N° 149, de 21-11-2005, Arts. 15 inc. tercero y 34.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El Art. 26 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública, expresa:
"ADJUDICACION.- El comité resolverá sobre la licitación o el concurso público de ofertas dentro del término de diez días contado desde la fecha del vencimiento del señalado en el inciso final del artículo anterior.

En todos los casos, el comité adjudicará el contrato al proponente que hubiere presentado la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales".

Esta disposición de adjudicar la oferta más conveniente a los intereses institucionales, ha sido también recogida por el Reglamento de Contrataciones del Municipio de Loreto, expedido mediante Ordenanza Municipal 1, publicada en el Registro Oficial 149 de 21 de Noviembre del 2005.

El inciso tercero del Art. 15, del referido Reglamento, establece que, con el informe técnico, el Comité de Contratación resolverá en el término de diez días la adjudicación a la oferta más conveniente a los intereses de la institución, la que deberá ser notificada en el término de tres días al beneficiario.

Por su parte, el Art. 34 del mismo Reglamento, dispone, que el Comité de Contrataciones resolverá sobre la licitación o concurso público de ofertas dentro del término de diez días, contados desde la fecha del vencimiento del término concedido a los oferentes para la formulación de aclaraciones en caso de haberlos, y añade, que la comisión adjudicará el contrato a la oferta más conveniente a los intereses institucionales.

El artículo 16, letra k), de la Codificación a la Ley de Contratación Pública, determina como uno de los documentos precontractuales, el establecer los principios y criterios para la valorización de ofertas.

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, que ha sido enunciada en el informe del Asesor Jurídico del Cantón Loreto, en su considerando QUINTO, se expresa: "En nuestro medio se tiene una concepción errada de lo que constituye "la oferta más conveniente a los intereses nacionales o institucionales", ya que no necesariamente es la más baja oferta presentada. Este ha constituido un gravísimo artificio con el que se han presentado muchos oferentes en los procesos de contratación pública, propuestas con las cuales muchas veces han triunfado, y a través del reajuste de precios, el Estado ha terminado cancelando más de lo presupuestado".

Del mismo modo, en el considerando SEXTO del mencionado fallo, se hace referencia al Art. 5 del Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública, el cual establece, en cuanto al tema de la adjudicación de contratos, que "en los actos de adjudicación de contratos no basta con la adjudicación sin más, es necesario que la administración valore íntegramente el contenido de las ofertas y del expediente administrativo y que exteriorice justificadamente su decisión".

De lo expuesto se infiere que para calificar a una oferta como la más conveniente a los intereses nacionales o institucionales, debe entenderse el término "más conveniente", en todo su contexto, y no únicamente en el aspecto económico, teniendo como referencia que cumpla con los requisitos legales, técnicos y económicos exigidos a los oferentes en las bases.

2. La letra o) del Art. 26 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, establece como una prohibición de los servidores públicos, el suscribir o mantener contratos con el Estado o sus instituciones, por sí mismos o como socios o accionistas, o miembros de una persona de derecho privado o, por interpuesta persona.

La disposición legal invocada es categórica y no admite interpretación alguna, por lo tanto debe estarse a su tenor literal, conforme a la regla primera del Art. 18 del Título Preliminar del Código Civil.

En consecuencia, resulta improcedente contratar personas para desempeñarse como servidores públicos, que sean accionistas de una compañía que pretenda celebrar un contrato con cualquier institución del Estado.

OF. PGE. N°: 01426, de 23-06-2008

ADQUISICIÓN DE EQUIPO CAMINERO: CUANTÍA EN CONCURSO PÚBLICO Y LICITACIÓN DESIERTA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE SAN MIGUEL DE LOS BANCOS CONSULTA:

Si dentro del proceso licitatorio para la adquisición de equipo caminero, en el que se ha declarado desierto el ítem correspondiente al tractor de oruga en vista de que las ofertas presentadas no cumplían todos los requerimientos técnicos establecidos en las bases, existe la probabilidad de adjudicar el tractor de oruga ofertado por la empresa DITECA, por el valor de USD. 225.000, por reunir o ajustarse a las necesidades topográficas del Cantón.

BASES LEGALES:

Codificación a la Ley de Contratación Pública, Arts. 1 y 4.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 1 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública, las entidades públicas que requieran adquirir bienes deben sujetarse a las normas en ella establecidas en este cuerpo legal y su Reglamento General Sustitutivo de aplicación.

En tal virtud, la adquisición de los bienes materia de su consulta deberá cumplir los procedimientos precontractuales prescritos en dicha normativa o los que señalen las disposiciones contenidas en la reglamentación interna, de la propia Municipalidad a la que usted representa, en aplicación del penúltimo inciso del artículo 4 de la Ley citada.

En el presente año, la cuantía para el concurso público de ofertas es de USD. 316.359,08, considerando el monto del Presupuesto General del Estado, que

es de USD. 15.817 954.065,09 y que se encuentra publicado en el Registro Oficial, Edición Especial No. 46 de 21 de abril de 2008.

En el caso materia de su consulta, si se declaró desierta la licitación en el ítem tractor de oruga, porque todos los oferentes no cumplieron con las especificaciones definidas en el proceso de licitación, no procede adjudicar dicho ítem a ninguno de los oferentes que participaron en el proceso de selección, sino que la entidad edilicia a su cargo deberá iniciar un nuevo procedimiento de selección, aplicando la ley de la materia, su Reglamento bajo su exclusiva responsabilidad.

OF. PGE. N°: 01134, de 10-06-2008

AGENCIA DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS: DISPOSICIÓN DE GASTOS CORRIENTES DE FIDEICOMISO

ENTIDAD CONSULTANTE: AGENCIA DE
GARANTÍA DE DEPÓSITOS, AGD

CONSULTA:

Si la Agencia de Garantía de Depósitos en su calidad de Beneficiaria del Fideicomiso para la Garantía de Depósitos, está facultada para disponer para gastos corrientes que demanda su gestión administrativa, los intereses que generen los valores invertidos por el mencionado Fideicomiso, o estos solamente se deben capitalizar y servir para el pago a los depositantes garantizados de las instituciones financieras que hayan entrado en proceso de liquidación.

BASES LEGALES:

Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario Financiera, Art. 29 lit. i).

Ley de Regulación del Costo Máximo Efectivo del Crédito, Art. 14 lit. a).

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario Financiera, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 78 de 1 de diciembre de 1998, en el Art. 29 entre los recursos de la AGD, los cuales son intangibles e inembargables, entre otros, en la letra a) le asigna la aportación del 0.54 por mil mensual, calculada sobre el promedio mensual de los saldos de los depósitos de todas las instituciones financieras privadas, y la prima por riesgo diferenciada que determine el Directorio de la Agencia de Garantía de

Depósitos, sobre la base de las calificaciones de riesgo efectuadas por calificadoras de riesgo calificadas o registradas por la Superintendencia de Bancos, cuyos pagos se efectuarán mensualmente; y, en la letra i) los rendimientos que genere la inversión de los recursos (letra a).

El Art. 14 de la Ley de Regulación del Costo Máximo Efectivo del Crédito, expresa:

“Art. 14.- Efectúese la siguiente reforma al segundo inciso del artículo 29, modificado por el artículo 4 de la Ley No. 2002-60, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 503 de 28 de enero de 2002:

“La Agencia de Garantía de Depósitos constituirá en la Corporación Financiera Nacional un fideicomiso al cual transferirá total e inmediatamente los recursos que reciba en concepto de los aportes determinados en el literal a) del presente artículo, a fin de que dichos recursos sean invertidos observando los parámetros de seguridad, liquidez y rentabilidad con los que se invierten los recursos de la reserva internacional de libre disponibilidad. A este fideicomiso también ingresarán los recursos líquidos que la Agencia de Garantía de Depósitos tuviere actualmente y que se hubieren originado en los aportes que en el pasado haya recibido por el mismo concepto. En tal virtud, los indicados recursos no podrán ser utilizados para financiar gasto corriente ni de capital, sino exclusivamente en el pago a los depositantes garantizados de las instituciones financieras que entren en proceso de liquidación, en los montos señalados en el artículo 2 de esta Ley. La Contraloría General del Estado controlará la estricta aplicación de esta disposición y en caso de incumplimiento pondrá en conocimiento del Ministerio Público para los fines legales pertinentes”.

De la cita anterior se aprecia, en consecuencia, que la reforma del segundo inciso del Art. 29 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario Financiera, dispuesta en el Art. 14 de la Ley de Regulación del Costo Máximo Efectivo del Crédito publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 135 de 26 de julio de 2007, señala que los recursos que reciba en concepto de aportes determinados en la letra a) de esa disposición así como los recursos líquidos que la AGD tuviere actualmente y que se hubiere originado en aportes que en el pasado haya recibido por el mismo concepto, y que se transfieran total e inmediatamente al fideicomiso que constituya la AGD en la Corporación Financiera Nacional, es decir “los indicados recursos”, “...no podrán ser utilizados para financiar gastos corrientes ni de capital, sino exclusivamente en el pago a los depositantes garantizados de las instituciones financieras que entren en proceso de liquidación...”.

Por su parte, de los antecedentes de los oficios que contesto, se determina que la AGD mediante escritura pública otorgada el 2 de enero de 2008, ante el Notario Vigésimo de Quito, constituyó con la Corporación Financiera Nacional, el Fideicomiso para la Garantía de Depósitos, haciendo constar en la Cláusula Tercera "Glosario de Términos"- rubro "Junta" que "No forman parte del patrimonio autónomo los rendimientos que generen las inversiones que se realicen en cumplimiento de su finalidad, los mismos que se transferirán a favor de la constituyente. Rendimientos.- Constituyen la renta de las inversiones del patrimonio autónomo, la cual de conformidad con el literal i) del artículo veintinueve de la Ley Número Noventa y Ocho guión diecisiete (No. 98-17) vigente constituye ingresos de la AGD, los mismos que deben ser restituidos a favor de la beneficiaria".

Con fundamento en los antecedentes y en el análisis jurídico que queda señalado, considero que la Agencia de Garantía de Depósitos puede disponer para gastos corrientes, de los rendimientos que genere la inversión de sus recursos determinados en el literal i) del Art. 29 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario Financiera, por no estar señalados entre los recursos que la AGD debe destinar exclusivamente al pago de los depositantes garantizados de las instituciones financieras que entren en proceso de liquidación.

OF. PGE. N°: 04901, de 09-11-2008

AGENCIA DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS: INCAUTACIÓN DE BIENES Y DEVOLUCIÓN DE DEPÓSITOS

ENTIDAD CONSULTANTE: AGENCIA DE
GARANTÍA DE DEPÓSITOS, AGD

CONSULTA:

"Si, una vez realizada la incautación de bienes al tenor de las disposiciones legales, y antes de que dichos bienes hubiesen sido trasladados al fideicomiso en garantía mientras se prueba su real propiedad, esta real propiedad ya se ha establecido, luego del trámite administrativo pertinente y por el ministerio de la ley, y por tanto, ipso jure, han pasado a ser recursos de la AGD, deben ser trasladados dichos bienes al fideicomiso en garantía mientras se prueba su real propiedad, o al ser dichos bienes ya de propiedad de la AGD, pueden ser realizados directamente por la misma, según la normativa que al respecto se encuentra establecida y poder así cumplir, en el menor lapso posible, ya sea con la devolución de sus dineros a los perjudicados por las instituciones financieras

para no dilatar dicha devolución con trámites innecesarios, costosos e improcedentes, o bien restituirlos directamente a la Cuenta del Tesoro Nacional”

BASES LEGALES:

Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario Financiera, Arts. 21, 22 y 29 inc. último.

Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Art. 17 num. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

El último inciso del artículo 29 de la mencionada Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el área Tributario Financiera, expresa: En aquellos casos en que los administradores hayan declarado patrimonios técnicos irreales, hayan alterado las cifras de sus balances o cobrado tasas de interés sobre interés, garantizarán con su patrimonio personal los depósitos de la institución financiera, y la Agencia de Garantía de Depósitos podrá incautar aquellos bienes que son de público conocimiento de propiedad de estos accionistas y transferirlos a un fideicomiso en garantía mientras se prueba su real propiedad, en cuyo caso pasarán a ser recursos de la Agencia de Garantía de Depósitos y durante este período se dispondrá su prohibición de enajenar.

Mediante escritura pública, otorgada ante el Notario Trigésimo Tercero del cantón Quito, el 29 de agosto de 2008, la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), como constituyente, y la Corporación Financiera Nacional (CFN), como fiduciaria, crearon el fideicomiso mercantil “NO MÁS IMPUNIDAD” — AGD, en cuya Sección Cuarta, de la Cláusula Segunda se estipula: “OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS”. Tiene por finalidad el presente contrato, la constitución de un fideicomiso de garantía y administración, que permita cumplir con la disposición contenida en el inciso final del artículo veintinueve de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributaria Financiera en los términos señalados en el presente contrato y en la Reglamentación que dicte al efecto la “JUNTA DEL FIDEICOMISO”.

El numeral 1 del artículo 17 del Título y de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, al clasificar las modalidades de fideicomisos mercantiles, determina: “...entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinadas en el contrato”; y, el numeral 2 de la misma disposición indica: “se entiende por fideicomiso de adminis-

tración, al contrato en virtud del cual se transfieren bienes muebles o inmuebles al patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y cumpla las instrucciones instituidas en el mismo”.

El artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en su inciso segundo, establece: “La administración obra en ejercicio de sus facultades regladas cuando debe ceñir sus actos a las disposiciones de una ley, de un reglamento o de cualquier otro precepto administrativo”.

De las normas transcritas se desprende que la transferencia al fideicomiso en garantía es transitoria, mientras se prueba la real propiedad de los bienes incautados por la Agencia de Garantía de Depósitos que se encuentran en la situación del último inciso del artículo 29 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el área Tributario Financiera.

La determinación de la real propiedad de los bienes incautados es de exclusiva responsabilidad de la AGD. En consecuencia, si tal entidad ha determinado la real propiedad de esos bienes antes de transferirlos al fideicomiso, ya no tendría ningún objeto traspasar los mismos a ese patrimonio autónomo.

En lo sucesivo, sin embargo, se deberá tener presente que el referido último inciso del artículo 29 de la mencionada ley, debe cumplirse inmediatamente después de la incautación, al tratarse de una disposición de carácter obligatorio.

En cuanto al destino de los bienes de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), se tendrá en cuenta lo determinado en los artículos 21 y 22 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en el área Tributario Financiera.

En virtud de lo indicado, la Agencia de Garantía de Depósitos establecerá el procedimiento para la enajenación de los bienes incautados que según usted indica son de propiedad de esa institución pública (AGD), a fin de obtener los dineros líquidos que permitan cumplir con la devolución prioritaria de los depósitos garantizados a los depositantes registrando el producto de las ventas en el activo de la respectiva institución financiera, para servir los pasivos de la misma.

El presente pronunciamiento no constituye convalidación de actos, ni autorización de pago, decisiones que deben ser adoptadas por los órganos competentes de la Agencia de Garantía de Depósitos, precautelando el cumplimiento de la Ley y la efectiva garantía de depósitos.

OF. PGE. N°: 05293, de 09-12-2008

ALCALDES: RENUNCIA PARA PARTICIPAR EN REELECCIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL CANTÓN CHONE

CONSULTA:

Si de conformidad con el Art. 114 de la Constitución de la República del Ecuador, el Alcalde en funciones debe renunciar para postularse a la misma dignidad en las próximas elecciones.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 114; y, 2, 3, 10, 11 Régimen de Transición.

PRONUNCIAMIENTO:

El Art. 114 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, dispone que las autoridades de elección popular podrán reelegirse por una sola vez, consecutiva o no, para el mismo cargo; y, agrega que las autoridades de elección popular que se postulen para cargo diferente deberán renunciar al que desempeñan.

El Art. 2 del Régimen de Transición de la Constitución de la República del Ecuador, establece que el proceso de elección de los dignatarios señalados en estas normas de transición será organizado y dirigido por el Consejo Nacional Electoral.

El Art. 3 del mencionado Régimen de Transición, establece que el Consejo Nacional Electoral, en el plazo máximo de treinta (30) días contados desde su posesión, con fundamento en lo establecido en la ley, convocará a elecciones generales para designar, entre otras dignidades, las de Alcaldes municipales, según lo determina el numeral 5 de este artículo.

De acuerdo al artículo 10 del mencionado Régimen de Transición, el período de gestión de los dignatarios electos con las normas del Régimen de Transición, se considerará el primero, para todos los efectos jurídicos.

Por su parte, el Art. 11 del mismo Régimen de Transición, dispone que el Presidente y el Vicepresidente de la República, los parlamentarios andinos, prefectos, alcaldes, consejeros y concejales de mayoría y minoría, los miembros de las juntas parroquiales rurales, que se encuentran en funciones al momento del Referéndum Aprobatorio, culminarán sus períodos en las fechas de posesión de quienes sean electos conforme la normativa del Régimen de Transición.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta, considero que la renuncia de las autoridades de elección popular que se postulan para un cargo distinto al que desempeñen, prevista en el artículo 114 de la Constitución de la República del Ecuador, no es exigible a los alcaldes en funciones que se postulan a la misma dignidad.

Lo dicho, sin perjuicio de las competencias del Consejo Nacional Electoral para organizar y dirigir el próximo proceso electoral.

OF. PGE. N°: 05499, de 23-12-2008

ALCALDES: SEGURO PRIVADO COMPLEMENTARIO

ENTIDAD CONSULTANTE: ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES ECUATORIANAS, AME

CONSULTA:

Es procedente que la Asociación de Municipalidades conceda a todos los Alcaldes y Alcaldesas del País, un seguro privado complementario al del seguro social obligatorio, en su calidad de representantes de las municipalidades socias de la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 60.
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 68 y 540.
LOSCCA, Disp. Trans. Octava.
Ley de Seguridad Social, Arts. 4, 74 inc. final y 220.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Régimen Municipal en el artículo 68 establece que el Alcalde es funcionario remunerado y ejerce sus funciones a tiempo completo; y en su artículo 553 dispone que quienes presten servicios al mismo tiempo, en una municipalidad y en la Asociación de Municipalidades, sólo podrán percibir remuneración en una de las dos entidades.

El artículo 540 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece que la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas tendrá como socias a todas las municipalidades del país, las que, de acuerdo con el artículo 2 y 26 de la mencionada Ley Orgánica, constituyen personas jurídicas de derecho público, representadas legalmente por sus alcaldes.

La Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, determina las primas de aportación que las instituciones, entidades y organismos del sector público “tienen la obligación de aportar a la seguridad social” sobre el salario unificado de sus funcionarios, servidores y trabajadores.

La Ley de Seguridad Social, en el artículo 4 determina que las prestaciones del Seguro General Obligatorio se financiarán, entre otras, “c) Con la aportación patronal obligatoria de los empleadores públicos, para cada seguro, cuando los afiliados sean servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa”. (actual, Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público).

Según el inciso final del artículo 74 de la Ley de Seguridad Social, “el personal, los tesoreros, oficiales pagadores, habilitados, agentes de retención y más funcionarios y empleados que tuvieren el deber legal de pagar remuneraciones a los trabajadores y servidores que prestan servicios en los demás organismos y entidades que integran el sector público, están obligados a remitir al IESS los aportes personales, patronales, fondos de reserva y más descuentos que se ordenaren...”.

En el caso de la aportación a los seguros privados complementarios materia de su consulta, la aportación por parte del empleador no es obligatoria, sino voluntaria; y, así lo dispone el artículo 60 de la Constitución Política de la República, al señalar que los seguros complementarios “...estarán orientados a proteger contingencias de seguridad social no cubiertas por el seguro general obligatorio o a mejorar sus prestaciones, y serán de carácter opcional. Se financiarán con el aporte de los asegurados, y los empleadores podrán efectuar aportes voluntarios. Serán administrados por entidades públicas, privadas o mixtas, reguladas por la ley”.

En concordancia con la disposición constitucional invocada, el primer inciso del artículo 220 de la Ley de Seguridad Social, dispone que los afiliados al IESS, independientemente de su nivel de ingresos, podrán efectuar ahorros voluntarios para mejorar la cuantía o las condiciones de las prestaciones correspondientes al Seguro General Obligatorio o a proteger contingencias de seguridad no cubiertas por éste.

Lo señalado lleva a concluir que el seguro complementario es adicional al seguro general obligatorio, cuyas aportaciones por parte de los empleadores no son

obligatorias sino voluntarias; y que, en el caso de las entidades del sector público, tanto el seguro como la aportación que se realice, debe circunscribirse únicamente a aquellos funcionarios o servidores de la entidad a la que pertenecen.

Con fundamento en lo expuesto, considero improcedente que la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, conceda a los alcaldes y alcaldesas de las municipalidades a las que pertenecen por su condición de dignatarios remunerados, un seguro privado complementario al del seguro social obligatorio.

OF. PGE. N°: 03931, de 02-10-2008

ALMUERZOS: TRABAJADORES MUNICIPALES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

CONSULTA:

Si es procedente el reconocimiento de tres dólares diarios a favor del trabajador municipal, por concepto de servicio de alimentación, considerando que el artículo 6 del Mandato Constituyente No. 2 prohíbe restablecer o crear complementos remunerativos, bonificaciones económicas adicionales, que sumados a los que componen la remuneración mensual unificada, ascienda a un total superior de cinco mil dólares mensuales.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Art. 30 lit. a).

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 30 letra a) del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, prescribe que la jornada única de trabajo, comprende de 08h00 a 16h30, con treinta minutos para el refrigerio, que puede aplicarse por turnos; los treinta minutos destinados para refrigerio, "no son parte de la jornada de trabajo".

El beneficio de refrigerio o alimentación se aplicará exclusivamente para los servidores públicos sujetos a la LOSCCA y más normas que regulan la administración pública, y no a los obreros o trabajadores sujetos al Código del Trabajo, quienes al estar amparados bajo otro régimen jurídico son beneficiarios de los derechos establecidos en el Código ibídem y de los respectivos contratos colec-

tivos del trabajo, de existir y no de los beneficios aplicables a los servidores públicos.

Por lo expuesto, no es procedente reconocer al trabajador municipal el beneficio del refrigerio.

OF. PGE. N°: 03788, de 02-10-2008

ARQUITECTOS: CONTRIBUCIÓN DEL UNO POR MIL

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE BABA

CONSULTA:

“Respecto al artículo 15 de la Ley de Escalafón de Ingenieros Civiles, esta Procuraduría mediante oficio No. 8759 de 29 de febrero de 2008, requirió el criterio jurídico de la Contraloría General del Estado, el cual fue atendido con oficio No. 6156 DJDJ de 17 de marzo de 2008, en los siguientes términos: “Al haber derogado la LOSCCA las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con el régimen de remuneraciones de todas las leyes de escalafón y sueldos profesionales, también se suprime el objeto del impuesto establecido para financiar el escalafón de los ingenieros civiles del Ecuador constante en el citado artículo 15 de su ley escalafonaria, por lo tanto considero que para el sector público la norma constante en el artículo antes mencionado no se encuentra en vigencia”.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Art. 39.

Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería, Art. 26.

Ley de Ejercicio Profesional de los Arquitectos, Art. 31.

Ley de Escalafón de Ingenieros Civiles, Art. 15.

Res. TC N°. 12-2007, 18-03-2008.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, ordena en sus derogatorias, que en cumplimiento de lo que dispone el artículo 39 del Código Civil, se deroga en forma expresa toda disposición legal que se oponga a lo establecido por dicha ley, y manifiesta que: “En todas las Leyes de Escalafón y Sueldos Profesionales y Ley Reformatoria a la Ley de Federación de Abogados del

Ecuador, se derogan exclusivamente las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con el régimen de remuneraciones; en todo lo demás, se estará a lo prescrito en las mismas (...); y se agrega, que esta Ley, sus reformas y derogatorias, están en vigencia desde las respectivas fechas de sus publicaciones en el Registro Oficial.

Por lo expuesto y en virtud de la derogatoria de las normas legales y reglamentarias determinadas en la LOSCCA relacionadas con el régimen de remuneraciones de los profesionales escalafonados, se concluye que la retención del 1% prevista en el artículo 15 de la Ley de Escalafón y Sueldos de los Ingenieros Civiles, ha perdido vigencia; y en consecuencia, no procede incorporar en los contratos una cláusula relativa a la mencionada retención.

Respecto al artículo 26 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería, debo manifestarle que éste fue declarado inconstitucional por razones de fondo, mediante Resolución del Tribunal Constitucional No. 12-2007-TC de 18 de marzo de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 302 de 26 de marzo de 2008.

Por otra parte, el numeral 7 de las "Derogatorias" de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, derogó los artículos 26 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería; y, 31 de la Ley de Ejercicio Profesional de los Arquitectos, y toda otra contribución relacionada con el pago de la contribución del uno por mil sobre los montos de contratos celebrados con instituciones del sector público.

En razón de lo expuesto, resulta improcedente aplicar tales disposiciones legales.

OF. PGE. N°: 03220, de 11-09-2008

ARQUITECTOS: CERTIFICADO DEL PAGO DEL UNO POR MIL

ENTIDAD CONSULTANTE: CORPORACIÓN REGULADORA DEL MANEJO HÍDRICO DE MANABÍ, CRM

CONSULTAS:

Si el Gobierno Provincial de Imbabura, debe solicitar a los profesionales de la arquitectura el certificado que justifique el pago del uno por mil calculado sobre el monto total de la obra.

Adicionalmente consulta si la falta del referido certificado implicaría el cometimiento del delito tipificado en el Art. 277 numeral 4to, del Código Penal.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 278.

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

Ley de Ejercicio Profesional de la Arquitectura, Arts. 24 y 31.

Ley No. 131, Art. 6 R. O. No. 999 de 30/07/1996.

Ley de Control Constitucional, Art. 22.

Código Penal, Art. 277 num. 4.

Res. No. 111-96-CP de 25/07/1996 R.O. No. 1003 de 5/08/1996.

Res. No. 081-2000-TP, S. R. O. No. 96 de 12/06/2000.

PRONUNCIAMIENTOS:

El Tribunal de Garantías Constitucionales, actual Tribunal Constitucional, en Resolución No. 111-96-CP de 25 de julio de 1996 publicada en el Registro Oficial No. 1003 de 5 de agosto de 1996, resolvió declarar entre otras disposiciones la inconstitucionalidad del Art. 31 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Arquitectura.

El Art. 31 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Arquitectura que fue reformado por el Art. 6 de la Ley No. 131 publicada en el Registro Oficial No. 999 de 30 de julio de 1996, entró en vigencia entre la fecha de expedición de la Resolución No. 111-96-CP del entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, y la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Mediante Resolución No. 081-2000-TP publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 96 de 12 de junio de 2000, el Tribunal Constitucional desechó una demanda de inconstitucionalidad de varias disposiciones del Reglamento a la Ley de Ejercicio Profesional de la Arquitectura, expresando en el considerando cuarto que las reformas a los artículos 24 y 31 de la Ley publicada en el Registro Oficial No. 999 de 30 de julio de 1996, "mantienen el requisito de afiliación a uno de los colegios provinciales de arquitectos y la contribución del 1 por mil del monto total de la obra en beneficio del Colegio Nacional de Arquitectos del Ecuador, debiendo aclarar que estos artículos no han sido declarados inconstitucionales con posterioridad a la Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales".

Al haberse declarado la inconstitucionalidad del Art. 31 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Arquitectura, la reforma a la mencionada disposición resultó

carente de fundamento legal habida cuenta que la resolución de inconstitucionalidad del artículo citado fue antes de la reforma, no obstante que no se había publicado en el Registro Oficial.

Pese a que el Art. 278 de la Constitución Política de la República, no es muy explícito, en esta materia, al señalar que la declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial, y que entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional, el Art. 22 de la Ley de Control Constitucional determina que las disposiciones de la ley, decreto - ley, decreto, ordenanza o reglamento que el Tribunal las declare inconstitucionales, “cesarán en su vigencia y desde que tal resolución se publique en el Registro Oficial, no podrán ser invocadas ni aplicadas por juez o autoridad alguna”, es decir, que el Art. 31 de la Ley mencionada cesó en su vigencia desde que el Tribunal le declaró inconstitucional. De ahí que no procede su aplicación.

Respecto a si por la falta de requerimiento de acreditar el certificado del pago del uno por mil en beneficio del Colegio Nacional de Arquitectos del Ecuador, se incurriría en el delito previsto en el Art. 277 numeral 4 del Código Penal, de conformidad con los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, corresponde al Procurador General del Estado absolver consultas con carácter vinculante sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, no siendo de mi competencia pronunciarme sobre la acción u omisión de conductas que tipifiquen un delito penal.

OF. PGE. N°: 00961, de 03-06-2008

ARTESANOS: ASIGNACIÓN DE RECURSOS

ENTIDAD CONSULTANTE: PREFECTURA PROVINCIAL DEL CAÑAR

CONSULTA:

Si es procedente que el Gobierno Provincial del Cañar asigne recursos que serán destinados al mantenimiento y/o adecuación del local de la Federación Provincial de Artesanos del Cañar ubicado en la ciudad de Azogues.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 233.

Ley Orgánica de Régimen Provincial, Arts. 1, 7 y 29.

Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, Art. 17.

PRONUNCIAMIENTO:

El inciso final del artículo 233 de la Constitución Política de la República dispone que el Consejo Provincial, además de las atribuciones constantes en la ley, debe promover y ejecutar obras de alcance provincial en vialidad, medio ambiente, riego y manejo de las cuencas y microcuencas hidrográficas de su jurisdicción; ordenando ejecutar obras, exclusivamente en áreas rurales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Régimen Provincial, la misión fundamental del Consejo Provincial es impulsar el desarrollo cultural y material de la provincia, y colaborar con el Estado y las municipalidades de la respectiva circunscripción para la realización armónica de los fines nacionales. Sus deberes y atribuciones se encuentran señalados expresamente en los artículos 7 y 29 de la misma Ley.

Cabe resaltar que el artículo 17 de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público prohíbe a las instituciones autónomas y a las del sector público en general, realizar donaciones a personas naturales o jurídicas privadas, pagos por trofeos, premios, agasajos y otros conceptos similares, así como asignaciones a organismos privados, con excepción de aquellos que correspondan a programas de desarrollo cultural, desarrollo y promoción turística, deportiva, comunitaria y científica, o que hayan sido establecidos mediante disposición legal y siempre que exista la partida presupuestaria correspondiente.

En virtud de lo dispuesto en las normas jurídicas invocadas, considero que para el caso consultado, no procede la asignación de recursos para destinarlos a la adecuación de un local de la Federación Provincial de Artesanos por parte del Gobierno Provincial del Cañar.

OF. PGE. N°: 01424, de 23-06-2008

ASAMBLEISTAS: PORCENTAJE DEL APORTE PATRONAL

ENTIDAD CONSULTANTE: ASAMBLEA CONSTITUYENTE

CONSULTA

Si es legal y procedente que los aportes personal y patronal de los y las Asambleístas y más servidores de la entidad, se realicen sobre el 60 % de la

remuneración mensual unificada de conformidad con el ordenamiento jurídico que rige la materia o sobre el 100 % de la misma, de acuerdo al criterio retroactivo del IESS.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No. 2, Art. 1.

LOSCCA, Arts. 101, 104 y Disp. Trans. Octava.

Res. N°. CD. 193 del Consejo Directivo del IESS R.O. N°. 244 de 03-01-2008, Arts. 1, 4, 5, 7 y 8.

PRONUNCIAMIENTO:

La Disposición Transitoria Octava de la LOSCCA, establece que las instituciones, entidades y organismos previstos en el Art. 101 de esta Ley; y, las autoridades y funcionarios comprendidos en el nivel jerárquico superior, servidores y trabajadores de las entidades arriba señaladas, que tienen la obligación de aportar a la seguridad social, además del salario base sobre el que vienen aportando, lo harán sobre la diferencia de la respectiva remuneración mensual unificada de acuerdo a las primas de aportación vigentes conforme a la tabla y fechas ahí establecidas.

El Art. 104 de la LOSCCA establece la remuneración mensual unificada que resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que el dignatario, autoridad, funcionario, servidor y trabajador, tenga derecho y que se encuentre presupuestado, a la que no se sumarán los ingresos que correspondan al décimo tercer sueldo o remuneración; décimo cuarto sueldo o remuneración; y, viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias, extraordinarias, encargos y subrogaciones.

En similares términos consta el Art. 1 del Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, que determina que no se considera parte de la Remuneración Mensual Unificada, los siguientes rubros: El décimo tercero y décimo cuarto sueldos o remuneraciones, viáticos, movilizaciones y subsistencias, horas suplementarias y extraordinarias, subrogación de funciones o encargos, compensación por residencia, el aporte patronal al IESS y los fondos de reserva.

La Resolución No. CD. 193 del Consejo Directivo del IESS, publicada en el Registro Oficial No. 244 de 3 de enero de 2008, en el Art. 1 estableció que el salario mínimo unificado homologado base de la aportación al IESS o materia gravada para los servidores del sector público, de conformidad con la

Disposición Transitoria Octava de la LOSCCA será la remuneración mensual unificada de acuerdo a las primas de aportación vigentes, conforme a las fechas ahí determinadas; y, de existir incrementos al salario unificado se aportará al IESS sobre el 100 % de tales incrementos.

En el Art. 4 de la Resolución No. CD. 193 citada, se determina los salarios mínimos de aportación al IESS, para los servidores y trabajadores del sector público amparados por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público para el año 2007, en la escala de los grados del 1 al 14.

El Art. 5 de la Resolución en estudio, señala los salarios mínimos de aportación para los dignatarios, autoridades y funcionarios que ocupen puestos a tiempo completo, comprendidos en el nivel jerárquico superior del Sector Público, amparados en la LOSCCA para el año 2007, en la escala de los grados 9 al 1.

En el Art. 7 de la Resolución No. CD. 193 se consignan los salarios mínimos de aportación al IESS para los servidores y trabajadores del sector público amparados por la LOSCCA para el año 2008, en las escalas de los grados del 1 al 14.

En el Art. 8 de la Resolución mencionada, se establecen los salarios mínimos de aportación para los dignatarios, autoridades y funcionarios que ocupen puestos a tiempo completo, comprendidos en el nivel jerárquico superior del sector público amparados por la LOSCCA para el año 2008, en la escala de los grados 9 al 1.

Mediante Resolución No. CD. 214 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, reformatoria a la Resolución No. C. D. 193 de 13 de diciembre de 2007, se sustituyó en el Art. 1 la tabla del Art. 7 que quedó citada; y, en el Art. 2 se sustituyó la tabla del Art. 8 en los grados y salarios mínimos de aportación ahí determinados.

La Disposición Transitoria Segunda de la Resolución No. CD. 214 expresa que las diferencias de aportación al IESS originadas en dicha Resolución, se recaudarán sin intereses hasta el 31 de diciembre de 2008; y, las diferencias de aportación originadas en la variación de las tablas salariales dispuestas por las Resoluciones de la SENRES, se aplicarán a los afiliados que se encontraren activos y a los que encontrándose cesantes generaren derecho al beneficio retroactivo por efecto de la aplicación de las mencionadas Resoluciones.

Con el fundamento jurídico que queda señalado, considero que para la aportación al Seguro General Obligatorio para los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores y trabajadores del sector público, es aplicable la Disposición Transitoria Octava de la LOSCCA, sin perjuicio de acogerse a las Resoluciones antes referidas, expedidas por el Consejo Directivo del IESS, relacionadas con los salarios mínimos de aportación para los años 2007 y 2008.

OF. PGE. N°: 03804, de 02-10-2008

AUDITOR INTERNO: PAGO DE DIFERENCIA DE REMUNERACIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL

CONSULTA:

Si es pertinente que el Tribunal Supremo Electoral pague al economista Carlos Calderón Orellana, la diferencia entre las remuneraciones existentes para el cargo de Director de Auditoría Interna en el Ministerio de Defensa Nacional y en el TSE, con vigencia desde la fecha en que entró a laborar en ese Organismo.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 124.

LOSCCA, Arts. 3, 31; y, 57 de su Reglamento.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts.14 y Disp. Trans. Cuarta.

A. No. 008- CG del Reglamento sobre la Organización, Funcionamiento y Dependencia Técnica de las Unidades de Auditoría Interna de las entidades que controla la Contraloría General del Estado, R. O. No. 70 de 28-04-2003, Arts. 17 y 19.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en el Art. 14 inciso primero señala que las instituciones del Estado, contarán con una unidad de Auditoría Interna, cuando se justifique, que dependerá técnicamente de la Contraloría General del Estado, que para su creación o supresión emitirá informe previo; el personal auditor será nombrado, removido o trasladado por el Contralor General del Estado y las remuneraciones y gastos para el funcionamiento de las unidades de auditoría interna serán cubiertos por las propias instituciones del Estado a las que ellas sirven y controlan.

En similares términos consta el Art. 17 del Acuerdo No. 008- CG del Reglamento sobre la organización, funcionamiento y dependencia técnica de las unidades de auditoría interna de las entidades que controla la Contraloría General del Estado, publicado en el Registro Oficial No. 70 de 28 de abril de 2003.

El Art. 19 del Reglamento citado norma que las remuneraciones básicas, bonificaciones, compensaciones y demás beneficios de ley que perciba el personal de las unidades de auditoría interna serán establecidos por la Contraloría General del Estado y cubiertos por las propias entidades del Estado a las que ellas sirven y controlan, dentro de las disponibilidades presupuestarias existentes, para cuyo efecto se coordinará en forma previa con la máxima autoridad unipersonal de la respectiva institución u organismo.

Añade el Art. 19 del Reglamento en estudio que, el personal auditor de las auditorías internas de las instituciones del Estado, según lo previsto en la cuarta disposición transitoria de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, tendrá las garantías que refiere el Art. 124 de la Constitución Política de la República y las que constan en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en cuanto sean aplicables.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el Art. 31 contempla la figura de la comisión de servicio con remuneración, en cuyo caso el servidor público en goce de esta comisión tendrá derecho a percibir la remuneración mayor, de entre las dos entidades o al pago de la diferencia entre lo que percibe en la entidad de la que depende y lo presupuestado en la que prestará sus servicios.

El Reglamento *ibídem* en el Art. 57 expresa que el servidor público declarado en comisión de servicios con remuneración, recibirá la diferencia, a la que hubiere lugar, entre lo que percibe en la entidad a la que pertenece y lo presupuestado en la que prestará sus servicios.

Esta Procuraduría con el oficio No.0409 de 12 de mayo de 2008, requirió el criterio legal de la Contraloría General del Estado, lo cual fue atendido por el señor Contralor General del Estado, Encargado con el oficio No. 012342- DJDJ- de 22 de mayo de 2008, que en su parte pertinente manifiesta:

“ En el caso, el titular de este organismo, mediante Acción de Personal 037 vigente a partir del 7 de junio de 2007, dispuso el traslado del economista Carlos Calderón Orellana del Ministerio de Defensa Nacional al TSE; por lo tanto, la remuneración por percibir será determinada por la propia entidad, pues de conformidad con la norma legal contenida en el antedicho artículo 14, no es de competencia de la Contraloría General del Estado establecer el monto de las remuneraciones de los auditores internos, siendo de atribución de este organismo técnico superior de control tan solo actualizar cualquier modificación que la entidad hiciera en dicha remuneración”.

Con los fundamentos jurídicos que quedan señalados, considero que corresponde al Tribunal Supremo Electoral consignar al economista Carlos Calderón Orellana de ser el caso, la remuneración mayor de entre las dos entidades, o el pago de la diferencia entre lo que percibe en la entidad de la que depende y lo presupuestado en la que presta su servicio en la especie el TSE, desde la fecha en que labora en ese Organismo.

Este pronunciamiento no constituye autorización ni orden de pago por no ser de mi competencia.

OF. PGE. N°: 01115, de 09-06-2008

BANCO CENTRAL DEL ECUADOR: PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN DE INFORMACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

CONSULTA:

Solicita la reconsideración parcial del pronunciamiento emitido por esta Procuraduría General, contenido en el oficio número 01045 de 6 de junio de 2008, en lo relacionado con las respuestas dadas a la consulta número 2 y a la consulta contenida en el numeral 2 de las consultas del numeral 1.15 del oficio SNT-2008-0592 de 23 de mayo del 2008, enviada por la Secretaría Nacional que usted representa y, de manera especial, sobre la procedencia que el Banco Central del Ecuador pueda intervenir como entidad estatal encargada de prestar servicios de certificación de información, cumpliendo los requisitos exigidos en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 23 num. 7, 118 num. 5, 244, 261, 263, 265 y 272.

Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, Arts. 48 lit. g), 66 y 68.

Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Arts. 29 y 30 lit. h).

Ley General de Seguros, Art. 74.

PRONUNCIAMIENTO:

En los oficios que contesto se manifiesta que el Banco Central del Ecuador, dentro de sus actividades desarrolla, administra y regula el Sistema Nacional de Pagos, a través de medios electrónicos, que posibilita la transferencia de dinero entre sus participantes, instituciones financieras, entidades públicas y público en general; y que el uso de la firma digital o electrónica en las transacciones bancarias canalizadas a través del Sistema de Pagos es el único medio que permitiría al Banco Central del Ecuador comprobar legalmente la identidad de los intervinientes en una operación, protegiendo al ordenante o al beneficiario de un posible desconocimiento de las obligaciones contraídas en forma electrónica.

Se indica que la calificación del Banco Central del Ecuador como entidad certificadora de información, le permitiría al país desarrollar actividades como: transacción mercantil, financiera o de servicios, que se realice con mensajes de datos, a través de redes electrónicas; instrumentar contratos, facturas, medios de pagos mediante mensajes de datos; expedir instrumentos públicos electrónicos; identificar y sancionar infracciones informáticas, tanto aquellas de carácter administrativo, como las tipificadas en el Código Penal y en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Además, que las firmas digitales o electrónicas que utilizan los agentes económicos para realizar transacciones que involucran movimientos de dinero "electrónico" es una actividad que recae en el ámbito de acción del Banco Central del Ecuador, inscribiéndose en la excepción prevista en la letra g) del artículo 84 de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, señalando que se trata de una actividad inmersa en el Sistema Nacional de Pagos (actividad bancaria) que permite modular la liquidez de la economía (política monetaria) al permitir las transacciones de dinero a través de medios electrónicos.

De manera adicional, en las mismas comunicaciones se manifiesta textualmente lo siguiente:

"La prohibición de realizar operaciones no autorizadas se refiere exclusivamente a los sistemas de operaciones (cuentas), operaciones de reporte, operaciones

financieras, operaciones de mercado abierto, operaciones de reporto de dólares, sistemas de tasas de interés aplicables a las operaciones activas y pasivas, operaciones de crédito, ingreso de divisas, operaciones en divisas u en oro a futuro, operaciones administrativas o financieras, operaciones con el sector público bancario, etc. de tal manera que allí sí tiene coherencia el texto de la letra g) del artículo 84 mencionado, puesto que, las operaciones a las que se refieren son las indicadas en este párrafo y no otras, no pudiendo por tanto vincularse las operaciones bancarias que realiza el Banco Central, con las competencias y funciones que este tiene por mandato constitucional o las que por ley le correspondan asumir, por que se concluye que operaciones (que para el caso son bancarias), no es igual que competencias o funciones”.

“Por otro lado, el artículo 265 de la Constitución Política de la República, prohíbe que el Banco Central del Ecuador otorgue garantías, refiriéndose puntualmente a las instituciones del sistema financiero privado, e incluso hace una excepción en los casos de corto plazo que hayan sido calificados como indispensables para superar situaciones temporales de iliquidez; por tanto la letra c) del artículo 84 de la Codificación de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, pretende incorporar una prohibición más amplia, general y totalmente restrictiva, pero que debe aplicar única y exclusivamente a las actividades relacionadas con el cumplimiento de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, no siendo admisible se extienda a las garantías señaladas en la Ley de Comercio Electrónico, que son diferentes.

“En todo caso, podría considerarse que la letra e) del artículo 84 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, no guarda armonía con lo dispuesto en el artículo 265 de la Constitución Política del Estado, debiendo en consecuencia prevalecer y aplicarse la norma de mayor jerarquía, conforme lo dispone el artículo 272 de la Constitución Política de la República”.

Finalmente, se señala que siendo la garantía establecida en la Ley de Comercio Electrónico distinta a las garantías señaladas en la Codificación de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, no existiría prohibición para que el Banco Central del Ecuador, pueda contar con una garantía de responsabilidad en los casos en los que sea necesario.

Con relación al requisito previsto en la letra h) del artículo 30 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, la entidad que usted representa concluye que el Banco Central del Ecuador, para el ejercicio de sus competencias, contrata garantías para proteger sus activos, operaciones

y servidores, por lo que el requisito exigido en la citada disposición legal radica en contar con una garantía de responsabilidad para cubrir daños y perjuicios, y esto se haría adquiriendo en el mercado un producto de garantía de responsabilidad a terceros, lo cual no se encuentra prohibido para ninguna entidad del Estado y mucho menos para el Banco Central del Ecuador.

Analizados los argumentos jurídicos antes expuestos, se concluye que según lo dispuesto en el artículo 244 de la Constitución Política de la República, le corresponde al Estado “vigilar que las actividades económicas, cumplan con la ley y regularlas y controlarlas en defensa del bien común», facultad que la ejerce el Estado, entre otras instituciones públicas, a través del Banco Central del Ecuador.

El artículo 29 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, dispone que las entidades de certificación de información son las empresas unipersonales o personas jurídicas que emiten certificados de firma electrónica y pueden prestar otros servicios relacionados con la firma electrónica, autorizadas por el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, según lo dispuesto en esta ley y el reglamento que deberá expedir el Presidente de la República.

La letra h) del artículo 30 de la misma Ley, determina que son obligaciones de las entidades de certificación de la información acreditadas: h) Contar con una garantía de responsabilidad para cubrir daños y perjuicios que se ocasionen por el incumplimiento de las obligaciones previstas en la presente ley, y hasta por culpa leve en el desempeño de sus obligaciones. Cuando certifiquen límites sobre responsabilidades o valores económicos, esta garantía será al menos del 5% del monto total de las operaciones que garanticen sus certificados.

Para desarrollar la actividad de entidad de certificación de la información acreditada, el Banco Central del Ecuador deberá contar con una garantía de responsabilidad frente a terceros, mediante una póliza de seguros, conferida por una compañía de seguros privada, que le permitirá al Banco Central proteger su patrimonio frente a un siniestro, así como cubrir, de manera adecuada, la responsabilidad que pudiere tener por los daños irrogados en caso de incumplimiento de sus obligaciones, hasta por culpa leve.

Sobre lo señalado precedentemente, el artículo 74 de la Ley General de Seguros, dispone que para la contratación de seguros, todas las instituciones y entidades del sector público se sujetarán a concurso de ofertas entre empresas

de seguros constituidas y establecidas en el país. Esta disposición es concordante con el artículo 23, numeral 7, de la Carta Fundamental del Estado, que reconoce y garantiza a las personas el derecho a disponer de bienes y servicios públicos y privados, de óptima calidad, a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, en su Disposición General Octava, faculta a las instituciones públicas o privadas, a ejercer actividades previstas en la ley, sin requerir nuevos requisitos adicionales que los previstos en dicho cuerpo legal.

La Constitución Política de la República, en su artículo 261 determina que el Banco Central del Ecuador tendrá como sus funciones establecer, controlar y aplicar las políticas monetaria, financiera, crediticia y cambiaria del Estado, y el artículo 263 de la Carta Política, en concordancia con el artículo 66 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, determinan que el Directorio del Banco Central del Ecuador expedirá regulaciones con fuerza generalmente obligatoria y resoluciones necesarias para las operaciones del Banco Central.

La Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado en su artículo 75 establece que el Gobierno de la República, sus dependencias, las demás entidades y empresas del sector público de cualquier clase, deben efectuar por medio del Banco Central del Ecuador todos los cobros y pagos que tuvieren que hacer, así como todas las operaciones bancarias que requiera el servicio público, de acuerdo con las resoluciones que adopte el Directorio.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, reconsidero el pronunciamiento contenido en el numeral 2 de la absolución a las consultas del numeral 1.15, según título expreso constante en el oficio número 01045 de 6 de junio de 2008, en el sentido que el Banco Central del Ecuador, al amparo de lo previsto en el artículo 29 y en la Disposición General Octava de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos y, en la excepción constante en la letra g) del artículo 84 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, como institución pública creada por la ley para el ejercicio de potestades estatales (numeral 5 del artículo 118 de la Constitución Política de la República) se encuentra legalmente facultado para solicitar y obtener del CONATEL el Título Habilitante para la Acreditación de Entidad Certificadora de Información, por considerar que este servicio constituirá una herramienta para el desarrollo de actividades bancarias, como el Sistema Nacional de Pagos, y otras competencias que tiene dicha institución.

El Directorio del Banco Central del Ecuador autorizará la implementación de dicha nueva calidad y emitirá las regulaciones y resoluciones que correspondan, conforme lo prevén los artículos 66 y 68 de la Codificación de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado.

OF. PGE. N°: 02177, de 01-08-2008

BANCO CENTRAL DEL ECUADOR: IMPROCEDENCIA DE APORTES ECONÓMICOS A CORPORACIONES DE GARANTÍAS Y RETROGARANTÍAS

ENTIDAD CONSULTANTE: BANCO CENTRAL DEL ECUADOR

CONSULTA:

“El Banco Central del Ecuador se encuentra legalmente facultado para constituir o aportar recursos para el establecimiento de una institución de servicios financieros como son las corporaciones de garantía y retrogarantía”.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 119 inc. primero.
Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, Arts. 50 y 84.
Reglamento a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 119, inciso primero de la Constitución Política de la República, las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos que las representan, no pueden ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, teniendo el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.

Conforme lo prescribe el Art. 50 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, las atribuciones y competencias que corresponden al Banco Central del Ecuador son las que expresamente determina esa norma, quedando incluso sus funciones regidas a lo que ordene aquella, sus estatutos, los reglamentos internos, así como por las regulaciones y resoluciones que dicte su Directorio.

Por otro lado, determina el Art. 84 *ibídem*, lo que le está expresamente prohibido al Banco Central del Ecuador:

- a) Adquirir o aceptar en garantía documentos de crédito a cargo:
- 1.- De los miembros del Directorio del Banco Central del Ecuador, de los funcionarios y empleados de la institución y de sus respectivos cónyuges;
 - 2.- Del Presidente y Vicepresidente de la República, de los ministros de Estado, del Superintendente de Bancos, de los administradores de las entidades del sector público y de sus respectivos cónyuges;
- b) Conceder créditos a las instituciones del Estado y del sistema financiero privado;
- c) Garantizar cualquier clase de obligaciones;
- d) Adquirir o admitir en garantía acciones de compañías de cualquier clase y participar, directa o indirectamente, en empresas o sociedades, a excepción de las acciones o participaciones que adquiera en instituciones monetarias internacionales;
- e) Otorgar al gobierno y a las demás entidades y empresas del sector público cualquier crédito no autorizado por la presente Ley. Tampoco puede asumir obligaciones directas o indirectas, otorgar subsidios o asumir operaciones que correspondan al gobierno nacional y demás entidades y empresas del sector público, bajo cualquier modalidad;
- f) Conceder créditos o asumir otras obligaciones que no sean las previstas en esta Ley, con el sector financiero público y privado;
- g) Efectuar operaciones no autorizadas expresamente por la Constitución Política de la República y esta Ley, salvo las que, sin estar prohibidas, tengan exclusivamente carácter bancario y sean necesarias para el cumplimiento de los objetivos de la política monetaria, financiera, crediticia y cambiaria de acuerdo con las regulaciones que para el efecto dicte el Directorio del Banco Central del Ecuador;
- h) Autorizar sobregiros de cualquier clase; e,
- i) Conceder ayudas, donaciones o contribuciones a favor de cualquier persona natural o jurídica, pública o privada.

Paralelamente, el Art. 4 del Reglamento a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, a la vez que establece a las corporaciones de garantía y retrogarantía como instituciones de servicios financieros, claramente establece que éstas "...deberán tener como objeto social exclusivo la realización de las actividades propias de su razón social, no podrán captar recursos monetarios del público, excepto cuando se trate de la emisión de obligaciones en los términos de la Ley de Mercado de Valores y se someterán a las normas que prevé la Ley sobre creación, organización, funcionamiento y extinción de las instituciones del sistema financiero privado"; determinación que evidentemente no cabría tampoco aplicársela al Banco Central del Ecuador, por el tipo de gestión pública que éste cumple.

Con fundamento con el análisis que precede, se concluye que la ley que rige al Banco Central del Ecuador no le concede facultad alguna para constituir/constituirse o para aportar recursos a una institución financiera como son las corporaciones de garantía y retrogarantías.

OF. PGE. N°: 02197, de 01-08-2008

BECA: EXTINCIÓN DE OBLIGACIÓN POR MUERTE DEL PROFESIONAL

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA

CONSULTA:

Si es legal y procedente que el Ministerio de Salud Pública extinga la obligación generada por la suscripción de un contrato de beca de post-grado de Cirugía de la Universidad de Loja de un profesional que ha fallecido; y en el caso de ser negativa la respuesta, cuál sería el procedimiento a seguir.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Art. 48 lit. g); y, 50 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

El Art. 48 letra g) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, determina a la muerte, como una de las causas de cesación definitiva de funciones de un servidor público.

Por su parte, el Art. 50 del Reglamento a la LOSCCA, dispone que se concede licencia para estudios de post-grado con sujeción a las necesidades e intereses institucionales, y que el servidor público que hubiese sido beneficiario de licencia para estudios regulares de post-grado con o sin remuneración, a su retorno tendrá la obligación de mantenerse laborando en la institución por un lapso igual al doble del tiempo que se le concedió o utilizó para tal propósito.

El contrato de beca es un contrato especial cuyo objeto es ante todo el propio interés de la institución de tener funcionarios capacitados, y la manera de devengar el beneficio concedido es revertir los conocimientos adquiridos, a favor de la propia entidad.

Por lo tanto, si fallece el beneficiario de la beca, se pierde también el beneficio a la entidad pública, y consecuentemente, se extingue la relación laboral entre

el profesional fallecido y la institución otorgante de la beca, y así mismo, la obligación generada por la suscripción del contrato, si se tiene en cuenta el aforismo jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Por lo expuesto, considero procedente que el Ministerio de Salud Pública extinga la obligación generada por la suscripción del contrato de beca de post-grado de Cirugía de la Universidad de Loja suscrito con el profesional fallecido, motivo de esta consulta.

OF. PGE. N°: 01599, de 01-07-2008

BIENES MUEBLES: DONACIÓN A INSTITUCIONES EDUCATIVAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE NABÓN

CONSULTA:

Sobre la procedencia de donar bienes muebles como computadoras, pupitres, escritorios, pizarrones, etc., a las escuelas y colegios públicos del Cantón Nabón, e igualmente a instituciones educativas privadas.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 71 inc. segundo.
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 12 y 145.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el segundo inciso del Art. 71 de la Constitución Política de la República, la educación fiscomisional, la particular gratuita, la especial y la artesanal, debidamente calificadas en los términos y condiciones que señale la ley, recibirán ayuda del Estado. Agrega el artículo en mención que los organismos del régimen seccional autónomo podrán colaborar con las entidades públicas y privadas, con los mismos propósitos, sin perjuicio de las obligaciones que asuman en el proceso de descentralización.

El Art. 12 de la Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, establece que en forma complementaria y sólo en la medida que lo permitan sus recursos, el municipio podrá cooperar con otros niveles gubernativos en el desarrollo y mejoramiento de la cultura, la educación y la asistencia social.

Por su parte, el Art. 145 de la Ley en mención, dispone que las funciones que en los ramos de higiene y asistencia social, y educación y cultura, se asignan a

la administración municipal, se cumplirán en la medida en que los recursos financieros lo permitan y una vez que se hubieren adoptado las medidas necesarias para atender a los demás ramos determinados en ese Capítulo y, por tanto, para satisfacer los fines esenciales del municipio, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución Política de la República.

De las normas constitucionales y legales invocadas, se concluye que al ser política de Estado, garantizar la educación a los sectores menos favorecidos, considero procedente que la Municipalidad del Cantón Nabón, done bienes muebles a escuelas y colegios públicos en la medida que sus recursos se lo permitan.

En cuanto a la eventual donación a favor de instituciones educativas privadas, la Municipalidad determinará si éstas imparten educación gratuita y sin ningún costo, en cuyo caso podrá donar los bienes muebles materia de consulta, atendiendo a dicha gratuidad. En caso contrario, esto es, si la educación privada es remunerada o con costo a los beneficiarios de la misma, no podrá la Municipalidad subvencionar, bajo ninguna figura, la educación a instituciones que persiguen fines de lucro.

OF. PGE. N°: 01742, de 09-07-2008

BONIFICACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE BABAHOYO

CONSULTA:

Si es procedente restituir la asignación complementaria al servidor municipal por años de servicio, cuando la remuneración del Servidor Público está unificada y la Tercera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público prohíbe expresamente el restablecimiento o creación de rubros o conceptos que impliquen beneficios de carácter económico en materia de gastos de personal de cualquier naturaleza.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente, Arts. 1 y 2.

LOSCCA, Arts. 3, 75, 101, Disp. Trans. Tercera y Disp. Gen. Décima.

PRONUNCIAMIENTO:

Según se desprende del oficio en el que formula su consulta, ésta se refiere al estímulo incorporado mediante Ordenanza reformativa a la Ordenanza del 12

de marzo de 1998, aprobada por el Concejo Cantonal de Babahoyo, los días 14 y 21 de diciembre del 2000, que añadió al Artículo 75 lo siguiente: “Se concederá el estímulo por tiempo de servicio ininterrumpido a la Municipalidad de Babahoyo al servidor que cumpla 10, 15, 20 y 25 años de servicio ininterrumpidos a la misma y consistirá en un estímulo pecuniario equivalente: a dos remuneraciones iguales a la última percibida al cumplir diez años; tres remuneraciones iguales a la última percibida al cumplir quince años, cuatro remuneraciones iguales a la última percibida al cumplir veinte años; cinco remuneraciones iguales a la última percibida al cumplir veinticinco años. El estímulo pecuniario se acompañará de un diploma y una medalla recordatoria en el caso de los 25 años de servicio”.

Mediante ordenanza del mismo Concejo, discutida los días 25 de febrero y 3 de marzo del 2008 se derogó esta reforma al artículo 75, eliminando este beneficio.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 184 de 6 de octubre de 2003, luego fue Codificada en el Registro Oficial No. 16, de 12 de mayo de 2005. La Disposición General Décima de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público vigente prevé que: “A partir de la promulgación de la presente Ley, prohíbese en las instituciones y entidades previstas en los artículos 3 y 101, por cualquier mecanismo, modo o circunstancia, la creación o establecimiento de asignaciones complementarias, compensaciones salariales, beneficios adicionales o bonificaciones especiales, en general cualquier tipo de erogación adicional a lo previsto en este cuerpo legal.” ; y, la Disposición Transitoria Tercera de la misma Ley prescribe que: “A partir de la vigencia de esta Ley, en las instituciones, entidades y organismos determinados en el Art. 101 de esta Ley, prohíbese expresamente el restablecimiento o creación de rubros o conceptos que impliquen beneficios de carácter económico en materia de gastos de personal de cualquier naturaleza”.

Por su parte, el artículo 1 del Mandato Constituyente 2 estableció como remuneración unificada máxima el valor equivalente a veinticinco salarios básicos unificados del trabajador en general; el literal c) del artículo 2 del mismo mandato incluyó dentro de su ámbito de aplicación las entidades del régimen seccional autónomo; y, el artículo 6 establece: “Se prohíbe a todas las instituciones y entidades sujetas al presente Mandato Constituyente la creación o el restablecimiento de complementos remunerativos, bonificaciones y beneficios económi-

cos adicionales, que sumados a los que componen la remuneración mensual unificada, asciendan a un total superior al límite fijado en el artículo 1°.

Por lo indicado, el restablecimiento de beneficios económicos se encuentra prohibido por las normas antes transcritas. En consecuencia, no procede la restitución de la mencionada bonificación por años de servicio.

OF. PGE. N°: 05068, de 26-11-2008

BONO: DOCENTES Y DIRECTIVOS DE LA ESPE (PERSONAL CIVIL)

ENTIDAD CONSULTANTE: ESCUELA SUPERIOR
POLITÉCNICA DEL EJÉRCITO, ESPE

CONSULTAS:

1. Si es procedente continuar reconociendo y cancelando a los servidores, docentes y directivos (personal civil) de la Escuela Politécnica del Ejército, ESPE, el bono (beneficio) por el día clásico de las Fuerzas Armadas y si corresponde cancelarse en forma independiente o por el contrario debe integrarse a la remuneración unificada que aplicará la ESPE, en cuyo caso, en este año, procede o no cancelar hasta mayo la parte proporcional del bono anual, y el resto integrar a la remuneración mensual unificada.

2. Si el Centro de Transferencia y Desarrollo de Tecnologías ESPE-CCT-CECAL, se encuentra sujeto a la Disposición General Décima del Reglamento de la LOSCCA, por considerar que forma parte del sistema universitario.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 35 num. 4 y 118.

Mandato Constituyente No. 2, Arts. 2 lit.j) y 6.

LOSCCA, Arts. 3, 101, 104, Disp.Gen. Décima Trans. Tercera; y, Disp. Gen. Décima de su Reglamento.

Ley de Centros de Transferencia y Desarrollo de Tecnologías Art. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 letra “j” del Mandato Constituyente No. 2 publicado en el Registro Oficial Suplemento 261 de 28 de enero de 2008, las universidades y escuelas politécnicas públicas y las entidades educativas públicas de cualquier nivel, se encuentran sujetas al ámbito de aplicación

del citado cuerpo normativo, como es el caso, de la Escuela Superior Politécnica del Ejército.

El inciso primero del artículo 6 del invocado Mandato Constituyente No. 2, dispone: "Art. 6.- Prohibición de crear o restablecer otros complementos remunerativos.- Se prohíbe a todas las instituciones y entidades sujetas al presente Mandato Constituyente la creación o el restablecimiento de complementos remunerativos, bonificaciones y beneficios económicos adicionales, que sumados a los que componen la remuneración mensual unificada, asciendan a un total superior al límite fijado en el artículo 1".

Las Disposiciones General Décima y Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, prohíben expresamente a partir de su promulgación, la creación o restablecimiento de asignaciones complementarias, compensaciones salariales, beneficios adicionales o bonificaciones especiales, en general, cualquier tipo de erogación adicional a las previstas en dicha Ley o beneficios de carácter económico de cualquier naturaleza.

Cabe resaltar que tanto la Ley Orgánica citada como el Mandato Constituyente, disponen que la prohibición rige a partir de su promulgación, estableciéndose por lo tanto que todos los beneficios económicos a que tenga derecho el servidor hasta la vigencia de dichas normativas, debe mantenerse vigentes, pues éstas únicamente prohíben la creación o restablecimiento de rubros nuevos; esto, en concordancia con el artículo 35 No. 4 de la Carta Política.

Conforme a lo prescrito en el artículo 104 de la LOSCCA, la remuneración mensual unificada, es la resultante de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que el dignatario, autoridad, funcionario, servidor y trabajador, tenga derecho y que se encuentre presupuestado, con excepción de los ingresos que correspondan a los décimo tercero, cuarto sueldos, viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias, extraordinarias, encargos y subrogaciones, en consecuencia, las bonificaciones de cualquier tipo, por ser ingresos anuales de tipo permanente, son parte de la remuneración mensual unificada.

La Disposición Transitoria Décima Primera de la Ley Orgánica en estudio expresa que la unificación de los ingresos de los servidores y trabajadores de las entidades y organismos señalados en el artículo 101 de dicha ley entrará en vigencia a partir del primero de enero del 2004.

Amparado en las normas jurídicas invocadas, considero que si el bono al que usted hace referencia fue creado antes del 5 de octubre de 2003, fecha en que entró en vigencia la LOSCCA, debe continuarse pagando, en la forma establecida para su creación o integrado en la remuneración mensual unificada.

2. La Disposición General Décima del Reglamento a la LOSCCA invocada en su consulta, expedida mediante Decreto Ejecutivo No. 197 publicado en el Registro Oficial No. 54 de 30 de marzo del 2007, establece que para la aplicación de las disposiciones pertinentes de la Ley y este Reglamento, la SENRES en coordinación con el CONESUP, deberá expedir la norma técnica de aplicación del sistema de administración de recursos humanos, unificación y homologación para los trabajadores y empleados de las Universidades y Escuelas Politécnicas del País, las mismas que registrarán además para el CONEA y el CONESUP.

Según lo prescrito en el artículo 1 de la Ley de Centros de Transferencia y Desarrollo de Tecnologías, los Centros de Transferencia y Desarrollo Tecnológico (CTT) son entes adscritos a los establecimientos de educación superior que los crearon; por tanto forman parte de la estructura orgánica de los centros educativos superiores.

En consecuencia de lo expuesto y en razón de que los Centros de Transferencia y Desarrollo Tecnológico (CTT) por disposición de la Ley, son entidades de derecho público, adscritas a las Universidades o Escuelas Politécnicas, considero que se encuentran sujetas al ámbito de aplicación de la Disposición General Décima del Reglamento de la LOSCCA, tanto más que, esta Ley en sus artículos 3 y 101 circunscribe su ámbito de aplicación a las instituciones contempladas en el artículo 118 de la Constitución Política de la República, entre las que se encuentran los centros de educación superior y sus entidades adscritas.

OF. PGE. N°: 01271, de 13-06-2008

CÁMARA PROVINCIAL DE TURISMO: SEDE Y DOMICILIO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE SAN CRISTOBAL

CONSULTA:

La Gerencia Regional de Turismo y la Cámara Provincial de Turismo de Galápagos en qué ciudad deben tener su sede y su domicilio, esto es en la ciu-

dad de Puerto Baquerizo Moreno o en la ciudad de Puerto Ayora, si es la segunda ciudad en base a qué normativa.

BASES LEGALES:

Ley de las Cámaras Provinciales de Turismo, Art. 1.

Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio de Turismo, Art. 29.

PRONUNCIAMIENTO:

Las Cámaras Provinciales de Turismo son personas jurídicas de Derecho Privado, que se hallan regidas por la Ley de las Cámaras Provinciales de Turismo, su Estatuto y demás Reglamentos internos; conforme se cita en ese oficio, efectivamente el Art.1 del Reglamento de aplicación de la Ley de las Cámaras Provinciales de Turismo, señala que: "En cada provincia habrá una Cámara Provincial de Turismo cuya sede será la Capital Provincial"; siendo que al tenor de esa disposición, la Cámara Provincial de Turismo de Galápagos, debería tener su sede en la isla San Cristóbal, cuya cabecera cantonal es la ciudad de Puerto Baquerizo Moreno, capital a su vez, de la Provincia de Galápagos; en todo caso, por tratarse de entidades eminentemente privadas, sujetas a su propio régimen, no cabría para ellas la obligatoriedad de un pronunciamiento de carácter oficial como el presente, más que para efectos de señalar lo que establecen sus leyes.

Con respecto a la Gerencia Regional de Turismo, órgano que forma parte del Ministerio de Turismo del Ecuador, debo indicar, que con oficio No. DAJ-MT-20081092 de 9 de septiembre de 2008, suscrito por la Directora Nacional de Asesoría Jurídica Enc., de esa Cartera de Estado, luego de haber corrido traslado de su consulta a esa dependencia, dicha funcionaria ha manifestado, en la parte pertinente, que:

"Al respecto, me permito indicar que la Gerencia Regional de Turismo, fue ubicada en la Isla de Santa Cruz desde que la institución era la Dirección de Información y Turismo (DITURIS), actualmente se ha mantenido en la Isla, debido a la gran afluencia turística que hay en la zona con relación a las demás islas, además que es considerada la capital económica de las Islas Galápagos, y desde donde se puede realizar un mejor control de las actividades turísticas y más atribuciones otorgadas por Ley".

No obstante, que el Art. 29 del Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio de Turismo, indicase que:

"Art. 29.- Establéce las siguientes gerencias regionales:

.... - Gerencia Regional Galápagos con sede en la ciudad de Puerto Ayora y jurisdicción en la provincia de Galápagos...”.

Si bien conforme a lo transcrito, se estaría incumpliendo una norma expresa, debe tomarse en consideración que esto sería subsanable mediando simplemente la enmienda al referido orgánico funcional de esa Cartera de Estado, adecuando la prevención a las necesidades reales que se alegan; hasta tanto, insto a que su autoridad considere lo expresado por esa Cartera de Estado, con el fin de que se coordine acciones para la consecución del bien común, tal y como prescribe el Art.119 de la Constitución Política de la República.

OF. PGE. N°: 03814, de 02-10-2008

CAPACITACIÓN – POST-GRADO –

ENTIDAD CONSULTANTE: BANCO DEL ESTADO

CONSULTA:

...El Banco del Estado, al gozar de autonomía para su organización y funcionamiento, tiene la potestad de apoyar en el financiamiento de los procesos de capacitación de post-grado de sus funcionarios.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 77, 78, 79 y 81; y, 47, 174, 175, 182, 183 y 184 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 44 lit. c); y, 8 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

Según el informe jurídico anexo a su oficio de consulta, la misma se circunscribe a si el Banco del Estado en ejercicio de su autonomía, puede financiar programas de capacitación a nivel de post – grado, empleando para ello recursos asignados al Fondo para la Formación del Talento Humano, creado por la Junta General de Accionistas del Banco del Estado, “especialmente en aquellos casos en que dichos programas se conceden para promover el desarrollo institucional, atender sus necesidades y requerimientos y no para cumplir requisitos demandados en el perfil de cargos, sino cuando se trata de capacidades que excede el perfil requerido para desempeñar un puesto de trabajo pero que atiende a expresos requerimientos para mejorar los servicios que ofrece la institución”.

En el citado informe jurídico también se menciona que la SENRES, con oficio No. RH-2006-001815, de 18 de enero de 2006, emitió al respecto el siguiente criterio: "...tanto en la LOSCCA como en el Reglamento no se establece la posibilidad de que la institución auspicie económicamente la formación de servidores a nivel de post-grados, por ser responsabilidad de los mismos cumplir con este requisito si el perfil del puesto así lo determina..."; y, que el mecanismo para apoyar a los funcionarios en procesos de capacitación, es la concesión de licencias con o sin remuneración.

El artículo 47 del Reglamento General a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 1265, publicado en el Registro Oficial No. 414, de 29 de agosto del 2008, establece que los servidores públicos podrán participar en programas de capacitación, en el país o en el exterior, siempre y cuando se acredite lo siguiente: a) haber cumplido por lo menos un año de servicio en la institución, para el caso de capacitación en el exterior; b) que la capacitación convenga a los intereses institucionales; c) que no se generen egresos económicos adicionales a los presupuestados en cada institución; y, d) dictamen previo favorable de la "UARH's".

Los artículos 77 y 78 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación Salarial, así como los artículos 174 y 175 de su Reglamento determinan que las Unidades de Administración de Recursos Humanos establecerán los respectivos programas de capacitación, en base a las necesidades reales que en tal campo tenga la institución.

Por su parte, el artículo 79 de la antedicha Ley Orgánica establece que: "La capacitación efectuada en favor de un servidor público, que no podrá superar el lapso de un año y que se hallare plenamente justificada, en la que el Estado hubiese realizado gastos, origina la responsabilidad del servidor a mantenerse laborando en la institución, poniendo en práctica y entregando los nuevos conocimientos adquiridos, por un lapso igual al doble del tiempo concedido para su capacitación".

Los artículos 182 y 184 del Reglamento a la LOSCCA obligan a la entidad y al servidor que se beneficie de licencia para capacitación, a celebrar un contrato de devengación con garantía personales o reales, mediante el cual el servidor se obligue a prestar sus servicios por el doble del tiempo que duren los eventos o estudios; y, a suscribir un contrato de devengación de beca, si es del caso.

Según los Artículos 81 de la LOSCCA y 183 de su Reglamento, en caso de reprobación del curso o de incumplimiento a los convenidos, el servidor debe

rá devolver los valores egresados para la capacitación por parte de la entidad, caso contrario, la entidad podrá hacer tal recuperación por la vía coactiva, con la ejecución de las garantías entregadas.

La letra c) del artículo 44 de la Ley Orgánica de Educación Superior, en concordancia con el artículo 8 del Reglamento General de Aplicación a la misma, determina que el postgrado corresponde al cuarto nivel de formación, que es impartido exclusivamente por las universidades y escuelas politécnicas, y está destinado a la especialización científica o entrenamiento profesional avanzado.

De las normas antes citadas, se infiere que únicamente cuando se trate de programas de capacitación que convengan a los intereses institucionales, el Banco del Estado puede apoyar en el financiamiento de sus funcionarios, por los gastos que se generan hasta por un año, que permitan mejorar los niveles de eficiencia en el desempeño de sus funciones; teniendo en cuenta que, los gastos realizados por el Estado en la capacitación del funcionario genera para el servidor la obligación de laborar en la institución por un lapso igual al doble del tiempo concedido para su capacitación poniendo en práctica los conocimientos adquiridos.

OF. PGE. N°: 03221, de 11-09-2008

CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN: INGRESO SIN CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE CULTURA

CONSULTA:

Si los Directores Técnicos de Área del Ministerio de Cultura que accedieron a dichos puestos sin Concurso de Merecimientos y Oposición, son o no de libre nombramiento y remoción.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 124 inc. segundo. LOSCCA, Arts. 92 lit. b), inc. segundo, 93 ; y , 11 lit. d) de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

El inciso segundo del Art. 124 de la Constitución Política de la República, en su parte pertinente, dispone que solo por excepción los servidores públicos estarán sujetos a un régimen de libre nombramiento y remoción.

En aplicación de este principio constitucional, la letra b) del artículo 92 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público prevé que se excluyen de la carrera administrativa a: “Los funcionarios que tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado, los ministros, secretarios generales y subsecretarios de Estado; el Secretario Nacional Técnico de Recursos Humanos y Remuneraciones, los titulares y las segundas autoridades de las instituciones del Estado; los titulares de los organismos de control y las segundas autoridades de estos organismos; los secretarios generales; los coordinadores generales; coordinadores institucionales; intendentes de control; los asesores; los directores, gerentes y subgerentes que son titulares o segundas autoridades de las empresas e instituciones del Estado; los gobernadores, los intendentes, subintendentes y comisarios de policía; los jefes y tenientes políticos, que son cargos de libre nombramiento y remoción”.

El inciso segundo del mismo artículo 92 señala que “El servidor o funcionario público de carrera administrativa que de cualquier modo o circunstancia ocupe uno de los puestos previstos en este artículo, salvo que lo desempeñe por encargo o subrogación, perderá su condición de carrera y podrá ser libremente removido”.

En armonía con esta norma, la letra d) del artículo 11 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público - LOSCCA, define a los cargos de libre nombramiento y remoción como aquellos que tienen la dirección política, estratégica y administrativa de las instituciones del Estado, determinadas en la letra b) del artículo 92 y 93 de la LOSCCA.

La enumeración contenida en el artículo 92 letra b) de la LOSCCA es taxativa, pues la determinación de los cargos que, por tener la dirección política administrativa del Estado, son de libre nombramiento y remoción guarda concordancia con el precepto constitucional antes citado, que solo por excepción un puesto público es de libre nombramiento y remoción.

Por tanto, las entidades públicas deben aplicar dicho régimen exclusivamente a los cargos determinados en la disposición legal *ídem* sin que pueda hacerse extensivo a otros puestos que no sean los mencionados en tal previsión legal.

En virtud de lo expuesto, considero que los cargos de Directores Técnicos de Área del Ministerio de Cultura, en tanto constituyan puestos de dirección políti-

ca, estratégica y administrativa, y tengan la denominación funcional de directores deberán ser considerados de libre nombramiento y remoción.

OF. PGE. N°: 0146, de 29-04-2008

CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN: JEFATURAS

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA NACIONAL DE PUEBLOS, MOVIMIENTOS SOCIALES Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

CONSULTA:

Si es aplicable la prevención del Art. 92 literal b) de la LOSCCA a los servidores de esa institución adscrita a la Presidencia de la República que hubieren accedido a cargos de jefaturas, entre éstas la Jefatura de Recursos Humanos de dicha Secretaría.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 124, inc. segundo. LOSCCA, Arts. 92 lit. b), 93; y, 11 letra d) de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el Art. 92 letra b) señala los servidores públicos excluidos de la carrera administrativa, aquellos funcionarios que tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado, los ministros, secretarios generales y subsecretarios de Estado; el Secretario Nacional Técnico de Recursos Humanos y Remuneraciones, los titulares y las segundas autoridades de las instituciones del Estado; los titulares de los organismos de control y las segundas autoridades de estos organismos; los secretarios generales; los coordinadores generales; coordinadores institucionales; intendentes de control; los asesores; los directores, gerentes y subgerentes que son titulares o segundas autoridades de las empresas e instituciones del Estado; los gobernadores, los intendentes, subintendentes y comisarios de policía; los jefes y tenientes políticos, que son cargos de libre nombramiento y remoción.

El Art. 11 letra d) del Reglamento de la Ley mencionada define los nombramientos de libre remoción como aquellos expedidos a favor de los servidores que tienen a su cargo la dirección política, estratégica y administrativa de las institu-

ciones del Estado, determinadas en la letra b) del Art. 92 y Art. 93 de la LOSCCA; y, el Art. 89 ibídem garantiza la estabilidad de los servidores públicos.

El inciso segundo del Art. 124 de la Constitución Política de la República, en su parte pertinente, dispone que solo por excepción los servidores públicos estarán sujetos a un régimen de libre nombramiento y remoción.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede considero que el puesto de Jefe de Recursos Humanos de la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana no está incluido entre los servidores comprendidos en el Art. 92 letra b) de la LOSCCA, por lo tanto no puede ser considerado cargo de libre nombramiento y remoción.

OF. PGE. N°: 0415, de 12-05-2008

CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN: JEFE DEL CUERPO DE BOMBEROS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE SALCEDO

CONSULTA:

Si el primer jefe del cuerpo de bomberos de Salcedo, al tenor de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, es de libre remoción del alcalde, en su calidad de autoridad nominadora.

BASES LEGALES:

Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos, Art.7.
Ley de Descentralización del Estado, Arts.12 y 177.
Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art.175.
Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de Bomberos, Art.13 y 177.

PRONUNCIAMIENTO:

En el caso materia de consulta, es necesario distinguir si se ha producido o no, la transferencia del benemérito Cuerpo de Bomberos a la Municipalidad de Salcedo, en los términos del Art. 7 de la Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos y del Art. 12 de la Ley de Descentralización del Estado, pues de no ser ese el caso, y de acuerdo con lo dispuesto por el Art.13 del Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de

Bomberos, si bien el Jefe o Comandante del Cuerpo de Bomberos designado, es el directo responsable ante las autoridades del funcionamiento, organización, dirección y control de la institución a su mando en sus aspectos técnicos operativos y administrativos, el Art. 177 *ibídem* señala de manera expresa, que es al Ministro de Inclusión Económica y Social, a quien le correspondería separar del cargo a un Primer Jefe de Bomberos, y solo por las causas descritas en el referido reglamento; normativa de la cual derivaría el hecho de que el cargo de Primer Jefe del Cuerpo de Bomberos, no correspondería a uno considerado como de libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, y pese a no advertirlo expresamente en su oficio, usted señala que es la autoridad nominadora del Jefe de Cuerpo de Bomberos de Salcedo, en cuyo caso, si efectivamente ha producido la transferencia de esa institución bomberil a la Municipalidad, cabría aplicar lo dispuesto en el Art.175 de la Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que señala que los directores, jefes departamentales, procurador síndico y tesorero, son funcionarios de libre nombramiento y remoción, y que si bien se considera a aquellos como funcionarios nombrados a período fijo, claramente determina, el que puedan ser libremente removidos, por su condición de segundas autoridades con respecto al nivel jerárquico del Alcalde.

La condición de que el funcionario de la referencia, sea o no considerado como de libre nombramiento y remoción, dependerá en última instancia de si ha precedido o no el traspaso del Cuerpo de Bomberos de esa localidad, por parte del Ministerio de Inclusión Económica y Social al Municipio de Salcedo; de no haberse producido esa transferencia de competencias, regiría para ese funcionario, lo enunciado en el Reglamento Orgánico Interno y de Disciplina del Cuerpo de Bomberos, y no las disposiciones de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

OF. PGE. N°: 01422, de 23-06-2008

CARTAS DE CRÉDITO DOMÉSTICAS: PAGO DE BIENES

ENTIDAD CONSULTANTE: PETROCOMERCIAL

CONSULTAS:

1. Es jurídicamente aceptable que el pago del etanol anhidro que adquieran PETROECUADOR y sus empresas filiales para la ejecución del proyecto de for-

mulación y comercialización de gasolina extra con etanol anhidro denominado "Plan Piloto en la ciudad de Guayaquil", se efectúe mediante "cartas de crédito domésticas", emitidas a través de las instituciones del sistema financiero nacional y pagaderas dentro del país.

2. En caso de que sea jurídicamente aceptable el pago de adquisición de bienes a través de cartas de crédito domésticas emitidas por instituciones del sistema financiero nacional, cuál sería el mecanismo o procedimiento de emisión y pago.

BASES LEGALES:

LOAFYC, Art. 187.

PRONUNCIAMIENTO:

La emisión de cartas de crédito, constituye una operación financiera elemental que tiene por objeto, el que una persona denominada "ordenante" garantice, no obstante el decurso del tiempo, el pago de determinada obligación a favor de otra llamada beneficiaria; para instrumentar este tipo de operaciones, requiere el ordenante actuar a través de una institución financiera o bancaria legalmente autorizada para emitir esos títulos valor y a la cual se le impartirá la instrucción de pagar determinada suma de dinero a la persona o empresa beneficiaria, una vez que se cumplan con ciertos requisitos que el propio ordenante estipule y que por regla general, se traducen tanto en la verificación de la contraprestación a cargo del beneficiario, cuanto en la entrega que hace este último del título crediticio, para recibir el pago dentro de una fecha estipulada.

El Art. 187 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control –LOAFYC–, establece de modo general y en referencia al pago de obligaciones, el que cada entidad y organismo público efectúe el pago de sus obligaciones propias, directamente a sus acreedores o servidores, por medio de cheques girados contra la cuenta corriente única, cuando exista una obligación legalmente exigible; exceptuándose de dicho régimen, entre otros, los siguientes desembolsos:

"...

Las aperturas de cartas de crédito por importaciones y los gastos inherentes a las mismas;

..."

No obstante que la norma antes citada, al igual que la normativa que aplica PETROCOMERCIAL, utiliza el término "importaciones" al referir al uso de car-

tas de crédito, en realidad nada obsta jurídicamente, para que este tipo de operaciones de garantía específica, como es el de emisión de cartas de crédito, pueda instrumentárselas localmente; sin embargo, en el caso planteado en su consulta, resulta imprescindible atender a una consideración mucho más elevada que la relativa a que ésta pueda ser instrumentada local o internacionalmente, y es al hecho de que esa medida de aseguramiento del pago o de los pagos sucesivos por adquisición de la materia prima (en este caso del etanol anhidro), no necesariamente garantizaría el aprovisionamiento de dichos insumos al comprador, siendo imprescindible que PETROCOMERCIAL, exija del proveedor o vendedor, garantías suficientes para con respecto de la entrega constante y oportuna de ese ítem. Dicho de otra forma, independientemente de que no exista un impedimento legal para que un banco emita una carta de crédito pagadera en el mismo país, y que esa operación constituya un mecanismo adecuado para garantizarle al proveedor el pago oportuno de su mercadería, esta misma medida por si sola no constituye un mecanismo adecuado para garantizar el aprovisionamiento oportuno y constante de la materia prima a ser entregada, y que es materia de preocupación de la consultante; razón por la cual, dicha empresa, que exija del proveedor, garantías suficientes y de fácil ejecución, con respecto del aprovisionamiento del etanol anhidro, tanto en lo concerniente a volumen y cantidades requeridas, cuanto a otros factores relativos al insumo, como son calidad, precio, características físicas, etc.; y no únicamente, centrar su atención en la garantía que se pueda otorgar al vendedor, con respecto al pago de esos insumos.

OF. PGE. N°: 0435, de 12-05-2008

CASA DE LA CULTURA “BENJAMIN CARRIÓN”: NATURALEZA JURÍDICA

ENTIDAD CONSULTANTE: CASA DE LA CULTURA “BENJAMÍN CARRIÓN”

CONSULTA:

Si la Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión” se halla comprendida dentro de las Administraciones Central o Institucional y si le es aplicable el Reglamento de Contrataciones por la adquisición de bienes y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1091 publicado en el Registro Oficial No. 351 de 3 de junio de 2008.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 65 y 119.

Ley Orgánica de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, Art. 1.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 7.

PRONUNCIAMIENTO:

El inciso segundo del artículo 119 de la Constitución Política de la República dispone que aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento.

El artículo 65 de la Constitución Política de la República dispone que “El Estado reconocerá la autonomía económica y administrativa de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, que se regirá por su ley especial, estatuto orgánico y reglamento”. El artículo 1 de la Ley Orgánica de la Casa de la Cultura Ecuatoriana señala que dicha entidad es una persona jurídica de derecho público, con autonomía económica y administrativa, que se regirá por esta Ley, su estatuto orgánico y su reglamento.

El artículo 7 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva señala que la Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad; el segundo inciso de dicha disposición añade que “En forma expresa deberá indicarse su organización y el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual se adscriben, el que ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisonal, sin perjuicio de la autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes”.

Del análisis de las normas constitucionales y legales invocadas se concluye que la Casa de la Cultura Ecuatoriana es una persona jurídica autónoma que no pertenece a la Administración Pública Central, ni a la Administración Pública Institucional, en virtud de lo cual considero que no le es aplicable el Decreto Ejecutivo No. 1091 publicado en el Registro Oficial No. 351 de 3 de junio de 2008.

OF. PGE. N°: 01948, de 21-07-2008

CERTIFICADOS DE REDUCCIÓN DE EMISIONES CERs: VENTA INTERNACIONAL DE CARBONO – PROCEDIMIENTO-

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE ELECTRICIDAD Y ENERGÍA RENOVABLE

CONSULTA:

Puesto que las emisiones de carbono no son bienes públicos de ninguna naturaleza - de hecho, no son bienes de conformidad con las normas aplicables de la legislación ecuatoriana -, se requiere o no autorización, pronunciamiento previo por parte de alguna autoridad del Estado, concurso público o procedimiento interno específico alguno para su venta en el mercado internacional del carbono por medio de los denominados "Certificados de Reducción de Emisiones CERs (Certificate Emissions Reductions)" de que tratan el Convenio Marco Sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas (United Nations Framework Convention on Climate Change UNFCCC) y el Protocolo de Kyoto.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 3 num. 5 y 7, 71 inc. Tercero, 72, 73, 395 nums. 3 y 4; 413, 414, 416, 417 y 426.
Protocolo de Kyoto, Art. 12 num. 2, , num. 3 lit. a) y 17.

PRONUNCIAMIENTO:

Según se desprende de su oficio, el enorme potencial de daño a nivel global producido por el incremento de los llamados "gases de invernadero", ha conducido a que los Gobiernos de todo el mundo hayan suscrito en 1992 el Convenio Marco Sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas, y en 1997 el Protocolo de Kyoto, en los cuales se requiere que los países industrializados reduzcan el total de las emisiones de gases de invernadero, comparada a la producción mundial de 1990. Agrega, que el Protocolo de Kyoto incluye mecanismos flexibles para ayudar a los países desarrollados, como es el caso del Mecanismo de Desarrollo Limpio MDL (Clean Development Mechanism), en el cual los países en vías de desarrollo pueden participar del proceso de reducción de las emisiones de gases de invernadero a través de proyectos, teniendo en cuenta las metodologías aprobadas por el Buró de Cambio Climático de la Organización de las Naciones Unidas, y demostrar que las emisiones se reducen efectivamente, las cuales son avaladas por empresas validadoras interna-

cionales certificadas para tales propósitos; añadiendo, que las emisiones efectivamente reducidas de carbono, se transforman en los llamados Certificados de Reducción de Emisiones CERs (Certificate Emissions Reductions), que pueden ser vendidos en el Mercado de Carbono.

Indica además en su oficio, que la República del Ecuador suscribió el 9 de junio de 1992, el Convenio Marco Sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas, aprobado por el Congreso Nacional el 22 de agosto de 1994, mediante Resolución Legislativa, publicada en el Registro Oficial No. 532 de 22 de septiembre de 1994; y, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 2148 de 27 de septiembre de 1994, publicado en el Registro Oficial No. 540 de 4 de octubre de 1994.

El 15 de enero de 1998, se suscribió el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, aprobado por el Congreso Nacional mediante Resolución Legislativa de 6 de octubre de 1999, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1588 del 10 de diciembre de 1999, publicado en el Registro Oficial No. 342 del 20 de diciembre de 1999.

Concluye el oficio señalando que, el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable desea ejecutar el Proyecto Programático de Mecanismo de Desarrollo Limpio, mediante la introducción masiva de focos compactos fluorescentes (focos ahorradores) para uso en viviendas de familias de escasos recursos, con la finalidad de reducir las emisiones de carbono y, como consecuencia de aquello, realizar una venta anticipada de Certificados de Reducción de Emisiones CERs en el mercado mundial de carbono, venta que permitirá al Estado ecuatoriano, autofinanciar otros proyectos de Mecanismos de Desarrollo Limpio.

Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador, en varias de sus disposiciones, establece:

a) El artículo 3 numerales 5 y 7, contempla como deberes primordiales del Estado, planificar el desarrollo nacional para acceder al buen vivir y proteger el patrimonio natural del país;

b) El artículo 71 inciso tercero prescribe que el Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas y a los colectivos, la protección de la naturaleza y promoverá el respecto a todos los elementos que forman un ecosistema; por su parte en el inciso segundo del artículo 72, determina que el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración ocasionada por el

impacto ambiental, incluidos los que se produzcan por la explotación de los recursos naturales no renovables, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas; y, el inciso primero del artículo 73, prevé que el Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales;

c) En el artículo 395 numerales 3 y 4, se determina que el Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales, y que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza;

d) Según el artículo 413, el Estado promoverá la eficiencia energética, el desarrollo y uso de prácticas y tecnologías ambientalmente limpias y sanas, así como de energías renovables, diversificadas, de bajo impacto y que no pongan en riesgo la soberanía alimentaria, el equilibrio ecológico de los ecosistemas ni el derecho al agua; y en su artículo 414 señala que el Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica, tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo;

e) Sobre los instrumentos internacionales, en el artículo 416 se señala que las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano y en su numeral 7 exige el respeto de los derechos humanos y propicia su pleno ejercicio mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la suscripción de instrumentos internacionales de derechos humanos;

f) En el artículo 417 prescribe que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución; y, en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución; y,

g) De acuerdo con el artículo 426 inciso segundo, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de

derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente; y agrega en el inciso tercero, que los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.

En relación con el Protocolo de Kyoto, en el artículo 12 numeral 2, se establece que el propósito del mecanismo para un desarrollo limpio, es ayudar a las Partes no incluidas en el anexo 1 o anexo B, (como es el caso de la República del Ecuador), a lograr un desarrollo sostenible, así como ayudar a las Partes incluidas en dicho anexo, a dar cumplimiento a sus compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones, en la forma que se indica en el artículo 3 de ese Protocolo.

El numeral 3 letra a) del Art. 12 del Protocolo en análisis, señala que en el marco del mecanismo para un desarrollo limpio, las Partes no incluidas en el anexo 1 o anexo B, se beneficiarán de las actividades de proyectos que tengan por resultado reducciones certificadas de las emisiones; y en el numeral 9 del mismo artículo expresa que podrán participar en el mecanismo para un desarrollo limpio, "...en particular en las actividades mencionadas en el inciso a) del párrafo 3 supra y en la adquisición de unidades certificadas de reducción de emisiones, entidades privadas o públicas, y esa participación quedará sujeta a las directrices que imparta la junta ejecutiva del mecanismo para un desarrollo limpio".

El artículo 17 del mencionado Protocolo, se señala que la Conferencia de las Partes "...determinará los principios, modalidades, normas y directrices pertinentes, en particular, para la verificación, la presentación de informes y la rendición de cuentas en relación con el comercio de los derechos de emisión. Las partes incluidas en el anexo B podrán participar en operaciones de comercio de los derechos de emisión a los efectos de cumplir sus compromisos dimanantes del artículo 3". Agrega la norma, que toda operación de este tipo será suplementaria a las medidas nacionales que se adopten para cumplir los compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones dimanantes establecidas en el artículo 3 de este Protocolo. Las emisiones que señala el artículo 3, se hallan referidas a las "emisiones antropógenas agregadas expresadas en dióxido de carbono equivalente de los gases de efecto invernadero".

En el caso que motiva esta consulta, los denominados "Certificados de Reducción de Emisiones CERs", no provienen de la venta de un bien público, sino que se derivan como consecuencia de la reducción de la emisión de los

gases señalados en el mencionado artículo 3 del Protocolo de Kyoto, en el que participa nuestro país, a través del denominado Mecanismo de Desarrollo Limpio MDL (Clean Development Mechanism) para la reducción de las emisiones de gases de invernadero mediante el desarrollo de proyectos dirigidos con ese propósito, que demuestren efectivamente, a través de un proceso de monitoreo exhaustivo, que dichas emisiones se reducen realmente y que son avalados por empresas validadoras internacionales que, en caso de ser comprobado, emiten dichos certificados, que son valorizados libremente en el mercado internacional de carbono, y que inclusive, como usted indica en su oficio, no implica para el Estado ecuatoriano ningún tipo de costos, gastos o impuestos.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública mencionado en su oficio, determina los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría; procedimientos que son totalmente ajenos al comercio de los certificados materia de esta consulta, y que además, no se negocian en el Ecuador sino en el mercado internacional.

Con fundamento en lo expuesto, considero que la venta de los Certificados de Reducción de Emisiones CERs en el mercado internacional del carbono, no está sujeta a ninguna normativa legal del Ecuador, y por tanto a ningún concurso público o procedimiento interno alguno, sino a la normativa contemplada en el Convenio Marco Sobre el Cambio Climático de las Naciones Unidas y el Protocolo de Kyoto antes señalados; aserto que se evidencia además en el artículo 395 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual determina que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, "éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza".

OF. PGE. N°: 05256, de 08-12-2008

**CENTRO DE SERVICIOS TÉCNICOS Y TRANSFERENCIA
TECNOLÓGICA AMBIENTAL DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS DE LA ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA
DEL CHIMBORAZO, CESTTA - ESPOCH: RÉGIMEN
LABORAL Y ADMINISTRATIVO DEL PERSONAL**

ENTIDAD CONSULTANTE: CENTRO DE SERVICIOS TÉCNICOS Y TRANSFERENCIA TECNOLÓGICA AMBIENTAL DE LA FACULTAD DE CIENCIAS DE LA ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DEL CHIMBORAZO (CESTTA - ESPOCH)

CONSULTA:

Si es que el CESTTA se encuentra sujeto a las disposiciones del Libro I y del Libro II de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 3 y 101.

Ley de Educación Superior, Art. 58.

Ley de Centros de Transferencia y Desarrollo de Tecnologías, Art. 1.

Estatuto del Centro de Servicios Técnicos y Transferencia Tecnológica Ambiental de la Facultad de Ciencias (CESTTA ESPOCH), Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

Esta Procuraduría, mediante Oficio No. 4662, de 12 de noviembre de 2008, pidió el criterio jurídico de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, el mismo que fue dado a conocer por dicha entidad, en oficio No. SENRES-JUR-2008-7450, de 28 de los mismos mes y año.

En el Suplemento al Registro Oficial No. 322, de 21 de mayo de 1998 se publicó el catastro de entidades del sector público, en el que consta la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo.

El artículo 1 de la Ley de Centros de Transferencia y Desarrollo de Tecnologías establece: "Los consejos universitarios o los organismos equivalentes de cualquier denominación de las universidades, escuelas politécnicas, institutos superiores y tecnológicos reconocidos legalmente podrán crear, mediante resolución, Centros de Transferencia y Desarrollo Tecnológico (CTT) adscritos a dichos establecimientos, los mismos que tendrán autonomía administrativa, económica y financiera en los términos que establezca la presente Ley, sin perjuicio de los institutos y otras dependencias que hayan creado o creen los centros de educación superior, en virtud de su autonomía, para realizar o promover la investigación.

Dicha resolución se comunicará al Servicio de Rentas Internas, al Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas, a la Contraloría General del Estado y a los organismos de desarrollo del país, para los efectos de esta Ley".

El artículo 1 del Estatuto del Centro de Servicios Técnicos y Transferencia Tecnológica Ambiental de la Facultad de Ciencias (CESTTA ESPOCH) expresa que el mismo es una dependencia adscrita a la Escuela Superior Politécnica del Chimborazo, con autonomía administrativa, económica y financiera.

El artículo 3 la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOS-CCA, refiriéndose al Libro 1, prevé: “Las disposiciones del presente Libro son de aplicación obligatoria en todas las instituciones, entidades y organismos del Estado. Además son aplicables a las corporaciones, fundaciones, empresas, compañías y en general sociedades en las cuales las instituciones del Estado tengan mayoría de acciones o un aporte total o parcial de capital o bienes de su propiedad al menos en un cincuenta por ciento.” ; y, el literal h) del artículo 5 de la misma ley, menciona entre los servidores no comprendidos en el servicio civil al personal docente e investigadores universitarios, técnico-docente, profesional y directivo, que están sujetos a la Ley de Educación Superior.

El artículo 101 de la Ley *ibídem*, establece que las disposiciones del Libro Segundo de dicha ley son obligatorias en todas las instituciones, entidades y organismos del sector público, y que se extenderá a las entidades de derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación esté integrado en el 50% o más por instituciones del Estado o recursos públicos, exceptuándose al personal docente e investigadores universitarios, técnico - docente, profesional y directivo que están sujetos a la Ley de Educación Superior.

La Ley de Educación Superior, en el artículo 58 establece que el personal docente de los Centros de Educación Superior se rige por esta ley, por los Códigos de Trabajo o Civil, según los casos, por el escalafón del docente universitario, por las disposiciones del respectivo estatuto y el Reglamento de Carrera Académica Institucional; y, en el artículo 66 dispone que el personal no docente de los centros de educación superior estará sujeto a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa o a los Códigos de Trabajo o Civil y al escalafón administrativo, según fueren empleados o trabajadores, de acuerdo a las características contractuales y según sea la institución pública o particular.

Conforme a las disposiciones arriba indicadas, se desprende que el personal docente e investigadores universitarios, técnico-docente, profesional y directivo del Centro de Servicios Técnicos y Transferencia Tecnológica Ambiental de la Facultad de Ciencias (CESTA ESPOCH) está sujeto a la Ley Orgánica de Educación Superior; y, el personal no docente de dicho centro está sujeto a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, o a los Códigos de Trabajo o Civil, según fueren empleados o trabajadores, de acuerdo a las características contractuales.

OF. PGE. N°: 05332, de 10-12-2008

CHOFERES: CÁLCULO PARA EL PAGO POR COMISIÓN DE SERVICIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: INDA

CONSULTA:

Si en las comisiones de servicio a cualquier parte del país, el chofer tiene derecho a percibir el valor del viático diario que corresponda al funcionario de mayor jerarquía que integre la comisión.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 66, 67, 68, 109 y 130.

Reglamento de Viáticos, Homologación y Subsistencias, Art. 7.

Res. SENRES-RH-0042, R.O. N° 103, 14/ 09/2005 Art. 20.

Res. SENRES N° 2004-000186, Arts. 7 y 19.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSSCA, en el artículo 109, parte final establece que los dignatarios, autoridades y funcionarios cuando hubiere lugar, tendrán derecho a percibir viáticos, subsistencias, dietas, encargos y subrogaciones, de conformidad con la ley y las políticas y normas que para el efecto establezca la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público-SENRES, sin que estos ingresos constituyan parte de la remuneración mensual unificada.

En armonía con la norma invocada, el artículo 130 del mismo cuerpo legal, señala que la reglamentación para el conocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias será expedida mediante resolución de la SENRES de acuerdo con la ley, sobre la base de las fuentes de financiamiento que sustenten el pago.

En aplicación a las disposiciones invocadas, la SENRES, mediante Resolución No. 191, publicada en el Registro Oficial No. 474 de 2 de diciembre de 2004, expidió el Reglamento de Viáticos, Movilizaciones y Subsistencias, cuyo artículo 7 establece que cuando por necesidades de servicio la comisión estuviere integrada con servidores de diferente nivel, todos los integrantes de la misma, a excepción del personal de servicio, recibirán el valor de viáticos diario determinado para el funcionario de mayor jerarquía.

Con oficio No. SENRES RG-2007 004197 de 19 de julio de 2007, la Subsecretaría del Servicio Civil de la SENRES expresó: "Con sustento en lo dis-

puesto en los artículos 66, 67 y 68 de la LOSCCA, que faculta a la SENRES, elaborar y administrar el Sistema de Clasificación de Puestos del Servicio Civil y su Valoración a Escala Nacional, se emitió la Norma Técnica del Subsistema de Clasificación de Puestos del Servicio Civil mediante Resolución SENRES-RH-0042, publicada en el Registro Oficial No. 103, de 14 de septiembre del 2005, que en su artículo 20 establece que los niveles estructurales y clases de puestos previstos en los artículos 1 y 3 de la Resolución SENRES No. 2004-000186, quedan expresamente reformados de conformidad a lo determinado en los artículos 7 y 19 de la Norma Técnica de Clasificación, es decir que en la aplicación de esta Norma Técnica, el puesto de chofer está considerado dentro del grupo ocupacional de auxiliar de servicios dentro de la Estructura Ocupacional Genérica”.

Del análisis expuesto se concluye que, cuando una comisión de servicios estuviere integrada por servidores de diferente nivel, éstos tienen derecho a percibir el valor del viático diario que corresponda al funcionario de mayor jerarquía, a excepción de los chóferes, pues como ha expuesto la SENRES, éstos últimos han sido reclasificados dentro del grupo ocupacional de auxiliar de servicios.”

OF. PGE. N°: 01112, de 09-06-2008

CHOFERES: CAMBIO DE RÉGIMEN LABORAL Y ADMINISTRATIVO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE CALVAS

CONSULTAS:

1. Si es procedente y legal cambiar el nombramiento de trabajador permanente a funcionario de servicios administrativos o chofer administrativo al conductor del vehículo de uso oficial del Gobierno Seccional del cantón Calvas.

2. Si este cambio de carácter administrativo el Gobierno Seccional del cantón Calvas lo puede realizar de manera unilateral, mediante la expedición de la nueva acción de personal o requiere autorización de algún organismo del Estado.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 35 num. 9 inc. segundo y 118 nums. 1, 2, 3 y 4.

PRONUNCIAMIENTO:

Según se desprende de su oficio, el chofer de esa Municipalidad, ha venido formando parte del Sindicato Único de Obreros, y consecuentemente, su relación

laboral con esa entidad se ha regido por las disposiciones del Código del Trabajo.

El artículo 35, numeral 9, inciso segundo de la Constitución Política de la República, vigente desde el 10 de agosto de 1998, dispone: “Las relaciones de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 118 (como es el caso de las municipalidades) y de las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal, con su servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo”.

Si se tiene en cuenta que los choferes no son obreros de los organismos e instituciones del sector público, la prevalencia de la norma constitucional antes referida evidencia sin lugar a dudas, el sometimiento de los choferes de las Instituciones del Estado al régimen del Derecho Administrativo, y en consecuencia, al régimen de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA.

Añádase a lo anterior, la Resolución SENRES-2008-000096 de fecha 17 de junio de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 364 de 20 de junio de 2008, mediante la cual, dentro de la escala de remuneración mensual unificada establecida para el año 2008, se ha ubicado al puesto de conductor administrativo bajo la denominación de “Auxiliar de Servicios B”.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye que el puesto de chofer de las Instituciones del Estado, se encuentra ubicado como conductor administrativo y en consecuencia, sujeto a las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público; por lo que, la Municipalidad de Calvas deberá efectuar sin necesidad de autorización alguna, el cambio de régimen jurídico del chofer de esa entidad a la LOSCCA.

OF. PGE. N°: 01956, de 21-07-2008

CHOFERES: VIÁTICOS

ENTIDAD CONSULTANTE: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS, INEC

CONSULTA:

Si el personal que presta sus servicios en el INEC en calidad de Asistente Administrativo B que realiza la actividad de chofer, tiene derecho a percibir el valor del viático diario que corresponda al funcionario de mayor jerarquía, cuando integra las comisiones de servicios en cualquier lugar del país.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 109 y 130.

Res. SENRES N° 191, R.O.N° 474, de 12-12-2004, Art. 7 .

Res.N° SENRES-2008-96 R.O. N° 364 de 20-06-2008.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 109 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, establece que los dignatarios, autoridades y funcionarios cuando hubiere lugar, tendrán derecho a percibir viáticos, subsistencias, dietas, encargos y subrogaciones, de conformidad con la ley y las políticas y normas que para el efecto establezca la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público SENRES, sin que estos ingresos constituyan parte de la remuneración mensual unificada.

El artículo 130 *ibidem* señala que la reglamentación para el conocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias será expedida mediante resolución de la SENRES de acuerdo con la ley, sobre la base de las fuentes de financiamiento que sustenten el pago.

En aplicación a las disposiciones legales invocadas la SENRES expidió la Resolución 191 publicada en el Registro Oficial No. 474 el 2 de diciembre de 2004, que en su artículo 7 dispone: "Cuando por necesidades de servicio la comisión estuviere integrada con servidores de diferente nivel, todos los integrantes de la misma, a excepción del personal de servicio recibirán el valor del viático diario determinado para el funcionario de mayor jerarquía".

Mediante Resolución No. SENRES-2008-96 publicada en el Registro Oficial No. 364 de 20 de junio de 2008, determina que el Grupo Ocupacional de Auxiliar de Servicios B lo conforman los conductores administrativos.

Por lo expuesto se concluye que, cuando una comisión de servicios estuviere integrada por servidores de diferente nivel, éstos tienen derecho a percibir el

valor del viático diario que corresponda al funcionario de mayor jerarquía, a excepción de los choferes, pues como lo ha fijado la SENRES, éstos últimos han sido reclasificados dentro del grupo ocupacional de auxiliar de servicios.

OF. PGE. N°: 05495, de 23-12-2008

COLEGIO MILITAR ELOY ALFARO: NATURALEZA JURÍDICA Y PLURIEMPLEO – DOCENTES –

ENTIDAD CONSULTANTE: DEFENSORÍA DEL PUEBLO

CONSULTAS:

1. Los docentes que laboran en el Colegio Militar Eloy Alfaro y cuyas remuneraciones no provienen de partidas constantes en el Presupuesto General del Estado, sino que son remunerados con dineros de contribuciones de los padres de familia mediante el pago de matrículas y pensiones, pueden considerarse como servidores, empleados o trabajadores públicos y por ende estar inmersos en pluriempleos por el hecho de ser profesores en otros colegios que son públicos.

2. Adquieren la calidad de estables y permanentes los profesores que han trabajado en una entidad pública o privada, por varios años, en forma ininterrumpida y permanente, en sucesivos contratos de trabajo.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 237 y 348.

LOSCCA, Arts. 5 lit. h) y 56.

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

Ley Orgánica de Educación, Arts. 32, 57 ; y, 61 lit. a) de su Reglamento.

Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, Arts. 3 lit. e) y 5

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El señor Ministro de Defensa Nacional, con el oficio No. MS-7-5-2008-202 DM- de 12 de junio de 2008, realizó una consulta respecto a si la figura del pluriempleo es aplicable a los docentes del Colegio Militar “Eloy Alfaro” contratados con fondos propios, los que se obtienen de las pensiones que pagan los padres de familia, y que tienen nombramiento fiscal en otros establecimientos de educación regidos por el Magisterio.

Consta de los antecedentes del oficio No. MS-7-5-2008-202-DM- del señor Ministro de Defensa Nacional, la normativa de creación del Colegio Militar “Eloy Alfaro” que en el año 1982 se separó de la Escuela Superior Militar “Eloy Alfaro”, varios de cuyos docentes permanecen en dicho Colegio, sea con nombramiento o contrato, otorgados por la Comandancia General del Ejército o por ese Colegio.

En el año 1998, el Ministerio de Educación declara al Colegio Militar “Eloy Alfaro” como Colegio Particular, en el año 2004 el SRI le exonera del pago del IVA por encontrarse dentro del catastro de entidades públicas, en el año 2005, el Ministerio de Educación al amparo del Art. 61 letra c) del Reglamento General a la Ley de Educación, por el financiamiento clasifica al citado Colegio en la categoría de “Otros” por estar financiado por el Estado y por los padres de familia; y el 25 de enero de 2008, la Subsecretaría de Presupuesto del Ministerio de Finanzas considera que este Plantel es una Unidad Ejecutora del Sector Público.

Para atender su requerimiento y el del señor Ministro de Defensa Nacional, esta Procuraduría requirió el criterio jurídico del Ministerio de Finanzas, con el oficio No. 01274 de 13 de junio de 2008, lo cual fue atendido con el oficio No. MF- SGJ- 2008- 2971 de 20 de junio de 2008, en el que se expresa que reconociendo las contradicciones entre la Subsecretaría de Presupuesto y el Ministerio de Educación, el asunto es de competencia del Ministerio de Defensa Nacional del cual forma parte el Colegio Militar “Eloy Alfaro” como Unidad Ejecutora.

Con el oficio No. 01275 de 13 de junio de 2008 la Procuraduría solicitó el criterio jurídico del Ministerio de Defensa Nacional, lo que fue atendido con el oficio No. MS- 7- 1- 2008- 479 de 24 de junio de 2008, reiterándose lo señalado en el oficio No. MS- 7- 5- 2008- 202 DM- de 12 de junio de 2008.

El Secretario Nacional de SENRES, con el oficio No. SENRES- D- 2008- 0004230 de 10 de julio de 2008, en contestación al oficio No. 01273 de 13 de junio de 2008 de la Procuraduría General del Estado, consideró que el Colegio Militar “Eloy Alfaro”, sea que dependa del Ministerio de Defensa o del Ministerio de Educación es una entidad del sector público, sometido a la LOS-CCA y su Reglamento; y, a la Ley de Educación y su Reglamento.

Mediante los oficios números 01276, 002816 y 04298 de 13 de junio, 28 de agosto y 22 de octubre de 2008 respectivamente, la Procuraduría General del

Estado reiteró al señor Ministro de Educación envíe el criterio jurídico de ese Ministerio sobre las consultas del Defensor del Pueblo, lo cual se respondió con el oficio No. 1230- DNAJ- 2008 de 30 de octubre de 2008, al que se anexa el Memorando No. 1001-DNAJ-2008 de 30 de octubre de 2008, suscrito por la Directora de Asesoría Jurídica, que concluye expresando que los docentes fiscales que a su vez laboran en el Colegio Militar “Eloy Alfaro” y reciben a cambio una remuneración, estarían incurso en la figura del pluriempleo, puesto que las Fuerzas Armadas son entidades del sector público; que los Colegios Militares para su financiamiento, al igual que todos los establecimientos educativos deben someterse a las disposiciones de la Ley Orgánica de Educación y su Reglamento; y que, en cuanto al financiamiento, “lo tienen parcial de entidades públicas y de las asociaciones de padres de familia a través de matrículas y pensiones fijadas por la Comisión Reguladora de Costos de la Educación Particular, cuyos fondos al ingresar a las cuentas de los planteles de las Fuerzas Armadas, que es una Institución del Estado, pasan a ser públicos...”.

La Ley Orgánica de Educación, en el Art. 32 clasifica los establecimientos educativos oficiales en Fiscales, Municipales y de Otras Instituciones Públicas.

Añade el Art. 32 que los establecimientos particulares son los promovidos, dirigidos y pertenecientes a personas naturales o jurídicas de derecho privado, y que son también establecimientos educativos, para los efectos de esa Ley, los que cuentan con financiamiento parcial del Estado y se rigen por los convenios especiales; y que, todos los establecimientos educativos se someten, para su funcionamiento, a lo prescrito en la Ley de Educación y su Reglamento.

El Reglamento General de la Ley de Educación, en el Art. 61 clasifica los establecimientos educativos, en la letra A. Por el financiamiento:

- a) Oficiales: Fiscales, municipales y de otras instituciones públicas;
- b) Particulares: Pertenecen a personas naturales o jurídicas de derecho privado; pueden ser laicos o confesionales.
- c) Otros: Los que cuentan con financiamiento parcial de entidades públicas y de las asociaciones de padres de familia; y, los que cuentan con financiamiento parcial del Estado y se rijan por convenios especiales.

Conforme al citado artículo 61, se desprende que por el financiamiento, los establecimientos educativos oficiales se clasifican en oficiales que a su vez son fiscales, municipales y de otras instituciones públicas; en tanto que los particulares pueden ser laicos o confesionales, y pertenecen a personas naturales o jurídicas de derecho privado. Esta clasificación incluye a “Otros”, sin especi-

car si son públicos o privados, sino que cuentan con financiamiento parcial de entidades públicas y de las asociaciones de padres de familias, y los que cuentan con financiamiento parcial del Estado y se rijan por convenios especiales.

En el caso que motiva esta consulta, de acuerdo con el Memorando No. 1001-DNAJ-2008 antes referido de la Directora Nacional de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación, el Colegio Militar "Eloy Alfaro" tiene la calidad de establecimiento educativo público, toda vez que es un plantel de las Fuerzas Armadas que es una Institución del Estado; y que además se ubicaría en la categoría de "Otros", puesto que tiene financiamiento parcial de entidades públicas y de las asociaciones de padres de familia a través de matrículas y pensiones.

La Ley Orgánica de Educación en el Art. 57 determina que los deberes y derechos del personal que ejerce sus funciones en los establecimientos oficiales son los determinados en la Ley de Escalafón y Sueldos del Magisterio Nacional.

La Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, en el Art. 3 establece su ámbito de aplicación entre otros a los docentes que laboran en los planteles educativos fiscales, municipales y los que prestan servicios en establecimientos particulares con nombramiento del Ministerio de Educación.

El Art. 5 de la Ley citada, entre los derechos de los docentes en la letra a) le confiere el derecho a la estabilidad en el cargo y las garantías profesionales establecidas legalmente.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el Art. 5 entre los servidores no comprendidos en el servicio civil, en la letra h) señala al personal docente e investigadores universitarios, técnico-docente, profesional y directivo que están sujetos a la Ley de Educación Superior, Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional; sin embargo, estos servidores serán sujetos de derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones que establece esa Ley.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, se concluye que el Colegio Militar "Eloy Alfaro" es una Unidad Educativa perteneciente al sector público; y por tanto, los docentes de ese plantel que tengan nombramiento en otros establecimientos fiscales, incurrirían en la figura del pluriempleo.

En cuanto al financiamiento el mencionado plantel, deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 348 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008 el cual

dispone que la educación pública “será gratuita y el Estado la financiará de manera oportuna, regular y suficiente...”.

2. La Constitución de la República del Ecuador, aprobada en el Referéndum del 28 de septiembre de 2008, vigente desde el 20 de octubre de 2008, fecha de su publicación en el Registro Oficial No. 449, en el Art. 237 dispone:

“Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley”.

3. 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”.

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

Esta consulta no se enmarca dentro de las disposiciones constitucionales y legales invocadas, puesto que no se trata de la inteligencia o aplicación de una norma jurídica, sino de pronunciarme sobre un caso de estabilidad y permanencia de docentes que han laborado en una entidad pública.

OF. PGE. N°: 04995, de 25-11-2008

COMBATIENTES DEL CONFLICTO BÉLICO DE 1995: REVALORIZACIÓN DE SUELDOS, PENSIONES Y ASISTENCIA MÉDICA

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

CONSULTAS:

1. De conformidad con los artículos 4, 6 y 11 de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, sus reformas, el Decreto Ejecutivo 2444 del 04 de enero 2005 y demás normativa aplicable, la pensión que corresponde a los discapacitados total o parcial permanente, así como a los deudos de los fallecidos, debe revalorizarse automáti-

camente cada vez que exista variación en los sueldos del personal militar en servicio activo.

2. Cuando el primer inciso del artículo 6 de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, que beneficia al personal de discapacitados total permanente o parcial permanente en igualdad de condiciones, establece que la pensión será equivalente a una remuneración completa, según el grado o el cargo que hubiere estado desempeñando el ex combatiente declarado discapacitado total o parcial, debe entenderse que dicho concepto atiende a un concepto de haber militar o remuneración homologada.

3. Con arreglo a lo previsto en el último inciso del artículo 6, en concordancia con el último inciso del artículo 11 de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, debe entenderse que la pensión inicial de los discapacitados total o parcialmente, será aquella que corresponda al grado o función que el ex combatiente ostente al momento en que se produzca la baja y se verifique el derecho.

4. Los costos que impliquen la asistencia de salud y técnica (prótesis), para el personal militar que no cumplió el tiempo de servicio legalmente requerido para recibir las prestaciones de pensionista del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, pero a quienes asiste el derecho por disposición de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, deben ser cubiertos con recursos del Estado.

BASES LEGALES:

Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, Arts. 4, 6 y 11.

Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, Arts. 51 y 109.

D.E. N° 2444, R.O. N° 504, 14-01-2005, Arts. 1 y 2.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El artículo 4 de la Ley de Gratitud y Reconocimiento a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, establece la pensión de montepío; y, el artículo 6, la pensión de invalidez total permanente.

Los artículos 1 y 2 del Decreto Ejecutivo No. 2444, publicado en el Registro Oficial No. 504 de 14 de enero de 2005, prevé lo siguiente:

“Art. 1. A partir del 1 de enero del 2005, las pensiones de invalidez y de montepío de los combatientes del Conflicto del Alto Cenepa y de los que sufrieron lesiones en el levantamiento de campos minados a que se refiere la Ley Reformativa Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional, se actualizarán tomando como referencia el sueldo total vigente en las Fuerzas Armadas del grado, función o cargo en el que se le reconoció el derecho, conforme lo determinan los artículos 4 y 6 de la ley anteriormente mencionada”

“Art.2. - Las pensiones de este grupo se ajustarán automáticamente de conformidad con el artículo anterior, cada vez que exista variación en los sueldos del personal militar en servicio activo”.

Por lo anotado, las pensiones de montepío y de incapacidad total o parcial permanente deben revalorizarse automáticamente cada vez que exista variación en los sueldos del personal militar en servicio activo.

2. A partir de enero del 2006, las Fuerzas Armadas decidieron aplicar un sistema remunerativo similar al de la unificación y homologación de remuneraciones que fue llamado “Haber Militar”, y que era equivalente a lo designado en el servicio civil como “remuneración mensual unificada”, según refiere en su contestación la señora Ministra de Finanzas.

En tal sentido, debe entenderse que la remuneración a la que aluden los artículos 4 y 6 de la Ley de Gratitud y Reconocimiento a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, se refiere al ahora denominado “Haber Militar” o remuneración homologada.

3. El artículo 11 de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995 prevé: “El personal militar discapacitado que así lo exprese, previa calificación del organismo competente para regular la carrera profesional de los miembros de las Fuerzas Armadas, podrá continuar en servicio activo y ser ascendido en igualdad de condiciones del resto de su promoción, de acuerdo con las normas especiales que expedirá el Ministerio de Defensa Nacional, en cuyo caso no tendrá derecho a la pensión señalada en el artículo 6 de esta Ley.

Al separarse del servicio activo cumpliendo los requisitos contemplados en la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, tendrá derecho a las prestaciones normales en ella previstas; pero, si su baja ocurre antes de cumplir el tiempo legalmente requerido, se acogerá a las disposiciones del artículo 6 de

esta Ley, independientemente de las prestaciones a que tenga derecho dentro del régimen de la seguridad social militar, en consideración a que la discapacidad ocurrió en actos de servicio”.

A su vez, el artículo 6 de la referida ley, dispone: “Establécese una pensión mensual de invalidez para los combatientes que fueren declarados con invalidez total permanente. La pensión será equivalente a una remuneración completa, según el grado o el cargo que hubieren estado desempeñando, sin que la misma pueda ser inferior a la de un soldado.

Si el combatiente fuere ascendido, la pensión será la que corresponda al nuevo grado o función.

Por lo indicado, la pensión inicial será aquella que corresponda al grado o función que el ex combatiente ostente al momento en que se produzca la baja y se verifique el derecho.

4. El artículo 51 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, dispone: “El Seguro de Enfermedad y Maternidad es la prestación que protege al asegurado en servicio activo y pasivo, sus dependientes y derecho habientes, aspirantes a oficiales y tropa y conscriptos, mediante los siguientes servicios:

- a) Medicina preventiva;
- b) Asistencia clínica y quirúrgica;
- c) Asistencia obstétrica;
- d) Asistencia odontológica;
- e) Rehabilitación, ortesis y prótesis;
- f) Auxiliares de diagnóstico y tratamiento; y,
- g) Asistencia farmacológica”.

El artículo 109 de la misma Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, establece que: “Las prestaciones que cause el personal civil y militar movilizado, a consecuencia de guerra externa o grave conmoción interna, serán cubiertas por el Estado, cuando el siniestrado no cumpla los requisitos para causar prestaciones, sea en el régimen del Seguro Social Obligatorio o en la Seguridad Social Militar”.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 11 de la Ley de Reconocimiento a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995 con el Perú o Ley 83 prevé que al separarse del servicio activo cumpliendo los requisitos contemplados en la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, el combatiente tendrá dere-

cho a las prestaciones normales en ella previstas; pero, si su baja ocurre antes de cumplir el tiempo legalmente requerido, se acogerá a las disposiciones del artículo 6 de la mencionada Ley Especial, independientemente de las prestaciones a que tenga derecho dentro del régimen de la seguridad social militar, en consideración a que la discapacidad ocurrió en actos de servicio.

Por lo indicado, los combatientes del Alto Cenepa que sufrieron discapacidad a consecuencia de actos de servicio, tienen derecho a las prestaciones de salud del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, entre ellas las de rehabilitación y prótesis, aún cuando el siniestrado no cumpla con los requisitos para causar las prestaciones, las mismas que serán cubiertas por el ISSFA, al tenor de lo dispuesto en el Art. 13 de la Ley Especial de Gratitud y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995.

OF. PGE. N°: 05340, de 10-12-2008

COMERCIO EXTERIOR: PAGO DE TRIBUTOS

ENTIDAD CONSULTANTE: CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA, CAE

CONSULTA:

Debe pagar el contribuyente los tributos al comercio exterior causados en las importaciones temporales con reexportación en el mismo estado amparadas en la letra a) del artículo 76 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Aduanas, cuando cancela la declaración original y presenta una nueva para solicitar el cambio de Beneficiario o de Obra Pública.

BASES LEGALES:

Codificación a la Ley Orgánica de Aduanas, Arts. 58, 76 lit. a); y, 79 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el Art. 58 de la Codificación a la Ley Orgánica de Aduanas, la importación temporal con reexportación en el mismo estado, es el régimen suspensivo del pago de impuestos, que permite recibir mercancías extranjeras en el territorio aduanero, para ser utilizadas con un fin determinado durante cierto plazo y reexportadas sin modificación alguna, con excepción de la depreciación normal por el uso.

Por su parte, el Art. 76, letra a) del Reglamento a la Ley Orgánica de Aduanas, establece que podrán ingresar bajo el régimen de importación temporal con reexportación en el mismo Estado, las mercancías que sean destinadas a los fines que ahí se especifican, entre estos, para la ejecución de obras o prestación de servicios en virtud de contratos celebrados con instituciones del sector público o con empresas privadas que tengan concesión para la prestación de servicios públicos.

El Art. 79 del Reglamento a la Ley Orgánica de Aduanas, dispone que sin necesidad de que las mercancías contempladas en el literal a) del artículo 76 de ese reglamento salgan del país, previa cancelación de la declaración original y pagados los impuestos causados, el Gerente General o el Subgerente Regional de la Corporación Aduanera Ecuatoriana autorizará su permanencia bajo el mismo régimen, con la presentación de otra declaración, dentro del plazo autorizado por parte del mismo o del nuevo beneficiario, quien asumirá todas las responsabilidades y obligaciones derivadas de dicho régimen.

De las disposiciones legales y reglamentarias invocadas, se concluye:

1. El Régimen de importación o intermediación temporal de bienes previstos en el Art. 58 de la Ley Orgánica de Aduanas y 76 letra a) de su Reglamento General de Aplicación, permite al importador respectivo, ingresar bienes temporalmente y reexportarlos en el mismo estado, luego de su período de utilización, salvo la depreciación normal por el uso.
2. La excepción de reexportación a la que se refiere el Art. 79 del Reglamento antes citado, esto es, la permanencia del bien en el país con una nueva declaración de uso realizado por el importe original, o un nuevo beneficiario, implica la terminación del primer proceso de importación temporal y, por tanto, deben liquidarse los impuestos causados por esta primera importación temporal en forma previa a que se formalice la segunda internación temporal.
3. No pueden hacerse extensivos los derechos de dicho importador inicial, a otra obra o servicio público y menos a favor de un segundo beneficiario.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, considero que en aplicación de la letra a) del artículo 76 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Aduanas, el contribuyente debe pagar los tributos al comercio exterior causados en las importaciones temporales con reexportación en el mismo estado cuando cancele la declaración original y presenta una nueva para solicitar el cambio de beneficiario o de obra pública, que corresponde a la primera impor-

tación temporal, además que no pueden hacerse extensivos los derechos de dicho importador inicial a otra obra o servicio público y menos a favor de un segundo beneficiario.

El presente pronunciamiento prevalecerá sobre cualquiera otro anterior emitido por este Organismo de Control.

OF. PGE. N°: 01613, de 02-07-2008

COMERCIO ELECTRÓNICO: EMPRESAS CERTIFICADORAS DE INFORMACIÓN A USUARIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES , SENATEL

CONSULTAS:

1. Si la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, en su artículo 30, letra h) señala como obligación de las entidades de certificación de información acreditadas, contar con una garantía de responsabilidad para cubrir daños y perjuicios que se ocasionaren por el incumplimiento de la Ley, es procedente o no que el CONATEL haya dispuesto en las Resoluciones 324-17-CONATEL-2006 de 25 de julio del 2006 y 454-19-CONATEL-2006 la entrega a la SENATEL de una garantía por un valor determinado, con el carácter de incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, para cubrir incluso obligaciones derivadas del título habilitante, cuando lo que únicamente debía exigirse es que dichas entidades cuenten con una garantía de responsabilidad.

2. En el evento de que la Procuraduría General del Estado considere procedente que en las Resoluciones 324-17-CONATEL-2006 de 25 de julio del 2006 y 454-19-CONATEL-2006, se haya establecido el valor y condiciones de las garantías de acuerdo con la Ley, las instituciones públicas señaladas en el artículo 118 de la Constitución Política de la República que soliciten al CONATEL se les otorgue un Título Habilitante para la Acreditación de Entidades Certificadoras de Información o para la Acreditación de Entidades Registradoras de Información, deben también entregar dichas garantías a favor de la SENATEL, y en igual forma, si estarían obligadas a establecer garantías a favor de sus usuarios, considerando que el Estado no otorga garantías y que por su naturaleza las instituciones públicas, brindan confianza, procuran el bienestar general y están obligadas a cumplir lo que establece la Constitución

y la Ley. Se deberá tener presente además que, en el caso del Banco Central del Ecuador, entidad que ha solicitado al CONATEL le otorgue el Título Habilitante para la Acreditación de Entidad Certificadora de Información, la letra c) del artículo 84 de la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, expresamente le prohíbe garantizar cualquier clase de obligación.

3. Se dignará además atender las consultas referidas en el numeral 1.15 que constan de los antecedentes de este informe:

3.1. Qué tipo de garantía deben entregar las empresas certificadoras de información a los usuarios de estos servicios, considerando que la garantía que se presente servirá para cubrir daños e indemnizaciones producto del incumplimiento de las obligaciones constantes en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

3.2. En el caso de que una institución pública solicite al CONATEL el permiso y registro para actuar como entidad certificadora de firmas digitales, se le debe exigir la presentación de la garantía de responsabilidad a favor de sus clientes.

3.3. La Resolución 324-17-CONATEL-2006 tiene algún efecto que garantice a los usuarios por posibles daños e indemnizaciones.

3.4. Bajo qué condiciones se puede aceptar Pólizas de Seguros emitidas en el extranjero a favor de las empresas radicadas en el exterior que hace de matriz en la provisión de estos servicios. Ejemplo Póliza de Responsabilidad Civil Profesional para Certificación Digital. Qué implicaciones tendría en el caso de reclamos futuros.

BASES LEGALES:

Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, Arts. 1, 30 lit. h) y 31. Codificación a la Ley General de Seguros, Art. 43.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Arts. 51, lit. c); y, 3 lit. c) num. 4 de su Reglamento.

Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado, Art. 84 num. 2 lit. c) y g).

Res. No 324-17-CONATEL-2006 de 15-07-2006.

Res. No 454-19-CONATEL-2006 de 17-08-2006.

PRONUNCIAMIENTOS:

RESPUESTA A LA CONSULTA No 1:

Considero improcedente la Resolución No.324-17-CONATEL-2006 de 15 de julio del 2006, al igual que la No.454-19-CONATEL-2006 de 17 de agosto

de 2006; la primera, por legislar sobre una figura que la Ley de Comercio Electrónico no establece; y la segunda, por aprobar documentos habilitantes que las diferencia, y con los que se desliga de la obligación de rendir garantías, que tienen las entidades de certificación de información, tal y como manda la Ley.

RESPUESTA A LA CONSULTA No 2:

La obligación de otorgar la garantía de responsabilidad por daños y perjuicios, corre para todas las instituciones interesadas en brindar los servicios de certificación de información, sean éstas públicas o privadas; no obstante, en el caso de las entidades públicas, las leyes que rigen el accionar de éstas, deberán facultarles o permitirles asumir tal competencia, de lo contrario, no sería factible conceder esa autorización.

RESPUESTA A LA CONSULTA No 3, NUMERAL 1.15:

1. La Ley no determina el tipo de garantía que deberán rendir las entidades certificadoras de información, razón por la cual considero, que serían admisibles todas aquellas que, visto el objetivo inmediato que deberán cumplir, sean suficientes para asegurar el pago de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones de las entidades certificadoras de información; éstas garantías no necesariamente estarían limitadas a operaciones de emisión de pólizas de seguro de responsabilidad civil, previstas por el Art. 43 de la Codificación a la Ley General de Seguros, sino que bien podrán ser del tipo de garantías que están autorizadas a otorgar las instituciones financieras privadas, conforme lo dispuesto por el Art.51, letra c) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en concordancia con el Art.3, letra c), numeral 4 del Reglamento General de Aplicación.

2. Como se ha enunciado, las entidades del sector público podrán solicitar la autorización y registro correspondiente para actuar en calidad de entidades de certificación de información, en la medida en que las leyes y demás normativas que las rija, les faculte a asumir tal competencia. En el caso del Banco Central del Ecuador, es evidente conforme explícitamente señala el Art.84, numeral 2, letras c), y g) de la Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado que esa institución no tiene competencia para asumir esa tarea o facultad.

3. La Resolución No.324-17-CONATEL-2006, en cuanto legisla respecto de una figura legalmente inexistente, no produce los efectos jurídicos deseados. En todo caso, tanto esta Resolución, cuanto la No.454-19-CONATEL-2006,

supeditan su aplicabilidad al evento de que se realicen reformas al “Reglamento para la Acreditación, Registro y Regulación de Entidades Habilitadas para Prestar Servicios de Certificación de Información y Servicios Relacionados”, norma a la que, con los reparos sobre el texto de su Art. 8, habrá de acudirse para efectos del procedimiento sobre autorización y registro de las entidades de certificación de información; debiendo el CONATEL enmendar las Resoluciones que tiendan a aclarar puntos específicos en las obligaciones de cada una de las partes.

4. Considero que las condiciones bajo las cuales se podrá aceptar una garantía expedida en el extranjero, a favor de las empresas radicadas en el exterior que hacen de matriz en la provisión de los servicios de certificación de información, deberán ser las mismas o cuando menos similares a aquellas exigidas a las instituciones competentes nacionales; debiendo destacarse el carácter ejecutivo o de cobro inmediato que posean éstas, al igual que su irrevocabilidad y suficiencia para con respecto de la totalidad de las operaciones cuantificables que llegaren a certificar esas entidades, de manera que llegado el caso, afiancen no solo el capital sino también los intereses sobre esas operaciones. Bien podría exigirse por ejemplo, para el caso de las garantías expedidas en el extranjero, del endoso irrevocable a valor total del título valor correspondiente, a nombre de la institución financiera corresponsal domiciliada en el país, de modo que formalizada su aceptación, el endosatario garantice el pago del valor asegurado por los daños y perjuicios, el momento que comprobados éstos, se tuviera que reconocer la indemnización a los usuarios.

OF. PGE. N°: 01045, de 06-06-2008

COMISIÓN DE SERVICIOS: BENEFICIOS Y PRESTACIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA, CAE

CONSULTA:

Si al estar suspendidos los beneficios y prestaciones en el Servicio de Rentas Internas de los funcionarios que se encuentran laborando en la Corporación Aduanera Ecuatoriana bajo la modalidad de Comisión de Servicios sin Remuneración, corresponde a la CAE cubrir dichos beneficios y prestaciones, entre estos, el fondo de reserva del año 2007, durante el tiempo que dure la Comisión de Servicios.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 32; y, 59 de su Reglamento.
Ley de Seguridad Social, Arts. 74, 275 y 282.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, en el Art. 32 determina que 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, y que una vez concluida esta, el servidor será reintegrado a su puesto original, salvo el caso de dignatarios de elección popular.

El Art. 59 del Reglamento de la referida Ley dispone que la comisión de servicios sin remuneración interrumpe la relación laboral durante el período de la comisión concedida y se suspenden los beneficios y prestaciones de la institución a la que pertenece; y que concluida la comisión el servidor tendrá derecho a ser reintegrado a su puesto original.

La Ley de Seguridad Social en el Art. 74 inciso primero, expresa que en el Presupuesto General del Estado se hará constar obligatoriamente, las partidas suficientes para el pago de aportes y fondos de reserva de todos los servidores públicos y trabajadores del Estado, así como las contribuciones al Seguro General Obligatorio establecidas en la Ley.

El inciso final de la disposición precedente, responsabiliza personalmente a los encargados que tuvieren el deber legal de pagar remuneraciones a los trabajadores y servidores que prestan servicios en los demás organismos y entidades del sector público, de la obligación de remitir al IESS, entre otros, el valor de los aportes y del fondo de reserva dentro del plazo y condiciones determinadas en la Ley de Seguridad Social, los cuales no serán afectados por ningún funcionario público y por ningún concepto.

La Ley de Seguridad Social en el Art. 275 atribuye al IESS competencia para recaudar el Fondo de Reserva de los empleados, obreros y servidores públicos afiliados al Seguro General Obligatorio, que presten servicios por mas de un (1) año para un mismo empleador de conformidad con lo previsto en el Código del Trabajo y otras leyes sobre la misma materia.

El Art. 282 de la Ley mencionada consigna que la aportación obligatoria del empleador para el Fondo de Reserva, será el equivalente a un mes de remuneración, por cada año completo posterior al primero de sus servicios, conforme lo dispone el Código del Trabajo.

El SRI declaró en comisión de servicios sin remuneración a varios funcionarios para que laboren en la Corporación Aduanera Ecuatoriana por el lapso de dos años, a quienes por tal efecto, se les interrumpió su relación laboral durante el período de la comisión concedida y se suspendieron los beneficios y prestaciones de la institución a la que pertenecen; y por tal motivo, quedaron sujetos a los derechos y beneficios de la institución a la que pasaron a prestar sus servicios, en la especie, la CAE.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, considero que en el caso consultado, le corresponde a la Corporación Aduanera Ecuatoriana asumir el pago del Fondo de Reserva y demás beneficios y prestaciones, a los funcionarios del SRI que laboran en comisión de servicios sin sueldo en esa Corporación.

OF. PGE. N°: 0858, de 29-05-2008

COMISIÓN DE SERVICIO CON REMUNERACIÓN: DIFERENCIA DE SUELDO UNIFICADO

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

CONSULTA:

Si de conformidad con el Art. 119 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, un profesional con cargo de asesor dos, en comisión de servicio con remuneración de la Procuraduría General del Estado, debe ser liquidado al finalizar ésta el 4 de julio de 2008, con el total de la diferencia de la remuneración mensual unificada a cargo de la Secretaría Nacional Anticorrupción.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 31, 32, 48, 119, 123; y, 92 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y

Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el Art. 31 establece la comisión de servicios de los servidores públicos con remuneración; y, en el Art. 32 se reseña la comisión de servicios sin remuneración.

De ahí que, la comisión de servicios es aplicable para todos los casos, con o sin remuneración.

La LOSCCA en el Art. 119 al referirse al pago hasta el último día de mes dispone lo siguiente:

“La remuneración de una persona que estuviere en ejercicio de un puesto, será pagada hasta el último día del mes en que se produzca la separación, cualquiera que fuese la causa de ésta. Por tanto, las remuneraciones no serán fraccionables dentro de un mismo mes entre dos individuos, sino que el servidor cesante percibirá la remuneración íntegra correspondiente al mes en que se produzca la separación. En el caso de los contratos se estará a lo que los mismos estipulen”.

Por su parte, el Art. 123 de la LOSCCA determina que sin perjuicio de lo prescrito en la Constitución Política de la República, a ningún título, ni aún el de contrato, comisión u honorarios, ninguna autoridad, funcionario, servidor o trabajador percibirá dos remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos contemplados en el Art. 101 de dicha Ley con las excepciones consignadas en el Art. 123 *ibídem*.

Cabe destacar que de conformidad con el Art. 92 del Reglamento a la LOSCCA, la cesación de funciones constituye la terminación definitiva de la relación laboral de los servidores públicos con las instituciones y empresas del Estado y se produce en los casos señalados en el Art. 48 de la LOSCCA; y, el Art. 235 del Reglamento en estudio señala que, el pago de las remuneraciones se hará por mensualidades vencidas.

Por lo expuesto, considero que en el caso consultado al tratarse de la terminación de una comisión de servicios con remuneración y no de la cesación de funciones de un servidor que debe reintegrarse a su cargo en la Procuraduría General del Estado, dicho servidor tiene derecho a recibir el proporcional de la diferencia de la remuneración mensual unificada por parte de la Secretaría Nacional Anticorrupción, correspondiente a los días efectivamente laborados, es decir a los cuatro días del mes de julio de 2008.

OF. PGE. N°: 02373, de 13-08-2008

COMITÉ DE CONTRATACIONES: DIETAS DIGNATARIOS Y FUNCIONARIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE MORONA

CONSULTAS:

1. Los dignatarios y funcionarios de los Municipios que integran los comités de contrataciones o comisiones técnicas en los procesos de contratación de su institución tienen derecho a percibir dietas en el monto establecido en el artículo 7 inciso primero del Mandato Constituyente No. 2.

2. Los alcaldes deben ordenar se cancele las dietas a los funcionarios municipales que han sido designados miembros de los comités de contrataciones o comisiones técnicas en los procesos de contratación de los Municipios, según el texto del artículo 7 del Mandato Constituyente No. 2.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No. 2, Arts. 1, 2 lit. c y 7.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Disp.Trans. Primera.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 174.

PRONUNCIAMIENTO:

Previamente es necesario tener presente que la Ley de Contratación Pública que contenía la organización y funcionamiento de los comités de contrataciones fue derogada al expedirse en el Suplemento al Registro Oficial No. 395, de 04 de agosto de 2008, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuya Disposición Transitoria Primera establece que los procedimientos precontractuales iniciados antes de su vigencia, así como la celebración y ejecución de los contratos consiguientes, se sujetarán a lo establecido en la ley anterior hasta en un plazo máximo de sesenta días. A su vez, el Reglamento General a dicha ley, promulgado mediante Decreto Ejecutivo No. 1248, el 08 de Agosto de 2008, publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 399, de igual fecha, en su Disposición Transitoria Tercera establece que en la aplicación de la Disposición Primera Transitoria de la Ley, se entenderá por inicio del proceso la fecha en la cual se haya efectuado la invitación o la convocatoria, según sea el caso, por parte de las entidades contratantes.

En tal virtud, únicamente en los procesos regidos por la Ley de Contratación Pública anterior se seguiría aplicando lo relativo a comités de contrataciones;

y en lo posterior, se deberá tener en cuenta que la nueva ley que contempla únicamente la conformación de comisiones técnicas en los procesos precontractuales.

Con estos antecedentes, atiendo las consultas formuladas en el oficio de la referencia en los siguientes términos:

El artículo 7 del Mandato Constituyente No. 2 establece lo siguiente: "Los dignatarios, magistrados y funcionarios de las entidades e instituciones establecidas en el artículo 2 de este Mandato, que fueren designados para integrar cuerpos colegiados en calidad de vocales, representantes o miembros, tendrán derecho a percibir dietas, las cuales no podrán exceder del cincuenta por ciento (50%) de un salario básico unificado para los trabajadores en general del sector privado, por sesión. Y en ningún caso, sumadas a su remuneración mensual unificada no podrá exceder del máximo establecido en el artículo 1".

A su vez, el literal c) artículo 2 del citado Mandato contempla a las entidades que integran el régimen seccional autónomo entre las instituciones a las que se le aplica dicho Mandato.

Por su parte, el artículo 1 del citado Mandato Constituyente fija como Remuneración Unificada Máxima de los funcionarios y dignatarios públicos, delegados o representantes a los cuerpos colegiados, el valor equivalente a veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado.

Por lo indicado, los dignatarios y funcionarios del Municipio que integran comités de contrataciones, para los procesos que se continuarán rigiendo por la Ley de Contratación Pública durante los 60 días siguientes a la publicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tienen derecho a percibir dietas por sesión, para lo cual, en atención a lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, le corresponde al Consejo fijar las dietas dentro de ese límite y que sumadas a la remuneración de cada dignatario o funcionario, el valor total mensual no supere el límite máximo de veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado.

OF. PGE. N°: 02704, de 26-08-2008

COMITÉ DE CONTRATACIONES: CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DE TRÁMITES PENDIENTES DE PROCESOS PRECONTRACTUALES ANTERIORES - CONTROVERSIAS Y SANCIONES -

ENTIDAD CONSULTANTE: PETROPRODUCCIÓN

CONSULTA:

Si es procedente que el Subgerente de Operaciones en base a la nueva normativa, en consideración al monto como ordenador de gasto pueda conocer y resolver los trámites que quedaron pendientes de decisión del anterior comité de contrataciones, como en el caso del proceso precontractual de Adquisición de Materiales y Equipos para proyectos 3407 "Auca – Shushufindi", que se necesitare declararlo desierto, aspecto contrario a la adjudicación y suscripción del contrato (sic); o, en su defecto, deba conocer el actual Comité de Contrataciones, para lo cual deberá tomarse en cuenta la forma como estuvieron integrados con sus miembros y los montos que antes y hoy les correspondía y corresponde como ordenadores de gasto y como responsables de las adjudicaciones.

PRONUNCIAMIENTO:

Su oficio se refiere a la situación del proceso precontractual de Adquisición de Materiales y Equipos para proyectos 3407 "Auca – Shushufindi". También indica que según el reglamento sustitutivo al Reglamento de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios, de PETROECUADOR y sus empresas filiales el Comité de Contratación tenía una integración diferente y era competente para conocer contratos de cuantías inferiores a las que corresponde al Comité de Contrataciones previsto por el nuevo Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus Empresas Filiales.

También cita el pronunciamiento emitido por esta Procuraduría en Oficio No. 09069, de 17 de marzo de 2008. Es necesario precisar que el mismo se refirió a la normativa aplicable para los contratos suscritos antes de la expedición del nuevo Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, así como al contenido y normativa que rige a los contratos a celebrarse una vez que el nuevo reglamento ya se encontraba vigente. En cambio, la consulta que contesto por el presente tiene relación con el proceso precontractual para la Adquisición de Materiales y Equipos para proyectos 3407

“Auca – Shushufindi”, así como al conocimiento y resolución de los trámites que quedaron pendientes de decisión del anterior Comité de Contrataciones.

Respecto al tema consultado debe tenerse presente que la Primera Disposición Transitoria, contenida en el artículo 53 del Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, publicado en el Registro Oficial No. 194, de 19 de octubre de 2007, ordena que los procesos precontractuales iniciados al amparo del reglamento sustitutivo al Reglamento de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios, de PETROECUADOR y sus empresas filiales, continuarán, hasta su culminación, observando sus disposiciones.

Por lo dicho, el conocimiento y resolución de los trámites que quedaron pendientes o inconclusos al momento de la publicación en el Registro Oficial y vigencia del Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, esto es el 19 de octubre de 2007, concernientes a la etapa precontractual de procesos iniciados antes de esa fecha, deberán someterse al conocimiento del órgano que correspondía e integrado en la forma prevista por el anterior Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios, de PETROECUADOR y sus empresas filiales; lo cual no obsta a que el contenido de tales contratos se someta a la normativa vigente al momento de su celebración, exclusivamente en lo relacionado con la forma de sustanciar las controversias y las sanciones, que se sujetarán a la Ley vigente al momento de celebrar el contrato, conforme se indicó en el pronunciamiento anterior.

OF. PGE. N°: 03009, de 04-09-2008

COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL GUAYAS: CLASIFICACIÓN DE PUESTOS Y ESCALA DE REMUNERACIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: COMISIÓN DE TRÁNSITO DEL GUAYAS, CTG

CONSULTA:

Es procedente que la Comisión de Tránsito del Guayas, CTG, al amparo de las normas jurídicas precitadas, y como persona jurídica de derecho público, descentralizada, con patrimonio propio y con autonomía funcional, administrativa, financiera y presupuestaria, está facultada para aplicar su propio sistema de clasificación de puestos y correlativa escala de remuneraciones.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229.

LOSCCA, Arts. 5 lit. f), 52, 54 y 101 inc. segundo.

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

Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas, Art. 7.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el Art. 5 letra f) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, quienes integran el Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas, no están comprendidos en el servicio civil; y, en el segundo inciso del Art. 101 del Libro II de la misma Ley, relativo a la Unificación y Homologación de las Remuneraciones e Indemnizaciones del Sector Público, establece que se exceptúan del ámbito de su aplicación, entre otros, al Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito de la provincia del Guayas, que se rige por su propia ley.

Dentro de las derogatorias establecidas en la parte final de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, se exceptúan, entre otras, las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con el régimen de remuneraciones del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito de la provincia del Guayas.

La Disposición General Décimo Sexta de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 398 de 7 de agosto del 2008, derogó la Ley Sustitutiva de la Ley de Creación de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas, así como su Reglamento y las demás disposiciones que le otorguen atribuciones y competencias, a excepción de la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito del Guayas, la Ley de Cesantía y Mortuoria para los Empleados Civiles de la Comisión de Tránsito del Guayas y las normas que se refieran a estas dos últimas leyes.

El artículo 7 de la Ley de Personal del Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito de la provincia del Guayas establece que son miembros del Cuerpo de Vigilancia, los egresados de la Escuela de Formación, cuya función específica es dirigir, controlar y organizar el tránsito terrestre en la Provincia del Guayas; y, según el artículo 51 de la misma Ley, sus remuneraciones serán establecidas de acuerdo al presupuesto anual de la Comisión de Tránsito del Guayas.

El segundo inciso del artículo 229 de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, expresa lo siguiente: “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”; y, el numeral 6 del inciso segundo de la Disposición Transitoria Primera de la misma, ordena que en el plazo máximo de 360 días el órgano legislativo deberá aprobar la ley que regule el servicio público.

Por lo expuesto, y hasta que se expida la normativa que regule el servicio público dispuesta en la mencionada Constitución de la República, deberá mantenerse la escala de sueldos adoptada por la Comisión de Tránsito del Guayas, CTG, para el personal civil, sin perjuicio de aplicar las escalas de remuneraciones expedidas por la SENRES; toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 52 y 54 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, es el organismo competente en materia de recursos humanos y remuneraciones de las entidades del sector público señaladas por la referida Ley.

OF. PGE. N°: 04612, de 10-11-2008

COMISIÓN DE SERVICIOS SIN REMUNERACIÓN: NUEVA COMISIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE CUENCA

CONSULTA:

Si es posible que una entidad estatal, pueda conceder una nueva comisión de servicios sin remuneración a un funcionario que ya prestó este tipo de comisión de servicios por dos años, el mismo que al momento se encuentra reintegrado a su puesto original en la entidad a la que pertenece.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 31, 32, 57; y, 62 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 31 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, (LOS-

CCA), al tratar de las comisiones de servicios con remuneración, en la parte pertinente prescribe lo siguiente: “Los servidores públicos podrán prestar servicios en otra entidad del Estado, con su aceptación por escrito, hasta por dos años, por una sola vez, mediante la concesión de comisión de servicios con remuneración. El servidor público en goce de esta comisión tendrá derecho a percibir la remuneración mayor, de entre las dos entidades o al pago de la diferencia entre lo que percibe en la entidad de la que depende y lo presupuestado en la que prestará sus servicios.

La institución en la que originalmente hubiere estado laborando lo declarará en comisión de servicio, por todo el tiempo que dure el desempeño de la nueva función para que fuere designado, que en ningún caso superará el establecido en el inciso anterior”.

Por otro lado el artículo 32 del mismo cuerpo legal señala: “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”.

El Art. 62 del Reglamento de Aplicación a la LOSCCA, establece un principio general de aplicación, obligatoria para las dos clases de comisión de servicio, cuando dispone lo siguiente: “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”.

La Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, de acuerdo a lo previsto en la letra d) del artículo 57 de la LOSCCA tiene la atribución para emitir criterios respecto a los asuntos que le competen, mediante oficio No. SENRES RH-2007- 003990 de 9 de julio de 2007 determino lo siguiente: “No existe prohibición en la Ley, para conceder una nueva comisión de servicios sin remuneración al servidor en la misma Institución, a diferencia de la comisión de servicios con remuneración, que señala para estos casos, que será por una sola vez, entendiéndose en la misma entidad”.

Esta Procuraduría no comparte el criterio expuesto por la SENRES pues tanto para la comisión de servicios con remuneración, como para aquella sin remuneración, el plazo máximo legal y reglamentario es de hasta dos años, enten-

diéndose en ambos casos que se refiere a la prestación de servicios bajo esta modalidad en una misma institución pública, siempre que convenga a los intereses de la entidad concedente de la comisión.

Con fundamento en el análisis precedente, en el caso consultado, se concluye que no es procedente que el servidor declarado en comisión de servicios sin remuneración para que labore en la Municipalidad de Cuenca, por el tiempo máximo de dos años, pueda hacer uso de una nueva comisión de servicios sin remuneración en la misma Municipalidad, por lo cual dicho funcionario público, al haber cumplido el periodo máximo de la comisión de servicios otorgada, deberá reintegrarse a su Institución de origen si más consideración.

OF. PGE. N°: 02293, de 08-08-2008

COMODATO: BIENES INMUEBLES DEL MUNICIPIO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE PUJILÍ

CONSULTA:

Solicita la reconsideración del pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado constante en el oficio No. 008764 de 29 de febrero de 2008, en lo relativo a que el Gobierno Municipal de Pujilí, pueda entregar en comodato a la Escuela Politécnica del Ejército, dos bienes inmuebles de propiedad municipal para el funcionamiento del Centro de Transferencia y Desarrollo Tecnológico que beneficie a los estudiantes de ese cantón.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 16, 249 y 258.

Código Civil, Arts. 2077 y 2080.

Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, Arts. 62 y 101.

PRONUNCIAMIENTO:

El Código Civil en el Art. 2077 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 su uso.

El Art. 2080 *ibídem* expresa que el comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase.

Caso contrario podrá el comodante exigir la indemnización de todo perjuicio y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo.

El Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, en el Art. 62 establece que cuando dos personas jurídicas distintas pertenecientes al sector público, quisieren que una de ellas entregue a la otra, especies, bienes muebles o inmuebles, podrán celebrar un contrato de comodato o préstamo de uso, sujetándose a las normas especiales propias de esta clase de contrato.

El Art. 101 del Reglamento General citado, señala que sus normas se aplicarán supletoriamente para los bienes de las municipalidades, de sus empresas y de los consejos provinciales y sus empresas, en lo que no se opongan a las leyes orgánicas de Régimen Municipal y Provincial respectivamente.

Del oficio No. 39- CMP- PS- 2008 de 7 de mayo de 2008 se determina que el Concejo Municipal en ejercicio de su autonomía en sesión ordinaria de 12 de mayo de 2008, (fecha que cronológicamente no es coherente con la que consta en este oficio) resolvió por unanimidad que la Hostería el Capulí y el Centro Turístico Sinchaguasín de conformidad con el Art. 258 en concordancia con el Art. 249 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal cambiar estos inmuebles a la categoría de bienes de dominio privado a bienes de servicio público, por cuanto fueron creados con interés social. Esta Resolución fue adoptada con posterioridad al pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado del oficio No. 008764 de 29 de febrero de 2008.

El Art. 16 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone que las municipalidades son autónomas y ninguna Función del Estado ni autoridad extraña a la municipalidad podrá interferir su administración propia estándoles especialmente prohibido entre otras en el ordinal 2º. Derogar, reformar o suspender la ejecución de las ordenanzas, reglamentos, resoluciones o acuerdos de las autoridades municipales; y, en el ordinal 11º. Interferir o perturbar el ejercicio de las atribuciones que le concede esa Ley.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede y una vez que se cambió la categoría de los bienes de dominio privado a bienes de servicio público, considero procedente que la Municipalidad de Pujilí celebre un contrato de comodato con la Escuela Politécnica del Ejército- ESPE- para la entrega de dos bienes inmuebles de propiedad de esa Municipalidad para la creación y funcionamiento de un Centro de Transferencia y Desarrollo Tecnológico que beneficie a los estudiantes de ese cantón.

En estos términos queda reconsiderado la parte pertinente del pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado constante en el oficio No. 008764 de 29 de febrero de 2008.

OF. PGE. N°: 01582, de 01-07-2008

COMODATO: BIEN INMUEBLE MUNICIPAL A FAVOR DE LIGA DEPORTIVA CANTONAL

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE PUJILI

CONSULTA:

Respecto a la procedencia y legalidad que la Municipalidad del Cantón Pujilí entregue en comodato a favor de la Liga Deportiva Cantonal de Pujilí, las piscinas del complejo turístico Sinchaguasin de propiedad municipal, que se constituye en un bien de servicio público para que ese inmueble siga ofreciendo este servicio recreacional y educativo a esa población.

BASES LEGALES:

Código Civil, Arts. 2077 y 2080.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 14, 15 y 16.

Ley de Cultura Física, Deportes y Recreación, Arts. 4 y 40.

Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, Arts. 63 y 101.

PRONUNCIAMIENTO:

El Código Civil en el Art. 2077 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 su uso.

El Art. 2080 *ibídem* expresa que el comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase. Caso contrario podrá el comodante exigir la indemnización de todo perjuicio y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo.

El Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, en el Art. 63 norma que se podrá celebrar contrato de comodato entre entidades y organismos del sector público y personas jurídicas

del sector privado, siempre que aquel contrato se relacione con una mejor prestación de un servicio público, favorezca el interés social, se establezcan las correspondientes garantías y esté debidamente autorizado por la máxima autoridad de la entidad de acuerdo con la ley y ese reglamento.

El Art. 101 del Reglamento General en estudio señala que sus normas se aplicarán supletoriamente para los bienes de las municipalidades, de sus empresas y de los consejos provinciales y sus empresas, en lo que no se opongan a las leyes orgánicas de Régimen Municipal y Provincial respectivamente.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal en el Art. 14 entre las funciones primordiales del municipio, en el apartado 15^º. le asigna el promover y apoyar el desarrollo cultural, artístico, deportivo y recreacional, para lo cual podrá coordinar con instituciones públicas o privadas afines.

El Art. 16 de la referida Ley Orgánica dispone que las municipalidades son autónomas y ninguna Función del Estado ni autoridad extraña a la municipalidad podrá interferir su administración propia estándoles especialmente prohibido entre otras en el ordinal 11^º. Interferir o perturbar el ejercicio de las atribuciones que le concede esa Ley.

La Ley de Cultura Física, Deportes y Recreación, en el Art. 4 determina que la Secretaría Nacional de Cultura Física, Deportes y Recreación es una entidad de derecho público; y, que los demás organismos establecidos en esa Ley son entidades de derecho privado sin fines de lucro, con objetivos sociales y que gozan de autonomía administrativa, técnica y económica, que se rigen por ese cuerpo legal, por sus estatutos y su reglamento.

El Art. 40 de la Ley de Cultura Física mencionada, expresa que las ligas deportivas cantonales son los organismos que con personería jurídica y dentro de sus respectivas jurisdicciones, tendrán las atribuciones que les otorguen sus estatutos.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede considero procedente que la Municipalidad de Pujilí celebre un contrato de comodato con la Liga Deportiva Cantonal de Pujilí para la entrega de las piscinas del Complejo Turístico Sinchaguasin, siempre que dicho contrato se relacione con una mejor prestación de servicio público y favorezca el interés social.

OF. PGE. N°: 03224, de 11-09-2008

COMODATO: BIENES MUEBLES E INMUEBLES A ESCUELA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE EL TAMBO

CONSULTA:

Si es procedente que el Municipio de El Tambo entregue en comodato propiedades a favor del Colegio Particular Guadalupe Larriva.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 26, 345, 347 y 348.
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 12.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 26 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que la educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir.

De acuerdo con el artículo 345 de la citada Constitución, la educación como servicio público, se prestará a través de instituciones públicas, fiscomisionales y particulares.

Según el artículo 347 de la Carta Constitucional es responsabilidad del Estado, fortalecer la educación pública y la coeducación; asegurar el mejoramiento permanente de la calidad, la ampliación de la cobertura, la infraestructura física y el equipamiento necesario de las instituciones educativas públicas.

Por su parte el artículo 348 *ibidem* señala que la educación pública será gratuita y el Estado la financiará de manera oportuna, regular y suficiente. Agrega, que 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, y estén debidamente calificadas, de acuerdo con la ley, especificando que las instituciones educativas que reciban financiamiento público no tendrán fines de lucro.

El artículo 12 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, establece que en forma complementaria y sólo en la medida que lo permitan sus recursos, el municipio podrá cooperar con otros niveles gubernativos en el desarrollo y mejoramiento de la cultura, la educación y la asistencia social.

Por su parte el artículo 145 de la citada ley orgánica señala que las funciones que en los ramos de higiene y asistencia social y educación y cultura se asignan a la administración municipal, se cumplirán en la medida en que los recursos financieros lo permitan y una vez que se hubieren adoptado las medidas necesarias para atender a los demás ramos determinados en este Capítulo y, por tanto, para satisfacer los fines esenciales del municipio, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución de la República.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede considero que, procede la entrega en comodato de bienes muebles e inmuebles de propiedad municipal, únicamente a escuelas y colegios públicos, no siendo procedente dicha entrega a entidades educativas privadas, como es el caso del Colegio Particular Guadalupe Larriva, institución educativa que por su naturaleza persigue fines de lucro.

OF. PGE. N°: 05473, de 22-12-2008

COMODATO: CENTRO ARTESANAL ECOLÓGICO Y TURÍSTICO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE GALÁPAGOS

CONSULTA:

Si el Gobierno Provincial de Galápagos puede entregar en comodato el Centro Artesanal Ecológico y Turístico CHATAM a la Asociación Interprofesional de Maestros Operarios del Cantón San Cristóbal.

BASES LEGALES:

Código Civil, Arts. 2077 y 2080.

Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, Art. 63.

PRONUNCIAMIENTO:

El Código Civil en el Art. 2077 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.

El Art. 2080 ibídem establece que el comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de

su clase; en el caso de contravención, podrá el comodante exigir la indemnización de todo perjuicio y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo.

El Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, en el Art. 63 expresa que se podrá celebrar contrato de comodato entre entidades y organismos del sector público y personas jurídicas del sector privado que por delegación o concesión realizada de acuerdo con la ley, presten servicios públicos, siempre que dicho contrato se relacione con una mejor prestación de un servicio público, 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 dicho reglamento.

En el caso consultado, el Consejo Provincial de Galápagos celebró con el INGALA un contrato de comodato con el exclusivo propósito de desarrollar el Centro Artesanal Ecológico y Turístico CHATAM, que fue construido con recursos públicos, no estando autorizado por el comodante para celebrar otro comodato con personas jurídicas del sector privado tanto mas cuanto que, en la especie, se trata de una Asociación de carácter privado que no presta un servicio público por delegación o concesión, o que favorezca el interés social.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, considero que el Consejo Provincial de Galápagos no puede entregar en comodato el Centro Artesanal Ecológico y Turístico CHATAM a la Asociación Interprofesional de Maestros Operarios del Cantón San Cristóbal.

OF. PGE. N°: 0476, de 13-05-2008

COMODATO: RESTITUCIÓN DE BIENES INMUEBLES

ENTIDAD CONSULTANTE: AUTORIDAD PORTUARIA DE ESMERALDAS

CONSULTAS:

1. Puede Autoridad Portuaria de Esmeraldas, solicitar la restitución inmediata de los terrenos otorgados en comodato al Ministerio de Finanzas y Crédito Público, para el cumplimiento de la función aduanera de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 2080 del Código Civil; y,

2. Deben los Comodatarios restituir a la Comodante los terrenos que por Contrato se les asigna en uso gratuito, de conformidad con lo que determina la última parte de la cláusula Tercera del Contrato de Comodato.

BASES LEGALES:

Código Civil de 1970, Arts. 2104, 2107 y 2110 num. 3.

Código Civil, Art. 2077, 2080 y 2083.

PRONUNCIAMIENTO:

De la documentación que ha sido adjuntada al oficio de la consulta, se desprende que la escritura pública que contiene el contrato de comodato entre la Autoridad Portuaria de Esmeraldas y el Ministerio de Finanzas y Crédito Público, fue suscrita el 13 de marzo de 1979, en tal virtud, es menester aplicar la legislación vigente a la fecha de dicha celebración.

El libro IV del Código Civil de 1970, dispone en su Art. 2104, (actual 2077) que el Comodato o préstamo de uso es 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.

De conformidad con el Art. 2107 (actual 2080) del mencionado Código, el comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de los de su clase; y agrega, que en el caso de contravención, podrá el comodante exigir la indemnización de todo perjuicio y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo.

El número 3 del Art. 2110 (actual 2083) del Código Civil en mención, dispone que el comodatario está obligado a restituir la cosa prestada, en el tiempo convenido; o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada; pero que podrá exigirse la restitución aún antes del tiempo estipulado, entre otros casos, si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa.

Por su parte, la Cláusula Tercera del Contrato de Comodato, materia de la presente consulta, dispone que Autoridad Portuaria de Esmeraldas, entrega en comodato o préstamo de uso al Ministerio de Finanzas y Crédito Público para el cumplimiento de la función Aduanera, un área de terreno de diez y ocho mil quinientos ochenta metros cuadrados, para que construyan los edificios y efectúen las adecuaciones e instalaciones necesarias para la realización de sus funciones públicas señaladas por las Leyes; y, agrega que APE "se reserva la pro-

riedad y el dominio sobre el área de terreno antes descrito de tal manera que si con el transcurso del tiempo variase el sistema legal portuario y/o aduanero y no le fuere indispensable o necesaria la utilización por parte de las Aduanas de las instalaciones a constituirse en el área de terreno asignada en Comodato, deberán los Comodatarios restituir a la Comodante los terrenos que por este contrato se les asigna en uso gratuito, debiendo pagar APE el justo precio que tuviesen a la fecha de la restitución los bienes e instalaciones que por formar parte inseparable del predio no le fuere factible a las Aduanas retirarla. Si por los intereses del Servicio Público los contratantes establecieren que es necesario restituir a APE, el área de terreno materia de este contrato, podrá efectuarse en cualquier tiempo la referida restitución en las mismas condiciones que antes se señalan”.

La Cláusula Cuarta del referido contrato, dispone que se deja constancia que si el Ministerio de Finanzas no iniciara la construcción de las edificaciones e instalaciones para la función aduanera en el plazo de seis meses, a partir de la fecha de suscripción del presente contrato está obligado a restituir a la APE el área de terreno asignado.

La Cláusula Quinta del documento en mención, establece que la APE es responsable de la administración y mantenimiento del Terminal Marítimo y que en consecuencia se establece que las edificaciones, instalaciones y otros que construya el Ministerio de Finanzas para función aduanera el terreno asignado con sus propios fondos requerirá la autorización y aprobación previas de APE, antes de la iniciación de los trabajos; mientras que la Cláusula Sexta dispone que el plazo de duración de dicho contrato será determinado por el tiempo de vigencia del sistema legal y administrativo existiendo tanto para el Comodante como para el Comodatario.

Finalmente, la Cláusula Séptima, prohíbe expresamente que el Comodatario ceda o traspase total o parcialmente los terrenos e instalaciones a otra dependencia pública o privada o destinar a uso que no esté relacionado con funciones específicas, pudiendo cesar esta prohibición por razones de servicio público de conformidad con la Ley.

De la documentación que ha sido adjuntada al oficio de consulta, se desprende que fueron contravenidas las cláusulas del Contrato de Comodato celebrado entre la APE y el Ministerio de Finanzas, ya que, el actual ocupante del terreno, el SRI, no cumple con las funciones aduaneras.

De lo expuesto, en contestación a las preguntas planteadas, considero que Autoridad Portuaria de Esmeraldas, está en la obligación de solicitar la restitución inmediata de los terrenos otorgados en comodato al Ministerio de Finanzas, y en tal virtud, los comodatarios deben restituir al comodante los inmuebles en mención, en aplicación del Art. 2110 número 3 del Libro Cuarto del Código Civil de 1970, vigente a la fecha de celebración del contrato, (actual 2080) toda vez que ha terminado el servicio para el cual fue prestada la cosa. El comodante reconocerá el valor de las edificaciones construidas por el comodatario, que por formar parte del terreno no fuere posible retirarlas.

OF. PGE. N°: 03935, de 02-10-2008

COMPAÑÍAS CONSULTORAS DEL ECUADOR: APORTE DEL 20% DEL FONDO DE CONSULTORÍA

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA TÉCNICA DEL COMITÉ DE CONSULTORÍA

CONSULTA:

Es procedente que la Secretaría Técnica del Comité de Consultoría siga entregando el 20% del Fondo de Consultoría a la Asociación de Compañías Consultoras del Ecuador (ACCE), considerando que esta Asociación es de carácter estrictamente privado.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Disp. Trans. Séptima y Octava.

Ley de Consultoría (derogada), Arts. 12 lit. b) y c), 19, 20 y 37 .

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 19 de la derogada Codificación de la Ley de Consultoría, determinaba que para asegurar el cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajere a favor de terceros, relacionados con el contrato, la persona natural o jurídica que contrate servicios de consultoría con el sector público, rendirá una de las siguientes garantías por un monto equivalente al 5% del valor del contrato; a párrafo seguido, esa misma norma enumeraba el tipo de garantía que podía entregarse para afianzar tales obligaciones (depósito en efectivo, pólizas de seguros, títulos valor negociables, hipotecas, etc.).

El artículo 20 de la mencionada Codificación derogada, establecía que en los contratos de consultoría a los que se referían los literales b) y c) del artículo 12 de esa Codificación, la entidad u organismo contratante, debía retener el 5% de los pagos en dólares de los Estados Unidos de América que hacía al contratista por cuenta del contrato excluyendo los costos reembolsables respecto de los cuales el consultor no recibía o haya deducido honorarios, y depositarlos a nombre del contratista en el Fondo de Consultoría, en una cuenta especial; en tanto que, el artículo 37 de la mencionada Codificación derogada, disponía que del cinco por mil de cada contrato de consultoría que suscribía el sector público, de las cuantías que establecían los literales b) y c) del artículo 12 de esa Codificación, el 20% de ese aporte le correspondía a la Asociación de Compañías Consultoras del Ecuador.

La vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en sus Disposiciones Transitorias Séptima, establece los recursos que estuvieron previstos en el artículo 37 de la Ley de Consultoría, serán administrados por el Instituto Nacional de Contratación Pública, y modernización de la consultaría nacional, especialmente en las áreas de capacitación del personal técnico dedicado al servicio de la consultoría y a la promoción de las actividades de investigación al servicio de consultaría.

La mencionada Ley Orgánica en sus Disposiciones Transitorias Cuarta y Décima determina que una vez que la Secretaría del Comité de Consultoría, en el plazo de quince (15) días contados a partir de la vigencia de esta Ley, traspase al Instituto Nacional de Contratación Pública las bases de datos existentes en el Registro de Consultaría y toda la información documental y archivos a su cargo; tanto la Secretaría Técnica del Comité de Consultoría como el Comité de Consultoría se extinguirán.

La mencionada Ley Orgánica, en su Disposición Transitoria Octava señala que los recursos que estuvieron previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley de Consultoría “serán administrados por el Instituto Nacional de Contratación Pública y serán devueltos a los consultores incluidos los intereses que se generen, siguiendo para el efecto lo estipulado en los respectivos contratos de consultoría. El rendimiento de los recursos previstos en esta disposición será igual al de la tasa de interés pasiva para depósitos monetarios fijada por el Banco Central del Ecuador”.

Atento al contenido de las vigentes disposiciones legales de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se concluye que una vez que el

Instituto Nacional de Contratación Pública cuente con las bases de datos, la información documental y archivos existentes en el Registro de Consultoría, deberá devolver a los consultores lo estipulado en los respectivos contratos de consultoría.

En lo relacionado con el aporte para la Asociación de Compañías Consultoras del Ecuador (ACCE), éste dejó de tener vigencia a partir de la excepción de la Ley Orgánica citada, y los fondos que correspondan a esa contribución deberán ingresar al Instituto Nacional de Contratación para fines previstos en la misma Ley.

OF. PGE. N°: 02740, de 26-08-2008

CONADIS: EXONERACIÓN DE TRIBUTOS DE VEHÍCULOS ORTOPÉDICOS PARA DISCAPACITADOS

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDADES, CONADIS

CONSULTA:

Respecto a la vigencia, aplicación y exigibilidad del Art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades Codificada publicada en el Registro Oficial No. 250 de 13 de abril de 2006.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 119, 163 y 272.
Codificación a la Ley Orgánica de Aduanas, Art. 27 lit. i).
Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades, Art. 23 lit. b).

PRONUNCIAMIENTO:

El pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado del oficio No. 01421, se fundamentó entre otros argumentos jurídicos, en el Art. 27 letra i) de la Codificación a la Ley Orgánica de Aduanas que exonera del pago de tributos al comercio exterior excepto las tasas por servicios aduaneros, entre otros a los vehículos ortopédicos, no reconociéndose otras exoneraciones; y, que cualquier exención o dispensa determinada en otras leyes generales o especiales, no serán aplicables en la liquidación de los tributos al comercio exterior.

Se analizó el Art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades

Codificada, publicada en el Registro Oficial No. 250 de 13 de abril de 2006, que contraviene el Art. 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, y lo dispuesto en el Art. 50 inciso primero de la vigente Ley de Tránsito y Transporte Terrestres, normativa legal coherente con el Art. 53 de la Constitución Política de la República que consagra las garantías del Estado a favor de las personas con discapacidad, reconociéndole entre otros beneficios, el tratamiento preferente en la obtención de créditos, exenciones y rebajas tributarias de conformidad con la ley.

Lo previsto en el Art. 23 letra b) de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades Codificada, no implica que el vehículo exonerado no tenga características ortopédicas; por tanto, no es pertinente argumentar que el vehículo importado con exoneración tributaria, sea de aquellos destinados al uso de personas sin discapacidad, o que no tenga características especiales u ortopédicas.

En consideración a los principios de los artículos 163 y 272 de la Constitución Política de la República analizados en el oficio No. 01421 de 23 de junio de 2008, la Procuraduría General del Estado se pronunció respecto a que el Art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades Codificada, es inadmisibles y carece de efecto jurídico por contradecir normas jurídicas superiores.

Se reiteraba que, el vehículo importado con exoneración tributaria debe tener características ortopédicas especiales pues de lo contrario, no se justificaría tal exención de impuestos.

Respecto a las discrepancias entre las facultades y competencias de la Corporación Aduanera Ecuatoriana y el CONADIS, si bien corresponde a ese Consejo analizar las solicitudes que le presenten para emitir su pronunciamiento, corresponde a la CAE verificar con el CONADIS que el vehículo a importarse cumpla con las condiciones del año de fabricación permitido y que posea las características ortopédicas que justifiquen la exoneración tributaria, sujetándose al precepto del Art. 119 de la Constitución Política de la República, que consagra el deber de las instituciones de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.

Por lo expuesto, al no haber variado los fundamentos jurídicos señalados en el oficio No.01421 de 23 de junio de 2008, lo ratifico en todas sus partes.

OF. PGE. N°: 02205, de 04-08-2008

CONARTEL: MIEMBROS ACTIVOS DEL CONSEJO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE
RADIODIFUSIÓN Y TELEVISIÓN, CONARTEL

CONSULTA:

Sobre la aplicación del Art. 5-B de la Ley de Radiodifusión y Televisión que contraviene el alcance del Art. 232 y de la Disposición Derogatoria de la Constitución de la República del Ecuador, para determinar si los representantes de la radiodifusión y televisión pueden ser miembros activos del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, considerando que este es el órgano de regulación y control que tiene a su cargo las decisiones y resoluciones vinculadas con la concesión o negativa de frecuencias de radiodifusión o canales de televisión u otros medios, en los que podrían tener interés dichos miembros respecto a las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a intereses de terceros que los tengan.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 232, 424, 425, 426 y 429.
Constitución Política de la República, (derogado), Arts. 118 y 123.
Ley Reformatoria a la Ley de Radiodifusión y Televisión, 5 Art. Innum. Tít. I-A.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley sin número, Reformatoria a la Ley de Radiodifusión y Televisión publicada en el Registro Oficial No. 691 de 9 de mayo de 1995, en el segundo artículo innumerado del Título "De los Organismos de Radiodifusión y Televisión", agregado a continuación del artículo 5 de la mencionada Ley, determina que el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión es un organismo autónomo de derecho público, con personería jurídica, con sede en la Capital de la República, integrado por varios miembros, entre otros en la letra e) por el Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Radio y Televisión (AER); y, en la letra i) por el Presidente de la Asociación de Canales de Televisión del Ecuador (ACTVE), quienes serán subrogados por quien corresponda según sus normas estatutarias.

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada en el Referéndum de 28 de septiembre de 2008, vigente desde el 20 de octubre de 2008, fecha de su publicación en el Registro Oficial No. 449, en el Art. 232 imperativamente dispone que no podrán ser funcionarias ni funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación,

quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan; y añade, que las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios.

En similares términos constaba en el Art. 123 de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial número uno del once de agosto de 1998, derogada por la Disposición Derogatoria de la Constitución vigente desde el 20 de octubre de 2008, así como toda norma contraria a esta Constitución, permaneciendo vigente el resto del ordenamiento jurídico en cuanto no contradiga a la Constitución.

La Constitución de la República del Ecuador en estudio, en el Art. 424 dispone que la Constitución es la norma suprema, prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico y que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; y, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

El Art. 425 consigna el orden jerárquico de aplicación de las normas; y, el Art. 426 expresa que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Con los antecedentes y fundamentos jurídicos señalados se determina que la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 20 de octubre de 2008, prevalece sobre otra norma del ordenamiento jurídico, en la especie la Ley de Radiodifusión y Televisión, incluyendo el artículo agregado materia de esta consulta.

Por lo expuesto, considero que el Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Radio y Televisión (AER) y el Presidente de la Asociación de Canales de Televisión del Ecuador (ACTVE) o quienes les subroguen, no pueden ser miembros activos del Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, CONARTEL.

Se aclara que el presente pronunciamiento no constituye interpretación de la Constitución Política de la República expedida en el año 1998, que era facultad privativa del Congreso Nacional; igualmente, no implica interpretar la actual Constitución de la República del Ecuador, atribución conferida a la Corte Constitucional por el Art. 429 de la Constitución vigente.

OF. PGE. N°: 04581, de 07-11-2008

CONCEJAL: LICENCIA SIN SUELDO A DIGNATARIO DE ELECCIÓN POPULAR – PROFESORA - DIRECTORA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE JIPIJÁPA

CONSULTA:

..Si la señora Lcda. Norma Libertad Nieto Velásquez de Castro, tiene o no impedimento alguno, para ejercer sus funciones como CONCEJAL DEL CANTON JIPIJAPA, por el hecho de ser DIRECTORA – PROFESORA DE LA ESCUELA FISCAL, ELEODORO GONZÁLEZ CAÑARTE, en la ciudad de Jipijapa, Cantón del mismo nombre en la provincia de Manabí, como se demuestra con la copia de su nombramiento.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 101 num. 2.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 30.

Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, Arts. 12, 18; y, 37, 88, 89 de su Reglamento.

Reglamento a la Ley de Educación, Art. 77.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el número 2 del Art. 101 de la Constitución Política de la República, no podrán ser candidatos a dignidad alguna de elección popular: 2. Los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción, y los de período fijo, a menos que hayan renunciado con anterioridad a la fecha de la inscripción de su candidatura.

Por su parte, el segundo inciso del numeral en mención, agrega que los demás servidores públicos podrán ser candidatos y gozarán de licencia sin sueldo desde la fecha de inscripción de sus candidaturas; y de ser elegidos, mientras ejerzan sus funciones; mientras que el inciso tercero expresa que los docentes universitarios no requerirán de licencia para ser candidatos y ejercer la dignidad.

De acuerdo con el Art. 30 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la función de concejal, es obligatoria e irrenunciable.

En conformidad con lo dispuesto en el Art. 12 de la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, la carrera docente comprende el servicio docente y el servicio técnico docente; y, dentro de los primeros, se encuentran los profesores, administradores y supervisores.

Según el Art. 18 de la mencionada Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, el ejercicio de la docencia en los niveles pre-primario, primario y medio y de las funciones técnico-docentes en las Direcciones Provinciales y el Ministerio de Educación y Cultura, se regulará en el reglamento de esa Ley.

El inciso segundo del Art. 37 del Reglamento a la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio, dispone que las personas que desempeñan los “cargos” de rector, vicerrector, inspector general y subinspector de los colegios, director y subdirector de escuela y “directores” y subdirectores de redes de los establecimientos de educación fiscal en todas las modalidades y niveles, durarán cuatro años en estas funciones y podrán ser reelegidos inmediatamente por una sola vez para estos cargos.

El Art. 88 del citado Reglamento, por el cual se jerarquiza las funciones del sistema educativo, indica que los directores de educación primaria tienen la calidad de “Docentes Administrativos”.

En el Art. 89 del mismo Reglamento, por el cual se regulan las funciones de los profesionales de la educación, se los clasifica en profesionales para el servicio docente; y, profesionales para el Servicio Técnico Administrativo; y, dentro de los primeros, se ubica al Nivel Primario, conformado entre otros, por los Directores de Escuela.

Téngase en cuenta además, que de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 77 del Reglamento a la Ley de Educación, el director de escuela del nivel primario es la primera autoridad y el representante oficial del establecimiento.

De las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que han sido invocadas, se concluye que el Director de Escuela es la primera autoridad de ese establecimiento que ejerce dentro de la estructura profesional educativa, un cargo de docente administrativo; y, en tal virtud, en el caso materia de esta consulta, la Directora de la Escuela Fiscal Eleodoro Gonzáles Cañarte, del cantón Jipijapa, debe solicitar la licencia sin sueldo para ejercer la dignidad de concejal de la Municipalidad del mismo nombre.

Consecuentemente, el pronunciamiento contenido en el oficio No. 14385 de 25 de enero de 2005, invocado en el oficio que contesto, no es aplicable al tema planteado en su consulta.

OF. PGE. N°: 02329, de 11-08-2008

CONCEJAL: LICENCIA SIN REMUNERACIÓN - REINTEGRO DE FUNCIONES -

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE BAÑOS DE AGUA SANTA

CONSULTA:

Si un concejal elegido por el periodo de cuatro años desde el 5 de enero de 2007 hasta el 5 de enero de 2011, que con anterioridad a dicha elección se desempeñaba como funcionario público de carrera, y una vez cumplidos los dos años del periodo para el que fue designado, puede o no retornar al cargo público de carrera presentando la excusa de concejal.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 101 num. 2 inc. segundo.
Reglamento General de la Ley Orgánica de Elecciones, Art. 27.
Reglamento a la LOSCCA, Art. 52.

PRONUNCIAMIENTO:

Esta Procuraduría con oficio No. 01971 de 21 de julio de 2008, requirió el criterio jurídico del Tribunal Supremo Electoral respecto del tema consultado, lo cual fue atendido con el oficio No. 543- P- JAC- TSE- 2008 de 29 de agosto de 2008.

La Constitución Política de la República, en el Art. 101, entre las inhabilidades para ser candidato a una dignidad de elección popular, en el número 2 inciso segundo señala que los servidores públicos podrán ser candidatos y gozarán de licencia sin sueldo desde la fecha de inscripción de sus candidaturas; y, de ser elegidos, mientras ejerzan sus funciones.

El Reglamento General de la Ley Orgánica de Elecciones, en el Art. 27 determina que los servidores públicos que no sean de libre nombramiento y remoción podrán ser candidatos y gozarán de licencia sin sueldo, que se concederá automáticamente, desde la fecha de inscripción de su candidatura hasta la proclamación de resultados; y, en el caso de ser electos, mientras dure el ejercicio de las funciones.

El Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el Art. 52 dispone que se concederá licencia sin remuneración, al servidor público que participe como candidato de elección popular, desde el día de la ins-

cripción de la candidatura hasta el día de la proclamación de los resultados oficiales; en caso de ser electo el servidor continuará en el ejercicio de esta licencia hasta que finalice sus funciones; y, previa la legalización de esta licencia, el servidor en el término de tres días presentará a la UARHs, la certificación de su participación como candidato; igualmente si es electo.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, y en atención a los términos de su consulta, considero que el concejal que haya concluido sus funciones y que antes de ser elegido para tal dignidad era servidor público de carrera, tiene derecho a reintegrarse a su cargo en la institución que le concedió la licencia sin remuneración.

OF. PGE. N°: 03248, de 12-09-2008

CONCEJALES: VIÁTICOS DENTRO Y FUERA DEL PAÍS POR CAPACITACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE SUCÚA

CONSULTA:

Tienen derecho los Concejales del Ilustre Municipio del Cantón Sucúa a capacitarse y por lo tanto tienen derecho a percibir viáticos, subsistencias y gastos de viaje, inscripciones y costos de cursos o talleres relacionados con sus funciones de concejales sea dentro o fuera del país.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 23 num. 3 y 228.
Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 41 num. 2 .

PRONUNCIAMIENTO:

El numeral 2 del artículo 41 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, prohíbe a los concejales percibir, directa o indirectamente, cantidad alguna de los fondos municipales, en cualquier forma que fuere, con la única excepción de la correspondiente a viáticos o gastos de viaje.

Se entiende por tanto, que lo correspondiente a viáticos o gastos de viaje se refiere al cumplimiento de las funciones propias del Concejo Cantonal y de los Concejales.

El Art. 228 de la Constitución Política de la República, establece la plena autonomía de los gobiernos seccionales; en concordancia con el Art. 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que expresa, que “El municipio es la sociedad política autónoma subordinada al orden jurídico constitucional del Estado....”.

El numeral 3 del Art. 23 de la misma Constitución Política de la República, determina la igualdad ante la ley, y que todas las personas serán consideradas iguales y gozará de los mismos derechos, libertades y oportunidades; entre los que estaría el derecho a capacitarse por parte de los concejales.

Siempre que los cursos o talleres se encuentren relacionados directamente con las funciones propias de concejales y de la Municipalidad, los señores Concejales tendrían derecho a percibir viáticos, subsistencias, gastos de viaje, inscripciones y costos de cursos o talleres, decisión que deberá ser tomada por el Concejo Municipal y siempre y cuando exista los recursos económicos y la partida presupuestaria correspondiente.

OF. PGE. N°: 0217, de 05-05-2008

CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO: LICITACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA, CAE

CONSULTAS:

1. Debe el ANTEPROYECTO al que se refiere el artículo 159, primer inciso, del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado (RLME), contener toda la información que detalla el artículo 157 de ese mismo Reglamento, el cual regula el contenido de las bases de una licitación.

2. Es indispensable la existencia del referido ANTEPROYECTO para que una institución del Estado como la CAE pueda dar inicio al proceso de PRECALIFICACIÓN de oferentes que participarán en un proceso de licitación para la concesión de un servicio público, con arreglo al segundo inciso del artículo 159 del RLME.

BASES LEGALES:

Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, Arts. 155, 156, 157 y 159.

PRONUNCIAMIENTOS:

De conformidad con el Art. 155 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado, cuando la más alta autoridad del organismo o entidad del sector público resolviera que una obra o servicio público sea prestado o asumido por el sector privado mediante la modalidad de concesión de uso, de servicio público o de obra pública, o la combinación de éstas, deberá ceñirse al procedimiento establecido en este Capítulo, salvo los casos de excepción previstos en ese Reglamento.

El Art. 156 del Reglamento en mención, dispone que en forma previa a convocar a la licitación, las bases serán aprobadas por el máximo organismo o autoridad del ente convocante y de ser del caso, deberán contar y acreditar la aprobación del Ministerio competente; y, si procede, de la Contraloría General del Estado. Por su parte, el Art. 157 del referido Reglamento, señala los puntos que deben contener las bases.

De acuerdo con el primer inciso del Art. 159 del Reglamento en estudio, antes de la convocatoria a licitación pública nacional o internacional, el concedente podrá efectuar un llamado a personas naturales o jurídicas o consorcios de ellas, sobre la base de un anteproyecto de obras e inversión, cuando esta tenga condiciones especiales de magnitud, complejidad o costo; mientras que su último inciso establece que las personas naturales o jurídicas precalificadas podrán efectuar consultas de carácter aclaratorio y proponer modificaciones del anteproyecto hasta antes del llamado a licitación; y agrega, que las bases de licitación, en este caso solo serán notificadas, por escrito a los precalificados.

Según el diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, año 2001, pág. 163, el término "Anteproyecto" tiene el siguiente significado etimológico: "Conjunto de trabajos preliminares para redactar el proyecto de una obra de arquitectura o de ingeniería..." .

Sobre este mismo término, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, 25 Edición, Tomo I, pág. 305, indica lo siguiente: "Anteproyecto. Trabajos preliminares para redactar el proyecto (v.) de una obra. II Estudio de la posibilidad y conveniencia del propósito, que se proyecta luego definitivamente y con detenimiento..." .

En conformidad con lo expuesto y en atención a su primera consulta, se concluye que el anteproyecto de obras e inversión materia de esta consulta, no requiere contar con los presupuestos o requisitos para las bases de la licitación con-

templados en el artículo 157 del Reglamento a la Ley de Modernización del Estado.

Respecto a la segunda consulta, no obstante que de acuerdo con el inciso primero del artículo 159 del Reglamento a la mencionada Ley, es facultativo del concedente efectuar el llamado a personas naturales o jurídicas o consorcios de ellas, a través de un anteproyecto, cuando las obras e inversión a licitarse tengan “condiciones especiales de magnitud, complejidad o costo”, esta Procuraduría considera procedente que exista en todo proceso de concesión, y en particular, en el que motiva esta consulta, un anteproyecto en el cual se describa con claridad las condiciones que deben cumplir los oferentes para la realización de la obra o servicio a concesionarse.

OF. PGE. N°: 01148, de 10-06-2008

CONCURSO PÚBLICO DE OFERTAS: MONTOS DE LOS PROCEDIMIENTOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE ESPEJO

CONSULTA:

Respecto al valor que se debe considerar para calcular los montos de los procedimientos previstos en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, esto es, sobre USD 15.817'954.065,06 que es el Presupuesto General del Estado, o sobre USD 10.357'650.000,00 que es el Presupuesto del Gobierno Central, mismos que están publicados en el R.O. Edición Especial No.46 de 21 de abril del 2008.

BASES LEGALES:

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

Codificación a la Ley de Contratación Pública, Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

En aplicación de los artículos 3 y 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que establecen la competencia de esta Institución de Control en lo referente a la absolución de consultas se emitió la Resolución No.017 de 29 de mayo de 2007, que consta publicada en el Registro Oficial #102 de 11 de junio del mismo año y cuyas disposiciones seña-

la que se deberá acompañar, en texto aparte, el criterio jurídico institucional respectivo, a fin de que sea procedente tramitar su atención.

Pese a que en el presente caso no se adjunta el referido criterio institucional, dada la simplicidad del tema abordado, me permito precisar que la Codificación a la Ley de Contratación Pública, cuando refiere en su Art. 4 a los procedimientos comunes de Licitación y Concurso Público de Ofertas y determina que la selección de uno u otro proceso estará supeditado a la comparación de la cuantía del respectivo contrato, con el resultado de multiplicar determinado coeficiente, por el monto “del presupuesto inicial del Estado” del correspondiente ejercicio económico, sin lugar a dudas utiliza aquel término en alusión al “Presupuesto General del Estado”, y no al del Presupuesto del Gobierno Central, por cuanto el primero de los citados, se estructura en base a varios componentes, por lo cual la determinación del procedimiento precontractual correspondiente se determinará en función del Presupuesto General del Estado.

OF. PGE. N°: 0587, de 17-05-2008

CONEA: DECLARACIÓN JURAMENTADA E INHABILIDAD DE FUNCIONES DE LOS VOCALES

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN Y ACREDITACIÓN DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR DEL ECUADOR, CONEA

CONSULTAS:

1. Si los actuales vocales del Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación, pueden seguir actuando, mientras decurre el término de los quince días, vale decir hasta el 6 de octubre de 2008, fecha tope en la que deberían presentar su declaración juramentada; o si, por el contrario, se suspende su participación como vocales, desde la fecha en que empieza el término, hasta cuando presenten la declaración juramentada.

2. La inhabilidad de ser autoridades de las universidades, debe entenderse en este momento, o si por el contrario se retrotrae al momento de su elección.

BASES LEGALES:

Constitución de la República de Ecuador, Arts. 212 num. 2 y 232.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 31 num. 34.

D.E.N° 1302, R.O.N° 426, 16-09-2002, Art. 4 innumerado y Disp. Final.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. A través, del Decreto Ejecutivo No. 3093, publicado en el Registro Oficial No. 666 de 19 de septiembre de 2002, se emitió el Reglamento General del Sistema Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1302, publicado en el Registro Oficial 426 de 16 de Septiembre del 2008, se agregó el segundo artículo innumerado luego del artículo 4 del Reglamento ibídem que dice:

“Art... - No podrán integrar el Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación aquellas personas que tengan intereses, representen o sean autoridades de las Universidades, Escuelas Politécnicas o Institutos de Educación Superior, o representen a terceras personas que tengan intereses en la educación superior”, y agrega: “Los actos cumplidos en contravención a esta disposición serán nulos y la responsabilidad civil, penal y administrativa, será de la persona que en conocimiento de su inhabilidad actuare. Los miembros designados al CONEA previo a su posesión deberán presentar declaración juramentada, indicando que no están incurso en ninguna inhabilidad para formar parte de este Consejo”.

Adicionalmente el mismo Decreto Ejecutivo No. 1302, dispuso en la Disposición Transitoria Única: “Los actuales miembros que forman parte del CONEA, para que puedan seguir actuando, deberán presentar ante la Secretaría del Consejo, en el término de quince días a partir de la vigencia de este decreto ejecutivo, su declaración juramentada expresando que no están incurso en inhabilidad alguna”.

La Disposición Final de este Decreto Ejecutivo establece que entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

El artículo 232 de la Constitución de la República del Ecuador, (que en similares términos constaba en el artículo 123 de la Constitución Política de 1998) dice: “No podrán ser funcionarias ni funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan”.

De lo señalado se desprende, la prohibición para el ejercicio de una función o representación en las entidades del sector público, regía tanto en la Constitución Política del Ecuador de 1998, como en la vigente Constitución de la República del Ecuador, razón por la cual, el contenido del segundo artículo innumerado, agregado luego del artículo 4 del Reglamento General del Sistema Nacional de

Evaluación y Acreditación de la Educación Superior, se sustenta en una disposición constitucional que estuvo vigente en la anterior Carta Política de 1998.

La condición establecida en el Decreto Ejecutivo 1302, implica que los actuales vocales del CONEA cumplan con la obligación de presentar la declaración juramentada prevista en dicho Decreto, dentro del plazo determinado en el mismo, para que puedan seguir actuando como vocales, sin que se establezca en el Decreto que se suspenda su actuación hasta que presenten la mencionada declaración juramentada.

Por lo expuesto, los actuales vocales del Consejo Nacional de Evaluación y Acreditación, podían seguir actuando mientras recurría el término de los quince días previsto en el Decreto Ejecutivo No. 1302, publicado en el Registro Oficial 426 de 16 de Septiembre del 2008, lapso durante el cual los vocales del CONEA debieron presentar las respectivas declaraciones juramentadas, manifestando que no se encontraban incurso en ninguna inhabilidad, para el ejercicio de esa vocalía.

2. En lo que respecta a la segunda consulta, considerando que la eventual actuación de vocales incurso en las inhabilidades constitucionales y legales para integrar el CONEA, podría generar responsabilidades administrativas, civiles y presunciones de responsabilidad penal, que deben ser establecidas privativamente por la Contraloría General del Estado conforme lo dispone el Art. 212 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 31 numeral 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, esta Procuraduría se abstiene de emitir pronunciamiento al respecto.

OF. PGE. N°: 05095, de 27-11-2008

CONELEC: CREACIÓN DE PUESTOS Y UBICACIÓN EN LA ESCALA INSTITUCIONAL – PERSONAL CONTRATADO –

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE ELECTRICIDAD, CONELEC

CONSULTAS:

1. En función del estudio realizado por personal especializado en procesos contratado por el CONELEC, el cual recomienda la creación de puestos, para cumplir de manera eficiente las funciones otorgadas en la Ley de Régimen del Sector

Eléctrico, este Consejo en uso de su autonomía administrativa, económica, financiera y operativa, puede crear los puestos que determina dicho estudio.

2. En virtud de la creación de puestos, el CONELEC, en base al estudio mencionado, puede otorgar nombramientos al personal que durante algunos años atrás ha venido laborando mediante contratos de servicios ocasionales o profesionales; y a otros que, bajo esta misma modalidad cumplieron satisfactoriamente, sin necesidad de convocar a concurso de merecimientos y oposición, en razón de las necesidades de la institución, previa evaluación favorable del desempeño y comportamiento de dichos servidores.

3. El personal que ingrese con nombramiento al CONELEC, deberá hacerlo con la escala Institucional.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 143.

LOSCCA, Arts. 62, 71, 73, 75; y, 20, 23, 121, 122, 127, 128, 129, 216 de su Reglamento.

Normas Técnicas del Subsistema de Planificación de Recursos Humanos de la SENRES, Arts. 9, 10 lit. d) y 14 lit. g).

Res. SENRES No. 006-2008, R.O.No 262, 29-02-2008.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el informe del Procurador del CONELEC, se manifiesta que esa entidad, con el objetivo de cumplir con sus funciones y atribuciones establecidas en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, ha contratado personal bajo la modalidad de servicios ocasionales y profesionales amparado en lo previsto en la Codificación a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, y su Reglamento de Aplicación. Se añade en dicho informe, que se han celebrado contratos de trabajo con personal por más de una ocasión, existiendo varias personas que a la fecha, registran más de dos años ininterrumpidos de trabajo para el CONELEC.

Del mismo modo se expresa que la suscripción de nuevos contratos, han sido efectuadas con el respectivo informe de la UARHs, de conformidad con los artículos 20 y 23 del Reglamento a la LOSCCA, considerando el conocimiento y experiencias adquiridas, así como el desempeño satisfactorio demostrado en periodos anteriores, de acuerdo a la evaluación realizada por los responsables del área respectivos.

Cabe destacar, que la autonomía de las instituciones consagrada en la ley, no les excluye de someterse al ordenamiento jurídico ecuatoriano; además de acuerdo con el artículo 143 de la Constitución Política de la República, una Ley Orgánica, como es el caso de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, prevalece sobre cualquier otra que no tenga tal calidad, en la especie, la Ley de Régimen del Sector Eléctrico.

El primer inciso del Art. 62 de la LOSCCA, dispone que la unidad de administración de recursos humanos de las entidades y empresas públicas, aprobarán la creación de puestos, previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas mediante el cual se certifique que la entidad, institución u organismo no excede la masa salarial de sus presupuestos aprobados; mientras que su último inciso establece que dicha disposición no rige para aquellas instituciones que según la Constitución Política de la República y la Ley gozan de autonomía para su organización y funcionamiento.

De acuerdo con el segundo inciso del Art. 20 del Reglamento a la LOSCCA, el plazo máximo de duración del contrato de servicios ocasionales será el correspondiente al del tiempo restante del ejercicio fiscal en curso, no podrá ser renovado durante el siguiente ejercicio fiscal, y no se sujetará al concurso de merecimientos y oposición; mientras que su inciso tercero expresa que se exceptúan del plazo máximo previsto en el inciso anterior, aquellos que por la naturaleza del trabajo, determinada en el informe técnico favorable de la UARHs de cada institución, requiera un tiempo mayor al señalado sin que por esta circunstancia se entienda que es una actividad permanente que otorgue estabilidad al servidor; y concluye, que la remuneración mensual unificada para este tipo de contratos, será la fijada en la escala respectiva.

El Art. 127 del Reglamento en mención, con respecto a la creación de puestos, establece que la UARHs aprobará la creación de puestos que sean necesarios para la consecución de las metas y objetivos de cada unidad, área o procesos, de conformidad con la planificación estratégica institucional y el plan operativo anual de recursos humanos, en función de lo dispuesto en los Arts. 121 y 122 de ese Reglamento y de las necesidades de los procesos internos de cada institución, planes estratégicos y operacionales y sus disponibilidades presupuestarias; y, el informe previo favorable del Ministerio de Economía y Finanzas.

Por su parte, el Art. 128 del Reglamento a la LOSCCA, prohíbe la creación de puestos, unidades, áreas o procesos no programados en la planificación estra-

tégica institucional, ni en el plan operativo anual; y añade que en el caso de requerir de nuevas unidades, áreas, procesos o puestos, los mismos se llenarán mediante contratos de servicios ocasionales durante ese ejercicio fiscal, previa la calificación de imprescindible necesidad de la SENRES y la certificación de no incremento de la masa salarial por parte del Ministerio de Economía y Finanzas o de las unidades de gestión financieras de conformidad con las normas presupuestarias correspondientes.

Agrega el último inciso del artículo en mención, que las UARHs, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, procederán a la inclusión de los puestos o unidades en la planificación estratégica institucional y en el plan operativo anual, para que a partir del siguiente ejercicio fiscal, esos puestos sean creados y llenados mediante nombramiento, previo el cumplimiento de los requisitos que la LOSCCA y ese reglamento determinan.

De conformidad con el Art. 129 del Reglamento a la LOSCCA, las UARHs sobre la base del plan estratégico de necesidades de recursos humanos adoptado por la autoridad nominadora, aprobarán la creación de puestos, unidades, áreas o procesos, siempre y cuando exista disponibilidad presupuestaria y no se exceda de la masa salarial aprobada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 reformado de la LOSCCA.

Por su parte, el Art. 9 de la Norma Técnica del Subsistema de Planificación de Recursos Humanos de la SENRES, define a la creación de puestos como el proceso técnico a través del cual se asignan un conjunto de atribuciones y responsabilidades derivadas de norma legal, que requieren del empleo de una persona de manera permanente durante la jornada ordinaria de trabajo o jornada parcial y que debe ser presupuestada; agrega que los requerimientos de creación de puestos, deberán sustentarse en el informe de gestión, elaborado por el responsable de la unidad o proceso organizacional, justificando la necesidad que será incorporada por la UARHs a la planificación de recursos humanos para el siguiente ejercicio fiscal.

De lo expuesto se concluye que, el CONELEC puede crear puestos sujetándose para el efecto en las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA; su Reglamento de aplicación; y, en la Norma Técnica del Subsistema de Planificación de Recursos Humanos expedida por la SENRES.

2. Según el artículo 71 de la LOSCCA, prescribe que el ingreso a un puesto público "será efectuado mediante concurso de merecimientos y oposición, con los cuales se evalúe la idoneidad de los interesados y se garantice el libre acceso a los mismos"; y, en el artículo 73 dispone que la autoridad nominadora designará a la persona que "hubiere ganado el concurso de ingreso o ascenso".

El reglamento a la referida Ley en el artículo 158 determina que "el único mecanismo legalmente establecido para el ingreso o ascenso a un puesto será mediante concurso de méritos y oposición" en los términos de los artículos 72, 73 y 76 (actuales 71, 72 y 75) de la LOSCCA.

En conformidad con el artículo 159 del mencionado Reglamento, los componentes de mérito y oposición consisten, en el primer caso, en el análisis y calificación de los documentos presentados por los aspirantes; y, en el segundo, en el procedimiento mediante el cual se mide objetivamente los niveles de competencias disponibles que ostentan los aspirantes, a través de las pruebas.

En los artículos 160 y siguientes, se establecen los concursos abiertos y cerrados y el procedimiento que debe cumplirse hasta la declaratoria del ganador del mismo.

Cabe tener presente la Resolución No. SENRES-2006-00021 publicada en el Registro Oficial No. 216 de 23 de febrero del 2006, la cual contiene la "Norma Técnica del Subsistema de Selección de Personal", que en el artículo 16 señala que son sujetos de designación directa los aspirantes a ocupar puestos de libre nombramiento y remoción, los de período fijo, los contratados, los que tienen el carácter de ocasional y los puestos llenados mediante traslados, los cuales deben reunir los requisitos mínimos exigidos para el puesto, según la calificación de documentos. Agrega la norma: "Se exceptúa al personal contratado para laborar en proyectos a mediano y largo plazo, quienes podrán ser seleccionado por concurso abierto de méritos y oposición, sin que por este hecho se entienda que es una actividad permanente que otorgue estabilidad al servidor".

Téngase en cuenta además, la Resolución SENRES-2008 000006 publicada en el Registro Oficial No. 262 de 29 de febrero del 2008, la cual contiene el "Instructivo para la aplicación de los Instrumentos Técnicos del Subsistema de Selección de Personal" para llevar a efecto los procesos selectivos en las fases de mérito y oposición para ocupar puestos en el sector público.

Por tanto, si el ingreso a un puesto del sector público está sujeto a concurso de méritos y oposición, considero que el personal sujeto a contrato de servicios

ocasionales que aspire a un cargo público, deberá sujetarse al mecanismo legal antes referido.

3. De conformidad con el Art. 216 del Reglamento a la LOSCCA, todos los puestos vacantes, de creación o contratos ocasionales, que se produjeren durante un ejercicio económico serán ubicados en la banda respectiva, de conformidad con la norma técnica que emita la SENRES.

Por su parte, el Art. 10 letra d) concordante con el artículo 14 letra g), de la Norma Técnica del Subsistema de Planificación de Recursos Humanos de la SENRES, establece que la remuneración mensual unificada para los puestos a crearse, será la fijada en las escalas de remuneraciones mensuales unificadas, emitida por la SENRES para el nivel jerárquico superior y para servidores públicos, según el caso.

Cabe advertir que los pronunciamientos contenidos en los oficios Nos. 05819 de 6 de noviembre de 2007; y, 06121 de 15 de noviembre del 2007, emitidos en respuesta a las consultas planteadas por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, y el Ministerio Fiscal, respectivamente, se fundamentaron en la autonomía constitucional y legal de dichos organismos, por lo tanto, en cuanto al sistema salarial, no son aplicables dichos pronunciamientos a la presente consulta.

Por lo expuesto, considero que los puestos a crearse por el CONELEC durante un ejercicio económico deben ser ubicados en la banda respectiva, de conformidad con la norma técnica que emita la SENRES.

OF. PGE. N°: 02370, 13-08-2008

CONESUP: REGISTRO DE TÍTULOS EMITIDOS EN EL PAÍS Y EN EL EXTERIOR

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

CONSULTA:

Si se debe o no exigir a los docentes de la Universidad Técnica de Ambato que han obtenido sus títulos de tercer y cuarto nivel, en Universidades y/o escuelas Politécnicas nacionales o extranjeras, con anterioridad a la vigencia de la actual Ley de Educación Superior, vigente a partir del año 2000, publicada en el Registro Oficial No. 77 de 15 de mayo del 2000, en aplicación del Art. 25

del Reglamento ibídem publicado en el Registro Oficial No. 195 de 31 de octubre de 2000.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 24 y 25 y Disp. Gen. Quinta y Séptima.

Código Civil, Art. 7.

Res. N°. 0038-2007 TC. R.O.No. 336, 14-05-2008.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Educación Superior en la Disposición General Quinta determina que, los centros de educación superior del país deben enviar trimestralmente a la Secretaría Técnica Administrativa del CONESUP la nómina de los títulos que expidan, responsabilizándoles en la Disposición General Sexta de la refrendación de títulos y de su registro en el CONESUP, previa su entrega al beneficiario.

La Disposición General Séptima de la Ley Orgánica citada expresa que los profesionales graduados en el exterior, nacionales o extranjeros, deberán refrendar y registrar su título en el CONESUP, siguiendo el procedimiento establecido en la disposición general sexta mencionada.

El Reglamento a la Ley de Educación Superior, en el Art. 24 dispone que todos los títulos o grados académicos otorgados por las universidades y escuelas politécnicas, una vez expedidos y refrendados por la correspondiente institución, en la especie por la Universidad Técnica de Ambato, serán registrados en el CONESUP, luego de lo cual enviarán a ese Consejo la nómina de las personas a quienes se los haya otorgado para su registro.

Por su parte el Art. 25 del Reglamento en estudio establece que los títulos conferidos por una universidad o escuela politécnica que no hayan sido registrados en el CONESUP, no habilitan el ejercicio profesional. Cada interesado podrá registrar su título profesional en el colegio correspondiente siempre y cuando cuente con la certificación del registro en el CONESUP.

De conformidad con el Art. 7 de Código Civil, la ley no dispone sino para lo venidero; no tiene efecto retroactivo.

Cabe señalar que, el Tribunal Constitucional mediante Resolución No. 0038-2007- TC de 5 de marzo de 2008 publicada en el Segundo Suplemento del

Registro Oficial No. 336 de 14 de mayo de 2008, declaró la inconstitucionalidad de la afiliación obligatoria a los colegios profesionales, disponiendo que el CONESUP en el plazo de seis meses a partir de la publicación de tal resolución en el Registro Oficial, establezca el sistema informático adecuado, para que cualquier ciudadano de manera gratuita, pueda acceder a la verificación del registro actualizado de los títulos profesionales.

De conformidad con la normativa jurídica precedente, considero que los títulos o grados académicos otorgados por las universidades y escuelas politécnicas, una vez expedidos y refrendados, bajo responsabilidad del centro de educación superior que lo confirió, deben ser registrados en el CONESUP a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Educación Superior y de su Reglamento, con la inclusión de aquellos títulos conferidos en el exterior, debiendo cada interesado inscribir su título profesional en el colegio correspondiente siempre que lo estime pertinente, y cuente con la certificación del registro de su título en el CONESUP.

OF. PGE. N°: 04111, de 15-10-2008

CONGRESO NACIONAL: HORARIO DE TRABAJO DE LA JEFATURA DE ACTAS

ENTIDAD CONSULTANTE: CONGRESO NACIONAL

CONSULTA:

Si existe fundamento normativo para que el personal de la Jefatura de Actas del Congreso Nacional labore seis horas diarias.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 27; y, 30 del Reglamento.
Codificación del Código del Trabajo, Arts. 48, 136 y 325.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con lo dispuesto por el Art. 27 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, la jornada legal de trabajo diaria de todos los servidores públicos será de ocho horas efectivas, durante cinco días en cada semana.

Si bien de acuerdo al Art.30 del Reglamento General de la LOSCCA, y a los Artículos 48, 136 y 325 de la Codificación del Código del Trabajo, existen jornadas especiales, establecidas en función del tipo de trabajo y la misión que cumple cada institución, o los servidores que no pueden sujetarse a los horarios anteriores y que en su fijación se observa la continuidad en la prestación de los servicios; es evidente, que el caso del personal que elabora las actas de esa institución, no está contemplado como uno sujeto a jornada especial, sobre todo, por cuanto el referido Acuerdo Ministerial No. 103, publicado en el Registro Oficial No.422 de 10 de septiembre de 2008, es atinente exclusivamente a los trabajadores del sector privado.

En virtud de lo expuesto, considero que no existe fundamento jurídico alguno, para que el personal de la Jefatura de Actas del Congreso Nacional (actual Asamblea Nacional), tenga una jornada diaria de trabajo inferior a la de ocho horas efectivas, durante cinco días en cada semana.

OF. PGE. N°: 04292, de 22-10-2008

CONGRESO NACIONAL: RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONGRESO NACIONAL

CONSULTA:

Respecto a la normativa que debe aplicar el Congreso Nacional para la administración del recurso humano.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 1, 3 y 5.

Ley Orgánica de la Función Legislativa, Art. 29.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de la Función Legislativa en el Art. 29 dispone que los funcionarios y empleados del Congreso Nacional están sujetos a la Ley de Carrera Administrativa de la Función Legislativa.

La Ley de Carrera Administrativa de la Función Legislativa en el Art. 1 establece la carrera administrativa de los funcionarios y empleados de la Función Legislativa, y de los empleados de Archivo- Biblioteca garantizando su profesionalización, estabilidad y promoción con el objeto de propender a su mejoramiento técnico y administrativo.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el Art. 3 determina su ámbito de aplicación obligatoria, entre otros, a todas las instituciones, organismos y entidades del sector público.

El Art. 5 íbidem señala los servidores no comprendidos en el servicio civil, y en la letra e) excluye a los funcionarios y servidores de la Función Legislativa que se rigen por su propia ley, quienes sin embargo serán sujetos de derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones determinados en la LOSCCA.

De ahí que, la Ley de Carrera Administrativa de la Función Legislativa rige las relaciones de los funcionarios y empleados de la Función Legislativa, quienes serán sujetos de derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones consignados en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en lo que no se oponga a los Mandatos Constituyentes que son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma de orden jurídico.

OF. PGE. N°: 01103, de 09-06-2008

CONSEJERO: DIETAS E INTEGRACIÓN DE DIRECTORIO DE EMPRESAS DE DERECHO PRIVADO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA

CONSULTA:

Si pueden, los consejeros provinciales de Pichincha, integrar directorios u otros órganos de gobierno y/o administración pluripersonales de empresas de derecho privado en las que el H. Consejo Provincial de Pichincha es propietario de todo el capital social y, consiguientemente, percibir dietas.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No. 2, Art. 7.
Ley Orgánica de Régimen Provincial, Art. 22 lit. b).

PRONUNCIAMIENTO:

Según los antecedentes de su oficio, su consulta está relacionada con el pronunciamiento contenido en el oficio No. 001393 de 4 de mayo de 2007, mediante el cual esta Procuraduría atendió dos consultas formuladas por el Contralor

General del Estado, en ese entonces, manifestando en lo pertinente, que la Ley de Régimen Provincial, no contempla entre sus disposiciones, la posibilidad de que los consejeros participen en los directorios de las empresas de derecho privado con capital estatal; que el artículo 22 letra b) de la mencionada Ley Orgánica prohíbe al Prefecto Provincial y a los consejeros, percibir, directa o indirectamente cantidad alguna de los fondos de la corporación, en cualquier forma que sea; y que el pago de dietas de las empresas que mantienen los consejos provinciales, implicaría que el consejero reciba indirectamente fondos de la corporación; concluyendo, que los consejeros provinciales no pueden conformar directorios y, consecuentemente, percibir dietas de las empresas de derecho privado que manejen recursos públicos.

El Mandato Constituyente No. 2 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, en el artículo 7 establece que los dignatarios, magistrados y funcionarios de las entidades e instituciones establecidas en su artículo 2, (entre las cuales se encuentran las empresas públicas y privadas, y las personas jurídicas de derecho privado o sociedades mercantiles, cuyo capital, patrimonio o participación tributaria esté integrado con el cincuenta por ciento o más de recursos públicos) que fueren designados para integrar cuerpos colegiados en calidad de vocales, representantes o miembros, tendrán derecho a percibir dietas, las cuales no podrán exceder del cincuenta por ciento (50%) de un salario básico unificado para los trabajadores en general del sector privado, por sesión; y que, sumadas a su remuneración mensual no exceda del equivalente a veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado. En su inciso final, señala que los gobiernos seccionales autónomos se regirán *“para el cobro de dietas”*, por sus correspondientes leyes orgánicas.

Lo expuesto lleva a considerar que los dignatarios, magistrados y funcionarios de las entidades e instituciones señaladas en el artículo 2 del citado Mandato, pueden integrar sin excepción alguna, cuerpos colegiados en calidad de vocales, representantes o miembros de personas jurídicas de derecho privado o sociedades mercantiles, entre otras, cuyo capital, patrimonio o participación tributaria esté integrado en el cincuenta por ciento o más de recursos públicos, y tener derecho al pago de las correspondientes dietas; limitando únicamente a los gobiernos seccionales (no en la integración de directorios) sino en el *“cobro de las dietas”*, de que se realice en conformidad con sus leyes orgánicas.

Por lo expuesto y, teniendo en cuenta que el pronunciamiento que emitió esta Procuraduría en el oficio No. 001393 de 4 de mayo de 2007, tuvo vigencia hasta la expedición del Mandato Constituyente No. 2, considero que, tanto el

Prefecto como los consejeros provinciales, pueden integrar directorios de empresas de derecho privado en las que el Consejo Provincial sea propietario en el cincuenta por ciento o más de recursos públicos, y consecuentemente a percibir el pago de las dietas de acuerdo con su Ley Orgánica.

OF. PGE. N°: 03374, de 17-09-08

CONSEJERO ALTERNO: CARGO DE LIBRE NOMBAMIENTO Y REMOCIÓN – NOMBAMIENTO A PUESTO A SERVIDOR DE CARRERA

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DEL GUAYAS

CONSULTAS:

1. Si un Consejero alterno, que no se encuentra en funciones, puede ser nombrado para ocupar un puesto de libre nombramiento y remoción dentro del Consejo Provincial.
2. Si un Consejero alterno, que no se encuentra en funciones, puede ser nombrado para ocupar un cargo de un servidor de carrera dentro del Consejo Provincial.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 11, 252 y 263.
Ley Orgánica de Régimen Provincial, Arts. 16, 21, 22 lit. b), 29 lit. u), 39 lit. h).

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Régimen Provincial en el Art. 16 determina la forma y fecha de posesión del Prefecto y de los Consejeros principales y suplentes; y, en el caso de los Consejeros suplentes que no se hubieren posesionado en las fechas señaladas, podrán hacerlo al momento de ser llamados al ejercicio de la función.

El Art. 21 *ibidem* expresa que la función de Consejero, sean estos principales o suplentes, es gratuita y obligatoria y los elegidos no podrán excusarse, excepto entre otras causas por la señalada en la letra d) el aceptar un cargo público que le imposibilite ser consejero, de conformidad con la ley; y, en el Art. 22 letra b) prohíbe al Prefecto y a los consejeros percibir, directa o indirectamente,

cantidad alguna de los fondos de la Corporación, en cualquier forma, excepto el pago de viáticos, gastos de representación y de viaje.

La mencionada Ley Orgánica en el Art. 29 letra u) entre las atribuciones del Consejo Provincial le asigna nombrar y remover a los jefes departamentales, de conformidad con la ley de las ternas presentadas por el Prefecto.

La Ley Orgánica citada, en el Art. 39 letra h) le atribuye al Prefecto, nombrar y remover, con acatamiento de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa actual Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público a los empleados cuya designación no corresponda hacer a la Corporación, es decir a los jefes departamentales, así como contratar y remover a los trabajadores Consejo sujetos a roles, de acuerdo con la ley.

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada en el Referéndum del 28 de septiembre de 2008, vigente desde el 20 de octubre de 2008, fecha de su publicación en el Registro Oficial No. 449, en el Art. 252 consagra la conformación e integración del consejo provincial y en el Art. 263 le asigna sus competencias exclusivas.

El Régimen de Transición en el Art. 11 consigna que quienes se encuentren en funciones al momento del Referéndum Aprobatorio, entre estos los Prefectos y Consejeros de mayoría y minoría, culminarán sus periodos en las fechas de posesión de quienes sean electos conforme la normativa del Régimen de Transición.

La Procuraduría General del Estado ha reiterado que la dignidad de “consejero suplente” constituye una mera expectativa para ejercer la titularidad de esa función, habida cuenta que reemplaza al consejero titular en caso de ausencia temporal o definitiva.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede y en atención a los términos de su consulta, considero que un consejero suplente que no se encuentra en funciones y previa renuncia a tal calidad, puede ser nombrado para ocupar un puesto de libre nombramiento y remoción o para ocupar un cargo de servidor público dentro del Consejo Provincial.

OF. PGE. N°: 04607, de 10-11-2008

CONSEJEROS SUPLENTE: CONVOCATORIA A SESIÓN DEL CONSEJO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE MORONA SANTIAGO

CONSULTA:

Es procedente y legal que se convoque a los consejeros suplentes para las sesiones del Consejo cuando los principales se encuentran fuera de la provincia o país, cumpliendo una comisión de servicios.

BASES LEGALES:

Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Provincial, Arts. 19 y 53.

PRONUNCIAMIENTO:

El Art. 53 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Provincial, establece que los consejeros provinciales sesionarán, ordinariamente, y una vez por semana; y, extraordinariamente, cuando haya motivo urgente, previa convocatoria ordenada por el Prefecto, o solicitada por dos o más consejeros; el inciso segundo de esta norma, señala que existirá el quórum necesario en estas sesiones, con la concurrencia de 5, 4 o 3 de los miembros del Consejo, según aquél esté integrado respectivamente, por 9, 7 o 5 Consejeros, o en la misma relación de la mitad más uno, si el Consejo estuviere integrado con más de nueve miembros; seguidamente señala, que si no se obtuviere el quórum, para la siguiente sesión, el Prefecto podrá llamar "provisionalmente" a los Consejeros suplentes, a fin de completar la concurrencia necesaria, sin perjuicio de proceder como lo dispone el Art. 19 de la Ley ibídem.

La ausencia temporal de un Consejero provincial, originada por una comisión de servicios, en los términos planteados en su consulta, constituye falta justificada del respectivo Consejero que habilita a usted, como Prefecto Provincial para que pueda llamar provisionalmente al respectivo suplente del consejero ausente a fin de conformar el quórum necesario para que pueda sesionar el Consejo.

Por lo expuesto, es procedente convocar al Consejero suplente del titular que se hallare en comisión de servicios, en los casos a los que se refiere el presente pronunciamiento.

OF. PGE. N°: 03796, de 02-10-2008

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL: BONO ELECTORAL

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

CONSULTA:

Considerando que el bono electoral es un rubro que se lo viene percibiendo por varios años en cada uno de los procesos electorales, y por tanto constituye un derecho adquirido, si en virtud del Mandato Constituyente No. 2 expedido por la Asamblea Constituyente, la remuneración máxima que pueden percibir las autoridades, funcionarios y servidores es la contemplada en el inciso primero del artículo uno del referido Mandato, dicho bono electoral constituye un rubro económico que se excluye de la remuneración mensual unificada.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 217.
Mandato Constituyente N° 2, Art. 1 inc. primero.
LOSCCA, Disps.General Décima y Trans. Tercera.

PRONUNCIAMIENTO:

De los antecedentes del oficio de consulta, se determina que, el Pleno del entonces Tribunal Supremo Electoral con la Resolución No. RAD- 2002- CE- 74- 137 de 26 de febrero de 2002, aprobó un bono electoral a favor de los Vocales del Tribunal Supremo Electoral, de los Tribunales Provinciales Electorales y de sus funcionarios y empleados a nombramiento, con motivo de cada proceso electoral. Consta de los antecedentes mencionados el oficio No. SENRES- REM- 2004- 06222 de 11 de mayo de 2004, del Secretario Nacional Técnico de la SENRES contentivo del dictamen favorable de esa Secretaría para el reconocimiento del bono de la referencia; y, copia del oficio No. SENRES- SUB- REM- 2005- 18603 de 5 de octubre de 2005, con el que se ratificó el informe favorable emitido con el oficio No. 06222 citado.

El Mandato Constituyente No. 2 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, en el Art. 1 estableció la Remuneración Mensual Unificada Máxima y señalando que no se considera parte de la Remuneración Mensual Unificada los rubros ahí determinados; y, en el Art. 6 prohíbe crear o restablecer otros complementos remunerativos.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en las Disposiciones General Décima y Transitoria Tercera prohíben la creación o restablecimiento

de asignaciones complementarias, compensaciones salariales, beneficios adicionales o bonificaciones especiales en general, cualquier tipo de erogación adicional que impliquen beneficios de carácter económico en materia de gastos de personal de cualquier naturaleza.

Empero, ninguna de las disposiciones citadas, anula o deja sin efecto los derechos que las entidades y los organismos del sector público, legítimamente reconocieron a favor de sus funcionarios y servidores con anterioridad a la vigencia de la LOSCCA y del Mandato Constituyente No. 2.

La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, en el Art. 217 dispone que la Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, creados como nuevos organismos encargados de cumplir con la Función Electoral del Estado.

Con los antecedentes y fundamentos jurídicos anotados considero que el bono electoral creado mediante la Resolución del Pleno del ex Tribunal Supremo Electoral el 26 de febrero de 2002, con anterioridad a la vigencia de la LOSCCA y del Mandato Constituyente No. 2, no forma parte de la remuneración mensual unificada.

Este pronunciamiento no constituye autorización ni orden de pago, por no ser de mi competencia.

OF. PGE. N°: 05099, de 27-11-2008

CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA: RÉGIMEN DE REMUNERACIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA

CONSULTA:

Solicita la reconsideración del pronunciamiento contenido en el oficio No. 01586 de 1 de julio de 2008, "aclarando si el Consejo Provincial de Pichincha, al igual que otros órganos con autonomía administrativa constitucional, son autoridades reguladoras y consecuentemente tienen sus propias escalas remunerativas, deben acogerse a las escalas remunerativas de la SENRES en lo referente al GRUPO OCUPACIONAL Y GRADO, ajustándose a sus propios PRINCIPIOS DE EQUIDAD".

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 118, 228 y 230.

Mandato Constituyente N° 2, Art. 1.

LOSCCA, Art. 39 lit. h), 62 y 101.

Ley Orgánica de Régimen Provincial, Arts. 1 y 11.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el inciso segundo del artículo 228 de la Constitución Política de la República, los gobiernos provinciales gozan de plena autonomía; y, en su artículo 230, determina que la ley determinará la estructura, integración, deberes y sus atribuciones, y su aplicación eficaz de los principios de autonomía, descentralización administrativa y participación ciudadana.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Régimen Provincial, determina que el Consejo Provincial es una institución de derecho público, que goza de autonomía y representa a la provincia, tiene personería jurídica y capacidad para realizar los actos que fueren necesarios para el cumplimiento de sus fines, en la forma y condiciones que determinan la Constitución y las leyes.

Según el artículo 11 de la mencionada Ley Orgánica, el Consejo Provincial “reclamará por cualquier violación de su autonomía administrativa y económica, ante el Tribunal Constitucional”.

El artículo 101 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, determina la aplicación de la unificación y homologación de las remuneraciones del sector público en todas las instituciones, entidades y organismos determinados en el artículo 118 de la Constitución Política de la República, entre los cuales se encuentran las entidades que integran el régimen seccional autónomo. En consecuencia, los consejos provinciales están sujetos a las normas de la mencionada Ley Orgánica, tanto más que, el artículo 39 letra h) se remite a la mencionada Ley Orgánica, para realizar los nombramientos y para remover a los servidores de esas corporaciones provinciales.

Cabe señalar que la LOSCCA, en el caso de creación de puestos, en su artículo 62 determina que la unidad de administración de recursos humanos de las entidades y empresas públicas, aprobarán la creación de puestos, previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas (actual Ministerio de Finanzas) mediante el cual se certifique que la entidad, institución y organismo no excede la masa salarial de sus presupuestos aprobados; y agrega en su inciso segundo, que esta disposición “no rige para los gobiernos seccionales autónomos y

universidades públicas, que según la Constitución Política de la República y la ley, gozan de autonomía para su organización y funcionamiento”.

Cabe tener en cuenta además, que en atención a una acción propuesta por la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) mediante el recurso de anulación objetivo o por exceso de poder en contra de la SENRES, la Corte Suprema de Justicia, en fallo No. 104 expedido el 29 de abril de 2008, ha manifestado lo siguiente: “...En el inciso segundo, la norma constitucional confiere plena autonomía a los gobiernos provinciales y cantonales; es decir, que las entidades municipales gozan de este atributo con amplitud, lo que les faculta a expedir normas jurídicas, denominadas ordenanzas...En el caso de las municipalidades, la Ley Orgánica de Régimen Municipal es el cuerpo normativo que, por su especialización, desarrolla las competencias constitucionales, y regula la cualidad autónoma concedida a estos entes para alcanzar su eficaz aplicación...no sería constitucional sujetar o someter la facultad de decisión concedida a las municipalidades a las resoluciones o aprobación de cualquier entidad u órgano perteneciente a la Función Ejecutiva o al gobierno nacional...en la resolución de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, SENRES, que se impugna, se atenta contra el principio constitucional de autonomía municipal, pues, el referido organismos de la Función Ejecutiva con competencia en la gestión, regulación y control de las remuneraciones de los funcionarios, servidores, trabajadores de las entidades del sector público, disminuye la facultad constitucional de las municipalidades de resolver –en forma autónoma- sus asuntos...el problema no radica en la unificación y homologación de los ingresos que perciben los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores y trabajadores de los organismos y entidades del sector público, sino que, particularmente en el caso de los gobiernos seccionales autónomos, el organismo encargado de esta tarea sea la SENRES, que es un órgano de la Función Ejecutiva...”.

Por tanto, considerando la plena autonomía constitucional y legal de los gobiernos provinciales, considero que el Consejo Provincial de Pichincha puede fijar su propio régimen de remuneraciones, teniendo en cuenta para el efecto, el límite máximo de remuneración mensual unificada dispuesto en el artículo 1 de Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 261 de 28 de enero del 2008.

Dejo en estos términos, aclarado el pronunciamiento contenido en el oficio No. 001586 de 1 de julio del 2008.

OF. PGE. N°: 02604, de 21-08-2008

CONSEP: ARRENDAMIENTO DE BIENES INCAUTADOS

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, CONSEP

CONSULTA:

Solicita la aclaración, ratificación o rectificación del pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado constante en el oficio No. 07412 de 10 de septiembre de 1999, signado con el número 5, relacionado con el arrendamiento de los bienes incautados colocados en depósito en el CONSEP.

BASES LEGALES:

Codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Arts. 14 y 15. Reglamento de Depósito de Bienes Aprehendidos e Incautados entregados al CONSEP, Arts. 2 y 14. Estatuto Orgánico por Procesos del CONSEP, Art. 29.

PRONUNCIAMIENTO:

El mencionado pronunciamiento concluía expresando que "El Secretario Ejecutivo ni el Director de la Dirección de Administración de Bienes en Depósito, del CONSEP, directamente no pueden arrendar ni ceder el uso de los bienes aprehendidos o incautados, tampoco están facultados expresamente para recibir pensiones de arrendamiento, la atribución del Consejo Directivo del CONSEP está limitada a establecer la cuantía de lo que le corresponde percibir por la administración que ejecuta la Dirección de Administración de Bienes en Depósito, por intermedio de los Depositarios Administradores, a quienes compete otorgar los actos de disposición y los contratos citados, bajo su responsabilidad administrativa, civil y penal, en cuanto fuere aplicable".

La Codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 de 27 de diciembre de 2004, que fue expedida con posterioridad a la fecha en que se emitió el pronunciamiento del oficio No. 07412 de 10 de septiembre de 1999, en el Art. 14 entre las funciones y atribuciones de la Secretaría Ejecutiva del CONSEP, en el número 15 le asigna el actuar como depositaria de las sustancias o bienes objeto de aprehensión, incautación y comiso e intervenir en la destrucción de las sustancias sujetas a fiscalización que hayan sido objeto de aprehensión, incautación y comiso.

El inciso primero del Art. 15 *ibidem* determina que el Secretario Ejecutivo, que será el representante legal del CONSEP, tendrá a su cargo la dirección técnica,

la gestión administrativa de la Secretaría Ejecutiva y la coordinación con las demás instituciones encargadas del cumplimiento de la Ley mencionada.

El Art. 2 del Reglamento de Depósito de Bienes Aprehendidos e Incautados entregados al CONSEP, expresa que corresponde a la Secretaría Ejecutiva del CONSEP, a través de la Dirección de Administración de Bienes en Depósito, la custodia y administración de aquellos bienes entregados al CONSEP.

El Art. 14 del Reglamento citado establece que el Secretario Ejecutivo, mediante invitación directa por la prensa, podrá contratar servicios con personas naturales o jurídicas para la valoración de activos, auditorías, supervisión, arrendamiento, subarriendo y administración de los bienes productivos entregados en depósito.

Por su parte, el Estatuto Orgánico por Procesos del CONSEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 282 de 26 de febrero de 2008, en el Art. 29 relativo a la administración de bienes en depósito, establece como misión del CONSEP administrar y custodiar con seguridad, eficiencia y transparencia, los bienes entregados en depósito al CONSEP, cuyo cumplimiento y ejecución del proceso estará a cargo de la Dirección Nacional de Administración de Bienes en Depósito, bajo responsabilidad del Director Nacional.

Con los fundamentos jurídicos que quedan señalados, considero que corresponde a la Secretaría Ejecutiva del CONSEP por intermedio de la Dirección Nacional de Administración de Bienes en Depósito, el arrendamiento de los bienes productivos entregados al CONSEP.

En estos términos queda reconsiderado el pronunciamiento consignado en el número 5 del oficio No. 07412 de 10 de septiembre de 1999.

OF. PGE. N°: 03887, de 02-10-2008

CONSEP: CALIFICACIÓN DE SUSTANCIAS QUÍMICAS

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE CONTROL DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, CONSEP

CONSULTA:

Debe exigir el CONSEP, a las personas naturales o jurídicas que tramitan la calificación o renovación de la calificación como usuarias y comercializadoras de

sustancias químicas sujetas a fiscalización, que en el caso de los profesionales ingenieros, en cualquiera de sus ramas, la certificación de representante técnico, registrada en la Sociedad de Ingenieros del Ecuador (SIDE), o certificado del colegio profesional en el que se ha inscrito, o la copia certificada del carné profesional del representante técnico, vigente conferido por el respectivo colegio profesional, como lo establece el Reglamento para la calificación de personas naturales y jurídicas como usuarias y comercializadoras de sustancias químicas sujetas a fiscalización, en el Art. 14 numeral 5.

BASES LEGALES:

Res. No. 0038-2007-TC de 5-03-2008.

Res. No. 034D que contiene el Reglamento Sustitutivo del Reglamento para la Calificación de Personas Naturales y Jurídicas como Usuarias y Comercializadoras de Sustancias Químicas Sujetas a Fiscalización, R. O. No 1 de 16-01-2007, Art. 14 num. 5.

PRONUNCIAMIENTO:

En atención a una demanda de inconstitucionalidad planteada por el señor presidente Constitucional de la República sobre exigibilidad de asociarse a cámaras y colegios profesionales, el Tribunal Constitucional mediante Resolución No. 0038-2007-TC de 5 de marzo de 2008, declaró la inconstitucionalidad por razones de fondo de varias disposiciones y referencias que hacía la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería, sobre la obligatoriedad de afiliarse a los colegios provinciales o regionales de profesionales ingenieros.

Con fundamento en lo expuesto, y en atención a los términos de su consulta, considero que al haber sido declarada la inconstitucionalidad de varias disposiciones y referencias de la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería sobre la afiliación a los mencionados colegios profesionales, el CONSEP debe adecuar la Resolución No. 034D que contiene el Reglamento Sustitutivo del Reglamento para la Calificación de Personas Naturales y Jurídicas como Usuarias y Comercializadoras de Sustancias Químicas Sujetas a Fiscalización, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 16 de enero de 2007, respecto a los requisitos que deben cumplir tanto las personas naturales como jurídicas para obtener la calificación para desarrollar las actividades previstas en la mencionada resolución.

OF. PGE. N°: 0279, de 07-05-2008

CONSEP: DEPÓSITO DE BIENES INMUEBLES Y COBRO DE DERECHOS

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE CONTROL DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS, CONSEP

CONSULTAS:

1. El Art. 39 de la Ley de Arancel de Derechos de Depósito debe aplicarse para el cobro de los derechos de depósito de los bienes que se encuentran depositados en el CONSEP por delitos tipificados y sancionados en la Codificación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, o debe observarse la reforma realizada al Reglamento para la Aplicación de la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas mediante Decreto Ejecutivo No. 985 de 27 de marzo de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 312 de 9 de abril de 2008, y en consecuencia no realizar ningún cobro, por ningún concepto a los sobreseídos provisional o definitivamente y a las personas absueltas, propietarias de los bienes.

2. En atención a la disposición final del Decreto Ejecutivo en referencia y mencionado en el numeral 2.1. este se aplicaría solamente a los autos de sobreseimiento provisional o definitivos y sentencias absolutorias que se dicten a partir del 9 de abril de 2008, fecha en la cual se publicó la señalada reforma en el Registro Oficial, o también se aplicaría a los sobreseídos provisional o definitivamente y a las personas absueltas con anterioridad a la fecha de publicación de la reforma reglamentaria, considerando que existen varios trámites en proceso de restitución.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 163.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 21.

Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, Arts. 112; y, 80 considerando tercero de su Reglamento.

Código Civil, Arts. 5, 6 y 7 inc. primero.

Ley de Arancel de Derechos Judiciales, Art. 39.

D.E. N° 985 R. O. N° 312 09-04-2008, Art. 1.

D.S. N° 1883 R.O. N° 452 27-10-1977.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas en el Art. 112 dispone que si fuere absuelto el imputado propietario de los bienes incautados, éstos le

serán restituidos por el CONSEP cuando lo disponga el juez, una vez canceladas las medidas cautelares.

El Decreto Ejecutivo No. 985 de 27 de marzo de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 312 de 9 de abril de 2008, de Reforma al Reglamento para la Aplicación de la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en el Art. 1 a continuación del Art. 80 agrega el siguiente artículo:

"Art. 80.1.- Si el imputado propietario de los bienes retenidos, aprehendidos o incautados, fuere sobreeséidos provisional o definitivamente, o absuelto, los bienes le serán restituidos por el CONSEP cuando así lo disponga la autoridad competente. En este caso, el propietario de los bienes no estará obligado al pago de los costos de bodegaje, depósito, remuneraciones u honorarios de los custodios, depositarios – administradores, supervisores, en los que hubiere incurrido el CONSEP por concepto de administración, depósito o custodia de los bienes".

En el considerando Segundo del Decreto Ejecutivo No. 985 se establece que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia expedida en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez Vs. Ecuador de 21 de noviembre de 2007, cuyo extracto se publicó en el Registro Oficial 268 de 8 de febrero del 2008, se determinó que "el Ecuador deberá modificar dentro de un plazo razonable la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y sus resoluciones reglamentarias pertinentes, en el sentido de que se dejen de hacer cobros por el depósito y manejo de los bienes que son aprehendidos en consonancia con dicha Ley a las personas que no han sido condenadas por sentencia Firme".

El Considerando Tercero ibídem establece que "es necesario adecuar la legislación interna de conformidad con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que de esta manera guarde conformidad con la Convención Interamericana de Derechos Humanos".

La Reforma en estudio se fundamenta en el Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que expresa:

"1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, fue ratificada por el Ecuador con el Decreto Supremo No. 1883 publicado en el Registro Oficial No. 452 de 27 de octubre de 1977.

El Ecuador como parte de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos tiene la obligación de someterse a su jurisdicción, competencia y acatar imperativamente sus fallos.

De conformidad con el Art. 163 de la Constitución Política de la República, “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

De ahí que, las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevalecen sobre la Ley de Arancel de Derechos Judiciales.

La Procuraduría General del Estado con el oficio No. 009213 de 24 de marzo de 2008, se pronunció en el sentido que para el cobro de derechos de depósito de bienes inmuebles, el CONSEP deberá aplicar la parte pertinente del Art. 39 de la Ley de Arancel de Derechos Judiciales, pronunciamiento emitido con anterioridad a la expedición del Decreto Ejecutivo No. 985 de 27 de marzo de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 312 de 9 de abril de 2008.

Por lo expuesto considero que en el caso consultado, el CONSEP debe observar el Decreto Ejecutivo No. 985 que reformó el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

2. El Decreto Ejecutivo No. 985 publicado en el Registro Oficial No. 312 de 9 de abril de 2008 en el Art. 1 determina su ámbito de aplicación al imputado propietario de los bienes retenidos, aprehendidos o incautados que fuere sobreseído provisional o definitivamente, o absuelto cuyos bienes serán restituidos por el CONSEP cuando así lo disponga la autoridad competente, quien no estará obligado a pagar los costos en que hubiere incurrido el CONSEP por concepto de administración, depósito o custodia de tales bienes.

El artículo final del Decreto Ejecutivo mencionado dispone que entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

El Código Civil en los artículos 5 y 6 establecen que la Ley no obliga sino en virtud de su promulgación en el Registro Oficial, fecha en la que entrará en vigencia, será obligatoria y se entenderá conocida por todos desde entonces.

El primer inciso del Art. 7 *ibídem* expresa que la Ley no dispone sino para lo venidero y no tiene efecto retroactivo.

Por *sindéresis* jurídica se determina que este principio universal de derecho es aplicable a la Ley y a las normas de carácter secundario que emanan de aquella.

Por lo expuesto considero que el Decreto Ejecutivo No. 985 de Reforma al Reglamento para la Aplicación de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es aplicable al imputado propietario de los bienes retenidos, aprehendidos o incautados por el CONSEP que haya sido sobreseído provisional o definitivamente o que hubiere recibido sentencia absolutoria en las causas por infracciones a dicha Ley, a partir del 9 de abril de 2008, fecha en que entró en vigencia por su publicación en el Registro Oficial.

OF. PGE. N°: 0481, de 13-05-2008

CONTRATACIÓN DE ABOGADOS EXTERNOS ESPECIALISTAS: MONTOS PARA EL PAGO

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIDAD DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE
GUAYAQUIL, UDELEG

CONSULTAS:

1. La Unidad de Energía Eléctrica de Guayaquil UDELEG, puede proceder a contratar abogados externos especialistas en derecho administrativo, que presten asesoría sobre asuntos de interés institucional, con la finalidad de coadyuvar a la UDELEG a determinar, valorar y zanjar los derechos y obligaciones derivadas de la operación y de la terminación de la operación del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica que prestaba la Empresa Eléctrica del Ecuador INC.; así como también de las relaciones económicas derivadas de la prestación del servicio de fuerza eléctrica llevado a cabo por las Administraciones Temporales, entre ellas la CATEG.

2. En el evento afirmativo de que la Unidad de Energía Eléctrica de Guayaquil UDELEG pueda contratar a abogados externos especialistas en derecho admi-

nistrativo, ¿se tendría que observar las disposiciones de la Ley de Contratación Pública o alguna otra ley especial?

3. ¿Hasta que monto se puede proceder a pagar los honorarios profesionales, de abogados externos especialistas en derecho administrativo?

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 y Disp. Gen. Cuarta.

LOSCCA Disp. Gen. Primera; y, Arts. 23 y 216 de su Reglamento.

Ley de Federación de Abogados del Ecuador, Art. 42.

Res. SENRES-000141 Art. 30, R. O. No. 187 de 13-01-2006.

Res. SENRES No. 32, R. O. No. 106 de 15-06-2007.

PRONUNCIAMIENTO:

En relación con las consultas formuladas, es necesario establecer que la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, dispone: "El Procurador General del Estado o los representantes legales de las dependencias, entidades u organismos del sector público, podrán contratar abogados en libre ejercicio profesional para que asuman la defensa administrativa o judicial de los derechos e intereses de sus representadas, así como de modo excepcional para prestar asesoría sobre asuntos de interés institucional, que requieran de experiencia o conocimiento especializados. Los honorarios de los profesionales contratados, serán pagados con cargo al respectivo presupuesto institucional".

De la norma legal invocada se infiere que la contratación prevista en la referida disposición es especial y diferente a aquellas que se realizan para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, regidas tanto por la Ley de Contratación Pública como por Ley de Consultoría.

La contratación de abogados está prevista en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; por lo que, es esta ley la que debe aplicarse en la citada contratación, como lo ha manifestado esta Procuraduría, en reiteradas ocasiones.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, no establece montos mínimos o máximos para regular los honorarios de los profesionales del derecho, sino que, determina únicamente que éstos serán pagados con cargo al respectivo presupuesto institucional.

Además de lo manifestado, cabe analizar lo siguiente:

1. Cuando se requiera contratar abogados con honorarios mensuales fijos, el Art. 23 del Reglamento de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, faculta a la autoridad nominadora para suscribir contratos civiles de servicios profesionales con personas naturales sin relación de dependencia, siempre y cuando la Unidad Administrativa de Recursos Humanos justifique que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad u organización; que existan recursos económicos disponibles en una partida especial aprobada para tales efectos; y, no implique aumento en la masa salarial aprobada. El segundo inciso de la disposición citada, en concordancia con el Art. 216 del mismo Reglamento y la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, prevén que los honorarios a pagarse mensualmente en este tipo de contratos, no podrán exceder a la remuneración para los puestos de nivel profesional de la Escala Nacional de Remuneraciones Mensuales Unificadas.

En el artículo 30 de la Resolución No. SENRES-000141 publicada en el Registro Oficial No. 187 de 13 de enero del 2006, reformado por Resolución de la SENRES No. 32, publicada en Registro Oficial No. 106 de 15 de Junio del 2007, se determina el procedimiento de contratación de servicios profesionales con personas naturales.

“Art. 30.- Directrices.- La UARHs, a fin de emitir el informe previo favorable para la contratación de servicios ocasionales y contratos de servicios profesionales con personas naturales, dispuesto en los artículos 20 y 23 del Reglamento de la LOSCCA, observará las políticas, normas e instrumentos emitidos por la SENRES y las siguientes directrices generales:

b) Contratos de servicios profesionales con personas naturales:

b.1) Los contratos de servicios profesionales con personas naturales serán dispuestos por la autoridad nominadora previo justificativo técnico de la UARHs, en el que se sustente que la institución no dispone de personal profesional para ejecutar actividades específicas cuantificables. Este tipo de contratos tendrán plazos determinados y honorarios mensuales que no podrán ser superiores a los fijados para los puestos del nivel profesional de la escala de remuneraciones mensuales unificadas, emitida por la SENRES;

b.2) Los contratos de servicios profesionales con personas naturales, determinarán productos cuantificables y estarán sujetos a evaluaciones de resultados; y,

b.3) Se prohíbe la contratación de servicios profesionales con personas naturales para cumplir actividades permanentes que se deriven de la funcionalidad de las unidades o procesos organizacionales, más aun para ejecución de actividades en calidad de directores o titulares de unidades, áreas o procesos que orgánica y presupuestariamente deben disponer de puestos fijos”.

2. En el caso de contratarse abogados para causas determinadas o por asesorías puntuales, puede suscribirse un contrato civil, para cuyo efecto, el Art. 42 reformado de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador establece un procedimiento de pago de honorarios profesionales a favor de los abogados en libre ejercicio profesional, basado en las reglas determinadas en esta disposición legal; e inclusive, faculta fijar honorarios adicionales por el éxito que el profesional obtenga en la defensa a él encomendada. En todo caso, en el respectivo contrato deberá fijarse el monto de honorarios o la forma de calcularlos, de acuerdo con la cuantía o naturaleza del asunto objeto de la defensa administrativa o judicial, o de la asesoría jurídica especializada, debiendo resaltar, que si el monto de los honorarios que se estipulen, fuere superior a la base para el concurso público de ofertas, el proyecto de contrato estará sujeto al informe previo previsto en la letra f) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

No obstante que ni la Ley ni el Reglamento determinan procedimiento de selección de personal, es adecuado que la entidad defina los términos de referencia o requisitos mínimos que el profesional a ser contratado deba reunir, esto es, que éstos acrediten los conocimientos y experiencias requeridos para los asuntos en los que van a intervenir profesionalmente, particular que deberá ser comprobado por la entidad en forma previa a la contratación.

OF. PGE. N°: 0422, de 12-05-2008

CONTRATACIÓN DE ÍNFIMA CUANTÍA - COEFICIENTE -

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE MONTÚFAR

CONSULTA:

Es aplicable las contrataciones de ínfima cuantía estipuladas en la Sección IV del Capítulo del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pese a no estar contemplada en la Ley de la materia.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 147.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts 4; y, 102 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

La Constitución de la República, señala en el Art. 147: "Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley" en el numeral 13 "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".

El capítulo IV, sección 4 se refiere a su único artículo el 102, del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que manifiesta:

"Contrataciones de ínfima cuantía.- Las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuya cuantía sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000005 del Presupuesto Inicial del Estado se las realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP. Dichas contrataciones se formalizarán con la entrega de la correspondiente factura y serán autorizadas por el responsable del área administrativa de la entidad contratante, quien bajo su responsabilidad verificará que el proveedor no se encuentre incurso en ninguna inhabilidad o prohibición para celebrar contratos con el Estado. Estos contratos tendrán el carácter de excepcional y no podrán emplearse como medio de elusión de procedimientos".

La citada disposición, no contraviene el espíritu de lo contemplado en el capítulo IV de la Ley Orgánica mencionada, al contrario regula un aspecto relativo a la contratación de cuantías inferiores, no previstas. En tal virtud, el artículo 102 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debe aplicarse.

OF. PGE. N°: 05355, de 10-12-2008

CONTRATACIONES PARA OBRAS, BIENES Y SERVICIOS: EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN HIDROCARBURÍFERA – RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN –

ENTIDAD CONSULTANTE: PETROPRODUCCIÓN

CONSULTAS:

1. El Reglamento de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios Específicos de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, su Instructivo y demás normativa especial de esta empresa, Se encuentran vigentes.

2. Si la Resolución INCP No. 001-08, en su Art. 2 prevé: "Hasta que el Instituto Nacional de Contratación Pública emita la resolución correspondiente, facúltese a las entidades que antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no se regían por la Ley de Contratación Pública, a aplicar los procedimientos que utilizaban en función de sus leyes u normas particulares... "; mas recordando que se derogó toda normativa especial de contratación pública, salvo lo exceptuado, como se ha dicho, Qué debe entenderse cuando se hace referencia a que "se autoriza la aplicación de los procedimientos que se utilizaban en función de sus leyes y normativas particulares", atendiendo a que estas últimas están derogadas".

3. Para atender cuales actividades se encuentran dentro del régimen de Excepción, debe estarse a estas definiciones, especificando que se entenderán como tales las actividades directamente relacionadas con la explotación y exploración hidrocarburífera, surgen las siguientes inquietudes:

A- Los contratos para actividades directamente relacionadas con la exploración y explotación hidrocarburífera, Son los contenidos en los Arts. 1 y 2 de la Ley Especial de Hidrocarburos? De ser afirmativa la respuesta, eso implicaría que tales contratos ya tienen normativa especial y no necesitan de otra reglamentación.

B- Si la pregunta anterior tiene una respuesta afirmativa, Los contratos de obras y servicios específicos, que tienen su fundamento en el Art. 17 de la misma ley especial, estarían dentro del ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya que no se encontrarían dentro de la excepción citada.

C- Si dichos contratos de obras y servicios específicos encontraban su regulación en el Reglamento de Contratación de Obras, Bienes y Servicios Específicos

de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, mas estando estos derogados, Qué reglamentación les será aplicable.

D- Debe PETROPRODUCCIÓN, conforme a los procedimientos que tenía en virtud de su normativa especial, seguir cobrando bases, garantía de seriedad de oferta, pedir informes previos a los entes del control y otros requisitos que ha derogado la LOSINCOP.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Disp. Trans. Sexta. Ley Especial de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, Arts. 10; y, 22 de su Reglamento Sustitutivo.

Ley de Hidrocarburos, Arts. 1, 2, 17 y 93.

Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador y sus empresas filiales, Art. 1.

Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas Anexo A.

Res. INCP No. 001-08, Art. 2 .

PRONUNCIAMIENTOS:

1.- En el Suplemento del Registro Oficial No. 395, de 4 de agosto del 2008, se publicó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en cuyo acápite de Derogatorias, dispone: "Deróguense todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a esta Ley y de manera especial las siguientes: 9. Las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes. Se exceptúan expresamente las contrataciones de actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos; las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que no se refieran al ámbito de la presente ley."

La Disposición Transitoria Sexta de la citada Ley Orgánica prescribe: "Únicamente para las contrataciones que se realizarán durante el primer año de vigencia de la presente Ley, facúltase al Instituto Ecuatoriano de Contratación Pública para que establezca exoneraciones o disposiciones especiales para la aplicación progresiva de la presente Ley, especialmente aquellas relacionadas con el Plan Anual de Contratación, los registros de presupuesto y la realización de transacciones en el Portal COMPRASPUBLICAS. En ningún caso se permitirá la no publicación de información sobre los procesos sujetos a la presente Ley en el Portal COMPRASPÚBLICA".

Sobre la base de la Disposición Transitoria transcrita, el señor Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, expidió la Resolución INCP No. 001-08, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 401, de 12 de agosto de 2008, cuyo artículo 2 establece: “Hasta que el Instituto Nacional de Contratación Pública emita la resolución correspondiente, facúltase a las entidades que antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no se regían por la Ley de Contratación Pública, a aplicar los procedimientos que utilizaban en función de sus leyes y normas particulares. De manera inmediata, estas entidades deberán desarrollar conjuntamente con el Instituto Nacional de Contratación Pública los modelos y procedimientos necesarios para aplicar la ley”.

El Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador y sus empresas filiales, publicado en el Registro Oficial No. 194, de 19 de octubre de 2007, en su artículo 1 establece como su objeto y ámbito de aplicación la ejecución de obras, adquisición de bienes y la prestación de servicios, sean estos en forma individual o integrada, incluidos seguros, arrendamiento mercantil y otros permitidos por las leyes, de acuerdo con lo que disponen los artículos 10 de la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, y sus empresas filiales, 17 y 93 de la Ley de Hidrocarburos y 22 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento General a la Ley de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, y sus empresas filiales.

El Título III, Capítulo 1, Sección 1, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública trata sobre la contratación para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios.

Por lo expuesto, el Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus empresas filiales se encuentra derogado, para todas aquellas contrataciones que no provengan de exploración y explotación de hidrocarburos que ejecute directamente Petroecuador, pero, por lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución INCP No. 001-08, debe aplicarse en lo que no contravenga a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, hasta que el Instituto Nacional de Contratación Pública emita la resolución correspondiente. Sin embargo, de manera inmediata, PETROECUADOR y sus empresas filiales deberán desarrollar conjuntamente con el Instituto Nacional de Contratación Pública los modelos y procedimientos necesarios para aplicar la Ley Orgánica citada.

Cuando Petroecuador requiera contratar obras bienes y servicios relacionados con actividades de exploración y explotación de hidrocarburos a cargo de la propia empresa aplicará el Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Petroecuador y sus Empresas Filiales.

2. Esta consulta se encuentra contestada al atender la anterior.

3. Por una parte, en vuestra contestación se dice, repitiendo el texto del Art. 19 de la Ley de Hidrocarburos, que la “adjudicación de contratos a los que se refieren los Arts. 1 y 2 de esta Ley, a excepción de los de obras o servicios específicos, se realizarán mediante un sistema especial de licitación” que es regulado por el reglamento del Comité Especial de Licitaciones, CEL.

Concordando esta disposición con vuestra contestación a la segunda consulta en donde señala, basándose en el Anexo A del Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, publicado en el R.O. 671 de 26 de septiembre del 2002, que para entender cuáles actividades se encuentran dentro del Régimen de Excepción, debe estarse a estas definiciones, especificando que se entenderán como tales las actividades directamente relacionadas con la explotación y exploración hidrocarburífera, surgen las siguientes inquietudes:

A.- Conforme se señaló en el pronunciamiento contenido en el Oficio No. 04661 de 12 de noviembre de 2008, los artículos 1 y 2 de la Ley de Hidrocarburos determinan la facultad de contratar la explotación y exploración de hidrocarburos por parte de Petroecuador, actividades que se hallan definidas en el Anexo A del Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, publicado en el R.O. No. 671 de 26 de septiembre de 2002.

Para la contratación de estas actividades y de todas aquellas directamente relacionadas con explotación y exploración de hidrocarburos se debe continuar aplicando el Reglamento para la Contratación de Obras, Bienes y Servicios Específicos de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, que se encuentra vigente en virtud de lo dispuesto en el numeral 9 del acápite Derogatorias de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

B.- Conforme se indicó anteriormente, los contratos de obras y servicios específicos ejecutados por Petroecuador que no se refieran a actividades de exploración y explotación de hidrocarburos se rigen por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y las Resoluciones del Instituto Nacional de Contratación Pública, y transitoriamente

te por el Reglamento de Contratación para Obras, Bienes y Servicios Específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus empresas filiales, por lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución INCP No. 001-08, antes citada.

Como se dijo al responder la pregunta anterior, la contratación de las actividades directamente relacionadas con explotación y exploración de hidrocarburos se debe continuar aplicando el Reglamento para la Contratación de Obras, Bienes y Servicios Específicos de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, que se encuentra vigente en virtud de lo dispuesto en el numeral 9 del acápite Derogatorias de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

C.- Por las mismas consideraciones expuestas al contestar la primera consulta, el Reglamento de Contratación para obras, bienes y servicios específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus empresas filiales se encuentra derogado, pero, por lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución INCP No. 001-08, debe aplicarse en lo que no contravenga a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, hasta que el Instituto Nacional de Contratación Pública emita la resolución correspondiente. Sin embargo, de manera inmediata, PETROECUADOR y sus empresas filiales deberán desarrollar conjuntamente con el Instituto Nacional de Contratación Pública los modelos y procedimientos necesarios para aplicar la Ley Orgánica arriba mencionada.

Con respecto a los contratos directamente relacionados con exploración y explotación de hidrocarburos se estará a lo contestado en las preguntas A y B que anteceden.

D.- Precisamente por encontrarse derogadas las disposiciones al respecto, no corresponde cobrar por bases, exigir la garantía de seriedad de oferta y tampoco es necesaria la emisión de informes previos para los casos que se rigen por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y a los que transitoriamente se aplican las disposiciones del Reglamento de Contratación para obras, bienes y servicios específicos de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus empresas filiales, incluidas las contrataciones de obras bienes y servicios que deba realizar Petroecuador cuando ejecuta directamente actividades de exploración y explotación de hidrocarburos que como se ha señalado en este pronunciamiento se sujetan al Reglamento para la Contratación de Obras, Bienes y Servicios Específicos vigente en Petroecuador.

OF. PGE. N°: 05342, de 10-12-2008

CONTRATO COLECTIVO: APROBACIÓN DE PRESUPUESTO

ENTIDAD CONSULTANTE: SINDICATO DE OBREROS
MUNICIPALES DEL CANTÓN ALFREDO BAQUERIZO MORENO

CONSULTA:

Solicita que se apruebe el respectivo presupuesto y el contrato colectivo con la Municipalidad del cantón Alfredo Baquerizo Moreno.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 226.

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

Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, Art. 56.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 226 de la Constitución Política de la República dispone que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o funcionarios 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.

No obstante que usted y el Sindicato que representa no ostentan la calidad de consultante al tenor de lo que disponen los artículos 3 letra e) y 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, y el artículo 1 de la Resolución No. 17 de 29 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que se refieren a la competencia del Procurador para asesorar y absolver las consultas jurídicas de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, es necesario hacer ciertas puntualizaciones jurídicas sobre su pedido.

La Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público señala que de forma previa a la suscripción de los contratos colectivos de trabajo o actas transaccionales, se obtendrá el informe y dictamen favorable de la Procuraduría General del Estado y se observará de manera obligatoria lo previsto en el Art. 56 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas.

El artículo 56 de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, referido a la contratación colectiva, fue declarado parcialmente inconstitucional mediante Resolución No. 29 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 67 de 28 de abril de 2000.

El Tribunal Constitucional mediante providencia de 6 de octubre de 2006, manifestó señalando que “el Procurador General del Estado no está obligado a dictaminar previo a la firma de Contratos Colectivos o Actas Transaccionales, ya que los trabajadores están excluidos de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, por cuanto el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la frase “sujetos al Código de Trabajo” que constaba en la Ley antes invocada”.

Por lo expuesto y en consideración de las disposiciones legales invocadas, me abstengo de atender su petición.

OF. PGE. N°: 04004, de 07-10-2008

CONTRATO COMPLEMENTARIO PARA LA ADQUISICIÓN DE VEHÍCULOS: INCREMENTO DEL ICE

ENTIDAD CONSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

CONSULTAS:

1. Es procedente que la Superintendencia de Telecomunicaciones, en virtud del contrato suscrito con la empresa STARMOTORS S.A., para la adquisición de un vehículo (furgoneta) marca Mercedes Benz, modelo Sprinter 413 CDI, capacidad 20 pasajeros, considerando como fuerza mayor el incremento del impuesto a los consumos especiales a los vehículos, el mismo que constituye un acto de autoridad competente y que está contenida en la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, acepte la propuesta de la contratista y proceda a incrementar el valor total del contrato en US\$56.539,10, en lugar de US\$49.250,00; y, posteriormente solicite al SRI la devolución del ICE y del IVA de aduana por el valor de US\$21.526,17.

2. De ser afirmativa la respuesta a la primera consulta, ¿sería necesario suscribir un contrato complementario?. O acogiendo la absolución del Director General del Servicio de Rentas Internas, expedida con oficio No.

9170120080CON000177 de 27 de febrero del 2008, notificado el 3 de marzo del mismo año, este Organismo Técnico de Control debería exigir el cumplimiento del contrato en los términos en que fue suscrito; y en caso de que esto no se produzca, declarar la terminación unilateral del contrato, con las consecuencias que esto implica.

BASES LEGALES:

Codificación de la Ley Orgánica de Aduanas, Arts. 27 lit. d); y, 17 de su Reglamento.

Ley de Régimen Tributario Interno, Arts. 55, num. 10, 75, 78 y 82.

Ley de Contratación Pública, Art. 98.

PRONUNCIAMIENTO:

Conforme lo establece el artículo 27, letra d), de la Codificación de la Ley Orgánica de Aduanas están exentas del pago de tributos al comercio exterior (aranceles a la importación), excepto las tasas por servicio aduanero, las importaciones a consumo que realice el Estado y las instituciones y organismos que constan en el Catastro de Entidades del Sector Público y la Sociedad de Lucha Contra el Cáncer (SOLCA). Esta exoneración debe aplicarse obligatoriamente para el caso de importación de vehículos destinados al uso de entidades del Sector Público, como es el caso de la Superintendencia de Telecomunicaciones, que son importaciones a consumo, para lo cual debe obtenerse la respectiva resolución liberatoria de aranceles ante el órgano competente, que es la Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE), en aplicación de lo dispuesto por el artículo 17 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Aduanas. Sobre la base de dicha exoneración arancelaria, se determinará el precio del vehículo para el Sector Público, que deberá ser inferior al valor de venta al público, precisamente en razón de la exención tributaria anotada.

En cuanto se refiere al impuesto al valor agregado (ICE), que conforme lo dispone el artículo 75 de la Ley de Régimen Tributario Interno, grava a los bienes nacionales o importados (entre ellos, vehículos), según la tarifa determinada por el artículo 82 de la Ley *Ibídem*, debe establecerse dicha tarifa en función del hecho generador del tributo, conforme lo establece el artículo 78 de la Ley citada, que en el caso de la importación de mercancías, es la desaduanización. La tarifa fue modificada en virtud de la expedición de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 242 de 28 de diciembre del 2007, a partir del 1 de enero del 2008.

Conforme lo establece el Servicio de Rentas Internas, en el oficio de absolución a la consulta formulada por la Superintendencia de Telecomunicaciones (oficio

No. 9170120080CON000177 de 27 de febrero del 2008), el impuesto al valor agregado debe ser sufragado directamente por el importador del vehículo. En el caso en análisis, a efecto de gozar de la exoneración arancelaria a la importación debería figurar como importador del vehículo la entidad pública que usted representa.

Obtenida la exoneración arancelaria antes citada, la Superintendencia de Telecomunicaciones podrá solicitar al Servicio de Rentas Internas la devolución de los impuestos fiscales que correspondan a la importación, considerando adicionalmente que según el artículo 55, numeral 10, de la Ley de Régimen Tributario Interno, reformado por la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, las adquisiciones realizadas por las instituciones del Estado se encuentran gravadas con tarifa cero de IVA. Con ello, se pagará por el vehículo un precio menor que el precio de venta al público, beneficiando el interés institucional, liquidando al momento de la entrega recepción del vehículo el valor real de venta del mismo.

Respecto a la eventual celebración de un contrato complementario, se tendrá en cuenta que de acuerdo al inciso final del artículo 98 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, no procede la celebración de contratos complementarios en adquisición de bienes. Las actuaciones que corresponden a su institución constituyen actos de ejecución contractual, que deben ser cumplidos para precautelar los intereses públicos.

En lo futuro, agradeceré que los funcionarios responsables de las adquisiciones en la entidad que usted preside tomen en consideración las previsiones legales analizadas en el presente oficio, a fin de evitar inconvenientes que paralicen o demoren los procesos de adquisición, con el consecuente perjuicio a la entidad.

OF. PGE. N°: 0483, de 13-05-2008

CONTRATO DE CONCESIÓN: OBRAS ADICIONALES

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS

CONSULTAS:

Es conforme a Derecho contratar con la Concesionaria PANAVIAL S.A., la ampliación, mejoramiento de una vía como obra adicional, sin concurso pre-

vio, al amparo de lo que establece la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión.

Es conforme a Derecho que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, mediante acto soberano de autoridad por interés público y por necesidades técnicas, producidas en razón del incremento de tráfico, lo que impone un nuevo diseño que contemple ampliaciones o mejoras en la plataforma vial, suscriba Contratos Adicionales durante la etapa de explotación, aunque en la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión, se establezca que "...Si durante la ejecución de la etapa de diseño, rehabilitación, mantenimiento e instalación de servicios el MOP considera necesaria la ejecución de obras nuevas no incluidas en el estudio definitivo realizado por el Concesionario, éste iniciará dichas obras una vez firmado el contrato adicional correspondiente.

Es conforme a Derecho que el Concedente (MTOPE), financie las obras de ampliaciones o mejoras en la vía, conforme lo establece el numeral 1.2, literal B de las Bases.

BASES LEGALES:

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos, Arts. 41, 42 y 43, lit c); y, 79, 112 de su Reglamento Sustitutivo del Reglamento General.

PRONUNCIAMIENTO:

Una vez que con oficio No. 5876 de 17 de septiembre de 2008, la Cartera de Estado a su cargo ha atendido el requerimiento formulado por este Despacho, determinando las normas legales y reglamentarias sobre las cuales se requiere la inteligencia y aplicación de relación con los temas planteados en su comunicación se atienden las consultas formuladas, en los siguientes términos:

El ex-Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, hoy Ministerio de Transporte y Obras Públicas, en uso de las facultades establecidas por los artículos 41, 42 y 43, letra c), de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, celebró con la compañía PANAVIAL S.A. el Contrato de Concesión Vial objeto de las consultas formuladas.

Bajo este marco legal y contractual, sobre las consultas planteadas manifiesto lo siguiente:

El objeto del Contrato de Concesión suscrito con PANAVIAL S.A., conforme lo estipula la cláusula Quinta del referido instrumento contractual, es la realización, por cuenta y riesgo de la compañía Concesionaria, del mantenimiento, ampliación, explotación y administración de las carreteras detalladas en esta cláusula, conforme al estudio definitivo realizado por la Concesionaria, que sustenta la concesión otorgada por el Estado.

El numeral Cuatro punto Cero Tres de la cláusula Cuarta.- Interpretación y Definición de Términos, estipula que: “El Concedente conforme lo dispuesto en el artículo setenta y nueve del Reglamento de la Ley de Modernización, podrá modificar por razones de interés público, las características de la obra y servicios contratados. En estos casos deberá modificar en consonancia las tarifas, o compensar al Concesionario el daño emergente y el lucro cesante. El MOP, con el pedido de modificación, entregará al Concesionario las bases legales y documentos técnicos que permitan conocer las cantidades, especificaciones, monto de inversión y el sistema de ajuste de las tarifas o compensaciones. Si no hay acuerdo sobre las compensaciones, se resolverá por la vía del arbitraje”.

La cláusula Vigésima.- Obras Nuevas, numeral Veinte Punto Cero Uno, del Contrato de Concesión, estipula lo siguiente: “De acuerdo a lo establecido en el Art. 79 del Reglamento Sustitutivo de la Ley de Modernización del Estado, el Concedente podrá modificar por razones de interés público las características de la obra y servicios contratados. Si durante la ejecución de la etapa de diseño, rehabilitación, mantenimiento e instalación de los servicios, el MOP considera la ejecución de obras nuevas no incluidas en el estudio definitivo realizado por el Concesionario, éste iniciará dichas obras una vez firmado el contrato adicional correspondiente, donde se establecerán entre otras las cantidades, precios unitarios (cuando no estén determinados en la oferta), plazos relacionados con dicha obra y el restablecimiento del equilibrio, mediante el siguiente sistema: Para restablecer el equilibrio económico se procederá aplicando uno o la combinación de las siguientes opciones: UNO.- Aumento de plazo en la etapa de explotación; DOS.- Aumento de las tarifas de peaje; TRES.- Pago al concesionario con recursos del Estado. El instrumento o la combinación de ellos que se utilizará para la compensación, debe ser acordada entre el MOP y el Concesionario, antes que se produzca el hecho. Lo establecido en esta cláusula no se limitará a obras nuevas, sino que abarcará causas como: decisiones administrativas del Estado, causas de fuerza mayor o caso fortuito, situaciones de carácter político y otras causas no imputables al Concesionario. Si no hay acuerdo sobre las compensaciones, se resolverá por la vía del arbitraje” .

El numeral 1.2, Objetivos, letra b), de los documentos precontractuales o bases de la Concesión, establece que “El Concesionario invertirá todos los recursos económicos que sean necesarios para alcanzar los objetivos de la concesión de una forma eficiente e ininterrumpida en las indicadas carreteras. El MOP no aportará ningún recurso financiero para cumplir este objetivo, que es de exclusiva responsabilidad del Concesionario, salvo el caso de ampliaciones o mejoras patrimoniales en la vía, que determine el MOP, de acuerdo a los términos del contrato”... “En caso que el MOP, durante la ejecución del contrato y por razones de interés público, encontrase que fuere necesario la realización de Obras Adicionales, realizará los correspondientes Estudios de Factibilidad, encargando al Concesionario la ejecución de los mismos, para lo cual en el Contrato de Concesión se deberá prever el sistema de retribución que de estos hechos resultare...”.

El artículo 79 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, en su inciso primero, faculta al Concedente (Estado Ecuatoriano, por intermedio de la respectiva institución pública) para modificar, por razones de interés público, las características de la obra y servicios contratados, a cuyo efecto deberán modificarse las tarifas o compensar al concesionario el daño emergente y el lucro cesante; y, en el segundo inciso, determina que en el contrato de concesión se establecerá la forma y plazo en que el concesionario podrá solicitar al concedente la revisión del sistema tarifario y de un sistema de reajuste por causa sobreviniente ocasionado en un acto de autoridad, y que si no hubiere acuerdo sobre las compensaciones, se resolverá por la vía del arbitraje.

Paralelamente, el artículo 112 del mismo Reglamento prevé que los contratos de concesión de obras públicas no podrán celebrarse para obtener financiamiento para fines diferentes del objeto de la concesión por parte de la entidad u organismo concedente. Y agrega que, cuando se concesione la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, podrán incluirse entre las obligaciones del concesionario los estudios, el proyecto, la construcción o mantenimiento de otras obras que tengan vinculación física o técnica con las anteriores.

Del contenido del oficio de consulta se desprende que, a fin de aliviar los requerimientos derivados del incremento del tráfico en los corredores viales concesionados, dentro de la Concesión vigente con PANAVIAL S.A. se requiere emprender en nuevas obras de mejoramiento y ampliación de tales corredores, que no fueron incluidas en el estudio definitivo realizado por la Concesionaria antes de

la celebración del contrato, y por tanto no forman parte de las inversiones previstas dentro de la concesión otorgada. Dicha necesidad técnica constituye una razón superior de interés público para el Estado, por lo cual al amparo de las estipulaciones contractuales transcritas, citas de los documentos precontractuales y previsiones reglamentarias que anteceden, es procedente y legal la realización de dichas obras nuevas mediante la celebración de un contrato adicional con el mismo Concesionario, sin ningún concurso previo, en el cual se establecerán las cantidades de obra, precios unitarios (si no están determinados en la oferta), plazos relacionados con dichas obras específicas, en base al diseño elaborado por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, así como el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato de Concesión, mediante uno de los sistemas establecidos en la cláusula Vigésima del mismo Contrato.

El Ministerio de Transporte y Obras Públicas puede financiar directamente las obras nuevas de ampliación y mejoramiento a ejecutarse, que constituiría una de las modalidades de compensación del equilibrio económico del contrato de concesión otorgada, o eventualmente podrían ser financiadas directamente por el Concesionario, en cuyo caso deberá analizarse la conveniencia técnica, incluidos los plazos de recuperación, y el impacto social de modificar las tarifas de peaje vigentes, una vez concluidos los trabajos a entera satisfacción del Concedente, para compensar a la compañía Concesionaria por las inversiones realizadas, que no fueron previstas en los costos iniciales de concesión.

Se aclara que el presente pronunciamiento no constituye autorización ni informe favorable para la eventual celebración del contrato ampliatorio antes señalado, decisión que se adoptará en función de los mejores intereses del Estado.

OF. PGE. N°: 03432, de 22-09-2008

CONTRATOS DE EMERGENCIA: ADQUISICIÓN DE MÁQUINA RETROEXCAVADORA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE LA MANÁ

CONSULTA:

Si es procedente que el Gobierno Municipal de La Maná – Provincia de Cotopaxi, pueda realizar la adquisición de una máquina retroexcavadora modelo 590-Super M 4X4-Serie 2, con un valor de noventa y cinco mil setecientos cuarenta y nueve con 75/100 dólares americanos (95.749,75), con recur-

sos de la emergencia que está declarada mediante Decreto Ejecutivo No. 926 del 20 de febrero de 2008, dictado por el señor Presidente de la República, en el cual autoriza a los Organismos Seccionales para que sus recursos los destinen a enfrentar la emergencia y que cuyos gastos previa justificación serán reintegrados por el Ministerio de Finanzas.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 181.

Codificación a la Ley de Contratación Pública, Arts. 6; y, 2 de su Reglamento D. E. No. 926, R. O. No 282 de 26-02-2008.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 6 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública enumera de manera taxativa los casos de excepción a los procedimientos precontractuales en la contratación pública, entre ellos el del literal a) para superar emergencias que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, y que sirvan para solucionar los daños que aquellas hayan producido o prevenir los que puedan suscitar.

En su parte final, dicho artículo señala que la máxima autoridad del ministerio o los representantes legales de la entidad serán responsables por la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, tanto en la observancia de los requisitos legales para su perfeccionamiento y ejecución, como en la determinación de la causa para la celebración del contrato sin licitación ni concurso, de conformidad con los literales que anteceden; el contratante cuidará además que el contratista tenga solvencia legal, técnica y económica, rinda garantías suficientes, de acuerdo con esta ley, así como que el contrato convenga a los intereses nacionales e institucionales.

El artículo 2 del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública dispone que se entenderá por emergencia la situación de apremio suscitada por peligros inminentes, daños o catástrofes que se presenten en el territorio o sector dentro del cual la entidad tiene su ámbito de acción, o en la entidad misma, y cuyas repercusiones causarían en su desenvolvimiento normal o en las actividades a ella encomendadas alteraciones graves, para conjurar las cuales se requiera de medidas que rebasen la actuación ordinaria de aquella o de sus funcionarios; concluye el artículo señalando que, por peligro inminente debe entenderse la amenaza latente que obligue a una atención preventiva e inmediata.

Del análisis de las normas invocadas, se desprende que la municipalidad puede realizar contrataciones de emergencia destinadas a solventar los daños producidos por el invierno siendo facultad de la Municipalidad del Cantón La Maná

calificar si la adquisición de la maquinaria que es materia de su consulta servirá para atender la emergencia declarada, en cuyo caso, bajo su exclusiva responsabilidad tramitará el proceso de adquisición del equipo antes señalado.

La Declaratoria de Emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 926, publicado en el Registro Oficial No 282 de 26 de febrero del mismo año, conforme reza el texto promulgado, autoriza a los organismos seccionales para que los dineros que reciben por ley del Gobierno Nacional puedan ser utilizados para enfrentar la presente emergencia, los mismos que serán reintegrados por el Ministerio de Finanzas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral dos del artículo 181 de la Constitución Política, previo las justificaciones del gasto efectuado por tales entidades.

OF. PGE. N°: 0247, de 06-05-2008

CONTRATO DE FISCALIZACIÓN: RETENCIONES, PAGO DE ANTICIPOS, CONTRIBUCIÓN A FAVOR DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO E IMPUESTO A LA RENTA

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO DE TRÁNSITO
TRANSPORTE Y SEGURIDAD VIAL

CONSULTAS:

1. Si el anticipo no constituye pago, por lo tanto no procede retención alguna. El contratista debe presentar sus facturas por el valor total calculado de la forma indicada en la cláusula octava, 8.2 del Contrato; y, este valor mensual será la base sobre la que se deberá descontar la amortización del anticipo.
2. Por las reformas a las normas de contratación pública enunciadas procede o no procede la retención del 1 % como contribución a favor de la Procuraduría General del Estado, en los pagos que se realicen desde el 4 de octubre del 2008 y si proceden las retenciones por los pagos que se realicen desde el 04 de octubre del 2008.
3. En los pagos que se realicen a partir del 4 de octubre del 2008, con la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no procede la retención del 5% sobre el valor del contrato, como garantía a ser depositada en la cuenta del Fondo de Consultoría, en caso de los pagos pendientes, por planillas anteriores al 04 de octubre del 2008, se debe o no normalizar

esta retención y en caso de hacerse la retención, a donde debe depositarse los valores retenidos.

4. Si la retención en la fuente del impuesto a la renta del Contrato de Fiscalización debe tomar como base imponible el valor de la utilidad que conste en cada planilla mensual, según el valor establecido en la cláusula siete del contrato; y, sobre este valor se debe practicar la retención en la fuente del 2%.

BASES LEGALES:

Codificación de la Ley de Contratación Pública(derogada), Arts. 69 y 86.
Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 130.

Codificación del Código Civil, Art. 7.

Código Tributario, Arts. 9 y 135.

Ley de Presupuestos del Sector Público, Arts. 35 y 75.

Ley de Consultoría (derogada), Arts. 14 lit. b) y 37.

Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, Arts. 2 num. 4 y 7 num. 4.

Res. N° INCP-005-2008, R.O. N° 445, 14-10-2008, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Ley de Presupuestos del Sector Público en su artículo 35 señala:

“Requisitos para el pago.- Para el pago de las obligaciones que efectúan las entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley, se observarán las disposiciones siguientes: a) Todo pago corresponderá a un compromiso devengado, legalmente exigible, con excepción de los anticipos previstos en los ordenamientos legales y contratos debidamente suscritos”

La vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 75, relacionado con la garantía por concepto de anticipo, establece que 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. Esta disposición, se encontraba prevista en el mismo sentido en el artículo 69 de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública.

El artículo 86 de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, señalaba en cuanto al reajuste, que en caso de variaciones de costos en los pre-

cios unitarios, los costos se reajustarán, para efectos de pago del anticipo y de las planillas de ejecución de obra. Esta norma se encuentra prevista en similares términos, en el artículo 130 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por lo tanto, es errónea la afirmación que se realiza en el punto uno de la consulta planteada, puesto que el anticipo forma parte del pago global a efectuarse.

En consecuencia, la entrega del anticipo por parte de la entidad contratante, debe someterse a las respectivas retenciones previstas en la norma vigente a la época de la celebración del contrato, ya que el anticipo corresponde a una parte del pago.

2. La Codificación del Código Civil, señala en su artículo 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..." en su numeral 18: "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración". En concordancia con lo expuesto, el artículo 1 de la Resolución No. INCP 005-08 expedida por el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 445 de 14 de octubre del 2008, señala: "Todo contrato que tenga por objeto la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, otorgado antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se regirá por sus estipulaciones y por las normas de derecho vigentes a la fecha de su celebración".

Consecuentemente, proceden las retenciones contempladas en la derogada Ley de Consultoría y la retención a favor de la Procuraduría General del Estado del artículo 14, letra b (también derogado) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, toda vez que estuvieron vigentes al momento de la celebración del contrato y por lo tanto dichas disposiciones legales se encuentran incorporadas en el mismo; debiéndose ser aplicadas hasta su culminación, independientemente de que el pago de planillas o el resto de pagos mencionados, se realicen con posterioridad al 4 de octubre del 2008, esto es, cuando entró en vigencia la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que ya no dispone tales contribuciones.

3. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Disposición Transitoria Séptima, dispone: "Los recursos que estuvieron previstos

en el artículo 37 de la Ley de Consultoría serán administrados por el Instituto Nacional de Contratación Pública y estarán destinados a promover el desarrollo, ampliación y modernización de la consultoría nacional, especialmente en las áreas de capacitación del personal técnico dedicado al servicio de la consultoría y a la promoción de las actividades de investigación al servicio de la consultoría". Más adelante en su Disposición Transitoria Décima, señala: "Una vez realizado el traspaso previsto en la Disposición Transitoria Cuarta, la Secretaría Técnica del Comité de Consultoría y el Comité de Consultoría se extinguirán. Los recursos financieros, materiales y tecnológicos de dichos entes se traspasarán al Instituto Nacional de Contratación Pública ...".

De acuerdo a las citadas disposiciones, el Instituto Nacional de Contratación Pública, es el ente encargado de la administración de los recursos que preveía el artículo 37 de la derogada Ley de Consultoría; esto es, los que correspondían al Fondo de Consultoría.

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

El artículo 135 *ibídem*, indica que los sujetos pasivos que tuvieren un interés propio y directo; podrán consultar a la administración tributaria respectiva sobre el régimen jurídico tributario aplicable a determinadas situaciones concretas o el que corresponda a actividades económicas por iniciarse, en cuyo caso la absolución será vinculante para la administración tributaria.

En aplicación de las disposiciones legales invocadas, los artículos 2 numeral 4, y 7 numeral 4 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, contemplan dentro de las atribuciones del Director General del Servicio de Rentas Internas, el absolver las consultas que se presenten de conformidad con el Código Tributario, especificando además que esta facultad es indelegable.

De acuerdo al análisis jurídico que precede, el organismo facultado para atender esta consulta, es el Director General del Servicio de Rentas Internas.

OF. PGE. N°: 04643, de 11-11-2008

CONTRATOS DE SERVICIOS OCASIONALES: INDEMNIZACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE INCLUSIÓN
ECONÓMICA Y SOCIAL

CONSULTA:

Qué tipo de indemnización tienen derecho a recibir los empleados del ORI que prestan sus servicios en base a contratos de servicios ocasionales regidos por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público –LOSCCA- y que no pasen a formar parte del INFFA, considerando que el Art. 19 de la LOSCCA señala que el personal que labora en el servicio civil bajo el régimen de contrato de servicios ocasionales, tendrá derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el servicio civil en general.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 1, 19, 25 lit. a), e), 64, 65; y, 20 de su Reglamento.
D.E. No 1170, R.O. No 381 de 15-07-2008, Disp. Trans. Primera

PRONUNCIAMIENTO:

Conforme indica en su oficio, mediante Decreto Ejecutivo No. 1170 publicado en el Registro Oficial No. 381 de 15 de julio del 2008, se crea el Instituto de la Niñez y la Familia, INFA, como entidad de derecho público, adscrito al Ministerio de Inclusión Económica y Social, MIES, asumiendo entre sus funciones, las asignadas al Programa Operación de Rescate Infantil, ORI; y en su Disposición Transitoria Primera, se dispone que el personal que viene prestando sus servicios, con nombramiento o contrato en el Programa ORI, “podrán pasar a formar parte del INFA, previa evaluación y selección, de acuerdo a los requerimientos de esta institución”; y, que en el caso de existir cargos innecesarios, se aplicará el proceso de supresión de puestos de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, su Reglamento y normas técnicas expedidas por la SENRES.

En el mencionado oficio indica además, que el Programa ORI desde su creación ha mantenido relación contractual con su personal bajo la modalidad de contratos de servicios ocasionales, el cual ha venido prestando sus servicios por más de un año a la Institución, suscribiendo para el efecto durante cada ejercicio fiscal, el respectivo contrato.

El artículo 19 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, determina que el personal que labora en el servicio civil, bajo este régimen, tendrá derecho a los beneficios económicos contemplados para el servicio civil en general.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de la mencionada Ley, las características de un servidor público, se resumen en el ejercicio de una función dentro del servicio civil y en la carrera administrativa como consecuencia del nombramiento conferido para ocupar un puesto dentro del sector público; en tanto que, la prestación de servicios ocasionales, si bien se encuentra considerada como una labor dentro del servicio civil, en cambio, su relación laboral no está sujeta a un nombramiento, sino a un contrato con la entidad del sector público.

Cabe resaltar, que el artículo 25 letras a) y e) de la LOSCCA, garantizan por una parte, la estabilidad de los puestos de los servidores públicos, y el derecho a recibir la indemnización respectiva, en caso de que dichos puestos sean eliminados o suprimidos; garantía de estabilidad que no se configura en los contratos de servicios ocasionales, tanto más que, de acuerdo con el artículo 64 de la indicada Ley y 20 de su Reglamento de aplicación, dichos contratos se suscriben únicamente por necesidades institucionales, siempre que existan los recursos económicos para el efecto, y con una duración máxima del correspondiente año fiscal que decurra.

Agréguese a lo anterior, que según el artículo 65 de la referida Ley, la supresión del puesto implica la eliminación de la partida respectiva, situación que, como se ha analizado anteriormente, no ocurre en los contratos de servicios ocasionales.

A lo manifestado anteriormente, debe tomarse en cuenta que el Mandato Constituyente No. 2 en el artículo 8 faculta a las entidades públicas, el pago de la indemnización en los casos de "supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público...".

Ha sido criterio reiterativo de esta Procuraduría, que el pago de indemnizaciones, se halla limitado únicamente al caso en que se produzca la eliminación o supresión de partidas presupuestadas de los servidores públicos que ocupen puestos en el servicio civil.

Con fundamento en las normas legales expuestas, se concluye que resulta impropio el pago de indemnizaciones a personas que se separen del servicio civil por haber laborado mediante contrato de servicios ocasionales.

OF. PGE. N°: 03182, de 10-09-2008

CONTRATO DE SERVICIOS OCASIONALES: IMPROCEDENCIA DE NOMBRAMIENTO SIN CONCURSO DE MÉRITOS Y OPOSICIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

CONSULTA:

Es procedente que el Consejo Nacional de la Judicatura, amparado en la autonomía administrativa que le confiere la Constitución Política de la República y su propia Ley Orgánica, así como en las atribuciones asignadas al Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura en los marcos legales respectivos, otorgue nombramientos al personal que durante algunos años atrás ha venido laborando mediante contratos de servicios ocasionales, sin necesidad de convocar a concurso de méritos y oposición, en razón de la necesidad institucional de contar con el servicio laboral de quienes actualmente, en función del tiempo de servicio y primordialmente de sus merecimientos, están vinculados a la institución bajo esta modalidad.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Función Judicial, Art. 159 inc. segundo.

Reglamento de Concurso de Merecimientos de la Función Judicial, Dispos. Gen. Primera y Cuarta.

PRONUNCIAMIENTO:

La parte final del inciso segundo del artículo 159 de la Ley Orgánica de la Función Judicial ordena que la provisión de cargos se hará a base de concurso de oposición o de méritos, según lo prescrito en las leyes pertinentes y el Reglamento.

A su vez, la Primera Disposición General de las reformas y codificación del Reglamento de Concurso de Merecimientos de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial No. 375, de 7 de julio de 2008, ordena que en el caso de que se presenten a concurso servidores judiciales, se tomará en cuenta su experiencia y correcto desempeño, de conformidad a su hoja de vida, consecuentemente, en igualdad de puntaje con respecto a otros postulantes, se los preferirá.

La Disposición General Cuarta del citado reglamento faculta a la Comisión de Recursos Humanos a convocar concursos internos de merecimientos y oposición, cuando se trate de proveer los cargos de secretarios relatores, secretarios de salas, de tribunales, juzgados, oficiales mayores, ayudantes judiciales, citadores, auxiliares de servicio y otros de nivel operativo en el área administrativa, incluidos los del Consejo Nacional de la Judicatura, para cuyo efecto emitirá el instructivo correspondiente.

En vista de las disposiciones arriba citadas, no procede otorgar nombramientos sin concurso de méritos y oposición al personal que ha venido laborando mediante contratos de servicios ocasionales; no obstante que, la Comisión de Recursos Humanos puede considerar, bajo su exclusiva responsabilidad, si cabe convocar para esos efectos, a concursos internos de merecimientos y oposición, los mismos que deberán cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.

OF. PGE. N°: 02684, de 25-08-2008

CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES U OCASIONALES: FINANCIAMIENTO

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA

CONSULTA:

Es viable la utilización de la partida denominada “Asignación a Distribuir en Gastos en Personal” solo para el financiamiento de la suscripción de los nuevos contratos.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 64; y, 20 y 23 de su Reglamento.

Norma Técnica del Subsistema de Planificación de Recursos Humanos, Res. de la SENRES N° 141, R. O. N° 187 de 13-01-2006.

PRONUNCIAMIENTO:

La consulta va encaminada a que se interprete el alcance del término “incremento” o “creación”, por su connotación, y porque puede significar aumento de remuneraciones, presupuesto o contratos.

De conformidad con el Art. 64 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del

Sector Público, LOSCCA, la suscripción de contratos de servicios ocasionales serán autorizados por la autoridad nominadora para satisfacer necesidades institucionales previo el informe de la respectiva unidad de recursos humanos, siempre que existan los recursos económicos para este fin y no implique incremento a la masa salarial del presupuesto institucional aprobado; y agrega que la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público calificará los contratos ocasionales de las entidades de la Función Ejecutiva.

El Art. 20 del Reglamento a la LOSCCA, dispone, con relación a los contratos de servicios ocasionales, que la autoridad nominadora en base de las políticas, normas e instrumentos que emita la SENRES, podrá suscribir contratos para la prestación de servicios ocasionales, únicamente previo informe favorable de las UAHRS, en el que se justifique la necesidad de trabajo temporal y se certifique el cumplimiento de los requisitos previstos en la LOSCCA y su Reglamento para el ingreso al servicio civil; siempre que existan recursos económicos disponibles en una partida especial para tales efectos, y no implique aumento en la masa salarial aprobada.

Por su parte, el Art. 23 del Reglamento en mención, en relación a los contratos de servicios profesionales con personas naturales, expresa que la autoridad nominadora podrá suscribir contratos civiles de servicios profesionales con personas naturales sin relación de dependencia, siempre y cuando la UAHRS justifique que la labor a ser desarrollada, no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad u organización; que existan recursos económicos disponibles en una partida especial aprobada para tales efectos, y no implique aumento en la masa salarial aprobada.

La Norma Técnica del Subsistema de Planificación de Recursos Humanos, expedida por Resolución de la SENRES No. 141, publicada en el Registro Oficial 187 de 13 de enero de 2006, dispone que la UAHRS, a fin de emitir el informe previo favorable para la contratación de servicios ocasionales y contratos de servicios profesionales con personas naturales, dispuesto en los artículos 20 y 23 del Reglamento de la LOSCCA, observará las políticas, normas e instrumentos emitidos por la SENRES y las siguientes directrices generales:

a) Contratos de servicios ocasionales:

a.1) Los contratos de servicios ocasionales serán autorizados por la autoridad nominadora con fundamento en la planificación anual de recursos humanos y

previo informe favorable de la UARHs, siempre que exista la disponibilidad económica suficiente en la partida especial correspondiente;

a.2) Las necesidades de contratación de servicios ocasionales serán determinadas sobre la base de los requerimientos de las áreas, unidades o procesos, y de acuerdo con el portafolio de productos y servicios, los planes, programas y proyectos institucionales; y, desprende del oficio de la consulta, fue aprobada en el mes de septiembre del 2007 por el Congreso Nacional para gastos del sector salud, considero procedente su utilización para el financiamiento y suscripción de nuevos contratos, siguiendo los lineamientos establecidos en la LOS-CCA, en su Reglamento de Aplicación, y en La Norma Técnica del Subsistema de Planificación de Recursos Humanos, expedido por la SENRES.

OF. PGE. N°: 0229, de 06-05-2008

CONTRATOS DE CONCESIÓN: EVENTUAL RENOVACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE:CORPORACIÓN ADUANERA
ECUATORIANA, CAE

CONSULTA:

Si la facultad de aprobar los contratos de concesión de las bodegas que prestan el servicio aduanero de almacenamiento temporal y su eventual renovación, por parte del Directorio de la CAE, es discrecional o reglada.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Aduanas, Arts. 4, 109; y, 36, 37 y 38 de su Reglamento
Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos, Arts. 41, 43, 71; y, 99 y 155 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Aduanas, en el Art. 4 señala que la Aduana es un servicio público que tiene a su cargo principalmente la vigilancia y control de la entrada y salida de personas, mercancías y medios de transporte por las fronteras y zonas aduaneras de la República.

Añade el Art. 4 ibidem que, los servicios aduaneros, entre estos, los de almacenamiento, podrán ser prestados por el sector privado a través de cualquiera de

las modalidades establecidas en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada.

El Art. 109 de la Ley Orgánica en estudio, entre las atribuciones del directorio de la Corporación Aduanera Ecuatoriana- CAE- en el número 9 le asigna fijar las bases sobre las que se podrá dar en concesión a particulares la prestación de los servicios aduaneros; y, en el número 10 le dispone aprobar los contratos de concesión, determinando las regalías correspondientes, relacionados con los servicios aduaneros.

El Reglamento General a la Ley Orgánica de Aduanas, en el Art. 36, señala que el almacenamiento temporal de mercancías se realizará en bodegas de la Aduana o en bodegas autorizadas bajo el control aduanero.

El Art. 37 del Reglamento General citado expresa que, el Directorio de la CAE aprobará los contratos de concesión que autoricen el funcionamiento de bodegas privadas bajo control de la Gerencia Distrital, para el almacenamiento temporal de mercancías de importación o exportación; y, el Art. 38 determina que podrán ser concesionarios de las bodegas de almacenamiento temporal las personas jurídicas de derecho público o privado, nacionales o extranjeras que cumplan con los requisitos ahí consignados.

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, en el Art. 41 dispone que el Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos, entre otros, los de facilidades portuarias, aeroportuarias u otras de naturaleza similar, pudiendo hacerlo mediante concesión; y en su Art. 43, se señalan las modalidades de los procesos de desmonopolización, privatización y delegación, en la letra c) la concesión de uso, de servicio público o de obra pública, licencia, permiso u otras figuras jurídicas reconocidas por el derecho administrativo.

El Reglamento Sustitutivo del Reglamento General *ibídem*, en el Art. 67 inciso segundo norma que las concesiones serán otorgadas por las entidades u organismos del sector público que sean competentes según la legislación vigente, en las modalidades permitidas por el Art. 43 de la Ley de Modernización; y, el Art. 71 señala que en los casos en que sea necesario otorgar concesiones, permisos o licencias a favor del sector privado, ellas se podrán otorgar en condiciones de exclusividad regulada por un tiempo determinado y de conformidad con

lo establecido en la Ley de Modernización, otras leyes especiales y dicho Reglamento.

El Art. 99 del Reglamento en estudio dispone que en las concesiones de uso o servicio público o de obra pública, una vez terminada la concesión, el concedente podrá asumir directamente la misma o licitarla, licitación que podrá realizarse aún antes de la expiración del plazo de un contrato de concesión en curso, para que el nuevo contrato entre en vigencia inmediatamente de expirada la concesión anterior, para lo cual el concesionario estará obligado a prestar todas las facilidades.

El Art. 155 del Reglamento de la referencia determina que, cuando la mas alta autoridad del organismo o entidad del sector público resolviera que una obra o servicio público sea prestado o asumido por el sector privado mediante la modalidad de concesión de uso, de servicio público o de obra pública, o la combinación de éstas, deberá ceñirse al procedimiento establecido en el Título III Capítulo VIII en lo que fuere aplicable.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, considero que la facultad de la Corporación Aduanera Ecuatoriana para aprobar los contratos de concesión de las bodegas que prestan el servicio aduanero de almacenamiento temporal no es discrecional, tanto más que, dicha concesión está sometida al procedimiento, contemplado en la Ley de Modernización del Estado.

Es de exclusiva responsabilidad de la CAE la decisión de aprobación de los contratos de concesión y la eventual renovación de los que haya celebrado.

OF. PGE. N°: 05498, de 23-12-2008

CONTRATOS DE CONSULTORÍA: ACTA DE RECEPCIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA TÉCNICA DEL
COMITÉ DE CONSULTORÍA

CONSULTA:

Si tanto el MIDUVI como el PBLM CONSULTORÍA EMPRESARIAL a la suscripción del contrato inobservaron las disposiciones del convenio, de las bases de concurso y de la Ley de Consultoría y su Reglamento, la Secretaría Técnica del Comité de Consultoría, encargada de velar por el cabal cumplimiento de éstas,

a la consultoría nacional y de igual forma por los consultores registrados e inscritos en su dependencia debe devolver los valores depositados en su cuenta por concepto de garantía del contrato celebrado ente el MIDUVI y PBLM si los contratantes violaron la normativa legal de la Ley de Consultoría y su Reglamento, los términos de referencia y el propio convenio de financiamiento.

BASES LEGALES:

Ley de Consultoría (derogada), Arts. 12 lit. b), c), 19 y 20.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Disp. Trans. Cuarta, Octava y Décima.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 19 de la derogada Codificación de la Ley de Consultoría, determinaba que para asegurar el cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajere a favor de terceros, relacionados con el contrato, la persona natural o jurídica que contrate servicios de consultoría con el sector público, rendirá una de las siguientes garantías por un monto equivalente al 5% del valor del contrato; a párrafo seguido, esa misma norma enumeraba el tipo de garantía que podía entregarse para afianzar tales obligaciones (depósito en efectivo, pólizas de seguros, títulos valor negociables, hipotecas, etc.).

El artículo 20 de la mencionada Codificación derogada, establecía que en los contratos de consultoría a los que se referían los literales b) y c) del artículo 12 de esa Codificación, la entidad u organismo contratante, debía retener el 5% de los pagos en dólares de los Estados Unidos de América que hacía al contratista por cuenta del contrato excluyendo los costos reembolsables respecto de los cuales el consultor no recibía o haya deducido honorarios, y depositarlos a nombre del contratista en el Fondo de Consultoría, en una cuenta especial; en tanto que, el artículo 37 de la mencionada Codificación derogada, disponía que del cinco por mil de cada contrato de consultoría que suscribía el sector público, de las cuantías que establecían los literales b) y c) del artículo 12 de esa Codificación, el 20% de ese aporte le correspondía a la Asociación de Compañías Consultoras del Ecuador.

El artículo 21 de la indicada Codificación derogada, señalaba que, de los valores de las garantías determinadas en los artículos 19 y 20 de esa Ley codificada, el 50% debía devolverse al contratista una vez suscrita el acta de recepción provisional de los trabajos, y el 50% restante, una vez suscrita el acta de recepción definitiva, a satisfacción de la dependencia, entidad y organismo contratante.

La vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en sus Disposiciones Transitorias Cuarta y Décima determina que una vez que la Secretaría del Comité de Consultoría, en el plazo de quince (15) días contados a partir de la vigencia de esta Ley, traspase al Instituto Nacional de Contratación Pública las bases de datos existentes en el Registro de Consultoría y toda la información documental y archivos a su cargo, tanto la Secretaría Técnica del Comité de Consultoría como el Comité de Consultoría se extinguirán.

La mencionada Ley Orgánica, en su Disposición Transitoria Octava señala que los recursos que estuvieron previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley de Consultoría “serán administrados por el Instituto Nacional de Contratación Pública y serán devueltos a los consultores incluidos los intereses que se generen, siguiendo para el efecto lo estipulado en los respectivos contratos de consultoría. El rendimiento de los recursos previstos en esta disposición será igual al de la tasa de interés pasiva para depósitos monetarios fijada por el Banco Central del Ecuador”.

Atento al contenido de las vigentes disposiciones legales de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se concluye que una vez que el Instituto Nacional de Contratación Pública cuente con las bases de datos, la información documental y archivos existentes en el Registro de Consultoría, no existirá impedimento para que dicho Instituto devuelva los montos consignados por la empresa PBLM CONSULTORÍA EMPRESARIAL en garantía, tanto más que, del oficio No. 01090-DGRF-C 2006 de 17 de noviembre de 2006, suscrito por el Director de Gestión de Recursos Financieros del MIDUVI, se desprende que ya se ha comunicado a esa Secretaría Técnica, sobre la suscripción del Acta de Recepción Definitiva con esa empresa consultora.

OF. PGE. N°: 02742, de 26-08-2008

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS POR CONTAMINACIÓN: EXPLOTACIÓN PETROLERA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE LA “JOYA DE LOS SACHAS”

CONSULTA:

Si es pertinente o no cobrar la contribución especial de mejoras en las obras ejecutadas con recursos entregados por el Ministerio del Ambiente de fondos CEREPS, por remediación ambiental por la contaminación generada por la explotación petrolera.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 228.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 16 num sexto, 396, 410, 419 y 422.

PRONUNCIAMIENTO:

La Constitución Política de la República, en el Art. 228 consagra la plena autonomía entre otros de los concejos municipales, que en uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal en el Art. 396 señala que el objeto de la contribución especial de mejoras es el beneficio real o presuntivo proporcionado a las propiedades inmuebles urbanas por la construcción de cualquier obra pública.

El Art. 410 de la Ley Orgánica citada establece que para el pago del valor total de la construcción, ampliación, operación y mantenimiento de los sistemas de agua potable y alcantarillado, las municipalidades cobrarán las contribuciones especiales de mejoras y las tasas retributivas de los servicios en la forma señalada en dicha Ley.

Por su parte, el Art. 419 *ibidem* dispone que para la determinación de cualquiera de las contribuciones especiales de mejoras se incluirán todas las propiedades beneficiadas, sin excepción alguna; la parte del costo correspondiente a propiedades del Estado y más entidades del sector público se cubrirán con las respectivas partidas que, obligatoriamente constarán en sus correspondientes presupuestos; y, el Art. 422 determina que el pago de las contribuciones especiales será exigible, inclusive, por vía coactiva, de acuerdo con la ley.

Del oficio que contesto se establece que la ordenanza de la materia no contempla exoneración alguna para el pago de las contribuciones especiales de mejoras.

Cabe destacar que de conformidad con el Art. 16 ordinal sexto de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, es prohibido a las municipalidades establecer exenciones, exoneraciones, participaciones o rebajas de los tributos destinados al financiamiento de los organismos municipales.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede considero que, la Municipalidad del Cantón "La Joya de los Sachas" debe cobrar la contribución especial de mejoras en las obras ejecutadas con recursos entregados por el Ministerio del Ambiente de fondos CEREPS, sin excepción alguna.

OF. PGE. N°: 03015, de 04-09-2008

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE MEJORAS: BAJA DE TÍTULOS DE CRÉDITO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE LA TRONCAL

CONSULTA:

“Es factible que la Municipalidad proceda a dar de baja los títulos de crédito expedidos para el cobro de la Contribución Especial de Mejoras por la construcción de las obras de adoquinamiento, construcción de aceras y bordillos, alcantarillado dentro de la jurisdicción cantonal”.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 264 num. 5, 300, 301, 399, 400 y 420.

Mandato Constituyente N° 1, Art. 2.

Ley Reformatoria a la Ley de Equidad Tributaria, Disp. Trans. Octava.

PRONUNCIAMIENTO:

De acuerdo con el artículo 264 número 5 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, los gobiernos municipales tienen competencia para crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras.

El Art. 300 de la citada Constitución, dispone que el régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Añade, que se priorizarán los impuestos directos y progresivos, y que la política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.

Por su parte, el Art. 301 de la Carta Magna, expresa que sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos; y agrega, que sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar o extinguir tasas y contribuciones.

Según el artículo 399 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, son sujetos pasivos de la contribución especial de mejoras y están obligados a pagarla los propietarios de los inmuebles beneficiados, sean personas naturales o jurídicas, “sin excepción alguna...”. En sus artículos 400 y 422 se señalan que esta con-

tribución tiene carácter real, y que el pago será exigible, inclusive, por la vía coactiva, de acuerdo con la ley.

La Asamblea Nacional Constituyente, en uso de sus plenos poderes establecidos en el Mandato Constituyente No. 1, expidió la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 242 de 29 de diciembre de 2007, cuya Disposición Transitoria Octava, dispone:

“El Director General del Servicio de Rentas Internas, en la administración tributaria central y, de modo facultativo, prefectos provinciales y alcaldes, en su caso, en la administración tributaria seccional y las máximas autoridades de la administración tributaria de excepción, mediante resolución, darán de baja los títulos de crédito, liquidaciones, resoluciones, actas de determinación y demás documentos contentivos de obligaciones tributarias, incluidas en ellas el tributo, intereses y multas, que sumados por cada contribuyente no superen un salario básico unificado del trabajador en general, vigente a la publicación de la presente y que se encuentren prescritos o en mora de pago por un año o más, háyase iniciado o no acción coactiva”.

Atento el contenido de la disposición invocada, resulta procedente que la Municipalidad del Cantón La Troncal, de modo facultativo, proceda a dar de baja los títulos de crédito expedidos para el cobro de la contribución especial de mejoras por la construcción de las obras de adoquinamiento, construcción de aceras y bordillos, y alcantarillado dentro de la jurisdicción cantonal, siempre que cumplan con las condiciones establecidas en la disposición invocada, y se encuentren vigentes a la fecha de la publicación de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria.

OF. PGE. N°: 04614, de 10-11-2008

CONTRIBUCIONES: ENTIDADES PÚBLICAS

ENTIDAD CONSULTANTE: AUTORIDAD PORTUARIA DE PUERTO BOLÍVAR

CONSULTA:

Si Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar debe seguir realizando egresos entre otras entidades a favor de la Contraloría General del Estado y a la Casa de la Cultura Ecuatoriana, así como los desembolsos para la Secretaría Ejecutiva de Protección Marítima y Portuaria (SEPROM).

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 301, 424 y 425.

Constitución Política de la República del Ecuador (derogada), Disp. Trans. Trigésima Séptima.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 30, Disp. Final Segunda.

Ley Orgánica de la Casa de la Cultura Ecuatoriana "Benjamín Carrión", Art. 22.

Ley General de Puertos, Arts. 1 y 9.

D.E.N° 1111, R.O.N° 229, de 10-12-2003, Art. 3.

PRONUNCIAMIENTO:

Fundamenta su consulta en la Disposición Transitoria Trigésima Séptima de la Constitución Política de la República derogada por la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, la misma que no contempla ninguna disposición que reconozca los egresos de dineros descritos.

Esta Procuraduría requirió el criterio jurídico de la Contraloría General del Estado con el oficio No. 04447 de 30 de octubre de 2008, lo que fue atendido con el oficio No.029121- DJDJ de 21 de noviembre de 2008, concluyéndose que para hacer efectiva la autonomía financiera y presupuestaria de ese Organismo debe disponer de recursos y presupuesto propio entre otros la contribución del cinco por mil, debiendo Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar continuar consignando tal contribución.

La Dirección General de la Marina Mercante, en atención al oficio No. 04445 de 30 de octubre de 2008 de esta Procuraduría, con el oficio No. DIGMER-AJU- 446-0 de 11 de noviembre de 2008, emitió su criterio en el sentido de que Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar debe entregar los fondos que por ley están establecidos para varias instituciones del Estado.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 595 de 12 de junio de 2002, en el Art. 30 señala: "El presupuesto de la Contraloría General del Estado se financiará con: ... a) La transferencia del cinco por mil de los ingresos presupuestados, de todas las instituciones del Estado, y en la parte proporcional de las personas jurídicas de derecho privado, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado en el 50 % o más, con recursos públicos, y que de conformidad con esta Ley, se encuentran sometidas al control de la Contraloría General del Estado.

Exceptúense del cobro de este aporte exclusivamente los ingresos provenientes de empréstitos internos y externos, los saldos iniciales de caja, los fondos de terceros destinados a sus respectivos beneficiarios, los de: la Junta de Beneficencia de Guayaquil, Cruz Roja Ecuatoriana, Sociedad de la Lucha Contra el Cáncer (SOLCA), y Sociedad Protectora de la Infancia. En el caso de las universidades y escuelas politécnicas, se estará a lo que dispone la Ley Orgánica de Educación Superior”.

La Disposición Final Segunda de la Ley citada expresa: “Las disposiciones de la presente Ley, por su carácter de orgánicas, prevalecerán sobre las demás que se le opondan, y entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial”.

La Ley Orgánica de la Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión” publicada en el Registro Oficial No. 179 de 3 de enero de 2006, en el Art. 22 dispone:

“Art. 22.- Los ingresos que forman parte del presupuesto de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, son los siguientes: . . . b) La participación del dos por ciento del ingreso anual bruto de las autoridades portuarias que operan en el país o sus concesionarias, de conformidad con la Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional y de las que se crearen posteriormente”.

La Disposición Final de la Ley en estudio determina: “Las disposiciones de esta Ley, por su carácter de orgánica, prevalecerán sobre cualquier otra que se oponga, y entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial”.

La Ley General de Puertos expedida por Decreto Supremo No. 289 publicada en el Registro Oficial No. 67 de 15 de abril de 1976, en el Art. 1 consagra su ámbito de acción a todas las instalaciones portuarias, marítimas y fluviales del Ecuador, así como las actividades relacionadas con sus operaciones que realicen organismos, entidades y personas naturales o jurídicas.

El Art. 9 de la Ley General de Puertos señala que para la aplicación de esa Ley se consideran Entidades Portuarias, tanto las actuales Autoridades Portuarias, como las Organizaciones que hubiere conformado o se conformaren en el futuro para la administración de los puertos.

El Decreto Ejecutivo No. 1111 publicado en el Registro Oficial No. 229 de 10 de diciembre de 2003, en el Art. 3 creó la Secretaría Ejecutiva de Protección

Marítima y Portuaria (SEPROM) adscrita a la Dirección General de la Marina Mercante, que de conformidad con el Art. 6 tendrá un presupuesto aprobado por el Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos, el mismo que será propuesto por la Dirección General de la Marina Mercante y del Litoral y cuyos recursos procedentes de la actividad portuaria, serán administrados por dicha Dirección General.

El Decreto Ejecutivo No. 1111 publicado en el Registro Oficial No. 358 de 12 de junio de 2008, dispuso que la Dirección General de la Marina Mercante y Puertos -DIGMER- pase a ser una dependencia administrativa de la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial.

La Constitución de la República, aprobada en el Referéndum de 28 de septiembre de 2008, vigente desde el 20 de octubre de 2008, fecha de su publicación en el Registro Oficial No. 449, en el Art. 301 dispone:

“Art. 301.- Solo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Solo 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”.

El Art. 424 de la Constitución de la República determina que 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.

El Art. 425 señala el orden jerárquico de aplicación de las normas, entre estas, la Constitución, los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, etc.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, y la Ley Orgánica de la Casa de la Cultura citadas en la consulta que contesto, tienen la calidad de Orgánicas y prevalecen sobre las demás, entre estas respecto a la Ley de Desarrollo de Puerto Bolívar, publicada en el Registro Oficial No. 419 de 18 de diciembre de 2006.

Respecto a la Disposición Transitoria Trigésima Séptima de la Constitución Política de la República de 1998, dada su transitoriedad dejó de tener eficacia

jurídica, y, fue derogada por la Disposición Derogatoria de la Constitución de la República vigente desde el 20 de octubre de 2008.

Con los antecedentes y fundamentos jurídicos mencionados, considero que Autoridad Portuaria de Puerto Bolívar debe continuar efectuando los egresos económicos, entre otras entidades a la Contraloría General del Estado, a la Casa de la Cultura Ecuatoriana y a la Secretaría Ejecutiva de Protección Marítima y Portuaria (SEPROM).

OF. PGE. N°: 05348, de 10-12-2008

CONSEJO NACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL: ENTREGA DE COPIAS DE GRABACIONES MAGNETOFÓNICAS A PERSONA NATURAL O JURÍDICA

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL

CONSULTA:

Sobre la procedencia que el Consejo Nacional de Aviación Civil entregue copias de las grabaciones magnetofónicas de las sesiones del organismo, a cualquier persona natural o jurídica que lo solicite al amparo de lo previsto en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 94 y 272.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Arts. 1, 5, 9 y 17; y, 4 y 9 de su Reglamento.

Ley de Aviación Civil, Art. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

La Constitución Política de la República en el Art. 94 consagra el derecho de toda persona a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.

La Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en el Art. 1 señala que el acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado.

El Art. 5 *ibídem* expresa que se considera información pública, todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere dicha Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado.

El Art. 9 de la Ley en estudio dispone que el titular de la entidad o representante legal, será el responsable y garantizará la atención suficiente y necesaria a la publicidad de la información pública, así como su libertad de acceso.

El Art. 17 de la Ley Orgánica de la referencia determina exclusivamente los casos en que no procede el derecho a la información pública, no constando entre aquellos la información que se genera en el Consejo Nacional de Aviación Civil.

El Art. 4 del Reglamento General a la Ley Orgánica mencionada, norma que se considera pública toda la información que crearen, que obtuvieren por cualquier medio, que posean, que emanen y que se encuentre en poder de todos los organismos, entidades e instituciones del sector público y privado que tengan participación del Estado, en los términos establecidos en los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, añadiendo que la información requerida puede estar contenida en documentos escritos, grabaciones, información digitalizada, fotografías y cualquier otro medio de reproducción.

El Art. 9 del Reglamento citado señala que de conformidad con la Constitución y la Ley, no procede el derecho de acceso a la información pública sobre documentos calificados motivadamente como reservados por el Consejo de Seguridad Nacional y aquella información clasificada como tal por las Leyes vigentes como lo dispone la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

La Ley de Aviación Civil, en el Art. 2 determina que el Estado ejercerá sus atribuciones a través del Consejo Nacional de Aviación Civil, como organismo encargado de la política aeronáutica del país correspondiéndole por tanto administrar los derechos aerocomerciales que son patrimonio del Estado.

El Reglamento del Consejo Nacional de Aviación Civil en el Art. 50 establece que las sesiones de este organismo tendrán el carácter de reservadas, a menos que este resolviera hacerlas públicas, salvo los casos de audiencias y comisiones generales, empero no se le da la calidad de reservadas a las resoluciones que se adopten en tales sesiones.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano consagra en el Art. 272 de la Constitución Política de la República que una Ley Orgánica, en la especie la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, prevalece sobre la Ley de Aviación Civil que no tiene tal jerarquía.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede considero que el Consejo Nacional de Aviación Civil debe entregar copias de la Resolución y de las actas en sus partes pertinentes, de las sesiones del organismo a la persona natural o jurídica que lo solicite, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de la República, en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, excepto las grabaciones magnetofónicas que pueden contener información privilegiada de otras personas que no sea de interés de quien la solicita.

OF. PGE. N°: 01822, de 14-07-2008

CONTRATO DE PARTICIPACIÓN DE HIDROCARBUROS: INCREMENTO DE CARGA TRIBUTARIA PARA FINANCIAMIENTO DEL ECORAE Y ORGANISMOS SECCIONALES

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE MINAS Y PETRÓLEOS

CONSULTA:

Es legalmente y procedente que en la ejecución del contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, para el bloque 16 suscrito el 26 de diciembre de 1996, entre PETROECUADOR y REPSOL YPF ECUADOR S.A., se tome en cuenta el incremento de la carga tributaria conforme a la Ley 10 que a la fecha de firma del contrato contemplaba un tributo de USD \$ 10 centavos por barril producido, y sus posteriores reformas con la Ley 20 que incremento a USD \$ 0,50 centavos y la reforma de enero del 2008 que subió a USD \$ 1,00 dólar por barril producido, de conformidad con la cláusula 8.6 y 11.1 del contrato, y por lo tanto se debería establecer un factor de corrección a los porcentajes de participación.

BASES LEGALES:

Ley 20 Reformatoria a la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, Art. 1.
Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Art. 31.

Código Civil, Art. 1561.

Ley No. 104-2008, Ley Reformatoria a la Codificación de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales.

PRONUNCIAMIENTO:

Conforme se desprende del texto del oficio de consulta, el 27 de diciembre de 1996 se celebró el Contrato Modificatorio de Prestación de Servicios a Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos sobre el Bloque 16 de la Región Amazónica, entre PETROECUADOR y REPSOL YPF ECUADOR S.A., encontrándose vigente a la fecha de celebración del contrato la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales (Ley 10), que estableció el impuesto equivalente a seis centavos de dólar norteamericano por cada barril de petróleo que se produzca en la Región Amazónica y se comercialice en el mercado interno o externo, para financiar el Fondo creado por la citada Ley, tributo que de acuerdo con la misma disposición, a partir de 1993, se incrementará en un centavo de dólar, por año, hasta alcanzar el equivalente a diez centavos de dólar norteamericano por barril de petróleo producido, por lo cual a la fecha de celebración del contrato con REPSOL YPF estuvo vigente el impuesto de diez centavos de dólar por barril producido.

A través de la Ley 20 Reformatoria a la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, se reformó el artículo primero de esta Ley, determinándose que a partir de 1998, el impuesto para financiar el Fondo se incrementará en cinco centavos de dólar norteamericano, por año, hasta alcanzar el equivalente a cincuenta centavos de dólar por barril de petróleo, incremento que se aplicará el primero de enero de cada año.

Mediante Ley 2008-104 se expidió la segunda Ley Reformatoria a la Codificación de la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, que en su artículo primero eleva el monto impositivo para el Fondo a un dólar de los Estados Unidos de América por cada barril de petróleo que se extraiga en la Región Amazónica, y se comercialice interna o externamente.

Según usted señala en el oficio que contesto, la cláusula Octava Estabilidad Económica, numeral 8.6, del Contrato Modificatorio celebrado con REPSOL YPF ECUADOR S.A., estipula lo siguiente: "En caso de que por acción del Estado

Ecuatoriano o PETROECUADOR, ocurriere cualquiera de los eventos que se describen a continuación, que tengan consecuencias en la economía del Contrato, se incluirá un factor de corrección en los porcentajes de participación, que absorba el incremento o disminución de la carga económica:

- a. Modificación del régimen tributario según se describe en la cláusula 11.1.
- b. Modificación del régimen cambiario, según se describe en la cláusula 12.4.
- c. Modificación de la tarifa de transporte por el SOTE, descrita en la cláusula 7.3.1.1.
- d. Reducción de la tasa de producción, según se establece en la cláusula 6.7.3.”.

Por su parte, de acuerdo a lo indicado en su comunicación, la cláusula Décima Primera Modificación del Régimen Tributario, en el numeral 11.1, estipula que “...en caso de modificación del Régimen Tributario o de la participación laboral, vigentes a la fecha de suscripción de este Contrato y según están descritos en esta Cláusula, o de su interpretación, que tenga consecuencias en la economía del Contrato, se incluirá un factor de corrección en los porcentajes de participación, que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria o de la participación laboral. Este factor de corrección será calculado entre las partes y se observará el procedimiento establecido en el Art. Treinta y uno (31) del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos”.

De la relación que antecede, se desprende que en el Contrato Modificatorio celebrado con REPSOL YPF ECUADOR S.A. se previó el procedimiento a seguir cuando existiere una modificación al régimen tributario que estuvo vigente a la fecha de celebración del Contrato, que genere consecuencias económicas en el Contrato. En el caso motivo de su consulta, el incremento legal del impuesto creado para financiar el Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales constituye una modificación al régimen tributario del Contrato, que obliga a las partes a ajustar los porcentajes de participación en la forma estipulada en el mismo Contrato.

Por lo expuesto, esta Procuraduría considera procedente y ajustado a lo que estipula el Contrato vigente con REPSOL YPF, que constituye ley para las partes contratantes, atento el principio establecido por el artículo 1561 de la Codificación del Código Civil, que introduzca el respectivo factor de corrección en los porcentajes de participación, reconociendo la modificación en la economía del Contrato por el incremento del impuesto que financia el Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales.

La corrección se hará bajo exclusiva responsabilidad de PETROECUADOR y la Cartera de Estado a su cargo, sujetándose al procedimiento señalado por el artículo 31 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Reformativa a la Ley de Hidrocarburos, según se ha estipulado contractualmente.

OF. PGE. N°: 02321, de 01-08-2008

CONTRATO COLECTIVO: INDEMNIZACIÓN A EMPLEADOS POR CAMBIO DE INSTITUCIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA

CONSULTA:

La indemnización prevista en la disposición transitoria quinta de la Ley de Creación de la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, se la debe pagar como una indemnización equivalente a la prevista para el despido intempestivo, de acuerdo a las disposiciones legales y/o las estipulaciones del contrato colectivo vigente.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No. 4, Art. 1.

Ley de Creación de la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, Disp. Trans. Quinta.

PRONUNCIAMIENTO:

De acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley de creación de la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Finanzas Públicas asignará al Consejo Provincial de Pichincha, los recursos económicos necesarios para el pago respectivo de las indemnizaciones y liquidaciones a que hubiere lugar, de todos los funcionarios, empleados y trabajadores que actualmente laboran dentro de la circunscripción territorial de Santo Domingo, sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y al Código del Trabajo; sobreentendido que tal reconocimiento pecuniario, estará limitado en beneficio de aquellos funcionarios, empleados y trabajadores que no pasaren a cumplir sus labores, en el nuevo ente seccional provincial.

Con respecto a los montos a los que ascenderían esas indemnizaciones, materia de su consulta, éstos corresponderán a aquellos señalados en los contratos colectivos vigentes, y siempre hasta los límites o montos máximos dispuestos, en el artículo 1 del Mandato Constituyente No.4, expedido el 12 de febrero de 2008.

OF. PGE. N°: 02212, de 04-08-2008

CONTRATOS DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS DE VIGILANCIA Y ADJUDICACIÓN FALLIDA

CONSULTANTE: AUTORIDAD PORTUARIA DE GUAYAQUIL

CONSULTAS:

1. Autoridad Portuaria de Guayaquil, deberá contratar directamente o no los servicios complementarios de vigilancia o únicamente la compañía CONTECON GUAYAQUIL S.A. la cual es concesionaria de un contrato de concesión por 20 años para la operación de la terminal portuaria.
2. Igualmente, sírvase emitirnos su criterio y absolución respecto si en el evento que su criterio nos obliga contratar directamente este servicio complementario de vigilancia, cuál sería el mecanismo para declarar la adjudicación fallida contando a la fecha con los informes favorables de los Organismos de Control.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No. 8, Art. 3.
D.E. N°. 1121, R.O. N°. 353 de 05-06-2008.

PRONUNCIAMIENTOS:

Su primera consulta se hace con ocasión de la emisión del Mandato Constituyente No 8, que suprimió la intermediación laboral, así como por lo previsto en el Art. 3 del Reglamento a dicho Mandato, expedido mediante Decreto Ejecutivo 1121, publicado en el Registro Oficial No. 353 de 05 de junio de 2008, el cual prevé: "El personal de vigilancia, controles y filtros de seguridad de los aeropuertos y puertos marítimos deberá ser contratado en relación directa y bilateral por las entidades o administradores a cargo de los mismos, por cuanto esas actividades son propias y habituales en sus operaciones" .

Es indispensable tener presente que Autoridad Portuaria de Guayaquil concesionó a CONTECON GUAYAQUIL S.A., el servicio público en las terminales de

contenedores y multipropósito del Puerto de Guayaquil, según consta en escritura pública celebrada ante el Notario Segundo del cantón Guayaquil, el 31 de mayo de 2007.

La cláusula seis del mencionado contrato estipula que la concesionaria queda obligada por su propia cuenta y riesgo a prestar los servicios y realizar las inversiones a las cuales se comprometió en el marco de la Concesión; en las cláusulas cuarenta y dos y cuarenta y ocho, se compromete a responder por la seguridad física y vigilancia para salvaguardar las instalaciones y las cargas en las terminales, en especial lo relacionado al control de accesos y salidas de los terminales, debiendo cumplirse con las leyes y normativas aplicables, así como a la vigilancia del área concedida; y, en las cláusulas 51.2, 51.5 y 52.1 se estipula que la concesionaria asuma frente a la APG la calidad de empleadora respecto de todo el personal y funcionarios que operen y/o presten sus servicios de cualquier naturaleza en las Terminales de Contenedores de Multipropósito (TCM) se establece que la concesionaria deberá cumplir con la normativa laboral y de seguridad social del Ecuador, así como a ser exclusiva responsable de la contratación de personal necesario para la realización del Contrato de Concesión.

Por lo indicado, la Concesionaria deberá cumplir la normativa laboral con respecto al personal necesario para prestar los servicios de seguridad y vigilancia que corresponden a los servicios comprendidos en el contrato de concesión. Sin embargo, en el caso que Autoridad Portuaria necesite personal adicional para la vigilancia, controles y filtros de seguridad del puerto en áreas no comprendidas en la concesión, le corresponderá procesar la respectiva contratación, cumpliendo con las disposiciones jurídicas aplicables, entre las que se encuentra el Mandato Constituyente No.8.

2. En cuanto a su segunda consulta relacionada con el destino de la adjudicación del contrato de prestación de servicios de vigilancia a celebrarse con la empresa Seguridad Integral Cía. Ltda. SEGINTER, adjudicataria de la Licitación Pública No. 01-2007 tramitada por la Autoridad de Guayaquil, que cuenta con los informes favorables de los Organismos de Control, corresponde a la entidad que usted preside determinar si dicho servicio se brindará en las áreas concesionadas a CONTECON GUAYAQUIL S.A. en cuyo caso no procede seguir con la formalización del contrato, atentos los razonamientos expuestos en el pronunciamiento que atiende la primera consulta, y Autoridad Portuaria de Guayaquil, bajo su exclusiva responsabilidad, debería dejar sin efecto la adjudicación, al haberse tramitado un proceso de selección sobre el cual no le corresponde a esta institución pública brindar el servicio de vigilancia.

Si la adjudicación se refiere al servicio de vigilancia en las áreas no concesionadas, procede continuar con la celebración del contrato, observando al efecto la normativa jurídica vigente a la fecha de formalización del respectivo instrumento contractual, de manera especial, el Mandato Constituyente No. 8 y su reglamento de aplicación.

OF. PGE. N°: 02383, de 13-08-2008

**CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA, CAE :
ADJUDICACIÓN O TRANSFERENCIA GRATUITA DE LOTES
DE JOYAS DE ORO, RELOJES, BRASALETES, ETC.**

ENTIDAD CONSULTANTE: CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA, CAE

CONSULTAS:

1. Existe algún tratamiento especial o debe la Corporación Aduanera Ecuatoriana, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 101 de la Ley Orgánica de Aduanas, proceder con la Adjudicación o Transferencia Gratuita de los lotes de joyas de oro, relojes de varias marcas (originales e imitaciones), brazaletes para reloj de oro blanco en níquel y rodium, collares de perlas de arroz y piedras preciosas de imitación; las cuales ya previamente han sido sometidas a remates y ventas directas, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de Aduanas y en el Reglamento General Sustitutivo para el manejo de Bienes del Sector Público.

2. Si su respuesta es afirmativa en el punto anterior, el segundo punto sería a qué instituciones de asistencia social, beneficencia, educación o investigación sin fines de lucro, o personas jurídicas debidamente reconocidas por el Estado, se debería efectuar la Adjudicación o Transferencia Gratuita de los lotes de joyas de oro, relojes de varias marcas (originales e imitaciones), brazaletes para reloj de oro blanco en níquel y rodium, collares de perlas de arroz y piedras preciosas de imitación; las cuales ya previamente han sido sometidas a remates y ventas directas, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de Aduanas y en el Reglamento General Sustitutivo para el manejo de Bienes del Sector Público.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Aduanas, Art. 101.

Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones,

Liquidación y Disolución, y Registro de Socios y Directivas, de las Organizaciones Previstas en el Código Civil y en las Leyes Especiales, Art. 30 Capítulo X.

D.E.No 982, R.O.Nº. 311, 08-04-2009.

PRONUNCIAMIENTO:

El primer inciso del artículo 101 de la Ley Orgánica de Aduanas prevé "Procede la adjudicación gratuita de las mercancías por parte del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, a instituciones de asistencia social, beneficencia, educación o investigación sin fines de lucro, personas jurídicas debidamente reconocidas por el Estado, cuando éstas no han sido rematadas, ni adjudicadas en venta directa, o cuando efectuadas dos subastas no se presenten ofertas, para lo cual las mercancías serán puestas a disposición del Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana".

Por su parte, el capítulo X del Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones, Liquidación y Disolución, y Registro de Socios y Directivas, de las Organizaciones Previstas en el Código Civil y en las Leyes Especiales, agregado mediante Decreto Ejecutivo No. 982, publicado en Registro Oficial 311 de 8 de Abril del 2008, que tratan sobre el Registro Único de Entidades de la Sociedad Civil, establece que la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana organizará y estará a cargo de este registro; y, el inciso primero del artículo 30 de este Reglamento expresa: "Las fundaciones y corporaciones que por cualquier concepto reciban recursos públicos, deberán contar previamente con la correspondiente acreditación para desarrollar sus actividades, la misma que será conferida por el Ministerio del ramo".

Por lo expuesto, una vez que los indicados bienes y artículos han sido sometidos a remate y a venta directa, sin que se hayan podido enajenar, procedería la adjudicación gratuita directa de los mencionados bienes a las instituciones de asistencia social, beneficencia, educación o investigación sin fines de lucro y que cuenten con la acreditación correspondiente.

El presente pronunciamiento no es orden de pago ni autorización de adjudicación, por no ser de mi competencia; y, tales actos serán de exclusiva responsabilidad del señor Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

OF. PGE. N°: 04274, de 22-10-2008

CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA, CAE: NATURALEZA JURÍDICA Y ADMINISTRATIVA

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD PARTICULAR
"SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO"

CONSULTA:

Solicita la reconsideración del pronunciamiento emitido por esta Procuraduría en oficio No. 001745 de 9 de julio de 2008, relacionado a si la Corporación Aduanera Ecuatoriana es una de las personas jurídicas autónomas que integra la Administración Pública Institucional prevista en la letra ch) del artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 118 y 119.

Ley Orgánica de Aduanas, Art. 104.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, Arts. 2 lit. ch) inc. final, 6, 7, 10 y 23.

PRONUNCIAMIENTO:

Según indica en su oficio, la CAE carece de independencia por estar bajo la tutela administrativa del Ejecutivo, según los artículos 2 letra ch), 6 y 23 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, y por tanto, ser parte tutelada de la Función Ejecutiva conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 118 de la Constitución Política de la República.

En el pronunciamiento que motiva su reconsideración, hice referencia, entre otras disposiciones, al artículo 119 de la Constitución Política de la República, el cual establece que aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento; y al artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas, el mismo que señala que la Corporación Aduanera Ecuatoriana es una persona jurídica de derecho público con autonomía técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, domiciliada en la ciudad de Guayaquil y con jurisdicción en todo el territorio nacional; concluyendo con dicho fundamento constitucional y legal, que la CAE no forma parte de la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.

En esta oportunidad, cabe hacer las siguientes consideraciones:

El inciso final del artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva precisa con claridad que, 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 delgados o representantes de la Función Ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente estatuto”.

El artículo 6 del mencionado Estatuto, citado por usted en su oficio de reconsideración, es aplicable a la administración pública central, toda vez que expresa que las entidades, organismos y empresas del sector público dependientes, adscritos o controlados por los dignatarios de la Función Ejecutiva “se caracterizan, en general, por ser creados, modificados y extinguidos por acto de poder público...”.

La disposición aplicable a la administración pública institucional está contemplada en el artículo 7 del citado Estatuto, el cual establece que la Administración Pública Institucional, está conformada por entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente a la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta bajo los principios de especialidad y variedad; y agrega: “En forma expresa deberá indicarse su organización y el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual se adscriben, el que ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisonal, sin perjuicio de la autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes”. En el caso materia de su reconsideración, la Corporación Aduanera Ecuatoriana, no se encuentra adscrita a ninguna entidad u organismo del Estado.

Por otra parte, el artículo 23 del Estatuto en análisis, invocado por usted en su oficio de reconsideración, dispone que la estructura de los órganos, entidades de derecho público y empresas públicas que no obstante no encontrarse formalmente adscritas a la Presidencia de la República o a algún Ministerio de Estado, sean controladas por la Presidencia de la República o algún Ministerio de Estado en vista de la presencia de sus delegados en los órganos de dirección de dichas entidades y empresas públicas, “se regirán por sus reglamentos orgánicos funcionales, los cuales guardarán conformidad con las leyes que los rigen y, en cuanto fuere aplicable, con las disposiciones de este estatuto”.

Cabe resaltar que el inciso segundo del artículo 10 del referido Estatuto señala que las entidades y empresas que conforman la Administración Pública Institucional “deberán desarrollar sus actividades y políticas de acuerdo a los planes y decisiones del Presidente de la República y de los respectivos ministerios de Estado”. En el caso de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, las deci-

siones son tomadas por el Directorio conformado en la forma prevista en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Aduanas.

Con fundamento en las normas legales antes señaladas, es procedente concluir y ratificar el pronunciamiento constante en el oficio No. 1745 de 9 de julio de 2008, en el sentido de que la Corporación Aduanera Ecuatoriana, como persona jurídica autónoma, creada mediante Ley y no adscrita a ninguna institución del Estado, no forma parte de las entidades que integran la administración pública institucional de la Función Ejecutiva.

OF. PGE. N°: 02206, de 04-08-2008

CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA: NATURALEZA JURÍDICA Y ADMINISTRATIVA - AUTONOMÍA -

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD "SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO"

CONSULTA:

La Corporación Aduanera Ecuatoriana en su condición de persona jurídica de derecho público, que ejerce la potestad que le atribuye la Ley Orgánica de Aduanas y presta los servicios públicos aduaneros prescritos en esa misma normativa (Art. 102 LOA), cuyo Directorio, órgano jerárquicamente superior (Art. 105 LOA), está conformado por tres delegados de la Administración Pública Central y uno del sector privado (Art. 106 de la LOA, reformado por Ley 2007 - 93, RO (s) No. 196 de 23 de octubre de 2007), ¿es una de las personas jurídicas autónomas a las que se refiere la letra ch) del artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y, en consecuencia, integra la Administración Pública Institucional a la que se refiere el inciso siguiente a ese literal ch) del Art. 2 del ERJAFE?

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 118 num. 5 y 119 inc. segundo.

Ley Orgánica de Aduanas, Arts. 102, 104 y 105.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 2 lit. ch).

PRONUNCIAMIENTO:

El inciso segundo del artículo 119 de la Constitución Política de la República dispone que aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento.

El artículo 104 de la Ley Orgánica de Aduanas señala que la Corporación Aduanera Ecuatoriana es una persona jurídica de derecho público, de duración indefinida, patrimonio del Estado, con autonomía técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, domiciliada en la ciudad de Guayaquil y con jurisdicción en todo el territorio nacional.

El artículo 106 del mismo cuerpo legal establece que el Directorio de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, estará conformado por los siguientes vocales: a) El Director del Servicio de Rentas Internas (SRI) o su delegado, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente; b) El Ministro de Economía y Finanzas o su delegado (actual Ministerio de Finanzas); c) El Ministro del ramo, designado para el efecto por el Presidente de la República en función de su competencia, quien podrá actuar por medio de un delegado; y, d) Un vocal designado por las Cámaras de la Producción o su suplente.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, conforme lo dispone el Art. 1 se aplica exclusivamente a las instituciones que integran la función ejecutiva y el Art. 2 del mismo Estatuto, cuando se refiere a la administración pública central e institucional, debe entenderse que tal clasificación dice relación aquellas entidades que forman parte de tal función (Ejecutiva).

La CAE es una persona jurídica autónoma, creada por la Ley Orgánica de Aduanas. Y por tanto, forma parte del sector público, conforme lo prevé el Art. 118 numeral 5 de la Constitución Política de la República, aunque no sea parte de la Función Ejecutiva. El hecho que su directorio esté integrado por tres delegados o representantes de la Función Ejecutiva y uno del sector privado, no transforma o altera la naturaleza jurídica de la CAE o la hace integrante de la Función Ejecutiva, sino que por el contrario conserva su personalidad jurídica, autónoma e independiente.

OF. PGE. N°: 01745, de 09-07-2008

**CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA, CAE
- RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO - SUPRESIÓN
DE PUESTOS: AUTONOMÍA**

ENTIDAD CONSULTANTE: CORPORACIÓN ADUANERA
ECUATORIANA, CAE

CONSULTAS:

1. La Corporación Aduanera Ecuatoriana es una entidad del sector público, con autonomía técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, conforme el Art. 104 de la Ley Orgánica de Aduanas; y por tanto, no se encuentra entre las instituciones de la Administración Pública Institucional, de acuerdo al oficio No.0005407 de fecha 10 de diciembre de 2003 suscrito por el doctor José María Borja Gallegos, Procurador General del Estado en aquella época.

2. La autonomía técnica, administrativa, financiera y presupuestaria que posee la Corporación Aduanera Ecuatoriana, al provenir de una ley jerárquicamente superior como lo es la Ley Orgánica de Aduanas, es independiente de los límites establecidos por leyes ordinarias, decretos ejecutivos y otras normas jurídicas de rango inferior, relacionados con la autonomía de los organismos públicos.

3. La autonomía administrativa que goza la Corporación Aduanera Ecuatoriana según el Art.104 de la Ley Orgánica de Aduanas, comprende la elaboración, resolución y ejecución de los procesos de supresión de puestos y partidas presupuestarias, sin necesidad de dictámenes aprobatorios de los organismos de control, tales como la Secretaría Nacional Técnica de Remuneraciones del Sector Público, conforme lo expresará el Secretario Nacional Técnico de Remuneraciones del Sector Público, señor Richard Espinosa Guzmán mediante oficio SENRES-D-2008-0002722.

4. El proceso de supresión de puestos y partidas presupuestarias realizado por la Corporación Aduanera Ecuatoriana, que concluyó en la emisión de la resolución No. GGN-RE-0468 de fecha Mayo 13 del 2008, ha cumplido con las formalidades legales establecidas, en virtud de la autonomía técnica y administrativa que posee la Institución.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 104, 118, num. 5 y 119 inc. segundo.

LOSCCA, Art. 65.

Ley Orgánica de Aduanas, Arts. 104 y 106.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Arts.1 y 2.

PRONUNCIAMIENTOS:

El inciso segundo del artículo 119 de la Constitución Política de la República, dispone que aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento.

El artículo 104 de la Codificación a la Ley Orgánica de Aduanas señala que la Corporación Aduanera Ecuatoriana es una persona jurídica de derecho público, de duración indefinida, patrimonio del estado, con autonomía técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, domiciliada en la ciudad de Guayaquil y con jurisdicción en todo el territorio nacional.

El artículo 106 del mismo cuerpo legal establece que el Directorio de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, estará conformado por los siguientes vocales: a) El Director del Servicio de Rentas Internas (SRI) o su delegado, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente; b) El Ministro de Economía y Finanzas (actual, Ministro de Finanzas) o su delegado; c) El Ministro del ramo, designado para el efecto por el Presidente de la República en función de su competencia, quien podrá actuar por medio de un delegado; y, d) Un vocal designado por las Cámaras de la Producción, o su suplente.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, conforme lo dispone el Art. 1 se aplica exclusivamente a las instituciones que integran la función ejecutiva y el Art. 2 del mismo estatuto, cuando se refiere a la administración pública central e institucional, debe entenderse que tal clasificación dice relación a las entidades que forman parte, exclusivamente de esa función (Ejecutiva).

La CAE es una persona jurídica autónoma, creada por la Ley Orgánica de Aduanas (actual, Codificación). Y por tanto, forma parte del sector público, conforme lo prevé el Art. 118, numeral 5) de la Constitución Política de la República, aunque no es parte de la Función Ejecutiva. El hecho de que su directorio esté integrado por tres delegados o representantes de la Función Ejecutiva y uno del sector privado, no transforma o altera la naturaleza jurídica de la CAE o la hace integrante de la Función Ejecutiva, sino que por el contrario, aquella conserva su personalidad jurídica, autónoma e independiente.

Visto lo anterior, y para efectos de dar contestación puntual a cada una de sus preguntas, me permito manifestar lo siguiente:

1. La Corporación Aduanera Ecuatoriana –CAE–, efectivamente es una institución del sector público, que goza de suficiente autonomía técnica, administrativa, presupuestaria y financiera y que evidentemente, no es parte de la Administración Pública Institucional, a la que refiere el ERJAFE;
2. La autonomía de la que goza la CAE, le ha sido otorgada por la Ley Orgánica de Aduanas (actual, Codificación); siendo por tal reconocida por la

Constitución Política de la República, cuyo Art. 119, inciso segundo, manifiesta explícitamente, que: "Aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinen, gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento". Por tanto no cabe que dicha autonomía sea limitada por una norma de inferior jerarquía jurídica;

3. No obstante la autonomía de la que goza la CAE, ésta se encuentra inobjetablemente sujeta a lo dispuesto en la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público -LOSCCA-, cuyo Art.65, al referirse a la supresión de puestos, indica que la supresión procederá por razones técnicas o económicas y funcionales; y que en los organismos o dependencias de la Función Ejecutiva, se realizará previo el estudio y dictamen de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público; en tanto que en las instituciones o entidades que no sean parte de dicha función, como es el caso específico de la CAE, dicho proceso requeriría simplemente, el informe previo de la unidad de recursos humanos de esa entidad; condicionándose eso si, en uno u otro caso, el que existan las disponibles presupuestarias para el pago de la correspondiente indemnización al servidor removido;

No obstante lo que señala en su oficio, esta Procuraduría General no tiene competencia legal para pronunciarse si el proceso de supresión de puestos y partidas presupuestarias, ocurrido en la CAE, ha cumplido o no con las formalidades de ley, limitándome como no podría ser de otra manera, a lo que ha sido señalado en la contestación a la pregunta anterior.

OF. PGE. N°: 01744, de 09-07-2008

**CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL, CFN:
PROCESOS DE DESINVERSIÓN DE PAQUETES ACCIONARIOS
Y PARTICIPACIONES**

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y
COMPETITIVIDAD

CONSULTA:

Es procedente que el Ministerio de Industrias y Competitividad, dentro de los procesos de desinversión de los paquetes de acciones o participaciones en compañías en las cuales la Institución mantiene aportes de capital social, se aplique

el Reglamento para la Venta de Acciones de Propiedad de la Corporación Financiera Nacional, publicado en el Registro Oficial No. 736, de 12 de julio de 1995, a través del cual se faculta a dicha Entidad a actuar como brazo financiero del Estado y extender sus servicios especializados a todas las entidades del sector público.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional, Art. 24 lit. q).

Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos, Art. 58.

Reglamento para la venta de acciones de propiedad de la Corporación Financiera Nacional, Art. 10.

PRONUNCIAMIENTO:

Al Oficio No. E-C-4694-2008-DAJ, de 16 de septiembre del 2008, se adjuntó el criterio del señor Asesor Jurídico del Ministerio a su digno cargo.

El señor Gerente General de la Corporación Financiera Nacional participó el criterio jurídico de dicha entidad, mediante Oficio No. AJ-26139, de 30 de septiembre de 2008, recibido el 03 de octubre del año en curso.

El artículo 58 del Reglamento General a la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos, por parte de la iniciativa privada, dispone lo siguiente:

“La oferta que se haga en las bolsas de valores de una parte o de la totalidad de las acciones de propiedad de la entidad u organismo del sector público se someterán a los reglamentos que para efectos similares ha expedido la Corporación Financiera Nacional (CFN).

Las acciones podrán ser entregadas a la CFN para que se encargue de su negociación en bolsa conforme a instrucciones precisas que aseguren la transparencia de las negociaciones”.

A su vez, el Art. 10 del Reglamento para la venta de acciones de propiedad de la Corporación Financiera Nacional, establece que: “De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 58 del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos, por parte de la iniciativa Privada, la oferta que se haga en las bolsas de valores de una parte o de la totalidad de las acciones de propiedad de las entidades u organismos del

sector público, se someterá al presente reglamento en lo que fuera aplicable y a las normas que con esta finalidad expida el Consejo Nacional de Valores. Al efecto, las acciones podrán ser entregadas a la Corporación para que se encargue de su negociación en bolsa conforme a instrucciones precisas que aseguren la transparencia de las negociaciones”.

En el literal q) del artículo 24 de la Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional, expresa que ella podrá actuar como agente financiero y de inversión de entidades del sector público.

El Reglamento de la Corporación Financiera Nacional regula la venta de acciones, mas no de participaciones sociales.

Por lo indicado, sí es procedente que el Ministerio de Industrias y Competitividad, dentro de los procesos de desinversión de los paquetes de acciones en compañías en las cuales la institución mantiene aportes de capital social, se aplique el Reglamento para la Venta de Acciones de Propiedad de la Corporación Financiera Nacional.

Se aclara que por cuanto el Reglamento de la Corporación Financiera Nacional, sólo regula la venta de acción, el mismo no es aplicable a la enajenación de participaciones sociales de compañías.

OF. PGE. N°: 04970, de 14-10-2008

CULTURA, CIENCIA Y DEPORTE: RECONOCIMIENTO ECONÓMICO A PERSONAJES DESTACADOS POR SU TRAYECTORIA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE GUAYAQUIL

CONSULTA:

Es posible legalmente que la Municipalidad de Guayaquil efectúe, excepcionalmente y de acuerdo con sus posibilidades económicas, un reconocimiento económico a personajes que se hayan destacado por su trayectoria al servicio de la cultura, la ciencia, el deporte, el arte, el servicio social.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 62, 80, 82 y 228.
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 63 num. 33 y 49; 150 lit. l) y 164.
Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, Art. 17.

PRONUNCIAMIENTO:

El segundo inciso del artículo 228 de la Constitución Política de la República garantiza la plena autonomía de los gobiernos provincial y cantonal.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución Política, le corresponde al Estado promover y estimular la cultura, la creación, la formación artística y la investigación científica.

El artículo 80 de la citada Carta Constitucional dispone que el Estado fomentará la ciencia y la tecnología, especialmente en los niveles educativos, dirigidas a mejorar la productividad, la competitividad, el manejo sustentable de los recursos naturales, y a satisfacer las necesidades básicas de la población.

La Normativa Suprema en su artículo 82, ordena que el Estado protegerá, estimulará, promoverá y coordinará la cultura física, el deporte y la recreación, como actividades para la formación integral de las personas. Proveerá de recursos e infraestructura que permitan la masificación de dichas actividades.

Conforme a lo prescrito en el artículo 63 numerales 33, 49 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la acción del concejo está dirigida al cumplimiento de los fines del municipio, para lo cual está facultado para: 33. Determinar la forma en que la municipalidad debe contribuir al desenvolvimiento cultural del vecindario, de acuerdo con las leyes sobre la materia y el plan integral de desarrollo de la educación; 49. Ejercer las demás atribuciones que le confiere la ley y dictar las ordenanzas, acuerdos, resoluciones y demás actos legislativos necesarios para el buen gobierno del municipio.

Según el artículo 150 literal l), a la administración municipal le compete estimular el fomento de las ciencias, la literatura, las artes, la educación física y los deportes.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley Municipal, la Dirección de Educación y Cultura coadyuvará con los organismos nacionales a la educación y al progreso cultural de los vecinos del municipio y estimulará el fomento de las ciencias, la literatura, las artes, la educación física y los deportes en el territorio del cantón.

El artículo 17 de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público permite a las instituciones autónomas y a las del sector público en general, realizar donaciones a personas naturales o jurídicas privadas, pagos por trofeos,

premios, agasajos y otros conceptos similares, así como asignaciones a organismos privados, únicamente para programas de desarrollo cultural, desarrollo y promoción turística, deportiva, comunitaria y científica, o que hayan sido establecidos mediante disposición legal y siempre que exista la partida presupuestaria correspondiente.

De las normas constitucionales y legales invocadas se concluye que siendo obligación del Estado incentivar el deporte, la cultura, el arte, la ciencia y la tecnología, la Municipalidad en uso de la plena autonomía consagrada en la Constitución Política, tiene la facultad para resolver sobre el reconocimiento económico como estímulo, a favor de personajes que se hayan destacado por su trayectoria al servicio de la cultura, la ciencia, el deporte, el arte, el servicio social, en la medida que sus recursos financieros lo permitan y no afecte el cumplimiento de los fines y funciones propias de la Municipalidad.

OF. PGE. N°: 02375, de 13-08-2008

DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA: AVALÚO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE EL EMPALME

CONSULTA:

Si debe o no el Municipio del cantón El Empalme, obtener el avalúo de la DINAC para la declaratoria de utilidad pública o interés social de los bienes materia de expropiación o se sujetará al avalúo catastral practicado por la propia entidad municipal.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 58 inc. décimo.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 63 num. 11, 242, 244, 247, 320, 321, 322 y 323.

PRONUNCIAMIENTO:

El inciso décimo del artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto del 2008, establece: "En el caso de las municipalidades el procedimiento expropiatorio se regulará por las disposiciones de su propia Ley".

Según el artículo 63 numeral 11 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal el concejo esta atribuido para declarar de utilidad pública o de interés social los bienes materia de expropiación, “sin la intervención, en el proceso, de organismo alguno del gobierno central”.

De acuerdo con el artículo 242 de la mencionada Ley Orgánica, los avalúos de las expropiaciones que deban hacer las municipalidades, se efectuará con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiados al tiempo de iniciarse el expediente de ocupación, sin tener en cuenta la plusvalía que resulte como consecuencia directa del proyecto que motive la expropiación y sus futuras ampliaciones; agrega, que las mejoras realizadas con posterioridad a la iniciación del expediente de expropiación, no serán objeto de indemnización. En su artículo 243, se establece que para determinar el precio que corresponde a los bienes objeto de expropiación se seguirán, además las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil y en otras leyes.

Según el artículo 244 de la indicada Ley Orgánica, en todos los casos de expropiación se abonará al propietario, además del precio establecido convencional o judicialmente, un cinco por ciento como precio de afección.

Por otra parte, el artículo 247 de la misma normativa Orgánica, dispone que la municipalidad podrá convenir con el particular afectado por la expropiación, la adquisición de bienes o derechos que son objeto de aquélla, libremente y de mutuo acuerdo.

Cabe resaltar que los bienes muebles o inmuebles de valor artístico, histórico o arqueológico, se realizará de acuerdo con las disposiciones del capítulo de las expropiaciones de la mencionada Ley Orgánica y de la Ley de Patrimonio Cultural, fijación de precio que se efectuará mediante tasación pericial de una comisión compuesta por tres personas versadas en la materia, designadas: una por la Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión”; una por la Facultad de Arquitectura de la Universidad más próxima y otra por la Academia de Historia.

Finalmente, el artículo 323 de la referida Ley Orgánica establece que las expropiaciones que realicen de conformidad con las disposiciones del capítulo II del Título VI de la indicada Ley (artículos 320, 321 y 322, referidos a solares ubicados en zonas urbanizadas y predios urbanos no edificados) se pagará según el valor de la propiedad que figure en el correspondiente catastro municipal en la forma que ahí se especifica.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye que el avalúo de los bienes inmuebles que el Municipio declare de utilidad pública o interés social, está sujeto al que, para el efecto, realice la Dirección de Avalúos y Catastros de la propia Municipalidad.

OF. PGE. N°: 02772, de 27-08-2008

DECLARATORIA DE UTILIDAD PÚBLICA: INDEMNIZACIÓN DEL INMUEBLE (CONSTRUCCIÓN)

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE MUISNE

CONSULTA:

Sobre la procedencia de efectuar la declaratoria de utilidad pública o la indemnización a favor del propietario de una construcción de dos plantas en la cual funcionan un restaurante y una bodega, construidos sobre un terreno que está comprendido dentro de los bienes nacionales, en área de pleamar o bajamar, a fin de ejecutar los proyectos de construcción de muros, malecones, muelles y remodelación de la Av. Isidro Ayora, en la isla y en la parte continental de la Cabecera Cantonal de Muisne.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 33 y 234.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 26, 62, 68, 69, 72, 123, 124 y 126
Código Civil Arts. 215, 218, 615 y 618.

Código de la Policía Marítima, Arts. 80 segundo artículo agregado y 81.

PRONUNCIAMIENTO:

Según el criterio del Procurador Síndico del Municipio de Muisne, al encontrarse una construcción ubicada en el área donde se está construyendo el muro de contención de los Malecones que ejecuta la Municipalidad referida, interrumpiendo el avance físico de la obra, es menester resolver dicha situación, ya sea reubicando o indemnizando al dueño de la construcción vía declaratoria de utilidad pública, a través de la expropiación, en aplicación de los Arts. 234 de la Constitución Política de la República; y 26, 62, 68, 69, 72, 123, 124 y 126 de la Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En el informe del Director General de la Marina Mercante y del Litoral, se expresa que con Acuerdo Ministerial No. 090 del 6 de febrero de 1995, el Ministro

de Defensa Nacional, autorizó al ciudadano Jimmy Ider Calderón Soledispa, para que ocupe un área de 400m² de zona de playa y bahía, con el carácter de permanente, ubicada en el sitio Relleno de Muisne, parroquia rural Guayaquil, cantón Muisne, provincia de Esmeraldas, para la construcción de un restaurante y soda bar de hormigón armado de dos plantas; y agrega, que el mencionado Acuerdo Ministerial se encuentra vigente; y, que considera procedente tramitar su derogatoria para que se ejecuten las obras planificadas por el Municipio de Muisne.

El Art. 33 de la Constitución Política de la República, expresa que para fines de orden social determinados en la ley, las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación.

El Art. 615 del Libro Segundo del Código Civil, dispone que nadie podrá construir, sin permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad nacional; mientras que el Art. 618 del mismo Libro, establece que sobre las obras que, con permiso de la autoridad competente, se construyan en sitios de propiedad nacional, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo. Agrega que abandonadas las obras, o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo, por el ministerio de la ley, al uso y goce privativo del Estado, o al uso y goce general de los habitantes, según lo prescriba la indicada autoridad; pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por el Estado.

El primer inciso del Art. 1 del Acuerdo Ministerial No. 090 que ha sido adjuntado a la consulta, dispone: "ART. 1°. de conformidad con lo dispuesto en los artículos 80 y 81 del Código de Policía Marítima, y 213 del Reglamento de Trámites en la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral y Capitanías de Puerto de la República, confíerese al señor JIMMY IDER CALDERON SOLEDISPA, la autorización necesaria para la ocupación de una zona de playa y bahía en una extensión de cuatrocientos metros cuadrados 400.00 m², para destinarla en la construcción de un restaurante y soda bar de hormigón armado de dos plantas".

Por su parte, el Segundo Artículo del acuerdo referido, expresa: "Para la obtención de la matrícula que le faculta entrar en posesión de la superficie que se concede con el presente Acuerdo, el señor JIMMY IDER CALDERON SOLEDISPA, deberá consignar en la Dirección General de la Marina Mercante y del

Litoral, los valores que determine el Reglamento correspondiente, para cuyo efecto se cataloga a dicha ocupación como de SERVICIO PRIVADO COMERCIAL Y CON EL CARÁCTER DE PERMANENTE”.

El Art. 80 del Código de Policía Marítima, dispone que el mar territorial, la plataforma o zócalo continental y la playa del mar, cuya extensión se determina o indica en el Título III del Libro II del Código Civil, y los ríos y grandes lagos son de dominio nacional. Agrega, que no se podrá ocupar permanentemente extensión alguna de bahía sobre ni bajo las superficies de sus aguas sin autorización del Ministerio de Defensa Nacional, obtenida por medio de la respectiva capitania de puerto; y, que las playas del mar no pueden ser objeto de adjudicación ni concesión que sea estable o que obste a los propietarios o arrendatarios de los terrenos aledaños a ellas en su uso. En su inciso final establece que las construcciones levantadas sobre playas indebidamente concedidas o adjudicadas no pueden conservarse, a menos que pertenezcan a entidades de carácter social o hayan sido adquiridas por particulares con justo título y por uno de los modos determinados en el Código Civil.

El primer artículo agregado después del Art. 80, dispone que las playas de mar, no podrán ser objeto de adjudicaciones o concesiones de carácter estable, a fin de evitar que pierdan su calidad de bienes nacionales de uso público; y menos aún cuando la persona a quien se ha hecho la adjudicación o concesión, ha reconocido, antes o después de ésta, el dominio privado sobre el bien en el cual se otorga dicha adjudicación o concesión. Tampoco las playas de mar podrán ser objeto de adjudicación o concesión en perjuicio del libre uso de las mismas por parte de los propietarios o arrendatarios de los terrenos aledaños a tales playas.

Por su parte, el segundo artículo agregado después del Art. 80, del Código de la Policía Marítima, advierte que cualquier concesión o adjudicación que se hubiere hecho, con cualquier nombre o denominación contrariando lo dispuesto en el artículo anterior, se le declara sin valor alguno, a menos que hubiere sido acordada por el H. Congreso Nacional, sin haber mediado reclamo de terceros, o por sentencia judicial de última instancia, en juicio contradictorio y previa publicación por la prensa, en el lugar donde está situado el bien, por avisos entre los cuales medien por lo menos treinta días y durante seis meses consecutivos.

De lo expuesto se concluye que, si mediante Acuerdo No. 090 del 6 de febrero de 1995, el Ministro de Defensa Nacional autorizó al señor Jimmy Ider

Calderón Soledispa para que ocupe un área de 400m² de zona de playa y bahía, y si el mencionado ciudadano realizó una construcción que deberá ser demolida para los trabajos que está realizando el Municipio de Muisne, el terreno en el cual se construyó inmueble se revierte nuevamente al Estado por ser un bien nacional. En tal virtud, no se aplica la figura de la expropiación, salvo el caso de Indemnización por las construcciones existentes, que para este efecto, deberán ser valoradas por la Municipalidad, bajo su exclusiva responsabilidad.

OF. PGE. N°: 02688, de 25-08- 2008

DELITOS COMETIDOS CONTRA EL ESTADO: CONVENIO Y TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

CONSULTAS:

Si es necesario que, en los delitos cometidos contra el Estado, se deba cumplir con el requisito del numeral 8 del Art. III del Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas entre la República del Ecuador y la República Dominicana.

Si de ser afirmativa la respuesta, cual es el órgano o entidad del Estado ecuatoriano que deba emitir el consentimiento para proceder con la repatriación de los ciudadanos de República Dominicana en el marco del Convenio suscrito con dicho Estado.

BASES LEGALES:

Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas entre la República del Ecuador y la República Dominicana, R.O. No. 68 de 20-04-2007, Art. 3 num. 8 y Títulos I, II, III y IV.
Código Penal Libro II.

PRONUNCIAMIENTO:

El Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas entre la República del Ecuador y la República Dominicana fue suscrito el 17 de abril de 2006, y publicado en el Registro Oficial No. 68 de 20 de abril de 2007.

Es claro que la condición contenida en el artículo III del Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas entre la República del Ecuador y la República

Dominicana en su numeral 8 procede o debe cumplirse, únicamente en aquellos procesos en los cuales hubiera comparecido la víctima, el agraviado u ofendido como acusador particular para reclamar la correspondiente reparación, sin hacer distinción de la persona sea natural, jurídica, privada o pública.

El Convenio no hace distinción entre el tipo de delitos; atiende a la circunstancia de haber o no acusador particular en el proceso, a efectos de pedir su consentimiento por la reparación económica que persigue y garantizar su cumplimiento si el condenado es trasladado a su medio social de origen.

En consecuencia, la aplicación del numeral 8 está atada a la existencia del acusador particular en el proceso.

Para el caso de la consulta, requerido el sentenciado en los términos del Convenio y verificado el hecho de no haber víctima, agraviado u ofendido que hubiere reclamado reparación mediante la acusación particular correspondiente, no tiene razón de solicitarse consentimiento a un sujeto inexistente en el proceso.

Se aclara que el mencionado Convenio no establece su aplicación para los Delitos contra la Seguridad del Estado, tipificados en el Título I Delitos Contra las Garantías Constitucionales, ni para los delitos contra la Igualdad Racial constantes en el Título II delitos contra la Administración Pública previstos en el Título III contra la Fe Pública tipificados en el Título IV; y, contra la seguridad Pública señalados en el Libro y, todos ellos tipificados en el Libro II del Código Penal Ecuatoriano.

Tampoco es aplicable dicho Convenio en los Delitos de Lavado de Activos, Delitos de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas e Ilícitos Tributarios.

OF. PGE. N°: 05350, de 10-12-2008

DERECHO DE REPETICIÓN: PROCEDIMIENTO

ENTIDAD CONSULTANTE: SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, SRI

CONSULTA:

Sobre la procedencia de que el SRI pueda ejercer las acciones de repetición, cual sería el procedimiento jurídico o la vía procesal y el juez competente.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 11.

LOSCCA, Art. 46 inc. tercero.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 31 num. 36.

Código de Procedimiento Civil, Art. 59.

Código Civil, Art. 29.

PRONUNCIAMIENTO:

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada en el Referéndum del 28 de septiembre de 2008, vigente desde el 20 de octubre de 2008, fecha de su publicación en el Registro Oficial No. 449, en el Art. 11 entre el ejercicio de los derechos, en el número 9 establece lo siguiente:

"El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos".

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el Art. 46 inciso tercero señala que en caso de fallo favorable para el servidor, si la sentencia determina que la destitución fue ilegal, la autoridad, funcionario o servidor cau-

sante será pecuniariamente responsable de los valores a erogar y, en consecuencia, el Estado ejercerá en su contra el derecho de repetición de los valores pagados, siempre que judicialmente se haya declarado que el funcionario haya causado el perjuicio por dolo o culpa grave.

El Código Civil en el Art. 29 expresa que la culpa grave, negligencia grave, culpa lata, consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles equivale al dolo.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en el Art. 31 número 36 señala que además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, la Contraloría tendrá entre otras, establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de dicha Ley; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley; y, en el número 36 determina que, una vez ejecutoriada la resolución que establezca la responsabilidad civil culposa, se solicite al juez correspondiente que dicte medidas cautelares civiles en contra de la autoridad, dignatario, funcionario o servidor público responsable, a fin de garantizar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados y precautelar los intereses públicos.

El Código de Procedimiento Civil en el Art. 59 establece que toda controversia judicial, que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, considero que procede el derecho de repetición por parte del Estado de forma inmediata contra los delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, por el daño irrogado por violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de los servidores públicos en el desempeño de sus cargos, entendiéndose que tal acción debe ejercitarla la institución perjudicada, mediante acción ordinaria seguida ante un Juez de lo Civil del domicilio del demandado, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal que establezca la Contraloría General del Estado.

Así mismo, procede el derecho de repetición en caso de una sentencia condenatoria que sea reformada o revocada, cuando el Estado repare a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, se haya declarado la responsabilidad por tales actos, de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, en cuyo caso la acción de repetición se tramitará igualmente en la vía ordinaria, siendo competente el juez en materia civil del lugar donde tiene su domicilio el demandado.

OF. PGE. N°: 04619, de 10-11-2008

DIETAS: COMITÉ DE CONTRATACIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE CAÑAR

CONSULTA:

Si es procedente el pago de dietas a los miembros del Comité de Contrataciones por cada sesión que se mantuvo hasta la adjudicación de los contratos a los oferentes que cumplan los requisitos exigidos en las bases.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No. 1, Art. 1.

Ley de Contratación Pública, Arts. 9, 10, 11, 16, 26; y, 21 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

Los artículos 9 y 10 de la Ley de Contratación Pública, determinan la integración de los comités de contratación en los Ministerios, Secretarías Regionales con presupuesto descentralizado y en los organismos adscritos; y, en su artículo 11 señala que las demás instituciones del sector público (como es el caso de las Municipalidades), constituirán su comité según sus propias normas reglamentarias.

Según el artículo 16 de la mencionada Ley, la máxima autoridad de la entidad, de acuerdo con la planificación establecida y considerando la naturaleza, objeto y presupuesto referencial de la obra a ejecutarse, del bien a adquirirse, o del servicio a prestarse resolverá hincar el trámite que corresponda, para lo cual debe disponer de los documentos precontractuales que ahí se especifican, los mismos que con las excepciones que se indican en esta disposición, deben ser aprobados por el Comité de Contrataciones.

El artículo 26 de la misma Ley, dispone al Comité de Contrataciones, resolver la licitación o el concurso público de ofertas, adjudicando al proponente que hubiere presentado la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales.

El Reglamento a la mencionada Ley en el artículo 21 señala que no se reconocerá a los miembros del Comité de Contrataciones, más de una dieta por día, aún cuando se realicen dos o más sesiones dentro de la misma fecha, cuyo pago se efectuará de conformidad con lo prescrito en el artículo 46 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (actual artículo 131 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA).

El Art. 7 del Mandato Constituyente No. 2 expedido por la Asamblea Constituyente, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, establece el monto que por dietas deben percibir los dignatarios, magistrados y funcionarios de las entidades e instituciones determinadas en el Art. 2 del mismo Mandato, entre las cuales se encuentran comprendidas las entidades del régimen seccional autónomo que integren cuerpos colegiados en calidad de vocales, representantes o miembros. Dicho valor de dietas no podrá exceder del 50% de un salario básico unificado para los trabajadores en general del sector privado, por sesión, valores que sumados a la remuneración mensual unificada del respectivo servidor no podrá exceder el límite máximo para esta remuneración fijado por el Art. 1 del mismo Mandato.

De igual manera, el Art. 7 antes citado, prevé que si los miembros de cuerpos colegiados del sector público no percibieren ingresos mensuales permanentes del Estado tendrán derecho a percibir dietas que no podrán exceder de un salario básico unificado para los trabajadores en general del sector privado por sesión.

Los mandatos constituyentes son de aplicación obligatoria y prevalecen sobre cualquier Ley Orgánica u Ordinaria que estuviere en contradicción con los mismos, según lo establece el Art. 2 del Mandato Constituyente No. 1.

Por lo expuesto en atención a su consulta, los miembros del Comité de Contrataciones tienen derecho a percibir dietas en la forma señalada en el presente oficio, desde la sesión de integración del Comité hasta la última sesión relacionada con el respectivo proceso precontractual.

OF. PGE. N°: 01957, de 21-07-2008

DIETAS: CUERPOS COLEGIADOS (COMISIONES TÉCNICAS Y SUBCOMISIONES) – MANDATO CONSTITUYENTE N° 2 -

ENTIDAD CONSULTANTE: COMISIÓN DE TRÁNSITO DE LA PROVINCIA DEL GUAYAS

CONSULTAS:

1. Tienen derecho a percibir dietas aquellos funcionarios que asistieron en calidad de vocales, estos es, con voz pero sin voto, a los diferentes cuerpos colegiados que mantuvo la entidad al amparo de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, entre ellos, el Director Ejecutivo, Asesor Jurídico y Secretario (Del Director); Secretario (Consejos de Disciplina); el Asesor Jurídico y Secretario (Comité de Contrataciones Institucional).

2. Tienen derecho a percibir dietas los funcionarios y servidores que fueron designados miembros de las Comisiones Técnicas, hoy Subcomisiones de Apoyo, encargadas de evaluar las ofertas presentadas en los diversos procedimientos precontractuales, quienes despliegan un esfuerzo adicional a su trabajo regular y asumen una responsabilidad conjunta e indivisible al presentar un informe que requiere de reuniones (sesiones) de trabajo.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No. 2, Arts. 1, 2 y 7.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Dispos. Trans. Primera y Tercera.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En consultas anteriores absueltas por esta Procuraduría, como es el caso del Oficio 03222 de 11 de septiembre de 2008, se ha manifestado lo siguiente: "...con la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, quedó derogada la Ley de Contratación Pública que contemplaba la organización y funcionamiento de los Comités de Contrataciones; no obstante, la Primera Disposición Transitoria de la nueva Ley expresó, que los procedimientos precontractuales iniciados antes de su vigencia, así como la celebración y ejecución de los contratos consiguientes, se sujetarán a lo establecido en la Ley anterior hasta un plazo máximo de sesenta días.

Por su parte, mediante Decreto Ejecutivo No. 1248, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 399 de 8 de agosto de 2008, se expide el Reglamento

General a dicha ley, cuya Disposición Transitoria Tercera, señalaba que en aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley, se entenderá por inicio del proceso, la fecha en la cual se haya efectuado la invitación o la convocatoria, según sea el caso, por parte de las entidades contratantes.

Por consiguiente, únicamente en los procesos regidos por la Ley de Contratación Pública anterior, se seguirá aplicando lo relativo a comités de contrataciones; y en lo posterior, se deberá tener en cuenta, que la nueva ley contempla únicamente la conformación de comisiones técnicas en las bases preparatorias y pre-contractuales...”.

El Art. 7 del Mandato Constituyente No. 2, dispone: “Los dignatarios, magistrados y funcionarios de las entidades e instituciones establecidas en el artículo 2 de este Mandato, que fueren designados para integrar cuerpos colegiados en calidad de vocales, representantes o miembros tendrán derecho a percibir dietas, las cuales no podrán exceder del cincuenta por ciento (50%) de un salario básico unificado para los trabajadores en general del sector privado, por sesión. Y en ningún caso, sumadas a su remuneración mensual unificada no podrá exceder del máximo establecido en el artículo 1”.

En el artículo 2 del Mandato citado, se incluye a la Comisión de Tránsito de la provincia del Guayas, entre las entidades para la aplicación del Mandato de manera obligatoria.

En atención a la citada disposición, mediante Oficio 03222 de 11 de septiembre de 2008 emitido por la Procuraduría General del Estado, en la absolución de un asunto similar, se manifestó lo siguiente: “...considero que el Secretario del Comité de Contrataciones de EMAPA que además es el Asesor Jurídico de la empresa, así como el representante de los Trabajadores de EMAPA, y los dignatarios y funcionarios de dicha institución que integran el comité de contrataciones, para los procesos que se continúen rigiendo por la derogada Ley de Contratación Pública durante los 60 días siguientes a la publicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tienen derecho a percibir dietas por sesión, para lo cual, la EMAPA deberá fijarlas, sin que excedan del cincuenta por ciento (50%) del salario básico unificado para los trabajadores en general del sector privado por sesión, y que sumadas a su remuneración mensual unificada, no exceda los veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado”.

2. Los miembros de las Comisiones Técnicas y las Subcomisiones de Apoyo son cuerpos colegiados, que según la definición constante en la obra de Derecho

Administrativo de Roberto Dromi manifiesta: "...Otra Modalidad operativa del control intraorgánico es el funcionamiento de los órganos colegiados composición pluripersonal, con reglas específicas sobre sesión, quórum deliberaciones, en cuanto a la forma y expresión de la voluntad, que se aplican a todos los órganos públicos en ejercicio de cualquier función del poder". Es decir, la Comisión Técnica y las Subcomisiones de Apoyo se encuadran en lo dispuesto en el artículo 7 del Mandato Constituyente 2, antes citado; y, por lo expuesto procede en el caso de la Comisión de Transito de la provincia Guayas, se perciban las dietas a los dignatarios, magistrados y funcionarios, que fueren designados para integrar cuerpos colegiados en la forma prescrita en el Art. 7 del Mandato Constituyente No. 2 antes señalado.

OF. PGE. N°: 05501, de 23-12-2008

DIETAS: JUNTA PARROQUIAL

ENTIDAD CONSULTANTE: JUNTA PARROQUIAL DE CALDERÓN

CONSULTA:

Sobre la aplicación del artículo 13 de la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales, relacionado con el pago de dietas de los vocales de las Juntas Parroquiales.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, Arts. 12, 13 y 32.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 12 de la Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, dispone que la junta parroquial fijará la remuneración mensual que deba percibir su Presidente; por tanto, no percibirá dietas por sesión, y su remuneración estará en relación con el monto de los recursos presupuestarios de la parroquia.

El artículo 13 de la misma Ley dispone, que los miembros de la junta parroquial, por cada sesión ordinaria a la que asistan, tendrán derecho al pago de una dieta que será fijada por la misma junta.

El artículo 32 del Reglamento de la citada Ley Orgánica, en lo pertinente dispone:

"La junta parroquial, para la fijación de la remuneración del Presidente, observará la política salarial que establezca el Consejo Nacional de Remuneraciones

del Sector Público. (Actualmente Secretaria Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, SENRES)...Las dietas que se paguen a los miembros de la junta parroquial rural por la concurrencia a las sesiones, no excederán al mes del 50% de la remuneración del Presidente de la junta...”.

En virtud de las normas legales y reglamentarias invocadas, se concluye que las dietas deben ser fijadas por los miembros de la junta parroquial; y, el pago, que deberá efectuarse de acuerdo a las sesiones ordinarias a las que asistan, no debe exceder del 50% de la remuneración mensual que debe percibir el Presidente de la Junta.

OF. PGE. N°: 01799, de 11-07-2008

DIETAS: PAGO A CONCEJALES A SESIONES NO ASISTIDAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE BALAO

CONSULTA:

Se debe o no pagar la dieta a los señores concejales que no asistieron a la sesión convocada por el Alcalde.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente N° 2, Art. 7 inc. final.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 30.

Ordenanza Reformatoria que Regula la Organización y Funcionamiento del Concejo y el Pago de Dietas, Viáticos y Subsistencias a los Concejales, Funcionarios y Empleados Municipales del Cantón Balao, Art. 21.

PRONUNCIAMIENTO:

El inciso final del artículo 7 del Mandato Constituyente 2, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 261 de 28 de Enero del 2008, dispone: “Los gobiernos seccionales autónomos se registrarán para el cobro de dietas, por sus correspondientes leyes orgánicas”.

El artículo 30 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone que la función de concejal es obligatoria e irrenunciable; agrega que, los concejales percibirán dietas por el desempeño de sus funciones y que éstas serán fijadas por el concejo mediante ordenanza, y que tal estipendio, no excederá del treinta y

cinco por ciento de la remuneración mensual unificada del alcalde, para lo cual deberá considerarse los siguientes parámetros: "a) Las sesiones ordinarias y extraordinarias a las que asistan los concejales; y, b) La capacidad económica de la municipalidad".

El artículo 21 de la Ordenanza Reformatoria que Regula la Organización y Funcionamiento del Concejo y el pago de dietas, viáticos y subsistencias a los Concejales, Funcionarios y Empleados Municipales del Cantón Balao, que en copia certificada adjunta a su consulta, prescribe: "Dieta.- Es el expendio monetario que perciben los Concejales Municipales por las sesiones ordinarias y extraordinarias a las que asistan y excepcionalmente en casos de licencia por maternidad".

De las normas invocadas se desprende que el derecho al cobro de una dieta se genera con el cumplimiento de la función encomendada, en el caso específico de su consulta, por la concurrencia de los ediles a las sesiones debidamente convocadas por el alcalde; en consecuencia, no cabe el pago de dietas a favor de los ediles que no han asistido a la sesión convocada por el Alcalde.

OF. PGE. N°: 03933, de 02-10-2008

DIETAS: TRABAJADORES DE COMPAÑÍAS DE FLOPEC CONSTITUIDAS EN PANAMÁ

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA PETROLERA ECUATORIANA, FLOPEC

CONSULTA:

Si es aplicable a las compañías que FLOPEC constituyó en la República de Panamá, el artículo 7 del Mandato Constituyente No. 2, relacionado con el pago de dietas a dignatarios, magistrados y funcionarios de cuerpos colegiados de las empresas señaladas en su artículo 2, letra m).

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 163.
Mandato Constituyente No. 2, Arts. 1, 2, 7 y Disp. Final.

PRONUNCIAMIENTO:

Artículo 2 del Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero del 2008, dicho Mandato es aplicable a las empresas públicas y privadas y a las personas jurídicas de derecho

privado o sociedades mercantiles cualquiera sea su finalidad, social, pública, lucro o utilidad, cuyo capital o patrimonio o participación tributaria esté integrado con el cincuenta por ciento (50%) o más de recursos públicos.

El artículo 7 del referido Mandato, materia de su consulta, determina que los "dignatarios, magistrados y funcionarios de las entidades e instituciones establecidas en el artículo 2 de este Mandato, que fueren designados para integrar cuerpos colegiados en calidad de vocales, representantes o miembros, tendrán derecho a percibir dietas, las cuales no podrán exceder del cincuenta por ciento (50%) de un salario básico unificado para los trabajadores en general del sector privado, por sesión"; y, que en ningún caso, sumadas a su remuneración mensual unificada no podrá exceder de la remuneración mensual unificada máxima de veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado, establecido en el artículo 1 de ese Mandato; disposición última que determina su aplicación a "los miembros de la Fuerza Pública, servidores y trabajadores del sector público, tanto financiero como no financiero".

La Disposición Final Única dispuso su publicación en la Gaceta Constituyente y en el Registro Oficial, como en efecto ocurrió el 28 de enero del 2008, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución Política de la República, determina su aplicación dentro del ordenamiento jurídico de la República.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye que el Mandato Constituyente No. 2, y en particular el pago de las dietas establecido en su artículo 7, no es aplicable a los trabajadores de las compañías que FLOPEC constituyó en la República de Panamá y que laboran en dicho país.

Sin embargo, si por razones de trabajo debieran laborar en la compañía mencionada servidores públicos de FLOPEC, éstos se encuentran sujetos a los límites establecidos en el Mandato Constituyente N°. 2.

OF. PGE. N°: 03768, de 02-10-2008

DIETAS: SECRETARIO DEL COMITÉ DE CONTRATACIONES Y REPRESENTANTE DE TRABAJADORES

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA MUNICIPAL DE AGUA POTABLE Y ALCANTARIILLADO DE AMBATO, EMAP-A

CONSULTAS:

1. Si el Secretario del Comité de Contrataciones de EMAPA quien tiene derecho a voz, pero no a voto, y que además es el Asesor Jurídico de la empresa, debe o no cobrar dietas, al igual que los cinco miembros del mismo.
2. Si el Representante de los Trabajadores de EMAPA, quien se encuentra bajo el Código de Trabajo y que además es miembro del Directorio de EMAPA, tiene derecho al cobro de dietas por participar en las sesiones de este organismo.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No. 2, Art. 1, 2 y 7.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Disp. Trans. Primera.

Ley de Contratación Pública, Arts. 9, 10 y 11.

D.E. N°. 1248, R.O.N° 399, de 08-08-2008.

PRONUNCIAMIENTOS:

Cabe advertir que con la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, quedó derogada la Ley de Contratación Pública que contemplaba la organización y funcionamiento de los Comités de Contrataciones; no obstante, la Primera Disposición Transitoria de la nueva Ley, expresa que los procedimientos precontractuales iniciados antes de su vigencia, así como la celebración y ejecución de los contratos consiguientes, se sujetarán a lo establecido en la Ley anterior hasta un plazo máximo de sesenta días.

Por su parte, mediante Decreto Ejecutivo No. 1248, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 399 de 8 de agosto de 2008, se expide el Reglamento General a dicha ley, cuya Disposición Transitoria Tercera, expresa que en aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley, se entenderá por inicio del proceso, la fecha en la cual se haya efectuado la invitación o la convocatoria, según sea el caso, por parte de las entidades contratantes.

Por consiguiente, únicamente en los procesos regidos por la Ley de Contratación Pública anterior, se seguirá aplicando lo relativo a comités de contrataciones; y en lo posterior, se deberá tener en cuenta, que la nueva ley contempla únicamente la conformación de comisiones técnicas en las bases preparatorias y precontractual.

Con esta aclaración, procedo a contestar las preguntas planteadas en los siguientes términos:

El Art. 11 de la anterior Ley de Contratación Pública, con respecto a la integración del Comité de Contrataciones en otras instituciones del sector público, disponía que las instituciones del sector público constituyan su comité según sus propias normas reglamentarias, y que el comité debería incluir a tres técnicos designados como lo establecía el Art. 9 de esa Ley.

Respecto al secretario de los comités de contrataciones, en los artículos 9 y 10 de la Ley derogada, disponía que actúe cómo tal el servidor del Ministerio, Subsecretaría, de los organismos o entidades adscritas a los ministerios, o descentralizados en el manejo económico.

Del mismo modo, en los mencionados artículos 9 y 10 de la anterior Codificación a la Ley de Contratación Pública, se estableció que el Director o Asesor Jurídico de la entidad, conforme el comité de contrataciones.

El Art. 7 del Mandato Constituyente No. 2, dispone: "Los dignatarios, magistrados y funcionarios de las entidades e instituciones establecidas en el artículo 2 de este Mandato, que fueren designados para integrar cuerpos colegiados en calidad de vocales, representantes o miembros tendrán derecho a percibir dietas, las cuales no podrán exceder del cincuenta por ciento (50%) de un salario básico unificado para los trabajadores en general del sector privado, por sesión. Y en ningún caso, sumadas a su remuneración mensual unificada no podrá exceder del máximo establecido en el artículo 1".

El Art. 1 del Mandato en mención, fija como remuneración unificada máxima de los funcionarios y dignatarios públicos, delegados o representantes a los cuerpos colegiados, el valor equivalente a veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado.

Por lo expuesto, considero que el Secretario del Comité de Contrataciones de EMAPA que además es el Asesor Jurídico de la empresa, así como el representante de los Trabajadores de EMAPA, y los dignatarios y funcionarios de dicha institución que integran el comité de contrataciones, para los procesos que se continúen rigiendo por la derogada Ley de Contratación Pública durante los 60 días siguientes a la publicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tienen derecho a percibir dietas por sesión, para lo cual, la EMAPA deberá fijarlas, sin que excedan del cincuenta por ciento (50%) del salario básico unificado para los trabajadores en general del sector privado por

sesión, y que sumadas a su remuneración mensual unificada, no exceda los veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado.

OF. PGE. N°: 03222, de 11-09-2008

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTROL DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL: APLICACIÓN DE LA NORMATIVA JURÍDICA

ENTIDAD CONSULTANTE: POLICÍA NACIONAL

CONSULTA:

Sobre la normativa jurídica que debe aplicarse para el funcionamiento y desarrollo de los procesos que realiza la Dirección Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial, esto es, si es aplicable la Ley Orgánica de la Policía Nacional, o la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, en el desarrollo de procesos, organización y funcionamiento de la Dirección Nacional de Control de Tránsito y Seguridad Vial.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 163 y Sección Tercera.

Ley Orgánica de la Policía Nacional, Arts. 18 lit. g) y 55.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, Art. 13, 29 num. 2, 37, 40 y Disp. Final Tercera.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 6, num. 16.

PRONUNCIAMIENTO:

La Sección Tercera de la Constitución de la República del Ecuador, con relación a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, en su Art. 163 dispone que la Policía Nacional es una institución estatal de carácter civil, armada, técnica, jerarquizada, disciplinada, profesional y altamente especializada, cuya misión es atender la seguridad ciudadana y el orden público, y proteger el libre ejercicio de los derechos y la seguridad de las personas dentro del territorio nacional.

La letra g) del Art. 18 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional, dispone como una de las atribuciones del Comandante General, el ostentar la representación legal, judicial y extrajudicial de la Institución Policial.

El Art. 55 de la Ley en mención, sustituido por la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, expresa que

la Dirección Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial, es el organismo responsable de controlar las actividades del tránsito y seguridad vial en las jurisdicciones señaladas por la Ley. La Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, dispone en su Art. 13, como órganos del transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, los siguientes: a) El Ministerio del sector; b) La Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus órganos desconcentrados; y, c) La Dirección Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial y sus órganos desconcentrados.

El número 2 del Art. 29 de la Ley en mención, establece como una de las funciones y atribuciones del Director Ejecutivo de la Comisión Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, el ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la Comisión Nacional.

Por su parte, el Art. 37 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, expresa que la Dirección Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial es un grupo especializado de la Policía Nacional, encargado del control del tránsito y la seguridad vial a nivel nacional, que depende orgánica y administrativamente del Ministerio de Gobierno; y operativamente de la Comisión Nacional del Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

El Art. 40, de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, dispone que el Director Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial será nombrado de conformidad con las leyes de la Policía Nacional y entre sus funciones están c) Elaborar la proforma presupuestaria anual y el plan de actividades, y someterlos a consideración del Directorio de la Comisión Nacional para su aprobación; y ... f) Disponer la adquisición de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, en el ámbito de la cuantía que le sea permitida de conformidad con la Ley.

Finalmente, el Art. 6, numero 16 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina que la máxima autoridad es quien ejerce administrativamente la representación legal de la Entidad Contratante.

De las normas constitucionales y legales invocadas, se concluye:

1. Que la representación legal, judicial y extrajudicial de la Policía Nacional la ejerce el Comandante General.
2. Que la representación legal, judicial y extrajudicial de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y sus órganos desconcentrados, la ejerce su Director Ejecutivo.

3. Que la Dirección Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial, es un grupo operativo especializado de la Policía Nacional, que depende orgánica y administrativamente del Ministerio de Gobierno; en tanto que, al ser dicha Dirección, el organismo responsable del control del tránsito y seguridad vial a nivel nacional, depende operativamente de la Comisión Nacional de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

Además, la ley le faculta a la Dirección Nacional de Control de Tránsito y Seguridad Vial, realizar sus propios procesos precontractuales y suscribir los contratos respectivos que dentro del ámbito de su competencia y de acuerdo a la cuantía, le faculta la ley.

Por lo expuesto, en respuesta a la consulta planteada, considero que la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, es la normativa aplicable en el desarrollo de procesos, organización y funcionamiento de la Dirección Nacional de Control de Tránsito y Seguridad Vial.

OF. PGE. N°: 05079, de 27-11-2008

DISCAPACITADOS: EXONERACIÓN DE IMPUESTOS DE VEHÍCULOS IMPORTADOS

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE DISCAPACIDADES, CONADIS

CONSULTA:

Sobre la aplicación de las normas constitucionales, legales, reglamentarias y de otro orden jurídico, que han quedado invocadas en el INFORME jurídico institucional que aparece; y sobre todo, sobre la vigencia, aplicación y exigibilidad del Art. 23 de la Ley Reformatoria a la Ley de Discapacidades Codificada (R.O. N° 250, de 13 de abril de 2006), a fin de que sea interpretado y acatado de la manera como queda descrita en los razonamientos legales del ASESOR JURÍDICO o de la que corresponda al más acertado criterio jurídico del señor Procurador.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 53, 163 y 272.
Codificación a la Ley Orgánica de Aduanas, Art. 27 lit. i) .
Codificación a la Ley sobre Discapacidades, Art. 23.

Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, Art. 6.
Ley de Tránsito y Transporte Terrestres, Art. 50 inc. primero.

PRONUNCIAMIENTO:

De acuerdo con el Art.27, letra i) de la Codificación a la Ley Orgánica de Aduanas, están exentos del pago de tributos al comercio exterior, excepto tasas por servicios aduaneros, las importaciones a consumo de vehículos ortopédicos, aparatos médicos, ayudas técnicas, herramientas especiales, materia prima para órtesis y prótesis que utilizan las personas con discapacidades para su uso o las personas jurídicas encargadas de su protección. Esta misma norma, dispone explícitamente en su penúltimo párrafo, que no se reconocerán más exoneraciones que las allí previstas y que por lo tanto, cualquier otro tipo de exención o dispensa prevista en otras leyes, generales o especiales, no tendrán aplicación en la liquidación de los tributos al comercio exterior.

Concomitantemente con el literal anterior, el Art. 23 de la Codificación a la Ley sobre Discapacidades, establece que la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos destinados al traslado de personas con discapacidad, gozarán de la exoneración del pago total de derechos arancelarios, impuestos adicionales e impuestos al valor agregado -IVA- como también del impuesto a los consumos especiales, con excepción de tasas portuarias y almacenajes; norma que en su parte final, enumera explícitamente cada uno de los casos en los que tal exoneración es procedente y cuyo literal b), luego de la reforma introducida por la Ley No. 38, publicada en el Registro Oficial N°. 250 de 13 de abril de 2006, dispone lo siguiente:

"...

b) Cuando se destinen para el traslado de personas, sin consideración de su edad, con discapacidad gravemente afectada o de movilidad reducida, que no puedan conducir por sus propios medios; vehículos que serán conducidos exclusivamente por personas debidamente autorizadas y certificadas por el Consejo Nacional de Discapacidades. El vehículo a importarse podrá ser de hasta 3 años anteriores al modelo de la fecha de autorización. La persona discapacitada beneficiaria de este derecho, podrá importar por una sola vez, a no ser que justifique debidamente la necesidad de beneficiarse de una nueva importación;
...."

Es en cuanto a las prevenciones incorporadas en esta reforma, que se producen contradicciones en su aplicación; en primer lugar, con lo dispuesto por el Art. 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, que prevé lo siguiente:

“Con el propósito de garantizar condiciones mínimas de seguridad, de protección del medio ambiente, de defensa del consumidor y de propiedad industrial, los países participantes sólo autorizarán la importación de vehículos nuevos, del año-modelo en que se realiza la importación o siguiente. Igualmente sólo se autorizarán importaciones de componentes, partes y piezas nuevas y sin reconstruir o reacondicionar”.

De igual modo y en este mismo sentido, contradice lo dispuesto en la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres, cuyo Art. 50 inciso primero, establece explícitamente lo siguiente:

“Con el objeto de asegurar el proceso de renovación del parque automotor y su mantenimiento en condiciones que aseguren los niveles de calidad del aire que respiramos del medio ambiente que lo rodea y la seguridad de los usuarios, se prohíbe la importación de vehículos, motores, repuestos, maquinaria y neumáticos, usados, referido exclusivamente a dicho parque automotor”.

Las normas antes transcritas, a parte de recoger principios constitucionales ligados a los derechos de defensa del consumidor y la protección al medio ambiente, evidentemente que propugnan garantizar también un estándar mínimo de seguridad para la propia persona que sufre la discapacidad y que es la que solicita la importación de un vehículo que coadyuve su movilización, siendo tal aspecto absolutamente coherente con el deber que tiene el Estado de proteger a esas personas, según lo manifiesta el Art. 53 de la Carta Fundamental.

Por otra parte, y en lo relativo a quien puede hacer uso del automotor, la reforma a la Ley sobre Discapacidades, contempla el que pueda ser un tercero a cuyo cargo permanezca la persona afectada; sin embargo, esta posibilidad otorgada legalmente, no implica de manera alguna, que el automotor materia de la exención tributaria, no deba poseer características o ventajas de tipo ortopédico, ya sea acondicionamientos o ayudas especiales para atender la discapacidad que aqueje al solicitante, rampas de acceso, ítems de seguridad especiales, etc. En tal virtud, resulta impensable argüir que el automotor materia de la exoneración impositiva, pueda ser uno destinado al uso normal o que no posea características especiales u ortopédicas.

Con fundamento en las disposiciones de los artículos 163 y 272 de la Constitución Política de la República, que determinan que las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, forman parte del ordenamiento jurídico de la República y pre-

valecen por sobre leyes y otras normas internas de menor jerarquía; así como del principio rector de protección a las personas discapacitadas o con capacidad disminuida, y que busca resguardar a toda costa su integridad, debo señalar de manera enfática, que la prevención constante en la reforma introducida al Art. 23 de la Codificación a la Ley sobre Discapacidades, en lo que respecta a la factibilidad de importar vehículos destinados para el traslado de personas, sin consideración de su edad, con discapacidad gravemente afectada o de movilidad reducida, de hasta 3 años anteriores al modelo de la fecha de autorización, resulta evidentemente inadmisibles y carente del efecto jurídico deseado, toda vez que contradice preceptos jurídicos superiores.

En lo que respecta a la admisibilidad de que haga uso de ese automotor, la persona discapacitada o un tercero a cuyo cuidado ésta última permanezca, ciertamente que ese hecho en nada afecta a que invariablemente, deba el vehículo presentar características especiales ortopédicas, caso contrario, no se justificaría el que se le otorgue los beneficios del régimen exonerativo de impuestos a su importación.

En cuanto a las discrepancias que pudieran existir, sobre facultades y competencias de la Corporación Aduanera Ecuatoriana y del CONADIS, debo manifestar que si bien corresponde a las Comisiones que funcionan al interior del Consejo Nacional de Discapacidades, el estudiar las solicitudes que le fueren presentadas, vigilando que se justifique la discapacidad, a efectos de pronunciarse luego sobre la concesión o negativa de la autorización para la importación de bienes y vehículos exonerados de impuestos al comercio exterior, es también deber ineludible de la CAE, el verificar de manera coordinada con el CONADIS, que el vehículo, al que tendrían absoluto derecho las personas discapacitadas, cumpla con las condiciones referentes tanto al año de fabricación permitido, cuanto al hecho de poseer características ortopédicas que justifiquen la ayuda al solicitante; entendiendo que, ambas condicionantes han sido impuestas, buscando el beneficio y la seguridad de las personas discapacitadas, y no lo contrario.

OF. PGE. N°: 01421, de 23-06-2008

DOCENCIA: PAGO DE CLASES POR HORAS IMPARTIDAS

ENTIDAD CONSULTANTE: INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES, IAEN

CONSULTAS:

Si el Director, Subdirector y Coordinadores del Instituto de Altos Estudios Nacionales pueden ejercer la docencia en los programas académicos que se van a desarrollar en la institución, siempre que no interfiera en su horario de trabajo, tomando en cuenta que la entidad es un Centro de Educación Superior de Postgrado debidamente reconocido por el CONESUP.

Si a más de la remuneración que reciben el Director, Subdirector y los Coordinadores por las funciones que ejercerán como autoridades del IAEN, es procedente el pago por las horas de clases impartidas.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 101, 123 y 125.

LOSCCA, Art. 12.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 8 inc. final y 58.

Estatuto del Instituto de Altos Estudios Nacionales, Arts. 4, 17, 20 y 22.

D. E. No. 1011, R.O. N°. 320 de 21-04-2008, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

La Constitución Política de la República, en el Art. 125 dispone que nadie desempeñará más de un cargo público, excepto los docentes universitarios quienes podrán ejercer la cátedra si su horario lo permite.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, en el Art. 12 señala que ningún ciudadano desempeñará al mismo tiempo más de un cargo público, sea que se encuentre ejerciendo alguna dignidad por votación popular o cualquier función pública, excepto los docentes de institutos de educación superior, debidamente reconocidos por el CONESUP, que además de una función pública podrán ejercer exclusivamente la cátedra universitaria si su horario lo permite.

El Art. 123 de la LOSCCA expresa que, sin perjuicio de lo prescrito en la Constitución Política de la República, a ningún título, ni aún el de contrato, comisión u honorarios, ninguna autoridad, funcionario, servidor o trabajador percibirá dos remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos contemplados en el Art. 101 de dicha Ley. Añade la disposición que se exceptúan de la regla anterior, los honorarios y otros emolumentos que perciban los servidores y trabajadores que por sus conocimientos o experiencias, sean requeridos a colaborar en programas de capacitación en calidad de organizadores, profesores, instructores o facilitado-

res, siempre que tales programas sean desarrollados o auspiciados por una entidad u organismo de los contemplados en el Art. 101 de la Ley en estudio, que existan disponibilidades presupuestarias y las labores se realicen fuera de la jornada ordinaria de trabajo, o en su defecto, si se realizan dentro de la jornada de trabajo, el servidor estará obligado a compensar con las correspondientes horas de trabajo.

El Decreto Ejecutivo No. 1011 publicado en el Registro Oficial No. 320 de 21 de abril de 2008, de Reorganización del Instituto de Altos Estudios Nacionales, en el Art. 1 parte pertinente, determina que ese Instituto actuará como centro de educación superior, de conformidad con la Disposición General Undécima de la Ley Orgánica de Educación Superior, el Art. 8 inciso final del mencionado Decreto, señala que el cuerpo docente y concursantes del IAEN los designará el Directorio a pedido del Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo.

Por su parte, el Estatuto del Instituto de Altos Estudios Nacionales, en el Art. 4 dispone que este forma parte del Sistema Nacional de Educación Superior Ecuatoriano que se rige por la Constitución Política de la República, la Ley Orgánica de Educación Superior y su Reglamento, el Decreto Ejecutivo No. 1011 de 9 de abril de 2008, su estatuto y más normas legales vigentes.

La Ley Orgánica de Educación Superior en el Art. 58 expresa que el personal docente de los centros de educación superior se rige por esa ley, por los Códigos del Trabajo o Civil, según los casos, por el escalafón del docente universitario, por las disposiciones del respectivo estatuto y el Reglamento de Carrera Académica Institucional. Reseña además la norma legal citada que, el desempeño de una dignidad académica en los órganos de gobierno del sistema de educación superior es consecuencia del ejercicio de la docencia y por tanto no puede ser considerado como otro cargo público.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, y teniendo en cuenta que el Estatuto del IAEN en sus artículos 17, 20 y 22 obliga al Director, Subdirector y Coordinadores de las escuelas a laborar a tiempo completo, considero que dichas autoridades pueden ejercer la docencia en los programas académicos que desarrolle la institución, siempre que su horario de trabajo lo permita y recibir a más de la remuneración que perciben por el desempeño de sus funciones, el pago por las horas de clases impartidas, siempre que se cuente con los recursos económicos para tal efecto. Si las clases se imparten dentro de la jornada de trabajo de cada servidor mencionado, éste deberá compensar las horas de docencia con trabajo adicional en la institución por igual trabajo.

OF. PGE. N°: 01703, de 08-07-2008

DOCENCIA UNIVERSITARIA: JORNADA LABORAL

ENTIDAD CONSULTANTE: INAMHI

CONSULTAS:

1. Si un servidor público del INAMHI, puede o no ejercer la docencia universitaria, en una Universidad o Escuela Politécnica, sea Pública o Privada (Particular) que esté legalmente reconocida por el CONESUP.

2. Si un servidor público que ejerce la cátedra universitaria debe hacer uso de las dos horas de permiso dentro de la jornada completa de trabajo (INAMHI), 8H00 a 16H30.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 73 y 125.
LOSCCA, Arts. 26 lit. b) y 36.

PRONUNCIAMIENTO:

El Art. 73 de la Constitución Política de la República, dispone que la Ley regulará la carrera docente y la política salarial, garantizará la estabilidad, capacitación, promoción y justa remuneración de los educadores en todos los niveles y modalidades, a base de la evaluación de su desempeño.

Por expresa prohibición del Art. 125 de la Carta Magna, nadie desempeñará más de un cargo público. Sin embargo, los docentes universitarios podrán ejercer la cátedra si su horario lo permite.

De conformidad con la letra b) el Art. 26 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, está prohibido a los servidores públicos, ejercer otros cargos o desempeñar actividades extrañas a sus funciones durante el tiempo fijado como horario de trabajo para el desempeño de sus labores oficiales, excepto aquellos que sean autorizados para realizar sus estudios o ejercer la docencia en las universidades e instituciones politécnicas del país, reconocidas legalmente, siempre y cuando aquello no interrumpa el cumplimiento de la totalidad de la jornada de trabajo.

Por su parte, el Art. 36 de la ley en mención, dispone que la autoridad nominadora podrá conceder permiso hasta por dos horas diarias para estudios regulares y el ejercicio de la docencia en establecimientos de educación superior del

país legalmente reconocidos, siempre y cuando acredite la regular asistencia a clases. Agrega el artículo en mención, que no se concederán estos permisos a los servidores públicos que laboren a tiempo parcial.

De las normas constitucionales y legales que han sido invocadas, se concluye que la legislación ecuatoriana garantiza el ejercicio de la docencia dentro de la jornada laboral del servidor público, siempre y cuando su carga de trabajo lo permita; y, la institución académica en la que ejerza sus actividades docentes, esté reconocida legalmente por el Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas, CONESUP, sin distinción de que sea pública o privada.

Con respecto a la fijación del horario que el servidor público dedique a sus actividades docentes, deberá ser regulado por la propia institución en la que ejerza sus funciones, circunscribiéndose a los límites expresamente establecidos en la LOSCCA, esto es, no más allá de dos horas laborables.

OF. PGE. N°: 0438, de 12-05-2008

DONACIÓN: BARCAZA BAJO RÉGIMEN DE INTERNACIÓN TEMPORAL

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE ELECTRICIDAD

CONSULTA:

Si es procedente que el CONELEC, previo al cumplimiento de los requisitos legales respectivos, autorice la transferencia de la barcaza denominada Power Barge I, de propiedad de la compañía ULYSSEAS INC. y afecta al servicio público de conformidad con el Art. 6 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, bajo la figura de donación a una entidad pública o educacional, considerando que se encuentra bajo el régimen de internación temporal y que es material considerado inservible o chatarra.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Aduanas, Arts. 58; y, 76, lit. a).
Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Art. 6.

PRONUNCIAMIENTO:

A fin de contar con suficientes elementos para atender la consulta, ésta Procuraduría, mediante Oficio No. 001820 de 14 de julio de 2008, solicitó el

criterio jurídico de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, sobre el tema planteado, el mismo que fue atendido mediante oficio No. 3379 de 15 de agosto de 2008.

En el mencionado informe, la Gerente Jurídica (e) de dicha entidad, concluye que “la normativa aduanera vigente no contempla la donación a instituciones públicas o educativas como una forma de terminación de este régimen temporal, sin perjuicio de ello, los interesados están facultados a nacionalizar los bienes en referencia, pagar los tributos correspondientes, y una vez que la mercadería se encuentre en libre circulación dentro del país, proceder a su donación, cumpliendo de esta forma el objetivo expuesto”.

En el oficio que contesto se manifiesta que en sujeción al Art. 58 de la Ley Orgánica de Aduanas, la barcaza PBI se encuentra en el país bajo el régimen de importación temporal con reexportación en el mismo Estado; y que mediante oficio No. GMN-ULYSSEAS-272-G de 18 de febrero de 2008, la compañía ULYSSEAS INC., solicita al CONELEC la terminación anticipada por mutuo acuerdo del referido contrato. Agrega, que el CONELEC está conforme con dicha propuesta, toda vez que la unidad PBI no se encuentra en condiciones técnicas para producir energía eléctrica.

Se añade, además, que los bienes afectos del contrato se encuentran en un estado deplorable, y que el destino final de la barcaza sería el reciclaje, ya sea mediante donación de la misma a una entidad pública o educativa en el Ecuador, o mediante venta de la misma con su consecuente reexportación del territorio ecuatoriano. También se manifiesta que se están realizando las gestiones para que la Escuela Politécnica del Litoral reciba dicha barcaza, bajo la figura de donación.

El Art. 6 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, dispone que el Estado es titular irrenunciable del servicio de energía eléctrica, y agrega que todos los bienes e instalaciones que sean necesarios para cumplir con el objeto de las concesiones, permisos, autorizaciones o licencias para generación, transmisión o distribución, estarán afectados al servicio público y no podrán ser retirados sin autorización del Consejo Nacional de Electricidad, CONELEC, previo el informe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el cual versará exclusivamente sobre aspectos de seguridad nacional.

De conformidad con el Art. 58 de la Codificación a la Ley Orgánica de Aduanas, la importación temporal con reexportación en el mismo estado, es el

régimen suspensivo del pago de impuestos, que permite recibir mercancías extranjeras en el territorio aduanero, para ser utilizadas con un fin determinado durante cierto plazo y reexportadas sin modificación alguna, con excepción de la depreciación normal por el uso.

El Art. 76, letra a) del Reglamento a la Ley Orgánica de Aduanas, establece que podrán ingresar bajo el régimen de importación temporal con reexportación en el mismo estado, las mercancías que sean destinadas a los fines que ahí se especifican, entre estos, para la ejecución de obras o prestación de servicios en virtud de contratos celebrados con instituciones del sector público o con empresas privadas que tengan concesión para la prestación de servicios públicos.

La Cláusula Décima Quinta del Contrato de Permiso para Generación de Energía Eléctrica que fue otorgada por el CONELEC a favor de la compañía ULYSSEAS INCORPORATED, celebrado el 15 de agosto de 2005, referido a la transferencia de bienes, establece en su inciso quince punto uno, que al término de la vigencia de ese contrato, los bienes afectos a la actividad de generación, podrán ser transferidos al Estado, o se mantendrán en propiedad del Titular del Permiso, lo cual será decidido por el Otorgante.

Por su parte, el inciso quince punto dos del mismo contrato, dispone que "en el evento de que los bienes afectos a la actividad de generación, sean transferidos al Estado, se reconocerá al Titular del Permiso, el valor de reposición, menos la depreciación acumulada de los bienes afectos; mientras que el inciso quinto punto tres, establece que la determinación del valor de reposición, menos la depreciación acumulada de los bienes será conducida por una firma evaluadora idónea de reconocido prestigio y experiencia en el sector eléctrico, que será seleccionada por el otorgante mediante concurso público a costo del Titular del Permiso.

Finalmente, en el inciso quince punto ocho punto cuatro, se determina que los bienes afectos a ser transferidos deberán estar nacionalizados y libres de todo embargo, hipoteca o gravamen.

De las disposiciones legales, y de las cláusulas contractuales que han sido analizadas, considero que una vez que la Compañía ULYSSEAS INCORPORATED haya nacionalizado la barcaza de generación eléctrica denominada Power Barge I (PBI) de 30 MW, luego de haber pagado los respectivos tributos, por cambio del régimen de importación temporal al que está sujeta la barcaza, procedería su enajenación, mediante donación o cualquier otra

figura legal de transferencia de dominio, de acuerdo a los intereses de la compañía propietaria.

De no resolverse la enajenación en la forma señalada procederá la reexportación, conforme a las disposiciones legales y contractuales que han sido citadas en el presente pronunciamiento.

OF. PGE. N°: 03219, de 11-09-2008

DONACIÓN: ÚTILES ESCOLARES, TELEVISORES Y MATERIAL DÍDACTICO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE PUJILÍ

CONSULTAS:

1. Es procedente y legal que la Municipalidad del Cantón Pujilí entregue en donación kits de útiles escolares a los alumnos de las escuelas y colegios del Cantón Pujilí, así como la donación de televisores y DVDS como material didáctico para los establecimientos educativos primarios y secundarios del mismo Cantón.
2. De no ser procedente la donación de kits escolares por parte de la Municipalidad, ¿Cuál es el mecanismo legal que debe adoptarse a fin de poder entregar estos útiles escolares para la niñez y juventud pujilense.
3. De no ser procedente la donación de televisores y DVDS para los establecimientos primarios y secundarios del Cantón, ¿Es procedente y legal que la I. Municipalidad de Pujilí adquiera estos bienes y los entregue en calidad de comodato a dichos establecimientos o cuál es el mecanismo legal aplicable para este fin.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 71 inc. segundo.
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 12 y 145.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el segundo inciso del artículo 71 de la Constitución Política de la República, la educación fiscomisional, la particular gratuita, la especial y la artesanal, debidamente calificadas en los términos y condiciones que señale la ley, recibirán ayuda del Estado. Agrega el artículo en mención que los orga-

nismos en mención podrán colaborar con las entidades públicas y privadas, con los mismos propósitos, sin perjuicio de las obligaciones que asuman en el proceso de descentralización.

El artículo 12 de la Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, establece que en forma complementaria y sólo en la medida que lo permitan sus recursos, el municipio podrá cooperar con otros niveles gubernativos en el desarrollo y mejoramiento de la cultura, la educación y la asistencia social.

Por su parte, el artículo 145 de la Ley en mención, dispone que las funciones que en los ramos de higiene y asistencia social, y educación y cultura, se asignan a la administración municipal, se cumplirán en la medida en que los recursos financieros lo permitan y una vez que se hubieren adoptado las medidas necesarias para atender a los demás ramos determinados en ese Capítulo y, por tanto, para satisfacer los fines esenciales del municipio, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución Política de la República.

De las normas constitucionales y legales invocadas, se concluye que al ser política de Estado, garantizar la educación a los sectores menos favorecidos, considero procedente que la Municipalidad del Cantón Pujilí, done kits de útiles escolares a los alumnos de las escuelas y colegios públicos, así como televisores y DVDS, como material didáctico para los establecimientos educativos públicos primarios y secundarios de dicho cantón, en la medida que sus recursos lo permitan.

En cuanto a la eventual donación a favor de instituciones educativas privadas, la Municipalidad determinará si éstas imparten educación gratuita y sin costo, en cuyo caso podrá donar los bienes muebles y material didáctico materia de la consulta, atendiendo a dicha gratuidad. En caso contrario, esto es, si la educación privada es remunerada o con costo a los beneficiarios de la misma, no podrá la Municipalidad subvencionar, bajo ninguna figura, la educación a instituciones que persiguen fines de lucro.

OF. PGE. N°: 02300, de 08-08-2008

DONACIÓN: IMPROCEDENCIA DE TRANSFERENCIA DE BIEN INMUEBLE A UNIVERSIDAD

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE PORTOVIJEJO

CONSULTA:

Si es procedente que la Municipalidad de Portoviejo transfiera a favor de la Universidad Particular San Gregorio de Portoviejo, bajo la modalidad de donación, y en base a lo estipulado en los artículos 71 de la Constitución Política del Ecuador y 150 literal g) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el predio que hace unos años adquiriera por compra-venta directa al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con recursos de dicho Centro Educativo.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 71, 118 num. cuarto y 119.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 150 lit. g), 249 y 250.

Ley de Seguridad Social, Art. 65.

PRONUNCIAMIENTO:

En primer término, es necesario aclarar que el alcance del Oficio No. 20681, de 15 de noviembre de 2001, emitido por el Procurador General del Estado con relación a la compra del bien en mención fue el de considerar que “la municipalidad está en la facultad de adquirir al IESS el inmueble materia de la consulta y acto seguido cumplir lo establecido en la Cláusula Cuarta: Compromiso, numeral 5 del convenio con la Universidad San Gregorio de Portoviejo.”

El numeral 5 de la Cláusula Cuarta del citado convenio estipula que la Municipalidad se compromete a: “Entregar a la Universidad San Gregorio de Portoviejo, mediante contrato de comodato, los bienes inmuebles que se requieran para el desarrollo de las diferentes actividades de cooperación institucional, de manera especial, para las diferentes actividades educacionales, culturales y de asistencia social”. Adicionalmente, el Procurador recomendó a la Municipalidad que al suscribir las escrituras públicas correspondientes, no se perjudique en sus intereses.

También es necesario mencionar que como antecedente para tal pronunciamiento del Procurador General del Estado se tomó en cuenta la afirmación de la Municipalidad de Portoviejo, constante en Oficio No. 3497-ALZ, de 11 de octubre de 2001, que en la parte pertinente afirma que la referida Municipalidad propuso al Director General del IESS “la compra directa del bien inmueble situado en la vía Portoviejo – Manta, con una superficie de 105.162 M2 y de propiedad del IESS, a fin de destinarlo para actividades educativas y culturales, predio que fue declarado de utilidad pública y ocupación inmediata por el Concejo Municipal...”.

En aplicación del mencionado pronunciamiento, el 29 de agosto de 2003 se otorgó la escritura pública ante el Notario del Cantón Tosagua, mediante la cual la Municipalidad de Portoviejo entregó en comodato dicho lote de terreno a favor de la Universidad Particular San Gregorio de Portoviejo.

Una vez realizada la aclaración, se debe tener en cuenta que los Municipios, como instituciones que integran el sector público, en los términos del artículo 118, numeral cuarto, de la Constitución Política de la República, están sujetos al principio de legalidad, consagrado en el artículo 119 de la misma, que dispone: "las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común...".

La parte final del inciso segundo del Art. 71 de la Constitución Política de la República, permite a los organismos del régimen seccional autónomo colaborar con las entidades educativas públicas y privadas.

El artículo 249 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal clasifica los bienes en: de dominio privado y de dominio público. Éstos últimos, a su vez, pueden ser bienes de uso público y bienes afectados al servicio público. Por su parte, el Art. 269 de la indicada ley ordena que los bienes afectados al servicio público sólo se emplearán para su finalidad y de su guarda y conservación responderán los organismos o funcionarios que tengan a su cargo esos servicios; asimismo permite que circunstancialmente podrán ser usados para otros objetos de interés municipal, siempre que no sufran perjuicio alguno los servicios de que se los distraiga en forma momentánea. Si por excepción dichos bienes tuvieren que ser usados por personas naturales o jurídicas extrañas, se asegurará que los usuarios los devuelvan en la misma forma.

Por otra parte, si bien el literal g) del artículo 150 de la Ley de Orgánica de Régimen Municipal faculta a la municipalidad donar terrenos de su propiedad para fines educacionales, culturales y deportivos, de acuerdo con la ley, y vigilar por el uso debido de dichos terrenos, no se puede dejar de lado que el Art. 65 de la Ley de Seguridad Social prohíbe al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social la venta directa de bienes raíces a afiliados y a particulares y que el Código Civil en sus artículos 1478 y 1698 sanciona con la nulidad los actos y contratos que contravienen al Derecho Público Ecuatoriano, esto es, la compraventa realizada por la municipalidad, por el valor de un millón trescientos noventa y cuatro mil decaínove dólares americanos (USD1'394.019,00).

Si se pretendiere realizar la donación materia de la consulta implicaría que una persona particular se beneficie de propiedades pertenecientes al IESS, valiéndose para ello de la Entidad Edilicia que usted preside, contraviniendo expresamente las disposiciones de la Ley de Seguridad Social que ha sido citada.

En consecuencia, esta Procuraduría no puede asentir en la celebración de contratos que puedan ser calificados como simulación para eludir prohibiciones legales expresas, motivo por el cual, considera improcedente la donación del terreno mencionado a la Universidad Particular San Gregorio de Portoviejo.

OF. PGE. N°: 02304, de 08-08-2008

EDUCACIÓN FISCOMISIONAL: SUELDO BÁSICO UNIFICADO Y EMOLUMENTOS A LOS SERVIDORES

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE ZAMORA CHINCHIPE

CONSULTA:

Si las aportaciones que entrega el Estado a las misiones católicas que laboran en la provincia de Zamora Chinchipe a través de la educación fisco – misionales en los niveles pre – primario, primario, medio, de educación compensatoria, de educación especial; de educación profesional a nivel artesanal; colegios técnicos agropecuarios, profesionales, institutos de capacitación docente en los sistemas hispánicos o bilingüe intercultural, deben realizarse equiparando los conceptos de “sueldo básico mensual” o de “remuneración mensual unificada” para efectos de pagar los emolumentos a los servidores de las mencionadas misiones.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No. 2, Art. 1.

Ley de Educación, Arts. 32 inc. segundo y 61 lit. c).

Reglamento de los Planteles Fisco – Misionales, Arts. 1 y 2.

A.M 189, R.O.S.N°. 242 de 29-12-2007.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el segundo inciso de los Arts. 32 de la Ley de Educación, y 61 letra c) de su Reglamento de aplicación, son también establecimientos educativos, los que cuentan con financiamiento parcial del Estado y se rigen por los convenios especiales.

Por su parte, el Reglamento de los Planteles Fisco - Misionales, cuyas disposiciones, según su Art. 1, son aplicables a todos establecimientos educativos Fisco – Misionales, que funcionan y que se llegaren a crear en las respectivas jurisdicciones territoriales de las Misiones Católicas, dispone en su Art. 2 que los establecimientos educativos FISCO - MISIONALES cuentan con financiamiento parcial del Estado, y en el ámbito legal y financiero se rigen por lo dispuesto en el Art. 32 de la Ley de Educación, Art. 61, literal c) de su Reglamento General; Decreto Ejecutivo No. 2550 publicado en el Suplemento No. 641 del Registro Oficial de 24 de febrero de 1995; y, Contrato o Convenio Especial suscrito entre el Gobierno Nacional y las Misiones Católicas el 12 abril de 1995.

El Art. 1 del Mandato Constituyente No. 2, establece como Remuneración Mensual Unificada Máxima, el valor equivalente a veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado, para los dignatarios, magistrados, autoridades, funcionarios, delegados o representantes a los cuerpos colegiados, miembros de la Fuerza Pública, servidores y trabajadores del sector público, tanto financiero como no financiero; y agrega que no se considera parte de dicha remuneración el décimo tercero y décimo cuarto sueldos o remuneraciones, viáticos, movilizaciones y subsistencias, horas suplementarias y extraordinarias, subrogación de funciones o encargos, compensación por residencia, el aporte patronal al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los fondos de reserva.

El Acuerdo Ministerial No. 189, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 242 de 29 de diciembre del 2007, fija a partir del 1 de enero del 2008, el sueldo o salario básico unificado de los trabajadores en general del sector privado, incluidos los trabajadores de la pequeña industria, trabajadores agrícolas y trabajadores de maquila en doscientos dólares mensuales (\$ 200,00); y, en ciento setenta dólares mensuales (\$ 170,00), para los trabajadores del servicio doméstico, operarios de artesanía y colaboradores de la microempresa.

Atento el contenido de las disposiciones invocadas, toda vez que a partir de la expedición del Mandato Constituyente No. 2, la remuneración mensual unificada máxima se calcula en base al salario básico unificado del trabajador privado, considero que para el pago de los emolumentos a los servidores de las misiones católicas, se debe tomar en consideración el sueldo básico unificado del trabajador privado en general que, para el presente año se encuentra fijado en \$ 200,00 dólares americanos mensuales.

OF. PGE. N°: 03012, de 04-09-2008

EMERGENCIA VIAL: ADQUISICIÓN DE EQUIPO CAMINERO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE SHUSHUFINDI

CONSULTA:

Sobre la posibilidad de acogerse a la emergencia vial dictada por el Señor Presidente de la República para adquirir equipo caminero sin contar con los informes de Procuraduría y Contraloría General del Estado.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 181 num. 2.

Ley de Contratación Pública, Arts. 6 lit. a), 60; y, 4 y 8 de su Reglamento.

D.E. N° 900 R.O. N° 273 de 14-02-2008.

D.E. N° 926 R.O.S. N° 282 de 26-02-2008.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 6 letra a) de la Ley de Contratación Pública, dispone que están exentos de realizar los procedimientos precontractuales, entre otros los contratos que sean necesarios para superar emergencias graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito y que solo sirvan para solucionar los daños que aquellas hayan producido o prevenir los que puedan suscitar.

El artículo 60 incisos primero y segundo de la misma ley, dispone: "Art. 60.- INFORMES.- En forma previa a su celebración, los contratos que hubieren sido adjudicados siguiendo los trámites de licitación o concurso público de ofertas, requerirán los informes del Contralor General del Estado y del Procurador General del Estado.

Los mismos informes serán necesarios para la suscripción de los contratos cuyo monto iguale o exceda la base para el concurso público de ofertas, aunque no hubieren sido licitados o concursados".

Por su parte, el artículo 8 del Reglamento General a la Ley de Contratación pública, dispone:

"Art. 8.- Informes previos.- Para efectos de los informes requeridos en los contratos descritos en el artículo 6 de la ley, se acompañarán, a la solicitud del informe respectivo el proyecto de contrato y todos los documentos enunciados en el numeral 2 del artículo 67 de este reglamento.

En los casos previstos en el literal a) del Art. 6 de la ley, se acompañará a la solicitud los documentos enunciados en el numeral 2 del Art. 67 de este reglamento, a excepción del previsto en la letra i)''.

De las normas legales y reglamentaria invocadas se desprende que los contratos suscritos al amparo del Art. 6 letra a) de la Ley de Contratación Pública, están exentos de los procesos precontractuales, más no de los informes que por ley tienen que emitir tanto el Contralor General como el Procurador General del Estado, siempre y cuando obviamente, el monto del contrato iguale o exceda la base para el concurso público de ofertas.

A más de lo enunciado, debo hacer hincapié en que el artículo 6 de la Ley de Contratación Pública, que en su parte final señala que la máxima autoridad del ministerio o los representantes legales de la entidad serán responsables por la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, tanto en la observancia de los requisitos legales para su perfeccionamiento y ejecución, como en la determinación de la causa para la celebración del contrato sin licitación ni concurso; el contratante cuidará además, que el contratista tenga solvencia legal, técnica y económica, rinda garantías suficientes, de acuerdo con esta ley, así como que el contrato convenga a los intereses nacionales e institucionales.

Cabe advertir que la Declaratoria de Emergencia declarada mediante Decreto Ejecutivo No. 900 publicada en el Registro Oficial No. 273 de 14 de febrero de 2008 y ampliada con Decreto Ejecutivo No.926, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 282 de 26 de los mismos mes y año, autoriza a los organismos seccionales para que los dineros que reciben por ley del Gobierno Nacional, puedan ser utilizados para enfrentar la emergencia, que ahí se señala, deben ser reintegrados por el Ministerio de Finanzas, de conformidad con lo prescrito en el numeral 2 del artículo 181 de la Constitución Política, previo las justificaciones del gasto efectuado por tales entidades.

De las normas invocadas se desprende que la municipalidad puede realizar contrataciones de emergencia destinadas a solventar daños producidos por el invierno, siendo facultad de la Municipalidad del cantón Shushufindi, calificar si la adquisición de la maquinaria que es materia de su consulta, servirá para atender la emergencia declarada, en cuyo caso, bajo su exclusiva responsabilidad tramitará el proceso de adquisición del equipo antes señalado.

OF. PGE. N°: 0482, de 13-05-2008

ENERGÍA ELÉCTRICA: CERTIFICADO DE CONCESIÓN O PERMISO Y LICENCIAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONELEC

CONSULTA:

Si el CONELEC, al tenor de lo prescrito en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y del Reglamento de Concesiones de Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica, puede continuar los trámites de las solicitudes que ingresaron antes de la entrada en vigencia de la nueva Constitución y que han sido debidamente calificadas por esa Institución; y, en consecuencia, está facultado a otorgar el Certificado de Concesión o Permiso correspondiente.

Si el CONELEC, al amparo de la Ley y Reglamento citado, puede continuar con los trámites de aquellas empresas que obtuvieron con anterioridad, el respectivo Certificado de Concesión o Permiso; y, proceder a la suscripción de los Contratos de Concesión o Permiso correspondientes.

Si el CONELEC está facultado a continuar aceptando nuevas solicitudes para el otorgamiento de los Certificados de Concesión o Permiso y posteriormente para la suscripción de los Contratos de Concesión o Permiso luego de la expedición y vigencia de la nueva Constitución de la República, que en el Art. 316 inciso segundo, establece que 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.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 313 y 316.

Constitución Política de la República (derogada), Art. 249 .

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 45 y 52.

Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Arts. 2 y 39.

Ley de Modernización del Estado, Art. 35.

Reglamento de Concesiones Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica, Arts. 1 y 11.

PRONUNCIAMIENTO:

La Constitución Política que estuvo vigente hasta el 20 de octubre de 2008, en el Art. 249 consagraba la responsabilidad del Estado por la provisión de servicios públicos, entre estos, la fuerza eléctrica y otros de naturaleza similar, servi-

cios que podía prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley.

En este sentido, la Ley de Régimen del Sector Eléctrico publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 43 de 10 de octubre de 1996, en el artículo 2 establece que el Estado es el titular de la propiedad inalienable e imprescriptible de los recursos naturales que permiten la generación de energía eléctrica; y, que solo el Estado por intermedio del Consejo Nacional de Electricidad -CONELEC- como ente público competente puede concesionar o delegar a otros sectores de la economía la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica.

El Art. 39 de la Ley en estudio dispone que el CONELEC por delegación del Estado es la autoridad competente de conformidad con la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y el Reglamento respectivo, suscribirá los contratos de concesión para la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica, cuyos concesionarios prestarán estos servicios durante el plazo establecido en tales contratos, cumpliendo las normas que garanticen la eficiente atención de los usuarios y el preferente interés nacional, correspondiéndole al Director Ejecutivo del CONELEC, el control, vigilancia y cumplimiento de los contratos de concesión.

El Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica, expedido con el Decreto Ejecutivo No. 1274 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 290 de 3 de abril de 1998, en el Art. 1 señala que su objeto es el de establecer las reglas y procedimientos generales que permita al Estado delegar en favor de otros sectores de la economía las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, así como regular la importación y exportación de energía eléctrica.

El Art. 11 del Reglamento citado, faculta al CONELEC en representación del Estado y como órgano competente, delegar a otros sectores de la economía la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, en los casos ahí determinados.

Las concesiones otorgadas por el CONELEC hasta el 20 de octubre del 2008, fecha en que entró en vigencia la Constitución de la República del Ecuador, aprobada en el Referéndum de 28 de septiembre de 2008 fueron conferidas al amparo de la normativa jurídica que he señalado.

La Constitución de la República en vigencia, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, en el artículo 313 dispone que el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, que son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental; y en su inciso final, determina como sectores estratégicos, entre otros, a la energía en todas sus formas.

Según el artículo 315 de la referida Constitución, el Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, las cuales estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la Ley, que 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. Agrega la norma, que la ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.

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

De la normativa constitucional vigente, se establece que la gestión de los sectores estratégicos, como es el caso de la energía eléctrica, debe realizarse, a través, de empresas públicas, empresas mixtas y excepcionalmente mediante delegación a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, en los casos que establezca la ley que deberá expedirse para el efecto.

La Constitución no ha previsto una norma transitoria que nos permita establecer cuales son los casos de excepción hasta que se dicte la Ley; no siendo competencia de esta Procuraduría establecer cuales son estos casos.

Conforme lo señala, el Art. 39 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico para que la concesión quede perfeccionada se requiere haber formalizado el respectivo contrato, en virtud del cual el Estado (en el presente caso, representado por CONELEC) entregue al concesionario la administración y operación del servicio materia de la concesión. Por tanto, sino se ha celebrado el contrato de con-

cesión, ésta no existe legalmente, aunque se cuente con los informes previos que han sido referidos en su oficio.

Con fundamento en lo expuesto, considero que las solicitudes para la concesión de los certificados o permisos que hayan ingresado al CONELEC, así como la suscripción de los contratos de concesión o permiso correspondiente, y las nuevas solicitudes para el otorgamiento de los referidos certificados de concesión o permiso, deberán sujetarse a la normativa constitucional antes referida y a la ley que se expedirá para el efecto.

OF. PGE. N°: 05115, de 28-11- 2008

ENERGÍA ELÉCTRICA: GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: CONELEC

CONSULTA:

Si al tenor de lo prescrito en el artículo 66, inciso segundo de la Ley de Contratación Pública, el CONELEC estaría facultado a exonerar a los titulares de las concesiones, permisos o licencias, cuyo capital mayoritario pertenece al Fondo de Solidaridad, la presentación de la garantía de fiel cumplimiento de obligaciones, prevista en el Art. 47 del Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica.

BASES LEGALES:

Codificación a la Ley de Contratación Pública, Art. 66 inc. segundo.
Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la Prestación de Energía Eléctrica, Arts. 22, lit. i), 46, lit. h), 47, 101 y 107 .
Reglamento a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Art. 47 lit. f) .
Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Arts. 82 y 83 .

PRONUNCIAMIENTO:

De acuerdo al Art. 66, inciso segundo de la Codificación a la Ley de Contratación Pública: "No se exigirán las garantías establecidas por la presente ley en los contratos que celebran el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquel o éstas con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en las dos terceras partes a entidades de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública...".

La concesión es una modalidad de delegación a la iniciativa privada, para la prestación de los servicios públicos o para la ejecución de aquellas obras públicas que no puede, o no le es útil afrontar directamente a la Administración Pública, figura que en el ámbito que nos ocupa, se la define como "...el acto administrativo por el cual el CONELEC, a nombre del Estado Ecuatoriano, otorga a una persona jurídica el derecho de ejercer la actividad de generación de mas de 50MW, servicio público de transmisión y distribución y comercialización de energía eléctrica".

La obligación de otorgar garantías de fiel cumplimiento en los procesos de concesión a los que alude su consulta, se determinan en forma por demás explícita e imperativa, en las disposiciones de los artículos 22, letra i), 46, letra h), 47, 101 y 107 del Reglamento de Concesiones para la Prestación de Energía Eléctrica; Art. 47, letra f) del Reglamento a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico; y, artículos 82 y 83 del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, fundamento normativo, que sumado a las facultades legales del CONELEC, permiten concluir que no le es facultativo al Consejo Nacional de Electrificación exonerar de la rendición de la garantía de fiel cumplimiento a los titulares de las concesiones, aún cuando se trate de empresas cuyo capital accionario mayoritario pertenezca al Fondo de Solidaridad.

OF. PGE. N°: 01735, de 09-07-2008

ENERGÍA ELÉCTRICA: IMPROCEDENCIA DE CONVENIO DE DOTACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE JARAMIJÓ

CONSULTA:

Si el Municipio de Jaramijó puede suscribir un Convenio con EMELMANABÍ S.A. para la dotación de energía eléctrica para el Barrio 17 de Octubre de ese cantón.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226, 261, 264 y 314.

Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1971 (derogada), Arts 15, 64 num. 14 y 163 lit. g).

Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Arts. 1 y 34.

PRONUNCIAMIENTO:

La cláusula segunda del proyecto de convenio que ha sido adjuntado al oficio de consulta, referente al objeto del mismo, dispone que el Municipio de Jaramijó se compromete "a dotar de todo el material necesario para el tendido de la red de distribución de la Ciudadela 17 de octubre tales como herrajería para el tendido de la línea de media y baja tensión, conductores, tensores y luminarias completaS, mientras que EMELMANABÍ aporta con los postes, transformadores y mano de obra, según cláusula primera, con el objeto de dar energía eléctrica a todos los usuarios que allí se asientan con sus respectivos contadores de energía, los mismos que serán solicitados por cada usuario".

La Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1971, concedía atribuciones a los Concejos Municipales para la prestación, instalación, suministro, dotación y mantenimiento de energía eléctrica y alumbrado público.

Con la posterior codificación a esta Ley, dichas atribuciones fueron derogadas.

El Art. 226 de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, expresa que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley; y agrega que 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.

El Art. 261, del referido Ordenamiento Constitucional, dispone que el Estado Central tendrá potestad exclusiva sobre:..11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales.

El Art. 264 de la Constitución de la República, establece las competencias exclusivas de los gobiernos municipales, sin que conste dentro de éstas, la provisión, suministro o dotación de energía eléctrica.

Por el contrario, el Art. 314 de la Carta Constitucional, expresa que el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

En concordancia con las disposiciones constitucionales invocadas, el Art. 1 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, establece que el suministro de energía eléctrica es un servicio de utilidad pública de interés nacional; por tanto, es deber del Estado satisfacer directa o indirectamente las necesidades de energía eléctrica del país, mediante el aprovechamiento óptimo de recursos naturales, de conformidad con el Plan Nacional de Electrificación.

Con respecto al suministro de energía, el Art. 34 de la Ley *ibídem*, establece que su distribución será realizada por empresas conformadas como sociedades anónimas para satisfacer, en los términos de su contrato de concesión, toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida; y agrega que el CONELEC otorgará la concesión de distribución, manteniendo un sólo distribuidor por cada una de las áreas geográficas fijadas en el Plan Maestro de Electricidad.

De las disposiciones constitucionales y legales que han sido invocadas, se desprende que la provisión de energía eléctrica es una potestad exclusiva e indelegable del Estado Central; en tal virtud, es improcedente que mediante un convenio con EMELMANABÍ, el Municipio de Jaramijó colabore en la implementación de infraestructura para la dotación de energía eléctrica para el Barrio 17 de Octubre de ese cantón.

OF. PGE. N°: 05470, de 22-12-2008

ENERGÍA ELÉCTRICA: UTILIZACIÓN DE POSTES PARA DISTRIBUCIÓN POR PARTE DE EMPRESA PRIVADA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE MANTA

CONSULTA:

Es procedente que la I. Municipalidad de Manta a solicitud expresa de parte de una empresa privada de telefonía móvil, conceda autorización para la utilización de postes de energía eléctrica dentro del perímetro urbano para la ejecución del montaje de cables de fibra óptica.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 226 y 261.
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 146 lit. i), 148 lit. h) y 252 lit. c), 264 y 314.

Código Civil, Art. 215.

Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Arts. 1 y 34.

PRONUNCIAMIENTO:

En el oficio No. 1843-ALC-M-JOZC de 16 de octubre de 2008, usted manifiesta que el montaje de cables de fibra óptica fue originalmente colocado por la empresa EMELMANABÍ S.A., en aplicación de los artículos: 252, letra c), 146 letra i); y, 148 letra h) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en concordancia con el Art. 615 del Código Civil.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1971, concedía atribuciones a los Concejos Municipales para la prestación, instalación, suministro, dotación y mantenimiento de energía eléctrica y alumbrado público. Con la posterior codificación a esta Ley, dichas atribuciones fueron derogadas.

El Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, expresa que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley; y agrega que 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.

El Art. 261 de la referida Constitución, dispone que el Estado Central tendrá potestad exclusiva sobre:... 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos; y 11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales.

El Art. 264 de la mencionada Carta Constitucional, establece las competencias exclusivas de los gobiernos municipales, sin que conste dentro de éstas, la provisión, suministro o dotación de energía eléctrica ni de telecomunicaciones.

Por el contrario, el Art. 314 de la Carta Política, expresa que el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley.

En concordancia con las disposiciones constitucionales invocadas, el Art. 1 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, establece que el suministro de energía eléctrica es un servicio de utilidad pública de interés nacional; por tanto, es

deber del Estado satisfacer directa o indirectamente las necesidades de energía eléctrica del país, mediante el aprovechamiento óptimo de recursos naturales, de conformidad con el Plan Nacional de Electrificación.

Con respecto al suministro de energía, el Art. 34 de la Ley *ibídem*, establece que su distribución será realizada por empresas conformadas como sociedades anónimas para satisfacer, en los términos de su contrato de concesión, toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida; y agrega que el CONELEC otorgará la concesión de distribución, manteniendo un sólo distribuidor por cada una de las áreas geográficas fijadas en el Plan Maestro de Electricidad.

De las disposiciones constitucionales y legales que han sido invocadas, se desprende que la distribución de energía eléctrica, incluida la autorización para la utilización de postes, es una facultad exclusiva e indelegable del Estado Central, a través de la sociedad anónima encargada de prestar dicho servicio, que en el presente caso es EMELMANABÍ S.A.; y, en tal virtud, es improcedente que el Municipio de Manta conceda autorización a una empresa privada de telefonía móvil, para la utilización de postes de energía eléctrica dentro del perímetro urbano para el montaje de cables de fibra óptica.

Con este fundamento, resulta innecesario atender las demás consultas formuladas.

OF. PGE. N°: 05506, de 23-12-2008

ESTABLECIMIENTOS TURÍSTICOS: LICENCIA PARA EL FUNCIONAMIENTO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO SAN CRISTÓBAL

CONSULTA:

Si para la renovación de licencias de funcionamiento de los establecimientos turísticos del cantón San Cristóbal, la Dirección de Turismo del Gobierno Municipal del cantón San Cristóbal, debe exigir a los propietarios de los establecimientos turísticos la respectiva afiliación a la Cámara de Turismo de conformidad a la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos, o no se requiere de dicho requisito de acuerdo a la Resolución 0038-2007, publicada en el Registro Oficial No. 336 de fecha 14 de mayo de 2008.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos Disp. Gen. Segunda.

Ley de Cámaras Provinciales de Turismo y de su Federación Nacional, Art. 3 lit. a), inc. Segundo; 4, 5, 6 inc. Segundo; 7, 25 y Disp. Trans. Tercera.

Res. TC N° 0038-2007, R.O.N°. 336 de 14-05-2008.

PRONUNCIAMIENTO:

La Disposición General Segunda de la Ley Orgánica para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos, disponía: "Para el ejercicio de todas las actividades lucrativas, las personas naturales y jurídicas deberán pertenecer, en caso de existir a las correspondientes asociaciones, cooperativas, cámaras, gremios u otras organizaciones, cantonales o provinciales."

Como resultado de la demanda propuesta por el señor Presidente Constitucional de la República, el Tribunal Constitucional, mediante Resolución 0038-2007, publicada en el Registro Oficial No. 336 de 14 de mayo de 2008, declaró la inconstitucionalidad de varias normas legales, entre ellas las contenidas en los artículos 3 literal a), inciso segundo, 4, 5, 6, inciso segundo, 7, 25 y Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Cámaras Provinciales de Turismo y de su Federación Nacional, normas que establecían la obligatoriedad de las personas naturales o jurídicas que operan en turismo a afiliarse a las correspondientes Cámaras de Turismo.

Lo manifestado nos lleva a concluir que la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos ha perdido su vigencia; y, por tanto, ha dejado de ser aplicable.

Por las razones expuestas, considero que para la renovación de licencias de funcionamiento de los establecimientos turísticos, no es requisito la afiliación a Cámara o Agronomía alguna.

OF. PGE. N°: 02768, de 27-08 2009

ESTADO DE EMERGENCIA DEL SECTOR AGROPECUARIO: CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: INSTITUTO NACIONAL AUTÓNOMO DE INVESTIGACIONES AGROPECUARIAS, INIAP

CONSULTA:

Si en aplicación del Decreto Ejecutivo No. 863, de 10 de enero de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 258 de los mismos mes y año, que declara el estado de emergencia del sector agropecuario, podría obviarse el proceso de licitación para la contratación de la construcción de una nueva Estación Experimental en la Provincia de Orellana con un costo que alcanza los dos millones de dólares.

BASES LEGALES:

Codificación a la Ley de Contratación Pública, Arts. 6 y 2 de su Reglamento. D.E. N° 863, 10-01-2008, R.O. N° 258 19-01-2008.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 6 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública enumera de manera taxativa los casos de excepción a los procedimientos precontractuales en la contratación pública.

En su parte final, dicho artículo señala que la máxima autoridad del ministerio o los representantes legales de la entidad serán responsables por la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, tanto en la observancia de los requisitos legales para su perfeccionamiento y ejecución, como en la determinación de la causa para la celebración del contrato sin licitación ni concurso, de conformidad con los literales que anteceden; el contratante cuidará además que el contratista tenga solvencia legal, técnica y económica, rinda garantías suficientes, de acuerdo con esta ley, así como que el contrato convenga a los intereses nacionales e institucionales.

El artículo 2 del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública dispone que se entenderá por emergencia la situación de apremio suscitada por peligros inminentes, daños o catástrofes que se presenten en el territorio o sector dentro del cual la entidad tiene su ámbito de acción, o en la entidad misma, y cuyas repercusiones causarían en su desenvolvimiento normal o en las actividades a ella encomendadas alteraciones graves, para conjurar las cuales se requiera de medidas que rebasen la actuación ordinaria de aquella o de sus funcionarios; concluye el artículo señalando que, por peligro inminente debe entenderse la amenaza latente que obligue a una atención preventiva e inmediata.

La Declaratoria de Emergencia contenida en el Decreto Ejecutivo No. 863, conforme reza el texto promulgado, es para facilitar el otorgamiento de créditos al sector agropecuario sin que en ella se faculte la construcción de ninguna obra u otro tipo de proyecto.

Por lo expuesto, el referido decreto de emergencia no ampara al INIAP para emprender en la construcción de la nueva Estación Experimental en la Provincia de Orellana, sino que deberá expedirse un decreto de Emergencia específico que habilite la ejecución de la referida obra pública.

OF. PGE. N°: 0214, de 05-05-2008

ESTADO DE EMERGENCIA: EXONERACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE GUARANDA

CONSULTA:

Si es procedente que para la adquisición de maquinaria pesada que irá en beneficio del desarrollo del cantón, la municipalidad a su cargo pueda acogerse a la declaratoria de estado de emergencia nacional dictado por el señor Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo No. 926 de 20 de febrero de 2008, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 282 de 26 de febrero del 2008.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 181 num. 2.
Codificación a la Ley de Contratación Pública, Arts. 6; y, 2 de su Reglamento.
D. E. N° 926, Registro Oficial N° 282 de 26-02-2008.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 6 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública enumera los casos de excepción a los procedimientos precontractuales previstos para la contratación pública; y, en su parte final, señala que la máxima autoridad del ministerio o los representantes legales de la entidad serán responsables por la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, tanto en la observancia de los requisitos legales para su perfeccionamiento y ejecución, como en la determinación de la causa para la celebración del contrato sin licitación ni concurso; el contratante cuidará además que el contratista tenga solvencia legal, técnica y económica, rinda garantías suficientes, de acuerdo con esta ley, así como que el contrato convenga a los intereses nacionales e institucionales, debiendo además contar con los informes que por ley tienen que emitir tanto el

Contralor General como el Procurador General del Estado, siempre y cuando obviamente el monto del contrato iguale o exceda la base para el concurso público de ofertas, en razón de que estos contratos están exentos de los procesos precontractuales, más no de los informes de ley.

El artículo 2 del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública dispone que se entenderá por emergencia la situación de apremio suscitada por peligros inminentes, daños o catástrofes que se presenten en el territorio o sector dentro del cual la entidad tiene su ámbito de acción, o en la entidad misma, y cuyas repercusiones causarían en su desenvolvimiento normal o en las actividades a ella encomendadas alteraciones graves, para conjurar las cuales se requiera de medidas que rebasen la actuación ordinaria de aquella o de sus funcionarios; concluye el artículo señalando que, por peligro inminente debe entenderse la amenaza latente que obligue a una atención preventiva e inmediata.

Cabe advertir que la Declaratoria de Emergencia declarada con Decreto Ejecutivo No. 926 de 20 de febrero de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 282 de 26 de los mismos mes y año, autoriza a los Organismos Seccionales para que los dineros que reciben por ley del Gobierno Nacional puedan ser utilizados para enfrentar la presente emergencia, los que deben ser reintegrados por el Ministerio de Finanzas, de conformidad con lo prescrito en el numeral 2 del artículo 181 de la Constitución Política, previo las justificaciones del gasto efectuado por tales entidades.

De las normas invocadas se desprende que la municipalidad puede realizar contrataciones de emergencia destinadas a solventar daños producidos por el invierno, siendo facultad de la Municipalidad del Cantón Guaranda calificar si la adquisición de la maquinaria que es materia de su consulta, servirá para atender la emergencia declarada; en cuyo caso, bajo su exclusiva responsabilidad tramitará el proceso de adquisición del equipo antes señalado.

OF. PGE. N°: 0589, de 17-04-2008

EXPROPIACIÓN: MONTO DE CAPITAL PRIVADO DE COMPAÑÍA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE IBARRA

CONSULTA:

Cuál es el procedimiento a seguir o cuáles son las disposiciones legales que se deben aplicar para la expropiación del monto del capital privado de una com-

pañía de economía mixta, determinada en el inciso tercero del artículo 316 de la Ley de Compañías.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 323.

Ley de Compañías, Art. 316 inc. tercero.

Res.N° 00.Q.ICL.O 12, R.O.N° 120, de 14-07-2000.

Res.N° 00.Q.ICL.O 10, R.O.N° 95, de 09-06-2000.

Res.N° 00.Q.ICL.O 13, R.O.N° 146, de 22-08-2000.

PRONUNCIAMIENTO:

Esta Procuraduría solicitó el criterio jurídico de la Superintendencia de Compañías, mediante Oficio No. 4457, de 31 de octubre de 2008, petición que fue atendida por dicha entidad en Oficio No. SC-IJ.08. 170 030311, de 21 de noviembre de 2008.

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

El artículo 316 de la Ley de Compañías, en su inciso tercero, establece: “El Estado, por razones de utilidad pública, podrá en cualquier momento expropiar el monto del capital privado de una compañía de economía mixta, pagando íntegramente su valor en dinero y al contado, valor que se determinará previo balance, como para el caso de fusión”.

En el citado oficio de la Superintendencia de Compañías se expresa:

“Corresponde entonces a efecto de valoración de dicho capital privado, remitirse al inciso tercero del Art. 316 de la Ley de Compañías, el mismo que a su vez nos direcciona para efecto de la justa valoración de la Empresa, a la Resolución No. 00.Q.ICL.012, publicada en el Registro Oficial No. 120 de 14 de Julio de 2000; y, cumplir con la normativa expedida por la Superintendencia de Compañías, constante en las Resoluciones Nos. 00.ICL 10 y 013 , publicadas en los Registros Oficiales Nos. 095 de 9 de Junio de 2000 y 146 de 22 de Agosto de 2000, respectivamente.” Más adelante en el mismo oficio se indica: “...la valoración de las acciones pertenecientes al capital privado, para

efectos de la declaratoria de utilidad pública o interés social con fines de expropiación, debe someterse al inciso tercero del Art. 316 de la Ley de Compañías y a lo previsto en la Sección X De la Transformación, de la Fusión y de la Escisión de dicha Ley”.

La Resolución No. 00.Q.ICI.O 12 de la Superintendencia de Compañías, publicada en el Registro Oficial No. 120 de 14 de julio de 2000 establece el Reglamento para la Calificación y Registro de las Personas Naturales, Jurídicas y Asociaciones que ejerzan actividades de Avalúo y Peritaje. En consecuencia, los avalúos y peritajes deberán ser realizados por personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y registradas en dicha entidad.

Mediante la referida Resolución No. 00.ICI.010, publicada en el Registro Oficial No. 95 de 9 de junio de 2000, la Superintendencia de Compañías expidió las normas para la valuación y registro contable de activos tangibles o intangibles, a valor presente o a valor de mercado, aplicables a los casos de fusión o escisión resueltos por las compañías nacionales sujetas al control de la Superintendencia del ramo; y, por la Resolución No. 00.ICI.013, publicada en el Registro Oficial No. 146 de 22 de agosto de 2000, dicha entidad emitió las normas para la valuación y registro contable de propiedad, planta y equipo, a valor de mercado, a las que se someterán las compañías sujetas a su control.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que en la escritura de constitución simultánea de la compañía de economía mixta Sistema de Estacionamiento Regulado de Ibarra SRIBARRA CEM, otorgada el 10 de marzo de 2008, ante el Notario Público Primero del cantón Ibarra, inscrita en el Registro Mercantil del mismo cantón el 22 de abril de 2008, en la cláusula de “Declaraciones”, se ha estipulado lo siguiente, con respecto a los programas o aplicativos de software de propiedad de la accionista privada, CETRA S.A. para el funcionamiento del Sistema de Estacionamiento, Rotativo, Regulado y Tarifado del cantón Ibarra:

“De ocurrir el supuesto contemplado en el inciso tercero del artículo trescientos dieciséis de la Ley de Compañías, la ilustre Municipalidad del Cantón San Miguel de Ibarra, no podrá usar, sin costo, el sistema desarrollado durante la ejecución del objeto contractual previsto en el artículo tercero del presente Estatuto y durante la vigencia del plazo contractual estipulado en el artículo cuarto”. El citado artículo tercero de los estatutos trata sobre el objeto social; y, el cuarto, sobre el plazo de duración de la compañía.

Por lo expuesto, para efectos de la expropiación materia de su consulta, la Municipalidad de Ibarra deberá seguir el procedimiento legal determinado en el presente pronunciamiento, el mismo que no constituye autorización de expro-

piación ni de pago, decisiones que serán adoptadas por la Municipalidad precautelando los intereses públicos.

OF. PGE. N°: 05494, de 23-12-2008

FARMACIAS MUNICIPALES: DESCUENTOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA

CONSULTA:

Si deben los Municipios solicitar el descuento del 15 % en las compras que realicen de medicamentos, conforme lo establece el Art. 163 de la Ley Orgánica de Salud, para la red de Farmacias Municipales Solidarias.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 363 num. 7.
Ley Orgánica de Salud, Art. 163.

PRONUNCIAMIENTO:

De manera previa a atender su consulta, esta Procuraduría corrió traslado de su oficio a la municipalidad de Cuenca, entidad que dio respuesta con oficio No. 6516 de 20 de octubre de 2008, manifestando que "La disposición legal es absolutamente precisa y mandatoria, no optativa ni facultativa para los laboratorios farmacéuticos..."; y que los laboratorios; "están obligados a hacer un descuento de por lo menos el 15% del precio de venta a farmacia de los medicamentos...". Más adelante señala "En este orden, FARMASOL, que es un Ente municipal, con finalidad estrictamente solidaria, dedica su acción a favorecer los sectores sociales más pauperizados, vendiendo productos farmacéuticos al costo que demanda su adquisición, sin que exista ni se busque lucro alguno para su operación, ya que ésta se financia con recursos provenientes del presupuesto municipal...".

La Constitución de la República, dispone en su artículo 363 "El Estado será responsable de..." en su numeral 7: "Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población. En el acceso a medicamentos, los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales."

La Ley Orgánica de la Salud, en su artículo 163 dispone: “Los laboratorios farmacéuticos, distribuidoras farmacéuticas, casas de representación de medicamentos, dispositivos médicos, productos dentales, reactivos bioquímicos y de diagnóstico, en las ventas que realicen a las instituciones públicas descontarán un porcentaje no inferior al 15% del precio de venta a farmacia”.

Las municipalidades, al ser entes públicos, están sujetas a la disposición del artículo 163 antes citado.

En virtud de lo anotado, considero que las municipalidades tienen la potestad de solicitar dicho descuento del 15% a los laboratorios farmacéuticos, distribuidoras farmacéuticas, casas de representación de medicamentos, dispositivos médicos, productos dentales, reactivos bioquímicos y de diagnóstico, ya que a través de la red de Farmacias Municipales Solidarias, los municipios como entidades públicas, logran el cumplimiento de sus objetivos.

OF. PGE. N°: 05108, de 27-11-2008

FIDEICOMISO INMOBILIARIO INTEGRAL: CONCURSO E INFORME PREVIO

ENTIDAD CONSULTANTE: LÍNEA AÉREA DEL ECUADOR , TAME

CONSULTAS:

1. Habiéndose establecido en las bases del concurso la obligación que tienen los oferentes de contratar una empresa que conforme un fideicomiso inmobiliario integral para la administración y ejecución del proyecto, cuyos costos estarán a cargo de la compañía adjudicada, se hace necesario realizar un concurso para la contratación de la empresa fiduciaria; y,
2. Se hace necesario por consiguiente que dicha contratación sea sometida para el informe previo de los organismos de control, considerando que los costos serán a cargo de la empresa constructora adjudicada.

BASES LEGALES:

Reglamento de Contratación de Negocios Fiduciarios Públicos, Arts. 3 y 115 inc. segundo y cuarto.
Reglamento a la Ley de Presupuestos del Sector Público, Art. 28 lit. j).

PRONUNCIAMIENTOS:

Conforme señala en sus oficios, los certificados de depósito de Filanbanco que TAME tenía en su poder, fueron canjeados con el inmueble denominado “Centro

Comercial VIA XXI", ubicado en la Avenida 12 de Octubre No. 24-385 y Baquerizo Moreno de la ciudad de Quito; posteriormente, y con el fin de mejorar la rentabilidad de ese bien raíz, el Directorio de esa empresa ha decidido contratar la construcción de un proyecto inmobiliario, para lo cual se ha establecido en las bases del concurso de selección del oferente contratista, que se establezca "...una garantía que consista en la conformación de un fideicomiso inmobiliario integral, que la oferente deberá contratar para la administración y ejecución del proyecto inmobiliario".

El caso particular propuesto, evidentemente refiere a la ejecución de una inversión por conducto de un proceso de titularización de un proyecto inmobiliario a construirse sobre un inmueble que es de propiedad de TAME, operación fiduciaria que se encuentra prevista en el Art. 155 de la Codificación a la Ley de Mercado de Valores; y, a la cual puede legítimamente acceder la empresa de su representación, en ejercicio de la atribución prevista en el Art. 28, letra j) del Reglamento a la Ley de Presupuestos del Sector Público.

Con respecto a la necesidad de que se efectúe o no un proceso de selección de la empresa fiduciaria, debo manifestar que esta es una potestad indelegable de TAME, como constituyente de la inversión; tanto más que, de acuerdo con el Art. 3 del Reglamento de Contratación de Negocios Fiduciarios Públicos, se establece una sola salvedad bajo la cual cabría realizar una contratación directa del fiduciario, y es si se trata de otra institución del Estado que tenga la capacidad legal para prestar este tipo de servicios; condición que no cumple la empresa constructora privada a ser seleccionada para llevar a cabo el referido proyecto inmobiliario de inversión, de modo tal, que es obligación de TAME, seleccionar a la empresa fiduciaria, aún cuando deba asumir el costo de aquello, y en ese evento lo hará mediando un concurso de selección para la contratación de la empresa fiduciaria, debiendo observar para tal trámite con lo que disponen los Artículos 115, segundo y cuarto incisos de la Codificación ibídem, Art. 2 y demás pertinentes del Reglamento de Contratación de Negocios Fiduciarios.

Con respecto a la necesidad de que dicha contratación cuente con el informe previo favorable de los Organismos de Control, no consta en el referido Reglamento de Contratación de Negocios Fiduciarios Públicos, la obligación de someter esa contratación a la emisión de informes por parte de los Organismos Superiores de Control.

OF. PGE. N°: 02148, de 31-07-2008

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: HOMOLOGACIÓN SALARIAL

ENTIDAD CONSULTANTE: FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CONSULTA:

Es procedente el pago de la homologación a las servidoras y servidores de la Fiscalía General del Estado que están sujetos a cumplir con el perfil académico requerido en el Manual de Clasificación de Cargos para lo cual tienen el plazo de dos años, a contarse desde el 3 de octubre del 2007, fecha en que fue expedido el Acuerdo No.047-MFG-2007 y que fenece el 3 de octubre del 2009.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 194.

Ley Orgánica del Ministerio Público, Arts. 1, 32; y, Disp. Gen. Primera.

Manual de Clasificación de Cargos del Ministerio Público, Arts. 3 y 5.

Acuerdo N° 047-MFG-2007, Art. 5.

PRONUNCIAMIENTO:

Fundamenta su consulta entre otros argumentos, el que a partir del mes de junio de 2008, la Función Judicial al amparo de la resolución adoptada por el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura en sesión realizada el 29 de abril del 2008, está aplicando la nueva escala de remuneraciones a favor de sus funcionarios y empleados, la misma que está estructurada con referencia a tres bandas remunerativas (base, medio y techo).

La Constitución de la República aprobada en el Referéndum del 28 de septiembre del 2008, vigente desde el 20 de octubre de 2008, fecha de su publicación en el Registro Oficial No. 449, en el Art. 194 señala que la Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, que funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera.

La Ley Orgánica del Ministerio Público actual Fiscalía General del Estado en el Art. 1 dispone que el Ministerio Público es persona jurídica de derecho público, autónoma e independiente, en lo administrativo, económico y presupuestario, con sede en la capital de la República.

El Art. 32 *ibidem* expresa que, los sueldos y demás remuneraciones de los funcionarios y empleados del Ministerio Público, serán los mismos que perciban los empleados y funcionarios de la Función Judicial, en iguales categorías y grados determinados en las leyes y reglamentos de estas dependencias.

La Disposición General Primera del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica en estudio reitera lo previsto en el Art. 32 citado, y que su homologación se efectuará en forma automática, bastando para su implementación y ejecución exclusivamente la expedición del respectivo Acuerdo Ministerial del Fiscal General del Estado, con sujeción a su autonomía administrativa, económica y presupuestaria prevista en la Constitución de la República y su Ley Orgánica.

De lo expuesto, se concluye que los servidores de la Fiscalía General del Estado no están sujetos a la LOSCCA, de conformidad con el artículo 101 de esta Ley.

El Manual de Clasificación de Cargos del Ministerio Público (actual Fiscalía General del Estado) expedido con el Acuerdo No. 047- MFG- 2007 de 3 de octubre del 2007, en el Art. 3 dispuso ubicar a los puestos dentro de los niveles, grupos, series y clases ocupacionales de acuerdo a la homologación consignada en el Art. 32 de la Codificación de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

El Art. 5 del referido Manual, señala que los servidores que no cumplan los requisitos académicos del perfil del puesto que actualmente ocupan, se les concederá un plazo de dos años para cubrir con estas exigencias, caso contrario, serán reubicados en las clases de puestos que les corresponda, considerando para esto, su perfil.

Como usted lo señala en el oficio que contesto, el Ministerio de Finanzas expidió la resolución presupuestaria por la que se asignan los recursos financieros para la ejecución de la homologación del personal de la Fiscalía General del Estado, la misma que no constituye incremento a la masa remunerativa sino que es la ejecución del Art. 32 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Respecto a la aplicación del Art. 5 del Acuerdo No. 47, como consta en el Memorando No. 141- DNAJ- MFG- 2008 de 1 de diciembre de 2008, del informe del Director Nacional de Asesoría Jurídica de la Fiscalía General del Estado, se señala que " compete a la Dirección de Recursos Humanos, en forma previa al ingreso de un servidor o a su promoción o ascenso, verificar que dicha persona cumpla con todos los requisitos de ingreso que exige tanto la ley, como el Manual de Clasificación de Puestos, en cuanto se refiere al respectivo cargo"; y que, en lo referente a la aplicación del artículo 5 del Acuerdo No. 47 "es aplicable exclusivamente para aquellos funcionarios que hubieren sido designados con anterioridad a la expedición de ese Acuerdo, y siempre que los requisitos

académicos que el ejercicio del cargo exija, no estén establecidos en normas legales”.

Por su parte, en el informe de fecha 17 de diciembre de 2008 presentado al Fiscal General por el Dr. Julio César Molina, Director de Asesoría Jurídica (E) de la Fiscalía General, se indica que “la homologación de remuneraciones se caracteriza por ser un proceso de tipo objetivo, que se articula fundamentalmente con parámetros vinculados a la definición de una remuneración según el nivel, grado y jerarquía de las funciones; mientras que la selección de personal para proveer los cargos se subordina a las normas legales y reglamentarias vigentes en el ordenamiento jurídico y a lo dispuesto en el Art. 5 del Acuerdo No. 047- MFG- 2007 con el que se expide y pone en vigencia el Manual de Clasificación de Puestos del Ministerio Público, según el cual la reubicación en otra clase de puestos para aquellos servidores que no cumplan los requisitos académicos requeridos por el perfil del cargo que ocupan, se ejecutará en el mes de octubre del 2009; de lo cual se concluye en primer lugar, que la asignación de la remuneración a ese tipo de puestos no está supeditada en modo alguno a los requerimientos y requisitos que debe reunir el ciudadano que ocupe tal cargo, y en segundo lugar, que en el proceso de homologación de remuneraciones no se puede excluir a esa clase de puestos ni a quienes los ocupan actualmente”.

Con los antecedentes y fundamentos jurídicos expuestos, considero que la aplicación del artículo 5 del Acuerdo No. 047- MFG- 2007 de 3 de octubre de 2007, expedido por el Ministro Fiscal General en ese entonces, relacionado con el pago de la homologación a las servidoras y servidores de la Fiscalía General del Estado, que se encuentren sujetos a cumplir hasta el 3 de octubre del 2009, con el perfil académico requerido en el Manual de Clasificación de Cargos, es de responsabilidad de la propia entidad.

OF. PGE. N°: 05480, de 22-12-2008

FONDESEC: RECURSOS PROPIOS PARA GASTOS CORRIENTES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE SAQUISILÍ

CONSULTA:

Si los rubros especificados en líneas anteriores (Asignación prevista en la Ley 72 del Fondo de Desarrollo Seccional –FONDESEC-, y 10% de la Ley del 15%

del Presupuesto General del Estado), constituyen o no recursos propios y permanentes para el financiamiento de los gastos corrientes de este Ilustre Ayuntamiento.

BASES LEGALES:

Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 484, 489 y 496. Ley Especial de Distribución del 15% del Presupuesto del Gobierno Central para los Gobiernos Seccionales, Art. 3.

Ley de Desarrollo Seccional, Arts. 9 y 10 inc. terceros.

PRONUNCIAMIENTO:

De acuerdo a lo que establece el Art. 484 de la Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el presupuesto municipal es un acto de su gobierno, que contiene el plan anual operativo preparado en conformidad a los planes de mediano y largo plazo, y que indica el origen y monto de los recursos que se espera recaudar, versus el costo de las prestaciones por otorgar. Conforme establece el Art. 489 *ibídem*, ese presupuesto, consta de las siguientes partes:

1. Ingresos;
2. Egresos; y,
3. Disposiciones generales.

Dentro del segmento de “Ingresos”, habrá de constar y distinguirse, entre ingresos tributarios (Título I); ingresos no tributarios (Título II); y los empréstitos. A su vez, en el grupo de los ingresos no tributarios, y según así dispone el Art. 496 *ibídem*, se consignarán en el Capítulo II, los siguientes grupos:

1. Asignaciones fiscales; y,
2. Asignaciones de entidades autónomas, descentralizadas o de otros organismos públicos, nacionales o extranjeros.

Conforme se podrá apreciar, la percepción de los recursos que se asignan, a través del Fondo de Desarrollo Seccional, FODESEC, al igual que la participación que las entidades del régimen seccional reciben por concepto de aplicación de la “Ley Especial de Distribución del 15% del Presupuesto del Gobierno Central para los Gobiernos Seccionales”, constituyen recursos propios y permanentes de cada municipio, aunque no por ello, no toda la totalidad de esas asignaciones y los valores dinerarios que representan podrán apartarse de los específicos fines para los cuales han sido establecidos o instituidos; así lo establece por ejemplo, el Art. 3 de la “Ley Especial de Distribución del 15% del

Presupuesto del Gobierno Central para los Gobiernos Seccionales”, señalando en cuanto al destino del Fondo, lo siguiente:

“Los consejos provinciales y los municipios invertirán las alícuotas que les correspondan en planes o proyectos de desarrollo económico, social y cultural, de acuerdo con los fines y funciones que les confieren la Constitución Política de la República, las leyes de Régimen Provincial y Municipal, según el caso, y otras leyes”.

Añadiendo su inciso tercero, que solo el 10% de las alícuotas que correspondan a los municipios, podrán destinarse a cubrir gastos operativos o corrientes:

“Los municipios, podrán destinar hasta el 10% de las alícuotas correspondientes por la aplicación de esta Ley a cubrir sus gastos de operación”.

De igual manera, la Ley de Desarrollo Seccional, que instituye la asignación correspondiente al FODESEC, si bien también establece un uso o empleo específico para los recursos que conforman ese Fondo, determina, al igual que en el caso anterior, la procedencia del uso o empleo de un porcentaje de esos recursos en gastos corrientes; así lo señala explícitamente el Art. 9, inciso tercero, con respecto de las alícuotas, a favor de los Consejos Provinciales (el 70%); y el Art.10, inciso tercero, artículo reformado por Ley No. 75, publicada en Registro Oficial 290 de 3 de Abril de 1998, con respecto de las alícuotas, a favor de las Municipalidades (el 60%):

“Las asignaciones así determinadas serán transferidas a las municipalidades por el Banco Central del Ecuador, en forma automática, en alícuotas mensuales y serán de libre disposición por cada partícipe, para gastos corrientes o inversiones contemplados en sus presupuestos aprobados....”.

OF. PGE. N°: 0479, de 13-05-2008

FONDO DE CONSULTORÍA: RETENCIÓN DEL 5% COMO GARANTÍA

ENTIDAD CONSULTANTE: DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTROL DE TRÁNSITO Y SEGURIDAD VIAL

CONSULTA:

En los pagos que se realicen a partir del 4 de octubre del 2008, con la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no pro-

cede la retención del 5% sobre el valor del contrato, como garantía a ser depositada en la cuenta del Fondo de Consultoría, en el caso de los pagos pendientes, por planillas anteriores al 04 de octubre del 2008, se debe o no realizar esta retención y en caso de hacerse la retención, en donde deben depositarse los valores retenidos.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 10 num. 9) y Disp. Trans. Octava.

Ley de Consultoría (derogada), Arts. 12 lit. b), c), 19 y 20.

Código Civil, Art. 7 regla 18.

Res. N° INCP 005-2008, R.O.N° 445, 14-10-2008, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 20 de la derogada Ley de Consultoría establecía: "En los contratos de consultoría a que se refieren los literales b) y c) del Art. 12 de esta Ley, además de las garantías determinadas en el artículo anterior, la dependencia, entidad u organismo contratante, retendrá el 5% de los pagos en dólares de los Estados Unidos de América que hiciere al contratista por cuenta del contrato excluyendo los costos reembolsables respecto de los cuales el consultor no perciba o deduzca honorarios, y los depositará a nombre del contratista en el Fondo de Consultoría, en una cuenta especial.

Cuando el pago se haya estipulado en divisas, el mismo se hará efectivo por el valor correspondiente, para cuyo efecto el contratista deberá depositar en una cuenta especial del Fondo de Consultoría, un valor equivalente al 5% de dicho pago.

Los intereses que produzcan estos depósitos en el Fondo de Consultoría, pertenecerán al contratista y le serán devueltos previa orden escrita del correspondiente funcionario de la dependencia, entidad u organismo contratante, la que será extendida una vez cumplidas las obligaciones materia del contrato".

La regla 18 del artículo 7 del Código Civil prevé: "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración."

El artículo 1 de la Resolución No. INCP 005-08 emitida por el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, constante en el Registro Oficial No. 445 de 14 de octubre de 2008, preceptúa: "Todo contrato que tenga por objeto la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, otorgado antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se registrará por sus estipulaciones y por las normas de derecho vigentes a la fecha de su celebración".

La Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dice: "Los recursos que estuvieron previstos en los artículos 19 y 20 de la Ley de Consultoría serán administrados por el Instituto Nacional de Contratación Pública y serán devueltos a los consultores incluidos los intereses que se generen, siguiendo para el efecto lo estipulado en los respectivos contratos de consultoría. El rendimiento de los recursos previstos en esta disposición será igual al de la tasa de interés pasiva para depósitos monetarios fijada por el Banco Central del Ecuador."

El numeral 9 del artículo 10 de la citada Ley Orgánica confiere al Instituto Nacional de Contratación Pública la atribución de dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley.

Se aclara el pronunciamiento contenido en oficio No. 4643 de 11 de noviembre de 2008, en el sentido que, de conformidad con las disposiciones invocadas, los contratos de consultoría celebrados antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se registrarán por la Ley de Consultoría. Por tanto, en los pagos pendientes posteriores a la vigencia de la nueva ley, se deberá continuar realizando la retención el 5% de los pagos en dólares de los Estados Unidos de América que se hiciera al contratista por cuenta del contrato, excluyendo los costos reembolsables respecto de los cuales el consultor no perciba o deduzca honorario, según lo disponía el artículo 20 de la Ley de Consultoría; pero estos valores serán administrados por el Instituto Nacional de Contratación Pública, entidad a la cual le corresponde dictar las normas sobre la cuenta en la que se deben depositar.

OF. PGE. N°: 05334, de 10-12-2008

FONDO DE JUBILACIÓN PATRONAL Y CESANTÍA PRIVADA: ASIGNACIÓN DE RECURSOS

ENTIDAD CONSULTANTE: COMISIÓN DE TRÁNSITO DE LA
PROVINCIA DEL GUAYAS

CONSULTA:

Si es aplicable a las cajas de cesantía de empleados civiles y del Cuerpo de Vigilancia, el Decreto Ejecutivo No. 1001, publicado en el Registro Oficial No. 317 de 16 de abril del 2008, y en consecuencia se limitan las asignaciones del presupuesto institucional que capitalizan tales fondos.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 225.

D.E. N° 1001, R.O.N° 317 16-04-2008.

D.E. N° 1406, R.O.N° 462 de 07-11-2008.

PRONUNCIAMIENTO:

Con el fin de contar con suficientes elementos para atender la consulta, ésta Procuraduría, mediante oficio No. 003096 de 5 de septiembre de 2008, solicitó el criterio jurídico sobre el tema planteado, al Ministerio de Finanzas, requerimiento que fue atendido mediante oficio No. MF-SGJ-2008-4835 de 29 de septiembre de 2008.

El Decreto Ejecutivo No. 1001 publicado en el Registro Oficial No. 317 de 16 de abril del 2008, materia de esta consulta, señaló que a partir del ejercicio presupuestario del 2009, se priorice la asignación de recursos a acciones de interés general, y que, luego de atendida esa prioridad, se consideren otras acciones legítimas de interés individual; añadiendo la disposición, que los recursos del Presupuesto General del Estado y demás recursos públicos destinados a financiar fondos de jubilación Patronal y de Cesantía Privada de entidades y organismos del sector público, incluidas las instituciones financieras públicas, en ningún caso puedan ser superiores a los vigentes a diciembre del 2007.

Al ser la Comisión de Tránsito del Guayas, una entidad que forma parte del sector público, conforme el artículo 225 de la Constitución de la República, le fue aplicable en su momento el Decreto Ejecutivo 1001 en mención, que fue sustituido por el Decreto Ejecutivo No. 1406 de 24 de octubre de 2008, publicado en el Registro Oficial No. 462 de 7 de noviembre de 2008, mediante el cual, el Presidente de la República, dispone que a partir del 1 de enero de 2009, no se egresará a título alguno, recursos del Presupuesto General del Estado destinados a financiar Fondos de Jubilación Patronal y de Cesantía Privada de entidades del Sector Público.

Por lo expuesto, a partir del 24 de octubre del 2008, ya no esta vigente el Decreto Ejecutivo 1001; sin embargo, en virtud de la expedición del Decreto Ejecutivo No. 1406, que es aplicable a la Comisión de Tránsito del Guayas, dicha entidad no podrá asignar recursos para financiar los señalados fondos de jubilación patronal y de cesantía privada a favor de sus servidores a partir del 1 de enero del 2009.

OF. PGE. N°: 04983, de 24-11-2008

FONDO DE REPOSICIÓN DEL GASTO ELECTORAL

ENTIDAD CONSULTANTE: TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL

CONSULTAS:

1. Es aplicable el principio de equidad en función al Reglamento a la Ley de Control de Gasto y Propaganda Electoral para la entrega del Fondo de Reposición del Gasto Electoral, que se encuentran establecidos en una norma jerárquicamente superior como lo es la Ley Orgánica de Partidos Políticos.

2. Una vez que el Tribunal Supremo Electoral ha dispuesto la entrega de los valores correspondientes al Fondo Partidario Permanente, cabe o no mantener la expectativa de los Movimientos Políticos al respecto.

3. Si el Estado Ecuatoriano dispuso ya de valores que fueron administrados por el Tribunal Supremo Electoral y que sirvieron para difusión de propuestas de campaña en la última campaña electoral para la Asamblea Nacional Constituyente, se debe hacer entrega de fondos que sirven, como establece la ley, para afrontar el gasto electoral realizado por los Partidos Políticos.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 23 num. 3 y 272.
Ley Orgánica de Partidos Políticos, Arts. 59 y 60.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el pronunciamiento contenido en el oficio número 001709 de 8 de julio de 2008, se dejó aclarado que en virtud de las reformas constitucionales introducidas a partir de 1995, como producto de la Consulta Popular llevada a cabo en el indicado año, se reconoce el derecho de las personas no afiliadas a los partidos políticos a terciar en las elecciones. Este derecho se encuentra reconocido por el inciso segundo del artículo 98 de la Constitución Política vigente, que expresa-mente dispone lo siguiente: "Podrán también presentarse como candidatos los ciudadanos no afiliados ni auspiciados por partidos políticos".

En el mismo pronunciamiento se dejó precisado que si lo principal ha sido declarar la equidad y el derecho que tienen los ciudadanos para elegir y ser elegidos, en forma independiente de si están o no afiliados a un partido político, todos los derechos que las leyes y demás normas de jerarquía inferior reconocen a los partidos políticos deberán entenderse ampliadas a favor de los movimientos y agrupaciones políticas. Esta conclusión se fundamenta en el prin-

cipio de igualdad ante la ley, consagrado por el artículo 23, numeral 3, de la Carta Política del Estado.

El artículo 272 de la vigente Constitución Política de la República, en su primer inciso, consagra el principio de supremacía de las normas constitucionales, en virtud del cual las normas legales y reglamentarias quedan supeditadas a los principios y disposiciones constitucionales. En el caso que motiva el presente análisis, las previsiones de los artículos 59 y 60 de la Codificación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, que se refieren a la entrega de los denominados Fondos Partidario Permanente y de Reposición del Gasto Electoral, deben aplicarse al amparo de las previsiones constitucionales que se han dejado citadas, es decir, que los movimientos políticos, considerando los resultados electorales, pueden tener acceso a los dos fondos señalados, como aporte presupuestario que otorga el Estado a fin de garantizar la participación de quienes precisamente la Constitución Política les faculta intervenir en actividad política activa.

2. Las consultas formuladas por el Tribunal de su presidencia, que fueron atendidas mediante el pronunciamiento de este Despacho citado en la absolución a la consulta anterior, pretendían que se inteligencie sobre la aplicación de la ley, a fin de determinar la procedencia de distribuir los Fondos de Apoyo Partidario y de Reposición del Gasto Electoral a los movimientos políticos que participaron en la última elección pluripersonal, sin que se haya determinado en el oficio de consulta que dichos fondos habían sido ya distribuidos a los partidos políticos.

Conforme se desprende del contenido del oficio que se contesta, el Tribunal Supremo Electoral habría entregado exclusivamente a los partidos políticos los dos fondos mencionados, sin que se hayan asignado dichos recursos a los movimientos políticos que también terciaron en las elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente, actuación que se aparta de los principios constitucionales analizados en el oficio número 001709 de 8 de julio de 2008, que han sido reiterados en la presente comunicación.

Por lo expuesto, no corresponde a esta Procuraduría pronunciarse sobre el procedimiento financiero-contable que debe adoptar el Tribunal Supremo Electoral para distribuir los referidos fondos estatales con sujeción al pronunciamiento emitido por este Organismo de Control, que es vinculante y de obligatorio cumplimiento respecto al caso consultado, a partir de la fecha de absolución de la consulta, bajo el entendido que los actos administrativos sobre los cuales se requiere el pronunciamiento aún no han sido ejecutados, por lo que se es de exclusiva responsabilidad de los Vocales de dicho Tribunal las decisiones adoptadas sobre este tema específico, que entraña egreso de recursos públicos.

3. La asignación de los recursos a los que se refiere el artículo 60 de la Codificación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, bajo el nombre de Fondo de Reposición del Gasto Electoral, supone el principio de que el Estado acude en apoyo de los partidos y movimientos políticos, para permitirles financiar el gasto electoral realizado con recursos directos de dichos partidos y movimientos, a manera de “reposición” de los gastos ya efectuados.

Sí, conforme se manifiesta en el texto de esta consulta, el Estado, a través del Tribunal Supremo Electoral, administró recursos para sufragar los gastos de la última campaña electoral para la Asamblea Nacional Constituyente, no procede la reposición de gastos que directamente el Estado ha asumido para cubrir el costo de las denominadas “franjas de publicidad electoral”. Sin embargo, corresponde al Tribunal que usted preside, bajo su exclusiva responsabilidad, determinar si han existido otros gastos adicionales a los cubiertos por el Estado, en cuyo caso procedería la entrega del Fondo de Reposición del Gasto Electoral.

OF. PGE. N°: 03482, de 23-09-2008

FONDOS DE RESERVA: CÁLCULO Y APORTES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

CONSULTA:

Me refiero al oficio No. 0170 de 10 de abril de 2008, sobre el procedimiento que debe cumplirse para el cálculo y pago de los aportes y fondos de reserva de los trabajadores municipales sujetos al Código del Trabajo, a partir del año 2001.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 35 num. 14 .

Mandato Constituyente No. 2, Art. 1.

LOSCCA, Arts. 101, 104, Disp. Trans. Octava y Décima Primera.

Ley de Seguridad Social, Arts. 11, 14 y 282.

Ley para la Transformación Económica del Ecuador, Disp. Trans. Novena.

Código de Trabajo, Arts. 95 y 196.

Reglamento del Fondo de Reserva para los Servidores Públicos sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Art. 5.

D.E.N° 913, R.O. No 391, 05-03-1981.

PRONUNCIAMIENTO:

PAGO DE APORTES

La Disposición Transitoria Octava de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, determina que las instituciones, entidades y organismos previstos en el Art. 101 de esta Ley (entre las cuales se encuentran las municipalidades); y, las autoridades y funcionarios comprendidos en el nivel jerárquico superior, servidores y trabajadores de las entidades contempladas en dicha disposición, que tienen la obligación de aportar a la seguridad social, además del salario base sobre el que vienen aportando, lo harán sobre la diferencia de la respectiva remuneración mensual unificada de acuerdo a las primas de aportación vigentes, y conforme a las tablas y fechas que ahí se especifican. Agrega que, de existir incrementos al salario unificado, se aportará al IESS sobre el 100% de dicho incremento.

El artículo 104 de la LOSCCA establece que la remuneración mensual unificada resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que el dignatario, autoridad, funcionario, servidor y trabajador, tenga derecho y que se encuentre presupuestado, a la que no se sumará los ingresos que corresponda al décimo tercer sueldo o remuneración; décimo cuarto sueldo o remuneración; y, viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias, extraordinarias, encargos y subrogaciones.

En similares términos consta en el artículo 1 del Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 261 de 28 de enero del 2008, el cual establece que no se considera parte de la Remuneración Mensual Unificada: “el décimo tercero y décimo cuarto sueldos o remuneraciones, viáticos, movilizaciones y subsistencias, horas suplementarias y extraordinarias, subrogación de funciones o encargos, compensación por residencia, el aporte patronal al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los fondos de reserva”.

Por su parte, la Disposición Transitoria Décima Primera de la LOSCCA, dispuso que la unificación de los ingresos de los servidores y trabajadores de las entidades y organismos señalados en el artículo 101 de esta Ley, entre en vigencia a partir del 1 de enero de 2004.

Adviértase que la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, derogada por la Ley No. 30 publicada en el Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2004, en su artículo 2 establecía que la remuneración del servidor público comprendía el sueldo básico determinado en la correspondiente escala, las asigna-

ciones complementarias, gastos de representación, pago por delegaciones o representaciones ante otras entidades y organismos y horas de trabajo en exceso de la jornada ordinaria, con las excepciones que ahí se especificaban; y, en su artículo 28, determinaba que las aportaciones personales y patronales al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, debían calcularse sobre la suma del sueldo básico.

Cabe tener en cuenta que la unificación salarial dispuesta en el Código del Trabajo por la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 34 de 13 de marzo del 2000, en su Disposición Transitoria Novena establece que las disposiciones laborales constantes en esa Ley "se aplicará exclusivamente para el sector privado; para los trabajadores del sector público y respecto a remuneraciones y sus componentes, se mantendrán las actuales disposiciones legales en la forma establecida en la ley, hasta tanto el Consejo Nacional de Remuneraciones de Sector Público (CONAREM) resuelva la unificación de los componentes remunerativos, y emita las políticas, aumentos y/o fijación de escalas remunerativas y cualquier otra regulación relacionada con estos conceptos. Como queda establecido en esta Ley, el Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público, (CONAREM) a partir de la presente fecha, tendrá a su exclusivo cargo todo lo relativo a remuneraciones tanto de los servidores cuyas relaciones laborales se regulan por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, como de los trabajadores de dicho sector amparados por el Código del Trabajo".

Los artículos 11 y 14 de la Ley de Seguridad Social, establecen la materia gravada para efectos del cálculo de aportaciones y contribuciones al seguro social y los rubros que se encuentran excluidos de dicho cálculo.

Con fundamento en lo expuesto se concluye que antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, la aportación al seguro social obligatorio de los servidores y trabajadores municipales se calcula en base al salario básico vigente a la época; en tanto que, a partir del primero de enero del 2004, fecha en que, de acuerdo con la Disposición Transitoria Décima Primera entró en vigencia la unificación de los ingresos de los servidores y trabajadores de las entidades y organismos, como es el caso de la Municipalidad del Distrito Metropolitano de Quito, es aplicable para el efecto, la Disposición Transitoria Octava de la LOSCCA.

Pago de Fondos de Reserva

El artículo 282 de la Ley de Seguridad Social, determina que la aportación obligatoria del empleador para al fondo de Reserva “será el equivalente a un mes de remuneración, por cada año completo posterior al primero de sus servicios, conforme lo dispone el Código del Trabajo”.

Por su parte, el artículo 196 del referido Código, dispone que todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios. Estas sumas constituirán su fondo de reserva o trabajo capitalizado, cantidad que se calculará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95 del citado Código.

El artículo 95 del referido Código, que guarda concordancia con el artículo 35 numeral 14 de la Constitución Política de la República, prescribe: “Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio.- Se exceptúan el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera, decimocuarta remuneraciones, decimoquinto y decimosexto sueldos, componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, y el beneficio que representan los servicios de orden social”.

Por otra parte, el artículo 104 de la LOSCCA, tal como se indicó anteriormente, determina que la remuneración mensual unificada resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que el dignatario, autoridad, funcionario, servidor y trabajador, tenga derecho y que se encuentre presupuestado, y que no se sumarán, aquellos ingresos que correspondan al décimo tercer sueldo o remuneración, décimo cuarto sueldo o remuneración; y, los viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias, extraordinarias, encargos y subrogaciones.

Cabe resaltar, que el Reglamento del Fondo de Reserva para los Servidores Públicos sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 913, publicado en el Registro Oficial No. 391 de 5 de marzo de 1981, dispuso en su artículo 5, que la cantidad que se debía depositar por fondo de reserva de cada servidor público, correspondía a la doceava parte de lo percibido como sueldo básico en el lapso posterior al primer año de servicio; sueldo básico que fue sustituido por el de remuneración

mensual unificada, a raíz de la vigencia de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, y con aplicación a partir del primero de enero del 2004, conforme se indicó anteriormente.

De lo expuesto, se concluye que el pago por concepto de Fondo de Reserva de los servidores y trabajadores municipales antes de la unificación salarial, se sujetó a lo que determinaba el Decreto Ejecutivo No. 913, publicado en el Registro Oficial No. 391 de 5 de marzo de 1981; en tanto que, a partir de la unificación de las remuneraciones dispuesta por la LOSCCA, aplicable a partir del 1 de enero del 2004, el pago del Fondo de Reserva deberá calcularse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104 de la LOSCCA; y, en el caso de los trabajadores municipales, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 de la Codificación del Código del Trabajo publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre del 2005; en ambos casos, aplicando para el efecto, lo dispuesto en el artículo 282 de la Ley de Seguridad Social.

OF. PGE. N°: 03014, de 04-09-2008

FONDOS DE RESERVA: SALDO DIFERENCIAL Y RELIQUIDACIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE CHIMBO

CONSULTA:

Sobre la procedencia de pagar al IESS la diferencia de los fondos de reserva de los empleados y trabajadores de esa Municipalidad; y, si esta diferencia debe depositarse al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o en la cuenta personal de tales servidores.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No. 2, Art. 1, Disp. Trans. Décima Primera .
LOSCCA, Arts. 101 y 104.

Ley de Seguridad Social, Arts. 79, 100, 275 inc. primero, 280 y 282.
Código del Trabajo, Arts. 95 y 196.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el Art. 101 seña-

la el ámbito de aplicación de la unificación y homologación de las remuneraciones de los organismos y entidades del sector público con las excepciones ahí determinadas; y, en el Art. 104 se establece la remuneración mensual unificada que resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que el dignatario, autoridad, funcionario, servidor y trabajador, tenga derecho y que se encuentre presupuestado, a la que no se sumarán los ingresos que correspondan al décimo tercer sueldo o remuneración; décimo cuarto sueldo o remuneración; y, viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias, extraordinarias, encargos y subrogaciones.

En similares términos consta en el artículo 1 del Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 261 de 28 de enero del 2008, el cual establece que no se considera parte de la Remuneración Mensual Unificada: "el décimo tercero y décimo cuarto sueldos o remuneraciones, viáticos, movilizaciones y subsistencias, horas suplementarias y extraordinarias, subrogación en funciones o encargos, compensación por residencia, el aporte patronal al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los fondos de reserva".

Por su parte la Disposición Transitoria Décima Primera dispuso que la unificación de los ingresos de los servidores y trabajadores de las entidades y organismos señalados en el Art. 101 de la LOSCCA, entre en vigencia a partir del 1 de enero de 2004.

La Ley de Seguridad Social en el Art. 275 inciso primero dispone:

"FONDO DE RESERVA.- El IESS será recaudador del Fondo de Reserva de los empleados, obreros y servidores públicos, afiliados al Seguro General Obligatorio, que prestaren servicios por mas de un (1) año para un mismo empleador, de conformidad con lo previsto en el Código del Trabajo, y otras leyes sobre la misma materia, y transferirá los aportes recibidos en forma nominativa a una cuenta individual de ahorro obligatorio del afiliado, que será administrada por la empresa adjudicataria administradora de fondos previsionales respectiva, a elección del afiliado. La misma norma se aplicará a la Superintendencia de Bancos y Seguros y a las instituciones financieras sometidas a su control".

El Art. 282 de la Ley de Seguridad Social, establece que la aportación obligatoria del empleador para el Fondo de Reserva será el equivalente a un mes de remuneración, por cada año completo posterior al primero de sus servicios conforme lo dispone el Código del Trabajo.

El Código del Trabajo en el Art. 196 manifiesta que todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios. Estas sumas constituirán su fondo de reserva o trabajo capitalizado, cantidad que se calculará de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 95 del Código de la referencia.

El Art. 95 del Código del Trabajo, en armonía con el Art. 35 número 14 de la Constitución Política de la República expresa:

“Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio”.

Agrega el Art. 95 *ibídem* que “ Se exceptúan el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera, decimocuarta remuneraciones, decimoquinto y decimosexto sueldos, componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, y el beneficio que representan los servicios de orden social”.

El Art. 79 de la Ley de Seguridad Social norma que con la excepción prevista en el Código del Trabajo, toda transacción, pago o entrega que se hiciera directamente al trabajador relacionada con aportes, descuentos o fondos de reserva, será nula y no obligará al IESS.

El Art. 100 de la Ley en estudio prohíbe la exoneración de intereses, multas y más recargos causados por la mora en la remisión de aportes, fondos de reserva y descuentos que ordenare el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Al formular las liquidaciones para convenios permitidos por la ley, se cuidará de incluir los intereses, multas y más recargos, bajo pena de destitución de todos los funcionarios y servidores encargados de autorizar y tramitar dichos convenios.

Por su parte, el Art. 280 de la Ley de Seguridad Social consagra la devolución del Fondo de Reserva en concordancia con las Disposiciones Transitorias al Art. 280 y con la Ley Interpretativa a la Disposición Transitoria Primera de la Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social publicada en el Registro Oficial No. 73 de 2 de agosto del 2005.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede considero que para el aporte del Fondo de Reserva de los trabajadores y servidores públicos debe aplicarse el Art. 282 de la Ley de Seguridad Social; y, el monto de aportación en el caso de los trabajadores debe ser igual a la remuneración mensual por cada año completo de labor posterior al primero de sus servicios, calculado en la forma determinada en el Art. 95 del Código del Trabajo; en tanto que para los servidores públicos el monto se fijará de acuerdo con la remuneración mensual unificada señalada en el Art. 104 de la LOSCCA, a partir del 1 de enero de 2004, fecha en que entró en vigencia la unificación de los ingresos de los servidores y trabajadores de las entidades y organismos determinados en el Art. 101 de la LOSCCA, siendo procedente el pago al IESS de las diferencias de los aportes realizados al fondo de reserva.

De ser el caso, se realizarán las reliquidaciones correspondientes a partir del 1 de enero de 2004, fecha en que entró en vigencia la unificación de los ingresos de los servidores y trabajadores del sector público, cuyos valores serán consignados al IESS y transferidos a la cuenta individual de ahorro obligatorio del afiliado para su devolución, en los términos previstos en el Art. 280 de la Ley de Seguridad Social, sin que proceda la cancelación directa por parte del empleador a los beneficiarios de tales reliquidaciones.

Este pronunciamiento no constituye autorización ni orden de pago por no ser de mi competencia y prevalece sobre los que se le opongán.

OF. PGE. N°: 03100, de 04-09-2008

FONDOS DE RESERVA: TRABAJADORES MUNICIPALES

ENTIDAD CONSULTANTE: ASOCIACIÓN DE MUNICIPALIDADES ECUATORIANAS, AME

CONSULTA:

Si para el cálculo de los aportes de los trabajadores municipales al IESS a partir del año 2000 a diciembre del 2003, se debe tomar en cuenta el sueldo básico, cuya competencia para su regulación la tenía el CONAREM, o el Art. 11 - Materia Gravada de la Ley de Seguridad Social.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 328 inc. quinto.
Mandato Constituyente N°. 2, Art. 1.

LOSCCA, Arts. 101, 104 y Disp. Trans. Octava.

Código del Trabajo, Arts. 95 y 196.

Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos (derogada), Art. 2.

Ley de Seguridad Social, Arts. 11, 14, 79, 100, 275, 280 y 282.

Res. N° 193-2000, R.O.S.N° 234, 29-12-2000.

PRONUNCIAMIENTO:

La Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público -LOSCCA- determina que las instituciones, entidades y organismos previsto en el Art. 101 de esta Ley; y, las autoridades y funcionarios comprendidos en el nivel jerárquico superior, servidores y trabajadores de las entidades arriba señaladas, que tienen la obligación de aportar a la seguridad social, además del salario base sobre el que vienen aportando, lo harán sobre la diferencia de la respectiva remuneración mensual unificada de acuerdo a las primas de aportación vigentes, conforme a la tabla y fechas ahí señaladas; y, de existir incrementos al salario unificado, se aportará al IESS sobre el 100 % de dichos incrementos.

La LOSCCA, en el Art. 101 señala el ámbito de aplicación de la unificación y homologación de las remuneraciones de los organismos y entidades del sector público con las excepciones ahí determinadas; y, el Art. 104 establece la remuneración mensual unificada que resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que el dignatario, autoridad, funcionario, servidor y trabajador, tenga derecho y que se encuentre presupuestado, a la que no se sumarán los ingresos que correspondan al décimo tercer sueldo o remuneración; décimo cuarto sueldo o remuneración; y, viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias, extraordinarias, encargos y subrogaciones.

En similares términos consta el Art. 1 del Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, el que establece que no se considera parte de la Remuneración Mensual Unificada: " el décimo tercero y décimo cuarto sueldos o remuneraciones, viáticos, movilizaciones y subsistencias, horas suplementarias y extraordinarias, subrogación en funciones o encargos, compensación por residencia, el aporte patronal al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los fondos de reserva".

La Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos que fue derogada por la Ley No. 30 publicada en el Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2004, en el Art. 2 consignaba que la remuneración del servidor público comprendía

el sueldo básico determinado en la correspondiente escala, las asignaciones complementarias, gastos de representación, pago por delegaciones o representaciones ante otras entidades y organismos y horas de trabajo en exceso de la jornada ordinaria, con las excepciones que ahí se señalaban; y, en el Art. 28 determinaba que las aportaciones personales y patronales al IESS, debían calcularse sobre la suma del sueldo básico.

La Ley de Seguridad Social en los artículos 11 y 14 establece la materia gravada para efecto del cálculo de las aportaciones y contribuciones al seguro social y los rubros excluidos de dicho cálculo.

La Disposición Transitoria Décima Primera de la LOSCCA manifiesta que la unificación de los ingresos de los servidores y trabajadores de las entidades y organismos señalados en el Art. 101 de esa Ley, entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2004.

La Ley de Seguridad Social en el Art. 275 inciso primero dispone:

“FONDO DE RESERVA.- El IESS será recaudador del Fondo de Reserva de los empleados, obreros y servidores públicos, afiliados al Seguro General Obligatorio, que prestaren servicios por más de un (1) año para un mismo empleador, de conformidad con lo previsto en el Código del Trabajo, y otras leyes sobre la misma materia, y transferirá los aportes recibidos en forma nominativa a una cuenta individual de ahorro obligatorio del afiliado, que será administrada por la empresa adjudicataria administradora de fondos previsionales respectiva, a elección del afiliado. La misma norma se aplicará a la Superintendencia de Bancos y Seguros y a las instituciones financieras sometidas a su control”.

El Art. 282 de la Ley de Seguridad Social, establece que la aportación obligatoria del empleador para el Fondo de Reserva será el equivalente a un mes de remuneración, por cada año completo posterior al primero de sus servicios conforme lo dispone el Código del Trabajo.

El Código del Trabajo en el Art. 196 manifiesta que todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios. Estas sumas constituirán su fondo de reserva o trabajo capitalizado, cantidad que se calculará de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 95 del Código de la referencia.

El Art. 95 del Código del Trabajo, expresa:

“Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio”.

Agrega el Art. 95 *ibidem* que “Se exceptúan el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera, decimocuarta remuneraciones, decimoquinto y decimosexto sueldos, componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, y el beneficio que representan los servicios de orden social”.

El Art. 95 del Código del Trabajo fue declarado inconstitucional por la Resolución No. 193-2000, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 234 de 29 de diciembre de 2000. Sin embargo, la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional incluyó el referido Art. 95, en la Codificación del Código del Trabajo, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

Cabe resaltar que la Constitución de la República del Ecuador, (publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008), en el artículo 328 inciso quinto, establece que: “Para el pago de indemnizaciones, la remuneración comprende todo lo que perciba la persona trabajadora en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga carácter normal. Se exceptuarán el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales y las remuneraciones adicionales”.

El Art. 79 de la Ley de Seguridad Social norma que con la excepción prevista en el Código del Trabajo, toda transacción, pago o entrega que se hiciera directamente al trabajador relacionada con aportes, descuentos o fondos de reserva, será nula y no obligará al IESS.

El Art. 100 de la Ley en estudio prohíbe la exoneración de intereses, multas y más recargos causados por la mora en la remisión de aportes, fondos de reserva y descuentos que ordenare el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Al formular las liquidaciones para convenios permitidos por la ley, se cuidará de incluir

los intereses, multas y más recargos, bajo pena de destitución de todos los funcionarios y servidores encargados de autorizar y tramitar dichos convenios.

El Art. 280 de la Ley de Seguridad Social consagra la devolución del Fondo de Reserva en concordancia con las Disposiciones Transitorias al Art. 280 y con la Ley Interpretativa a la Disposición Transitoria Primera de la Ley Reformatoria a la Ley de Seguridad Social publicada en el Registro Oficial No. 73 de 2 de agosto del 2005.

La Disposición Transitoria Octava de la LOSCCA es aplicable para la aportación al Seguro General Obligatorio, conforme a la tabla y fechas ahí señaladas; y, de existir incrementos al salario unificado se aportará al IESS sobre el 100 % de tales incrementos.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede considero que antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, la aportación al seguro social obligatorio de los servidores y trabajadores municipales se debió calcular en base al salario básico vigente a la época; en tanto que, a partir del primero de enero del 2004, fecha en que entró en vigencia la unificación de los ingresos de los servidores y trabajadores de las entidades y organismos como es el caso de las municipalidades, se debe aplicar la Disposición Transitoria Octava de la LOSCCA.

Para el aporte del Fondo de Reserva de los trabajadores y servidores públicos debe aplicarse el Art. 282 de la Ley de Seguridad Social; y, el monto de aportación en el caso de los trabajadores debe ser igual a la remuneración mensual por cada año completo de labor posterior al primero de sus servicios, en la forma determinada en el Art. 196 de la Codificación del Código del Trabajo; y a partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador, la remuneración que para efectos del pago de indemnizaciones contempla el artículo 328 de la mencionada Constitución. En el caso de los servidores públicos, monto se fijará de acuerdo con la remuneración mensual unificada señalada en el Art. 104 de la LOSCCA, a partir del 1 de enero de 2004, fecha en que entró en vigencia la unificación de los ingresos de los servidores y trabajadores de las entidades y organismos determinados en el Art. 101 de la LOSCCA, procediendo el pago al IESS de las diferencias de los aportes realizados al fondo de reserva.

De ser el caso, se realizarán las reliquidaciones correspondientes partir del 1 de enero de 2004, fecha en que entró en vigencia la unificación de los ingre-

sos de los servidores y trabajadores del sector público, cuyos valores serán consignados al IESS y transferidos a la cuenta individual de ahorro obligatorio del afiliado para su devolución, en los términos previstos en el Art. 280 de la Ley de Seguridad Social, sin que proceda la cancelación directa por parte del empleador a los beneficiarios de tales reliquidaciones.

Este pronunciamiento no constituye autorización ni orden de pago por no ser de mi competencia y prevalece sobre los que se le opongan.

OF. PGE. N°: 04898, de 19-11-2008

FUNCIONES PRORROGADAS: PERSONAL DE LA EX COMISIÓN DE CONTROL CÍVICO DE LA CORRUPCIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: EX - COMISIÓN DE CONTROL CÍVICO DE LA CORRUPCIÓN

CONSULTA:

Si los comisionados de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, así como el Director Ejecutivo y Directores de Área, de la Entidad, estos últimos funcionarios de libre nombramiento y remoción, a partir de la publicación de la nueva Constitución que suprime la existencia de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, deben continuar en funciones prorrogadas hasta que se conforme el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y sean legalmente reemplazados.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 29, 30, Título IV, Cap. Quinto, Sección Segunda, Disp. Trans. Segunda y Tercera inc. primero, Disp. Final.
Reglamento Orgánico Funcional de la Ex Comisión de Control Cívico de la Corrupción, Art. 10.
Ley de Régimen Administrativo, Art. 159.

PRONUNCIAMIENTO:

Como se afirma en el oficio que contesto, con la aprobación y vigencia de la Constitución de la República del Ecuador sometida al referéndum aprobatorio el 28 de septiembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción dejó de existir jurídicamente, pasando a integrar la Función de Transparencia y Control Social como uno de sus órganos denominado "Consejo de Participación Ciudadana y Control Social", cuya integración, deberes y atribuciones constan en el Título IV Capítulo Quinto Sección Segunda de la Constitución citada.

La Disposición Transitoria Segunda *ibídem* norma la designación del Primer Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que permanecerá en sus funciones hasta que se promulgue la ley que regule su organización y funcionamiento, cuyo proyecto de ley será preparado en ciento veinte días para consideración del órgano legislativo.

La Disposición Transitoria Tercera de la Constitución de la República vigente, en el inciso primero establece que las servidoras y servidores públicos de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y de la Secretaría Nacional Anticorrupción, que no sean de libre nombramiento y remoción, pasarán a formar parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

El Régimen de Transición constante en el Art. 29 de la Constitución expresa que la Comisión Legislativa, en el plazo de los quince (15) días posteriores a su conformación, iniciará el concurso público de oposición y méritos para la designación de los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el que organizará las correspondientes comisiones ciudadanas seleccionadoras para escoger las autoridades y funcionarios que establecen la Constitución y la ley; y que, mientras se dicta la ley, reglamentará la conformación de las comisiones ciudadanas de selección y dictará las normas de cada concurso, los que serán convocados luego de la posesión de los dignatarios de elección popular a los que hace referencia el Régimen de Transición.

Añade el Art. 29 en estudio que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, tendrá también la potestad de designar a los representantes de la Función de Transparencia y Control Social, en las comisiones ciudadanas seleccionadoras; y que, en el plazo de ciento veinte (120) días, contados desde su posesión, preparará el proyecto de ley orgánica que regule su organización y funcionamiento, propuesta que pasará para consideración de la Asamblea Nacional.

El Art. 30 del Régimen de Transición de la referencia señala que los servidores públicos de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y de la Secretaría Nacional Anticorrupción, que no son de libre nombramiento y remoción, pasarán a formar parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; y, respecto a los bienes de dicha Comisión pasarán a formar parte del patrimonio del Consejo mencionado.

En cumplimiento de la Disposición Final de la Constitución de la República, ésta entró en vigencia el día de su publicación en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

El Reglamento Orgánico Funcional de la Ex Comisión de Control Cívico de la Corrupción, en el Art. 10 entre las atribuciones del Pleno en la letra a) le asignaba el nombrar entre otros al Director Ejecutivo y Directores de dicha Comisión, funcionarios de libre nombramiento y remoción.

El Pleno de la Ex Comisión de Control Cívico de la Corrupción, mediante las acciones de personal respectivas, encargó la Dirección de Desarrollo, la Dirección Jurídica y la Dirección Administrativa Financiera a servidores de esa institución.

El Art. 159 de la Ley de Régimen Administrativo dispone que ningún funcionario o empleado, ni aún el nombrado para tiempo fijo, podrá separarse del desempeño de su cargo mientras no fuere legalmente sustituido; caso contrario, pagará una multa equivalente al sueldo (actual remuneración mensual unificada) de un mes, sin perjuicio de la responsabilidad legal.

Considero que los ex Comisionados de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción cesaron ipso jure en sus funciones con la aprobación en el Referéndum, publicación en el Registro Oficial y vigencia de la Constitución de la República del Ecuador; empero, los servidores de carrera de dicha Comisión, pasarán a formar parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; en tanto que, el Director Ejecutivo, y los Directores de Área, en particular, los Directores de Desarrollo Organizacional, Jurídico y Administrativo Financiero, deberán continuar en sus funciones hasta que sean legalmente sustituidos, limitando sus acciones a los asuntos que por su urgencia así lo requieran; y, respecto de los bienes, deberán pasar a formar parte del patrimonio del mencionado Consejo.

OF. PGE. N°: 04579, de 07-11-2008

HORAS EXTRAS Y EXTRAORDINARIAS: CÁLCULO - FONDOS DE RESERVA -

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE IBARRA

CONSULTA:

1. Dignese indicar cuál es la formula de cálculo para el pago de horas extraordinarias y suplementarias de labor para los señores trabajadores de la Municipalidad de Ibarra sujetos al Código del Trabajo.

2. Cómo deben ser calculados y cancelados los Fondos de Reserva de los señores Empleados del Municipio de Ibarra amparados por la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, si es aplicando el criterio del señor Procurador Síndico Municipal que dice que el cálculo se hace sobre las tablas que constan en las Resoluciones del Consejo Directivo del IESS.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 101, 104, Dispos. Trans. Octava y Dispos. Trans. Décima Primera. Ley de Seguridad Social, Arts. 275 y 282. Codificación del Código del Trabajo, Arts. 95, 196 y 542.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. De conformidad con lo prescrito en el artículo 542 No. 1 de la Codificación del Código del Trabajo, corresponde a las Direcciones Regionales del Trabajo "1. Absolver las consultas de las autoridades y funcionarios del trabajo y de las empresas y trabajadores de su jurisdicción en todo lo que se relacione a las leyes y reglamentos del trabajo".

En aplicación de dicha disposición, la Procuraduría General del Estado emitió la Resolución No. 016 de 29 de mayo de 2007, publicada en el Registro Oficial No. 102 de 11 de junio de 2007, que en su artículo reitera los principios legales antes citados.

En virtud de lo expuesto, la primera consulta debe ser formulada a la autoridad del trabajo competente.

2. La Disposición Transitoria Octava de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público LOSCCA, determina que las instituciones, entidades y organismos previsto en el Art. 101 de esta Ley; y, las autoridades y funcionarios comprendidos en el nivel jerárquico superior, servidores y trabajadores de las entidades arriba señaladas, que tienen la obligación de aportar a la seguridad social, además del salario base sobre el que vienen aportando, lo harán sobre la diferencia de la respectiva remuneración mensual unificada de acuerdo a las primas de aportación vigentes, conforme a la tabla y fechas ahí señaladas; y, de existir incrementos al salario unificado, se aportará al IESS sobre el 100% de dichos incrementos.

El Art. 101 de la LOSCCA señala el ámbito de aplicación de la unificación y homologación de las remuneraciones de los organismos y entidades del sector público con las excepciones ahí determinadas; y, el Art. 104, establece la remuneración mensual unificada que resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que el dignatario, autoridad, funcionario, servidor y trabajador, tenga derecho y que se encuentre presupuestado, a la que no se sumarán los ingresos que correspondan al décimo tercer sueldo o remuneración; décimo cuarto sueldo o remuneración; y, viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias, extraordinarias, encargos y subrogaciones.

Por su parte la Disposición Transitoria Décima Primera *ibídem*, dispuso que la unificación de los ingresos de los servidores y trabajadores de las entidades y organismos señalados en el Art. 101 de la LOSCCA, entre en vigencia a partir del 1 de enero de 2004.

La Ley de Seguridad Social en el Art. 275 inciso primero, dispone:

“FONDO DE RESERVA.- El IESS será recaudador del Fondo de Reserva de los empleados, obreros y servidores públicos, afiliados al Seguro General Obligatorio, que prestaren servicios por más de un (1) año para un mismo empleador, de conformidad con lo previsto en el Código del Trabajo, y otras leyes sobre la misma materia, y transferirá los aportes recibidos en forma nominativa a una cuenta individual de ahorro obligatorio del afiliado, que será administrada por la empresa adjudicataria administradora de fondos previsionales respectiva, a elección del afiliado. La misma norma se aplicará a la Superintendencia de Bancos y Seguros y a las instituciones financieras sometidas a su control”.

El Art. 282 de la Ley de Seguridad Social, establece que la aportación obligatoria del empleador para el Fondo de Reserva será el equivalente a un mes de remuneración, por cada año completo posterior al primero de sus servicios conforme lo dispone el Código del Trabajo.

El Código del Trabajo en el Art. 196 manifiesta que todo trabajador que preste servicios por más de un año tiene derecho a que el empleador le abone una suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año completo posterior al primero de sus servicios. Estas sumas constituirán su fondo de reserva o trabajo capitalizado, cantidad que se calculará de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 95 del Código de la referencia.

El Art. 95 del Código del Trabajo, expresa:

“Para el pago de indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador, se entiende como remuneración todo lo que el trabajador reciba en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que percibiere por trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios, el aporte individual al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuando lo asume el empleador, o cualquier otra retribución que tenga carácter normal en la industria o servicio”.

Agrega el Art. 95 *ibidem* que “Se exceptúan el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales, la decimotercera, decimocuarta remuneraciones, decimoquinto y decimosexto sueldos, componentes salariales en proceso de incorporación a las remuneraciones, y el beneficio que representan los servicios de orden social”.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede considero que para el aporte del Fondo de Reserva de los trabajadores y servidores públicos debe aplicarse el Art. 282 de la Ley de Seguridad Social; y, el monto de aportación en el caso de los trabajadores debe ser igual a la remuneración mensual por cada año completo de labor posterior al primero de sus servicios, calculado en la forma determinada en el Art. 95 del Código del Trabajo; en tanto que, para los servidores públicos, el monto se fijará de acuerdo con la remuneración mensual unificada señalada en el Art. 104 de la LOSCCA.

Este pronunciamiento no constituye autorización ni orden de pago por no ser de mi competencia y prevalece sobre los que se le opongan.

OF. PGE. N°: 03886, de 02-10-2008

IESS: IMPROCEDENCIA DE APORTES POR SERVICIOS PROFESIONALES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE IBARRA

CONSULTA:

Si el personal contratado bajo la modalidad de servicios profesionales, tiene derecho a que se le paguen las aportaciones al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 229, 367, 368, 369 y 371.

PRONUNCIAMIENTO:

Con el fin de contar con suficientes elementos para atender la consulta, ésta Procuraduría, mediante oficio No. 04434 de 30 de octubre de 2008, solicitó el criterio jurídico del Director General del IESS, con respecto al tema planteado. Dicho requerimiento fue atendido con el oficio No. 12000000-2731 de 27 de noviembre de 2008.

El Art. 229 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, dispone que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

El Art. 367 de la Constitución en mención, expresa que el Sistema de Seguridad Social es público y universal, y agrega el Art. 368, que dicho sistema comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia, y que el Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social.

Por su parte, el inciso segundo del Art. 369 de la Carta fundamental, establece que el seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral; mientras que el Art. 371, dispone que las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado.

De lo expuesto, se desprende que el sistema de seguridad social es obligatorio, y su financiamiento dependerá del régimen laboral de cada afiliado; esto es, si trabaja en relación de dependencia, será financiado por el empleador; y, si trabaja en forma independiente, deberá financiar por sí mismo su aportación a dicho seguro.

Como se expresa en el oficio que contesto, esta Procuraduría en reiteradas ocasiones, ha manifestado que los servidores que laboran en el sector público bajo la modalidad de servicios profesionales, no tienen derecho a que la institución

en la que prestan sus servicios, financie sus aportaciones al IESS, por lo que, en concordancia con lo expresado en los mencionados pronunciamientos y tomando en consideración las disposiciones de la Constitución de la República, resulta improcedente que los organismos y entidades del sector público paguen los aportes al IESS del personal contratado bajo la modalidad de servicios profesionales, por no existir entre otros particulares, la relación de dependencia, característica propia de los funcionarios y servidores públicos.

OF. PGE. N°: 05224, de 05-12-2008

INCREMENTO DEL PRECIO DEL PETRÓLEO: PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN EL EXCEDENTE

ENTIDAD CONSULTANTE: PETROECUADOR

CONSULTA:

Por cuanto en el Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín en el Campo Palo Azul suscrito con el Estado ecuatoriano el 7 de agosto del 2002, se establece una participación adicional del 19.5% por el incremento del precio del petróleo; se debería descontar de los valores a ser cancelados a la Contratista por la aplicación de la Ley 2006-42, el valor que corresponda a este 19.5% de participación adicional, calculado al precio de venta del petróleo y ajustado por calidad, en el mes que corresponda.

BASES LEGALES:

Ley N° 2006-42, Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Art. innumerado a continuación Art. 55.

Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Aplicación de la Ley No. 2006-42, Art. 2.

D.E. N° 662 de 04-10-2007, Reforma Art. 2 del Reglamento Sustitutivo.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley No. 2006-42, reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, agrega un artículo innumerado a continuación del artículo 55 del cuerpo legal citado, que dispone lo siguiente: "Las compañías contratistas que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos vigentes con el Estado ecuatoriano de acuerdo con esta Ley, sin perjuicio del volumen de petróleo crudo de participación que les corresponde, cuando el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano supere el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato y

expresado a valores constantes del mes de liquidación, reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios. Para los propósitos del presente artículo, se entenderá como ingresos extraordinarios la diferencia de precio descrita multiplicada por el número de barriles producidos." Y, el segundo inciso de la misma disposición legal prevé: "El precio del crudo a la fecha del contrato usado como referencia para el cálculo de la diferencia, se ajustará considerando el Índice de Precios al Consumidor de los Estados Unidos de América, publicado por el Banco Central del Ecuador".

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1672 de 11 de julio del 2006 se expidió el Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Aplicación de la Ley No. 2006-42, que en su artículo 2 establece que "La participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos en los Contratos de Participación para la Exploración de Hidrocarburos y la Explotación de Petróleo Crudo, suscritos por el Estado Ecuatoriano por intermedio de PETROECUADOR, corresponde al menos al 50% de los ingresos extraordinarios producidos por la diferencia entre el precio promedio ponderado mensual efectivo de venta FOB del petróleo ecuatoriano realizado por la contratista y el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción de los referidos Contratos de Participación, multiplicado por el número de barriles producidos por cada contratista, conforme a lo establecido en el artículo 4 del presente Reglamento Sustitutivo". El artículo 4 determina una fórmula matemática para el cálculo de la distribución de los ingresos extraordinarios que se produzcan por la diferencia de precios respectiva.

Con Decreto Ejecutivo No. 662 de 4 de octubre del 2007 se reforma el artículo 2 del Reglamento Sustitutivo invocado en el párrafo anterior, modificándose el porcentaje de participación del Estado, del cincuenta por ciento al noventa y nueve por ciento sobre los excedentes de los precios de venta de petróleo crudo que se generen en virtud de la aplicación de la Ley 2006-42.

El Convenio Operacional de Explotación Unificada del Yacimiento Común Hollín del Campo Palo Azul, suscrito el 7 de agosto del 2002 entre PETROECUADOR y el Consorcio o Asociación Operadora del Bloque 18 del mapa catastral de petróleo ecuatoriano, integrado por Ecuadortlc S.A., Cayman International Exploration Company S.A. y Petromanabí (celebrado en aplicación del Contrato de Participación vigente entre PETROECUADOR y el mismo Consorcio), en su cláusula Octava, numeral 8.4, y en el Anexo 7 del mismo instrumento, estipulan una fórmula matemática para el cálculo de la participación que le corresponde al Estado, a través de Petroproducción. De acuerdo a la

explicación constante en el oficio que contestó, dicha estipulación implica que el Estado Ecuatoriano participará en el excedente generado por el incremento del precio del petróleo desde un treinta y uno por ciento (31%) como mínimo, cuando los precios estén por debajo de los quince dólares de los Estados Unidos de América, hasta llegar a un cincuenta punto cinco por ciento (50.5%), cuando los precios superen los veinticuatro dólares de los Estados Unidos de América, esto es, un incremento del diecinueve punto cinco por ciento (19.5%) adicional al porcentaje de participación determinado como mínimo en el Convenio.

Tomando en cuenta que, esta última diferencia del 19.5% constituye un porcentaje adicional al establecido en el Convenio, para efectos de la aplicación de la Ley 2006-42, es procedente considerar a dicha diferencia porcentual en el valor económico como parte del porcentaje mínimo de distribución establecido en el mencionado cuerpo legal.

OF. PGE. N°: 04142, de 17-10-2008

INDAGACIONES PREVIAS POR DELITOS ADUANEROS: CONVENIO INSTITUCIONAL PARA EL PAGO DE PERITAJE

ENTIDAD CONSULTANTE: CORPORACIÓN ADUANERA
ECUATORIANA, CAE

CONSULTA:

Sobre la procedencia de celebrar un Convenio entre el Ministerio Público y la Corporación Aduanera Ecuatoriana, para que esta última, asuma el pago de la práctica de peritaje a nivel nacional, dentro de las indagaciones previas iniciadas por presuntos delitos aduaneros.

BASES LEGALES:

Escala de Fijación de Remuneraciones y Honorarios de los Peritos que Intervengan en los Procesos Penales, Art. 3.

PRONUNCIAMIENTO:

Con el fin de contar con suficientes elementos para atender su consulta, esta Procuraduría, mediante oficio No. 01097 de 9 de junio de 2008, solicitó el criterio jurídico al Ministro Fiscal General sobre el tema planteado, el mismo que fue atendido mediante oficio No. 004853 de 24 de junio de 2008.

El Art. 3 de la Escala de Fijación de Remuneraciones y Honorarios de los Peritos que Intervengan en los Procesos Penales dispone con relación a los Peritos Privados, que los profesionales o no profesionales que sean designados para actuar en calidad de peritos en un trámite procesal penal, que no formen parte de la Policía Judicial, percibirán únicamente las remuneraciones que se fijan en esta resolución. Agrega que cualquier acto contrario a esta disposición por parte de personas directa o indirectamente interesadas en la causa dará lugar a enjuiciamiento penal y a la pérdida de la acreditación como perito. El segundo inciso del artículo en mención, dispone que el Ministerio Público deberá pagar la remuneración que corresponda a los peritos particulares o privados, debiendo también evitar que los peritos reciban de otras personas o instituciones remuneraciones por el mismo trabajo profesional, científico o técnico.

En el informe del Ministro Fiscal General, se concluye que en aplicación del artículo invocado, no existe impedimento legal para la suscripción del mencionado convenio, previamente a lo cual, el Ministro Fiscal General, procederá a reformar el mencionado Reglamento.

Por lo expuesto, considero procedente la celebración del convenio entre el Ministerio Fiscal y la Corporación Aduanera Ecuatoriana para el pago de los peritos en la instauración de los procesos penales por la comisión de delitos aduaneros, siempre y cuando se reforme previamente la Escala de Fijación de Remuneraciones y Honorarios de los Peritos, expedido mediante resolución por el Consejo Nacional de la Judicatura, publicado en el Registro Oficial No. 383 de 3 agosto de 2001.

OF. PGE. N°: 01743, de 09-07-2008

INDEMNIZACIÓN: SUPRESIÓN DE PARTIDAS, RETIRO VOLUNTARIO, JUBILACIÓN Y REINGRESO

ENTIDAD CONSULTANTE: BANCO NACIONAL DE FOMENTO

CONSULTAS:

1. Si para calcular los valores que deben cancelarse por concepto de supresión de partidas, se ha de considerar exclusivamente el monto de siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, es decir la suma de US 1400, que podrían dar un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados, es decir US 42.000.

2. Si el monto de indemnización es aplicable a los servidores y empleados del Banco que presenten la renuncia o retiro voluntario para acogerse a la jubilación exclusivamente; o, si la indemnización es también aplicable a quienes presenten la renuncia o retiro voluntario sin que se acojan a la jubilación.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No. 2, Art. 8 inc. final.
LOSCCA, Arts. 101, 133 y Disp. Final.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 promulgado por la Asamblea Nacional Constituyente señala: "El monto de la indemnización por supresión de partida, 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 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. Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán, planificadamente, el número máximo de renunciadas a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso".

El inciso final del citado artículo dispone: "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".

En el caso en análisis, se debe tener presente además, la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, la cual establece que el monto de la indemnización por eliminación o supresión de partidas del personal de las instituciones, entidades y organismos determinadas en el artículo 101 de esa Ley, (entre las que se encuentra el Banco Nacional de Fomento) se pagará por un monto de mil dólares de los Estados Unidos de América por año de servicio, y hasta un máximo de treinta mil dólares de los Estados Unidos de América, en total.

Con fundamento en lo expuesto, considero que en caso de que el Banco Nacional de Fomento planifique un proceso de supresión de puestos o renuncia

o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de sus servidores, el monto de la indemnización será hasta un máximo de siete salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio, conforme al artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2; valor que no será inferior en ningún caso a mil dólares de los Estados Unidos de América por año de servicio, y hasta un monto máximo de doscientos diez salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total, en la forma dispuesta por la Disposición General Segunda de la LOSSCA. El servidor que reciba la indemnización, no podrá reingresar al sector público, a excepción de los puestos de libre nombramiento y de dignidades de elección popular.

2. Cuando la entidad no haya previsto un programa de supresión de puestos, aquellos servidores que renuncien para acogerse a la jubilación, tendrán derecho a acceder únicamente al beneficio económico establecido en el artículo 133 de la LOSSCA, el cual indica que los funcionarios y servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el Art. 101 de esta Ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez el equivalente a cuatro remuneraciones mensuales unificadas, para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes; y que en caso de reingreso al servicio público, el jubilado no tendrá derecho a este beneficio, a excepción de quienes van a ocupar puestos de libre nombramiento y remoción. Añade la disposición, que los jubilados en general y los que reciban pensiones de retiro, solo podrán reingresar al sector público siempre que sus pensiones mensuales no superen los quinientos dólares de los Estados Unidos de América.

Por tanto, en atención a los términos de su consulta, considero que si el Banco Nacional de Fomento no planifica un proceso de supresión de puestos, no cabe el pago de indemnización por renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación; salvo en este último caso, el derecho a acceder únicamente al beneficio económico establecido en el artículo 133 de la LOSSCA; debiendo resaltar que, en ambos casos, no será necesaria la supresión de las partidas y cabe el reingreso al sector público; teniendo en cuenta que, en el caso de los jubilados, podrán reingresar al sector público, siempre que las pensiones mensuales que perciban por tal concepto, no superen los quinientos dólares de los Estados Unidos de América; sin perjuicio de que puedan ocupar dignidades de elección popular o puestos de libre nombramiento y remoción, aun cuando supere el límite de pensiones antes referido.

OF. PGE. N°: 04644, de 11-11-2008

INDUSTRIAS GUAPÁN: APLICACIÓN DE LA LOSCCA, MANDATOS CONSTITUYENTES Y BENEFICIOS DEL CONTRATO COLECTIVO

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y COMPETITIVIDAD

CONSULTAS:

1. Son aplicables a la compañía Industrias Guapán S. A. las normas de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa.
2. Son aplicables los Mandatos Constituyentes Nos. 2, 4 y 8 a la Compañía Industrias Guapán S. A..
3. Pueden, quienes ejercen cargos de representación, jefaturas departamentales, asesores y otros similares en Industrias Guapán, acogerse a los beneficios del contrato colectivo que la empresa tiene suscrito con el Comité de Empresa de los Trabajadores, como ha ocurrido y ocurre en la actualidad.

BASES LEGALES:

- Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 118 num. 9.
Mandato Constituyente N° 2, Art. 2.
Mandato Constituyente N° 4, Art. 1.
Mandato Constituyente N° 8, Disp. Trans. Tercera inc. segundo.
Código del Trabajo, Arts. 36 y 247.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Las materias reguladas por la LOSCCA, referidas al régimen de servicio civil, son aplicables exclusivamente a los funcionarios y servidores públicos, es decir, personas sujetas a dicho régimen, que prestan sus servicios en las instituciones del Estado, determinado por el artículo 118 y el numeral 9º del artículo 35 de la Constitución Política de la República.

La extensión del ámbito de aplicación de las normas de la citada Ley Orgánica a las compañías y sociedades de propiedad del Estado, como en el caso de la empresa Industrias Guapán S.A. no cambia la naturaleza jurídica de esas empresas, y por tanto, tampoco la relación jurídica de carácter laboral que existe entre esas sociedades y sus trabajadores.

Con fundamento en lo expuesto, considero que las normas de Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, no son aplicables a la compañía Industrias Guapán S. A.

2. El Mandato Constituyente No. 2 publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 261 de 28 de enero de 2008, en su artículo 2 establece su ámbito de aplicación al disponer: “El presente Mandato será de aplicación inmediata y obligatoria en las siguientes entidades: n) Las personas jurídicas de derecho privado o sociedades mercantiles, cualquiera sea su finalidad, social, pública, lucro o utilidad, cuyo capital social, patrimonio o participación tributaria esté integrado con el cincuenta por ciento (50%) o más de recursos públicos”.

El artículo 1 inciso segundo del Mandato 4, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 273 de 14 de febrero de 2008, dispone: “Las indemnizaciones por despido intempestivo, del personal que trabaja en las instituciones señaladas en el artículo 2 del Mandato No. 2, aprobado por la Asamblea Constituyente el 24 de enero del 2008, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito o cualquier otra forma de acuerdo o bajo cualquier denominación, que estipule el pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de relaciones individuales de trabajo, bajo la figura de despido intempestivo, no podrán ser superiores a trescientos (300) salarios básicos unificados del trabajador privado”.

El Considerando final del Mandato Constituyente No. 8 prevé: “Que, en aras de la equidad laboral es necesario revisar y regular las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo celebrados por instituciones del sector público, empresas públicas estatales, de organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus Instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos, que contienen privilegios y beneficios desmedidos y exagerados de grupos minoritarios que atentan contra el interés general y de los propios trabajadores”.

De las normas transcritas se infiere que los Mandatos Constituyentes, son de obligatorio cumplimiento para la Compañía Industrias Guapán S. A.

3. El artículo 36 del Código del Trabajo (codificado), prescribe: “Son representantes de los empleadores los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aún sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común. El empleador y sus representantes serán solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador.”

Por su parte el artículo 247 del citado cuerpo legal, determina que los representantes y funcionarios con nivel directivo o administrativo de las entidades con

finalidad social o pública o de aquellas, que total o parcialmente, se financien con impuestos, tasas o subvenciones fiscales o municipales, no están amparados por el Contrato Colectivo.

Industrias Guapán S. A. es una persona jurídica cuyo capital social está compuesto en su totalidad con aportación de entidades del sector público, por lo tanto se encuentra dentro de la disposición del citado artículo 247 de la ley laboral.

Por último, el Mandato Constituyente No. 8 en su Disposición Transitoria Tercera inciso segundo, dispone: "Los contratos colectivos de trabajo a los que se refiere esta disposición transitoria, no ampararán a aquellas personas que desempeñan o ejerzan cargos directivos, ejecutivos y en general de representación o dirección, ni al personal que por la naturaleza de sus funciones y labores está sujeto a las leyes de orden público, y en especial a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Homologación y Unificación de las Remuneraciones del Sector Público".

De las normas legales y del Mandato Constituyente invocados, se desprende que, quienes tengan la calidad de representantes y funcionarios con nivel directivo o administrativo en la empresa Industrias Guapán S.A., no pueden acogerse a los beneficios del Contrato Colectivo.

OF. PGE. N°: 02733, de 26-08-2008

INFORMES: ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN HIDROCARBURIFERA

ENTIDAD CONSULTANTE: PETROPRODUCCIÓN

CONSULTAS:

1. A la luz de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Se entienden derogadas las facultades tanto de la Procuraduría General del Estado como de la Contraloría General del Estado para emitir informes previos para todo tipo de contratación, inclusive lo que establece la reglamentación especial de PETROECUADOR y sus filiales.

2. Respecto a la Derogatoria Décima de la LOSINCOP para toda normativa especial, a excepción de las actividades de explotación y exploración hidro-

carburífera, Qué debe entenderse por actividades de explotación y exploración.

3. Debe entenderse que dichas actividades (exploración y explotación de hidrocarburos) deberán sujetarse a una normativa especial que, sin dejar de serlo, se ajuste a los lineamientos establecidos por la Ley Orgánica.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 46, 226 y 237.

Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Arts. 3 lit. f) y 14 lit. b).

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 31 num. 16 y 35.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O.S. N° 395, de 04-08-2008.

Ley de Hidrocarburos, Arts. 1, 2, 3, 7 y 19.

Ley de PETROECUADOR y sus Filiales, Art. 12.

Resolución N° 1 del Instituto Nacional de Contratación Pública, R.O. N° 401, de 12-08-2008, Art. 2.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El artículo 226 de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, establece: "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 le 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 uso de los derechos reconocidos en la Constitución".

El artículo 237 de la mencionada Constitución indica que "Corresponderá a la Procuraduría General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

1. La representación judicial del Estado.
2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones.
3. 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.
4. Controlar con sujeción la ley lo actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público".

El inciso segundo del Art. 19 de la Ley de Hidrocarburos dispone: “La adjudicación de los contratos a los que se refieren los artículos 1 y 2 de esta Ley, con excepción de los de obras o servicios específicos, se realizará mediante un sistema especial de licitación cuya forma, requisitos y procedimientos serán determinados exclusivamente en el Reglamento que para este fin expida el Presidente de la República, procurando diversificar la adjudicación entre empresas estatales y privadas”.

Los artículos 1 y 2 de la Ley de Hidrocarburos establecen lo siguiente:

Art. 1.- “Los yacimientos de hidrocarburos y sustancias que los acompañan, en cualquier estado físico en que se encuentren situados en el territorio nacional, incluyendo las zonas cubiertas por las aguas del mar territorial, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado.

Y su explotación se ceñirá a los lineamientos del desarrollo sustentable y de la protección y conservación del medio ambiente”.

Art. 2.- “El Estado explorará y explotará los yacimientos señalados en el artículo anterior en forma directa a través de PETROECUADOR la que podrá hacerlo por sí misma o celebrando contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana. También podrá constituir compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el País.

Son contratos de exploración y explotación de campos marginales aquéllos celebrados por el Estado por intermedio de PETROECUADOR, mediante los cuales se delega a la contratista con sujeción al numeral primero del artículo 46 de la Constitución Política de la República, la facultad de exploración y explotación adicional en los campos de producción marginal actualmente explotados por PETROPRODUCCIÓN, realizando todas las inversiones requeridas para la exploración y explotación adicional.

Son campos marginales aquéllos de baja prioridad operacional o económica considerados así, por encontrarse lejanos a la infraestructura de PETROECUADOR, por contener crudo de baja gravedad (crudo pesado), o por necesitar técnicas de recuperación excesivamente costosas, calificados como tales por el Ministerio del ramo, siempre y cuando dicha explotación y exploración adicio-

nal signifique mayor eficiencia técnica y económica en beneficio de los intereses del Estado. Estos campos no podrán representar más del 1 % de la producción nacional y se sujetarán a los cánones internacionales de conservación de reservas. La adjudicación de estos contratos será realizada por el Comité Especial previsto en el artículo 19 y mediante concursos abiertos dando prioridad a la participación de empresas nacionales del sector hidrocarburífero, por sí solas o asociadas”.

El inciso cuarto del artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos, sustituido por la Ley No. 101, publicada en el R. O. No. 306 de 13 de agosto de 1982, y reformado por la Ley No. 44, publicada en el Registro Oficial No. 326 de 29 de noviembre de 1993, establece que el Procurador General del Estado emitirá un informe jurídico sobre las contrataciones y la industrialización de hidrocarburos, en el plazo que se fije en el Reglamento que para la adjudicación de estos contratos expida el Presidente de la República, conforme lo señala el segundo inciso de este mismo artículo 19.

El Art. 3 de la mencionada Ley dispone: “El transporte de hidrocarburos por oleoductos, poliductos y gasoductos, su refinación, industrialización, almacenamiento y comercialización, serán realizados por PETROECUADOR según se establece en el segundo inciso de este artículo, o por empresas nacionales o extranjeras de reconocida competencia en esas actividades, legalmente establecidas en el país, asumiendo la responsabilidad y riesgos exclusivos de su inversión y sin comprometer recursos públicos, según se prevé en el tercer inciso de este artículo.

Cuando PETROECUADOR realice las actividades previstas en el inciso anterior, podrá hacerlas directamente o delegarlas celebrando contratos de asociación, consorcios, de operación o mediante otras formas contractuales vigentes en la Legislación Ecuatoriana. También podrá constituir compañías de economía mixta. La adjudicación de estos contratos se sujetará a los procedimientos de licitación previstos en el artículo 19 de esta Ley. La delegación por parte de PETROECUADOR en ningún caso implicará transferencia de dominio de los bienes e instalaciones que en la actualidad son de PETROECUADOR o sus filiales.

Cuando las actividades previstas en el primer inciso de este artículo sean realizadas en el futuro por empresas privadas que tengan o no contratos suscritos de exploración y explotación de hidrocarburos, éstas asumirán la responsabilidad y riesgo exclusivo de la inversión sin comprometer recursos públicos, y podrán hacerlo previa autorización directa expedida por el Presidente de la

República, mediante Decreto Ejecutivo, previo el informe del Ministro del ramo, de conformidad con el artículo 7 de esta Ley, autorizándolas a ejecutar cualquiera de esas actividades. Estas empresas también podrán ser autorizadas a realizar actividades de transporte por ductos, construyéndolos u operándolos a través de compañías relacionadas por sí solas o en asociación con compañías especializadas en tales actividades. En el caso de ductos principales privados para el transporte de hidrocarburos, por tratarse de un servicio público, el Ministro del ramo; previa autorización del Presidente de la República y contando con el informe favorable del Procurador General del Estado; celebrará con la empresa o consorcio autorizados, el respectivo contrato que regulará los términos y condiciones bajo los cuales podrá construir y operar tales ductos principales privados.

El mencionado informe del Ministro del ramo, deberá contener la certificación de que el proyecto se apega a normas internacionales de calidad - API- o -DIN- y de que se contemplan todas las normas de seguridad en lo que respecta a la protección del ambiente.

El Ministerio del ramo, realizará en forma permanente la fiscalización y auditoría de costos de la construcción y operación del oleoducto de crudos pesados.

Todas las acciones emitidas por las empresas privadas que tengan suscritos contratos para la construcción y operación de ductos principales privados y todos los bienes adquiridos para la ejecución de los mismos, se transferirán al Estado Ecuatoriano, en buen estado de conservación, salvo el desgaste por el uso normal, una vez amortizada totalmente la inversión, en los términos y condiciones que consten en el contrato respectivo, en el que, para tales efectos, se establecerán la metodología y plazos de amortización de las inversiones efectuadas, sin perjuicio de las normas legales y reglamentarias que regulen las amortizaciones y depreciaciones de inversiones y activos para fines tributarios”.

Conforme aparece en la cita que antecede, entre los requisitos de contratación que prevé dicho artículo, esta el informe jurídico de esta Procuraduría, requisito que sigue siendo exigible en los casos en que éstos contratos estén referidos a actividades de exploración y explotación de recursos hidrocarbúricos.

El artículo 12 de la Ley de PETROECUADOR y sus Filiales, establece que en su gestión empresarial, PETROECUADOR requerirá informe previo del Procurador General del Estado, según lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos.

En el Suplemento al Registro Oficial No. 395, de 04 de agosto de 2008, se publicó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en cuyo acápite de derogatorias, ordinales 1, 3 y 5, se dejaron sin efecto la Codificación a la Ley de Contratación Pública, la letra f) del artículo 3 y la letra b) del artículo 14 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, así como los numerales 16 y 35 del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, respectivamente, disposiciones en las cuales estaban previstas las facultades de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado para emitir informes en contratos de acuerdo con las cuantías que fijaban en esas disposiciones.

El numeral nueve del mencionado acápite de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que se derogan "Las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes. Se exceptúan expresamente las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que no se refieran al ámbito de la presente Ley."

El artículo 1698 del Código Civil prevé: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

"Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

El mismo Código, en el artículo 1699, establece que esta nulidad no puede sanearse ni por ratificación de las partes ni por un lapso que no pase de quince años.

En virtud de lo indicado, corresponde a la Procuraduría General del Estado, emitir el informe jurídico que le atribuye el artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos, para los contratos a los que se refiere esta disposición, norma que continúa vigente, por no haber sido derogada, en razón de hallarse comprendida en la excepción del ordinal 9 del acápite de Derogatorias de la Ley

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y cuya omisión afectaría de nulidad a los contratos que se celebren sin contar con dicho informe.

En cuanto al término para la emisión del informe se aplicará el artículo 48, numeral 7 del Reglamento Especial de Licitación Petrolera, esto es, quince días contados a partir de la fecha de recepción de los documentos que remitirá el Presidente Ejecutivo de Petroecuador.

La consulta sobre la facultad de emitir informes por parte de la Contraloría General del Estado, deberá dirigirse a esa entidad.

2. Así como del informe del señor Asesor Jurídico, se desprendería que la duda se refiere a la derogatoria Novena, mas no a la Décima.

El Anexo A del Reglamento Sustitutivo del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, publicado en el Registro Oficial No. 671, de 26 de septiembre de 2002, realiza las siguientes definiciones:

“Exploración”, es el planeamiento, ejecución y evaluación de todo los de estudios geológicos, geofísicos, geoquímicas y otros, así como la perforación de pozos exploratorios y actividades conexas necesarias para el descubrimiento de hidrocarburos.

“Exploración adicional”, es una actividad de las operaciones hidrocarburíferas que dispone de un conjunto de estudios geológicos, geofísicos, geoquímicas y otros, así como la perforación de pozos exploratorios y actividades conexas necesarias para el descubrimiento de hidrocarburos adicionales al programa exploratorio mínimo.

“Explotación”, “desarrollo y producción”.

En consecuencia, deberá acogerse esta definición, para los efectos relacionados con la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de la normativa vigente de contratación especial sobre exploración y explotación de hidrocarburos. En todo caso, las normas para la contratación de las tareas de exploración y explotación de hidrocarburos, deberán entenderse aplicables a todas las actividades directamente relacionadas con ellas.

3. El numeral nueve del acápite sobre derogatorias contenido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, arriba transcrito, esta-

blece que continúan vigentes las normas legales sobre contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarbúricos.

El artículo 2 de la Resolución No. 1 del Instituto Nacional de Contratación Pública, que consta en el Suplemento al Registro Oficial No. 401 de 12 de agosto de 2008 dice: "Hasta que el Instituto Nacional de Contratación Pública emita la resolución correspondiente, facultase a las entidades que antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no se regían por la Ley de Contratación Pública, a aplicar los procedimientos que utilizaban en función de sus leyes y normas particulares. De manera inmediata, estas entidades deberán desarrollar conjuntamente con el Instituto Nacional de Contratación Pública los modelos u procedimientos necesarios para aplicar la Ley.

En consecuencia, al desarrollar Petroecuador de manera inmediata conjuntamente con el Instituto Nacional de Contratación Pública los modelos y procedimientos para aplicar la nueva ley, se tendrá en cuenta la vigencia de las indicadas disposiciones sobre exploración y explotación de hidrocarburos; en tanto que, para contrataciones cuyo objeto sea diferente, se cumplirá con la nueva Ley Orgánica, así como el Reglamento a la misma y las Resoluciones del mencionado Instituto.

OF. PGE. N°: 04661, de 12-11-2008

INFORMES: CONTRATACIÓN PÚBLICA

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA ELÉCTRICA REGIONAL GUAYAS
– LOS RÍOS S.A., EMELGUR

CONSULTA:

Si en los contratos cuya cuantía supera el monto de USD. 316.359,08 debe obtenerse el informe de esta entidad, en cumplimiento del hoy derogado literal f) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 1 num. 8, Disp. Transitoria Primera, y Disp. Final.
Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 3 lit. f).

PRONUNCIAMIENTO:

Conforme a la Disposición Final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ésta entró en vigencia desde la fecha de su publicación

en el Suplemento al Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008. Dicha Ley derogó la letra f) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

La Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, prevé: "Los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de esta ley, así como la celebración de los contratos consiguientes se sujetarán a lo establecido en la Ley de Contratación Pública hasta un plazo máximo de sesenta (60) días". Tal plazo se cumplió el 02 de octubre de 2008.

Una vez que concluyó el plazo antes indicado, la Procuraduría General del Estado carece de competencia administrativa y atribución legal para emitir informes.

Finalmente, se aclara que conforme lo establece el artículo 1, numeral 8, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el artículo 1 de su Reglamento General, EMELGUR, EMPRESA ELECTRICA REGIONAL GUAYAS – LOS RÍOS S.A., como compañía mercantil cuyo capital está integrado en el 50% o más con participación estatal, a partir del 4 de agosto del 2008, se encuentra sujeta a los procedimientos de contratación regulados por estos nuevos cuerpos legal y reglamentario, así como a las resoluciones que expida el Instituto de Contratación Pública, en uso de sus facultades.

OF. PGE. N°: 04002, de 07-10-2008

INFORMES: CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE HUAQUILLAS

CONSULTA:

Es procedente elaborar el contrato para la ejecución de la Obra Civil del Sistema de Alcantarillado Sanitario para la ciudad de Huaquillas, Provincia del Oro, cuando existe un pronunciamiento por parte de la Procuraduría General del Estado absteniéndose de emitir informe al respecto, señalando que no tiene facultad legal para ello, cuya contestación la emite con fecha 1ro de Octubre del año 2008 dirigida al Alcalde del Cantón Huaquillas, existiendo al mismo tiempo un informe favorable por parte de la Contraloría General del Estado con fecha 23 de septiembre del año 2008 sobre el mismo proyecto, más aún con-

siderando que el proceso que se inició fue en base al Estado de Emergencia y al sistema colapsado de alcantarillado.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Disp. Trans. Primera, Disp. Final; y, Disp. Trans. Primera de su Reglamento.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 3 lit. f).

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante Oficio No. 003132 de 9 de septiembre de 2008, esta Procuraduría se abstuvo de emitir el informe solicitado por la Municipalidad de Huaquillas al proyecto de contrato adjudicado a la compañía OKLIS S.A., para el MEJORA-MIENTO Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO SANITARIO PARA LA CIUDAD DE HUAQUILLAS”, provincia de El Oro, por el valor de US \$ 2’742.426,34, debido a la sujeción del mismo a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en razón de que el proceso precontractual se inició el 04 de agosto de 2008. Tal abstención se fundamentó en la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley Orgánica, publicada en la misma fecha, en el Suplemento al Registro Oficial No. 395, la cual dispone: “Los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de esta Ley, así como la celebración y ejecución de los contratos consiguientes se sujetarán a lo establecido en la Ley de Contratación Pública hasta un plazo máximo de sesenta (60) días.”.

La referida abstención fue ratificada en Oficio No. 003734, de 01 de octubre de 2008, en el cual se añadió que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública derogó a la Ley de Contratación Pública y, además, el artículo 3 literal f) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo que este Órgano dejó de tener la atribución de informar sobre los proyectos de contratos que celebren las entidades del sector público.

Adicionalmente, la Disposición Final de la nueva Ley, establece: “Las disposiciones de esta Ley, sus reformas y derogatorias entrarán en vigencia desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial”.

El primer inciso de la Disposición Transitoria Primera del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 399, de 08 de agosto de 2008, expresa: “Hasta tanto el INCP publique los modelos de documentos precontractuales, contractuales y demás documentación mínima requerida para la realización de

un procedimiento precontractual y contractual, las entidades contratantes elaborarán y determinarán, bajo su responsabilidad, sus propios modelos.". Esta norma se encuentra contenida además, en el artículo 8 de la Resolución INCP No. 00 1-08 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 401 de 12 de agosto de 2008.

Por lo anotado, procede elaborar el contrato para el "MEJORAMIENTO Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO SANITARIO PARA LA CIUDAD DE HUAQUILLAS" bajo exclusiva responsabilidad del señor Alcalde del cantón Huaquillas.

OF. PGE. N°: 04572, de 07-11-2008

INFORMES: DEUDA PÚBLICA

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE FINANZAS

CONSULTAS:

1. Se encuentran vigentes o derogados los tres primeros incisos del artículo 12 de la LOREYTF; y,
2. De hallarse vigentes los tres primeros incisos del artículo 12 de la LOREYTF, los proyectos de contratos o convenios a los que se refiere aquél artículo, requieren, en forma previa a su perfeccionamiento, de los dictámenes del Procurador General del Estado y del Contralor General del Estado, cuando la cuantía de aquellos supere la base para el concurso público de ofertas, dictámenes que serán emitidos dentro del plazo de diez días de solicitados los mismos. Vencido el señalado plazo, sin que se hayan emitido los respectivos dictámenes éstos se entenderán favorables.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 289.

Ley de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, Arts. 10 lit. f) (derogado) y 12.

PRONUNCIAMIENTO:

La duda que origina sus consultas, se hallan relacionadas con la aplicación de los tres primeros incisos del artículo 12 de la Ley de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, toda vez que no fue derogado por la Ley Orgánica de Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y

Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento, y que en lo procedente señalan que, en el evento de que para el perfeccionamiento de operaciones de financiamiento, reestructuración, canje, colocación o recompra de deuda pública interna o externa del Estado, se requiera la instrumentación previa o concurrente de actos o contratos, éstos estarán exceptuados del trámite previsto por las leyes de Contratación Pública y de Consultoría; y que los proyectos de contratos o convenios a los que se refiere este artículo, requerirán, en forma previa a su perfeccionamiento, de los dictámenes del Procurador General del Estado y del Contralor General del Estado, cuando la cuantía de aquellos supere la base para el concurso público de ofertas.

Si se tiene en cuenta que la Ley Orgánica de Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado dispuso la derogatoria de la letra f) del artículo 10 de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, que establecía los dictámenes favorables del Ministerio de Economía y Finanzas (actualmente Ministerio de Finanzas), del Directorio del Banco Central del Ecuador y del Procurador General del Estado, para la contratación de crédito interno y externo, resultaría inaplicable la exigencia de los dictámenes del Procurador General del Estado y del Contralor General del Estado para la instrumentación previa, concurrente y posterior a las operaciones de crédito público interno o externo que señala el artículo 12, materia de sus consultas.

A ello se agrega que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dentro del Título "DEROGATORIAS" dispone la derogatoria de todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a esta Ley y de manera particular en el numeral 9, las normas especiales de Contratación Pública que contengan otras leyes, como es el caso del Art. 12 que motiva su oficio, relacionado con los dictámenes del Procurador General del Estado y del Contralor General del Estado, cuando la cuantía de los proyectos de contratos o convenios referidos en esa disposición, supere la base para el concurso público de ofertas.

Además de lo expuesto, se debe tener presente el artículo 289 de la Constitución de la República del Ecuador (publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008), el cual determina que la contratación de deuda pública en todos los niveles del Estado se regirá por las directrices de la respectiva planificación y presupuesto, y será autorizada por un comité de deuda y financiamiento de acuerdo con la ley, que definirá su conformación y funcionamiento.

OF. PGE. N°: 04669, de 12-11-2008

INFORMES: PROCESOS PRECONTRACTUALES ANTERIORES A LA NUEVA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

CONSULTA:

Si por la emisión de la Resolución 077 de 27 de diciembre de 2007, suscrita por el Dr. Xavier Garaicoa Ortiz, cuando cumplía las funciones de Procurador General del Estado, se ha modificado, reconsiderado o dejado sin efecto, total o parcialmente, de manera tácita o expresa, el pronunciamiento contenido en oficio 0013582 de 16 de diciembre de 2004, dirigido a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 118.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 3 lit. f).

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Disp. Final; y, Disp. Trans. Tercera y Quinta de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

La Resolución No. 077 de 27 de diciembre de 2007, del Procurador General del Estado, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 245, de 4 de enero de 2008, establece que las instituciones del Estado determinadas en el artículo 118 de la Constitución Política de la República, serán las responsables de solicitar los informes de que trata la letra f) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado para la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones, entre otros servicios, previo a la celebración de los contratos respectivos.

El oficio 0013582 de 16 de diciembre de 2004, dirigido a la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones por el Procurador General del Estado de ese entonces, con respecto a los contratos de ampliación de cobertura del servicio de telefonía móvil celular STMC con las empresas CONECEL S.A. y OTECEL S.A., expresa que tal informe no será necesario en ese tipo de contratos en los cuales no existe egresos de recursos públicos, no tienen cuantía o esta sea indeterminada.

Según la citada letra f) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, para contratos cuya cuantía era igual o superior a la base

establecida en la Ley anterior para el concurso público de ofertas se requería del informe previo de la Procuraduría General del Estado; esta disposición fue derogada por el numeral 3 del acápite de Derogatorias de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual se publicó en el Suplemento al Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

Conforme la Disposición Final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ésta entra en vigencia desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial. Sin embargo, la Primera Disposición Transitoria de la misma Ley Orgánica ordena que: “Los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de esta ley, así como la celebración de los contratos consiguientes se sujetarán a lo establecido en la Ley de Contratación Pública hasta un plazo máximo de sesenta (60) días”.

La Disposición Transitoria Tercera del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que para efectos de la aplicación de la Primera Disposición Transitoria de la indicada ley, se entiende por inicio del respectivo proceso precontractual la fecha en la cual se haya efectuado la invitación o la convocatoria, según sea el caso, por parte de las entidades contratantes.

La Disposición Transitoria Quinta del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone: “Los procesos de contratación iniciados antes de la vigencia de la ley por entidades que no estaban sujetas a la anterior ley de contratación pública, observarán la normativa que le era aplicable a la época de inicio del proceso, bajo la responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad”.

Por consiguiente, hasta el dos (2) de octubre de 2008, inclusive, en atención a la Primera Disposición Transitoria antes transcrita, la Procuraduría General del Estado, tendrá la facultad de emitir estos informes. Vencido el plazo legal antes señalado, en aplicación de la Primera Disposición Transitoria de la Ley, carecerá de competencia administrativa y atribución legal para emitir los informes que se soliciten.

Por lo indicado, en aquellos procesos precontractuales iniciados antes del 04 de agosto del 2008, relativos a los contratos de ampliación de cobertura del servicio de telefonía móvil celular STMC con las empresas CONECEL S.A. y OTECEL S.A., que no impliquen egresos de recursos públicos, no tengan cuantía o ésta sea indeterminada, no se requerirá el informe; pero cuando impliquen

egresos de dineros públicos por una cuantía superior a la base para el concurso público de ofertas, tal informe será necesario, y el mismo podía emitirse hasta el 02 de octubre de 2008, fecha en la que concluyó la competencia de esta Procuraduría para este efecto.

OF. PGE. N°: 03803, de 02-10-2008

INFORMES: PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES

ENTIDAD CONSULTANTE: CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

CONSULTA:

Respecto a la procedencia legal de la emisión de los informes previos del Procurador General del Estado y Contralor General del Estado, a los que se refieren los artículos 60 y 103 de la Ley de Contratación Pública, 31, numeral 16, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y, 3, letra f), de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en aquellas contrataciones que de acuerdo a la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública están sujetas al marco legal vigente antes de la promulgación en el Registro Oficial de dicho nuevo cuerpo legal.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 3 lit. f).

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Disp. Trans. Primera.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 31 num. 16.

Ley de Contratación Pública, Arts. 60 y 103.

PRONUNCIAMIENTO:

En virtud de la expedición del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se aclara el pronunciamiento emitido en lo relacionado con la aplicación de la Primera Disposición Transitoria de la Ley ibídem, precisando que conforme lo establece la Tercera Disposición Transitoria del Reglamento General de aplicación a la misma Ley, se entiende por inicio del respectivo proceso precontractual "... la fecha en la cual se haya efectuado la invitación o la convocatoria, según sea el caso, por parte de las entidades contratantes."

Por lo expuesto, en todas aquellas contrataciones en las cuales las entidades contratantes cursaron las invitaciones o efectuaron las correspondientes convocatorias antes del 4 de agosto del 2008, se aplicará la Ley de Contratación Pública y su Reglamento General y, por tanto, serán necesarios los informes del Procurador General del Estado y del Contralor General del Estado, cuando se hayan seguido los procesos precontractuales de licitación o concurso público de ofertas, o cuando el monto del contrato a celebrarse iguale o exceda la base establecida en la Ley de Contratación Pública para el concurso público de ofertas, aunque no hubieren sido licitados o concursados.

OF: PGE. N°: 02539, de 19-08-2008

INFORMES PREVIOS A LOS CONTRATOS ADJUDICADOS

ENTIDAD CONSULTANTE: CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

CONSULTA:

La Contraloría General del Estado debe emitir informes previos a la celebración de contratos adjudicados siguiendo los procedimientos de la Ley de Contratación Pública, así como los de las entidades y organismos que en virtud de una Ley especial no se someten a ella, cuyos procedimientos se hubiera iniciado con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y que culminen dentro de los sesenta días contados a partir del 4 de agosto de 2008.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 3 lit. f).

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 31 num. 16.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 1, 4 y Disp. Trans. Primera.

Ley de Contratación Pública (derogada), Arts. 60 y 103.

PRONUNCIAMIENTO:

1. Los informes del Procurador General del Estado y del Contralor General del Estado, a los que se refiere el artículo 60 de la Ley de Contratación Pública, se los emite en el ámbito de aplicación de dicha Ley, esto es, cuando las entidades que integran el sector público contraten la ejecución de obras, la adquisición de bienes, así como la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría.

2. El informe del Procurador General del Estado, al que se refiere el artículo 3, letra f), de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, se lo emite sobre aquellos contratos que celebren las instituciones del sector público y las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos y cuya cuantía supere la base establecida para el concurso público de ofertas.

El informe del Contralor General del Estado, al que se refiere el artículo 31, numeral 16, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se lo emite previo a la celebración de todo contrato de las instituciones del Estado, que afecte al recurso público o implique egreso de recursos públicos, por un monto igual o mayor al que señale la ley para el concurso público de ofertas, haya sido o no concurso o licitado.

3. La Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, dispone que "Los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de esta Ley, así como la celebración y ejecución de los contratos consiguientes se sujetarán a lo establecido en la Ley de Contratación Pública hasta un plazo máximo de sesenta (60) días".

El ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, según su artículo 1, comprende a las instituciones que integran el sector público y a las entidades de derecho privado en los casos ahí señalados.

La Primera Disposición Transitoria de la Ley *ibídem* establece como premisa mayor a "Los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de esta Ley, ...", sin diferenciar a los procedimientos precontractuales sujetos a la Ley de Contratación Pública, a la Ley de Consultoría, a la Ley General de Compañías de Seguros, y a los procedimientos precontractuales previstos en la variada normativa vigente aplicable a las empresas Telefónicas, Eléctricas y otras.

En esa virtud y en aplicación del aforismo jurídico: la misma razón, el mismo derecho y de los principios para la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: legalidad, trato justo e igualdad, previstos en su artículo 4, debe entenderse que, los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de esta Ley, así como la celebración y ejecución de los contratos consiguientes se sujetarán a lo establecido en la ley o normativa aplicable vigente a la fecha en que la máxima autoridad de la entidad resuel-

va iniciar el trámite que corresponda, lo cual conlleva armonizar en esta materia la aplicación de la ley anterior y la ley actual.

Por lo expuesto, esta Procuraduría considera que, procede que los Organismos Informantes emitan los informes y dictámenes a los proyectos de contratos o convenios, a los que se refieren los artículos 60 y 103 de la Ley de Contratación Pública, 31, numeral 16, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y 3, letra f), de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en aplicación de la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Lo contrario significaría desarticular los procedimientos precontractuales en trámite, causando un desperdicio de recursos humanos y económicos, cuando todas las entidades sujetas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública debieran declarar desiertos sus procesos precontractuales por la vigencia de la nueva Ley, a excepción de los procedimientos precontractuales iniciados al amparo de la Ley de Contratación Pública.

OF. PGE. N°: 02306, de 08-08-2008

INGALA: RECAUDACIÓN DE TRIBUTOS

ENTIDAD CONSULTANTE: INSTITUTO NACIONAL GALÁPAGOS

CONSULTAS:

Solicita la reconsideración del pronunciamiento emitido por esta Procuraduría en oficios N°. 4278 y 4282 de 22 de octubre del 2008, en el sentido de que:

1. La Dirección del Parque Nacional Galápagos continúe recaudando el tributo al ingreso de turistas, y distribuya los ingresos que se obtengan por tal concepto a los organismos señalados en el artículo 18 de la LOREG, entre ellos, el Consejo Provincial de la Provincia de Galápagos, y el Instituto Nacional Galápagos, hasta que se expida y entre en vigor la Ley que regule el funcionamiento del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de la Provincia de Galápagos.
2. El Instituto Nacional Galápagos y el Consejo del INGALA continúen funcionando normalmente, mientras no se expidan y aprueben las reformas a la Ley Orgánica de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 258, 424, 429 y Disp. Trans. Décima Sexta.

Ley Orgánica de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos, Art. 18.

PRONUNCIAMIENTO:

La Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008 en el artículo 258 establece que la Provincia de Galápagos tendrá un gobierno de régimen especial, y su planificación y desarrollo se organizará en función de un estricto apego a los principios de conservación del patrimonio natural del Estado y del buen vivir, "de conformidad con lo que la ley determine". Agrega, que su administración estará a cargo de un Consejo de Gobierno presidido por el representante de la Presidencia de la República e integrado por las alcaldesas y alcaldes de los municipios de la provincia de Galápagos, representante de las juntas parroquiales y "los representantes de los organismos que determine la ley"; y que, "La Ley definirá el organismo que actuará en calidad de secretaria técnica".

Del texto de la disposición constitucional indicada, se desprende que su aplicación requiere del desarrollo de una normativa legal posterior, es decir, de la ley que desarrolle el contenido del precepto constitucional antes mencionado. En otras palabras, la real efectividad de la citada disposición constitucional, se ejercerá conforme a los presupuestos que determine la ley que deberá expedirse.

Añádase a lo anterior, que mientras no se expida la ley que viabilice el gobierno de régimen especial antes mencionado, no podrán pasar a formar parte del Consejo de gobierno del Régimen Especial de Galápagos, los activos y pasivos, las funcionarias y funcionarios y las empleadas y empleados del Consejo Provincial de Galápagos y del Instituto Nacional Galápagos, conforme así lo dispone expresamente la Disposición Transitoria Décimo Quinta de la Constitución de la República.

Sin embargo, en la aplicación de la normativa vigente sobre la provincia de Galápagos, se tendrá en cuenta que conforme lo dispone el Art. 424 de la Constitución de la República dicha normativa no podrá contradecir los principios y disposiciones constitucionales previstos en el Art. 258 de la Carta Fundamental del Estado.

La doctrina de Derecho Constitucional, al referirse a las reglas de interpretación de las normas legales frente a la Constitución, como norma suprema dentro del ordenamiento jurídico, señala lo siguiente:

1.- Eduardo Graña y César Alvarez, en su obra "Principios de Teoría del Estado y de la Constitución", al referirse a la regla de interpretación de la Constitución, por finalidad de la norma, citan un fallo de la Corte Suprema de Argentina, según el cual: "La Constitución ha de interpretarse de modo que sus limitaciones no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado, al efecto del cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso posible para la comunidad".

2.- Rafael Diaz Roca, en su obra "Teoría General del Derecho", al referirse al principio de la interpretación de las normas conforme a la Constitución afirma: "El principio implica que no puede mantenerse en el ámbito del Derecho Objetivo norma alguna que no pueda ser interpretada conforme a la Constitución que ha de elegirse siempre la interpretación de la norma que sea más acorde con la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y que, en combinación con el principio de conservación de normas, siempre que sea posible interpretar un precepto concordantemente con la norma suprema éste debe mantenerse".

3.- El doctor Jorge Zavala Egas, en su obra "Manual de Derecho Constitucional", cita otro fallo de la Corte Suprema Argentina, al tratar sobre las reglas y criterios para interpretar la Constitución, según el cual: "la Constitución debe recibir una interpretación práctica. No debe darse a sus limitaciones y prohibiciones una extensión que destruya los poderes necesarios de los Estados o trabe su ejercicio eficaz" (Carlos Sardi y otros v. Provincia de Mendoza).

En virtud de lo expuesto, considero que hasta que se expida la ley que viabilice el nuevo gobierno de régimen especial en la provincia de Galápagos, resulta procedente que la Dirección del Parque Nacional Galápagos continúe recaudando y distribuyendo el tributo por el ingreso de turistas al Consejo Provincial de Galápagos, al Instituto Nacional Galápagos; y a las demás entidades señaladas en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos; derechos que continúan vigentes hasta que la nueva Ley que regule el Gobierno de Régimen Especial para la Provincia disponga lo contrario y consecuentemente, continúen cumpliendo las funciones que establece esta Ley, en todo lo que no se contraponga a la normativa constitucional vigente, conforme así lo dispone la Disposición Derogatoria de la Constitución de la República del Ecuador.

Se aclara que el presente pronunciamiento no constituye interpretación de la Constitución de la República, atribución conferida a la Corte Constitucional por el artículo 429 de la Constitución vigente.

Dejo en estos términos, reconsiderado los pronunciamientos contenidos en los oficios N°. 4278 y 4282 de 22 de octubre del 2008.

OF. PGE. N°: 04999, de 25-11-2008

INGALA: RECAUDACIÓN Y TRANSFERENCIA DE TRIBUTOS

ENTIDAD CONSULTANTE: PARQUE NACIONAL GALÁPAGOS

CONSULTA:

Si es procedente o no seguir transfiriendo el porcentaje del tributo que de acuerdo con el Art. 18 de la LOREG corresponde al Consejo Provincial de Galápagos y al Instituto Nacional Galápagos, toda vez que estas dos entidades, de acuerdo con la nueva Constitución, ya no tienen vigencia.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 258, 301, Disp. Trans. Décimo Quinta.

Ley Orgánica de Régimen Especial para la Provincia de Galápagos, Arts. 17 y 18.

PRONUNCIAMIENTO:

El Art. 17 de la Ley Orgánica de Régimen Especial para la Provincia de Galápagos establece el tributo por el ingreso al Parque Nacional Galápagos y a la Reserva de recursos marinos de la provincia de Galápagos, que será pagado por los turistas en los lugares de recaudación que para el efecto se fijen, y en los montos que en ese artículo se establecen; correspondiéndoles del total recaudado, el 10% para el Instituto Nacional Galápagos, INGALA y el 10% para el Consejo Provincial de Galápagos, de acuerdo con el Art. 18 de la Ley ibídem.

El Art. 301 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, dispone que sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos; y añade que sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones; y las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la Ley.

De acuerdo con el artículo 258 de la citada Carta Fundamental, la Provincia de Galápagos tendrá un gobierno de régimen especial, y su planificación y des-

arrollo se organizará en función de un estricto apego a los principios de conservación del patrimonio natural del Estado y del buen vivir, “de conformidad con lo que la ley determine”. Agrega la norma constitucional, que su administración estará a cargo de un Consejo de Gobierno presidido por el representante de la Presidencia de la República e integrado por las alcaldesas y alcaldes de los municipios de la provincia de Galápagos, representante de las juntas parroquiales y los representantes de los organismos que determine la ley.

Por su parte, la Disposición Transitoria Décimo Quinta de la referida Constitución, establece que los activos y pasivos, las funcionarias y funcionarios y las empleadas y empleados del Consejo Provincial de Galápagos y del Instituto Nacional de Galápagos, pasarán a formar parte del Consejo de Gobierno del Régimen Especial de Galápagos.

Por lo expuesto, hasta que se conforme el Consejo de Gobierno de la Provincia de Galápagos dispuesto por el artículo 258 de la actual Constitución de la República del Ecuador, resulta procedente que la Dirección del Parque Nacional Galápagos continúe recaudando el tributo que motiva esta consulta sin transferir el porcentaje de distribución al Instituto Nacional Galápagos, INGALA y al Consejo Provincial de Galápagos, hasta que se conforme el Consejo de Gobierno de la Provincia de Galápagos, toda vez que, de acuerdo con la citada Disposición Constitucional, se sustituye a aquellas instituciones por el Consejo de Gobierno la Provincia de Galápagos, entidad a la cual le corresponderá cumplir las funciones establecidas en la Constitución vigente y en la Ley que se expida para el efecto.

OF. PGE. N°: 04278, de 22-10-2008

INGENIEROS CIVILES: RETENCIÓN DEL 1%

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE TUNGURAHUA

CONSULTA:

Si la cláusula concerniente a la retención del 1% dispuesta en el Art. 15 de la Ley de Escalafón y Sueldos de los Ingenieros Civiles debe ser incorporada en los contratos que se firmarán con los contratistas adjudicados, tal como lo ha expresado la Procuraduría General del Estado o en su defecto debe ser eliminado el texto legal y no proceder a su retención como lo ha manifestado la Contraloría General del Estado, sobre la base de su derogatoria constante en la Primera Disposición Final de la LOSCCA.

BASES LEGALES:

Constitución Política del República del Ecuador, Art. 272.

LOSCCA, Disp. Fin. Primera .

Ley de Escalafón y Sueldos de los Ingenieros Civiles, Art. 15.

PRONUNCIAMIENTO:

Esta Procuraduría con el oficio No. 008759 de 29 de febrero de 2008 requirió del señor Contralor General del Estado el criterio jurídico de ese Organismo de Control respecto del tema consultado, el cual fue atendido con el oficio No. 006156 DJDJ de 17 de marzo de 2008, que concluye expresando:

“Al haber derogado la LOSCCA las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con el régimen de remuneraciones de todas las Leyes de Escalafón y Sueldos Profesionales, también se suprime el objeto del impuesto establecido para financiar el escalafón de los Ingenieros Civiles del Ecuador constante en el citado artículo 15 de su ley escalafonaria; por lo tanto considero que para el sector público la norma constante en el artículo antes mencionado no se encuentra en vigencia”.

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el rubro de las derogatorias, parte pertinente expresa que en cumplimiento de lo que dispone el Art. 39 del Código Civil, deroga en forma expresa toda disposición legal que se oponga a lo establecido por dicha Ley, y manifiesta:

“En todas las Leyes de Escalafón y Sueldos Profesionales y Ley Reformativa a la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, se derogan exclusivamente las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con el régimen de remuneraciones; en todo lo demás, se estará a lo prescrito en las mismas. Exceptúase únicamente a las Leyes de Carrera Docente del Magisterio Nacional, de la Función Legislativa, Función Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas, y funcionarios del servicio exterior que se encuentren en funciones fuera del país, de Personal de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas del país”.

La Disposición Final Primera de la LOSCCA determina que sus disposiciones por tener el carácter de orgánica, prevalecerán sobre las ordinarias que se le opongan y orgánicas expedidas con anterioridad a la vigencia de esta, y entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

De conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano previsto en el Art. 272 de la Constitución Política de la República, la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público prevalece sobre la Ley de Escalafón y Sueldos de los Ingenieros Civiles del Ecuador.

Con los fundamentos jurídicos que anteceden, considero que en virtud de la derogatoria de las normas legales y reglamentarias relacionadas con el régimen de remuneraciones, entre otras de la Ley de Escalafón y Sueldos de los Ingenieros Civiles, consignada en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, la retención del 1% prevista en el Art. 15 de la Ley de Escalafón y Sueldos de los Ingenieros Civiles, ha perdido vigencia; y en consecuencia no procede incorporar en los contratos una cláusula relativa a la mencionada retención.

OF. PGE. N°: 0280, de 07-05-2008

INGENIEROS CIVILES: TRÁMITES DE PROPIEDAD HORIZONTAL

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE IBARRA

CONSULTA:

Los ingenieros civiles pueden o no suscribir y presentar en las Municipalidades trámites para aprobación de Régimen de Propiedad Horizontal.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 23 num. 3 y 15.

Ley de Propiedad Horizontal, Arts. 19 inc. 1; y , 4 de su Reglamento.

Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería Civil, Arts. 5 y 6 ; y, 9 , 10 lit. i) y 12 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

La Constitución Política de la República en su artículo 23 numerales 3 y 15, establece como derechos inalienables de las personas, entre otros: La igualdad ante la ley, el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades; y, a recibir la atención o las respuestas pertinentes, en el plazo adecuado.

La Ley de Propiedad Horizontal en el inciso primero del artículo 19, prescribe que corresponde a las municipalidades determinar los requisitos y aprobar los planos a que deben sujetarse las edificaciones a las cuales se refiere esta Ley.

El artículo 4 del Reglamento a la citada Ley dispone, que en la declaratoria de Propiedad Horizontal, que será aprobada por la respectiva Municipalidad donde se encuentre el bien inmueble, se hará constar la naturaleza y el fin para el cual se construye el condominio estableciéndose, específicamente, si se trata de un conjunto de vivienda, de un centro comercial exclusivamente o de un conjunto mixto. Sobre la base de estas especificaciones se deberá elaborar el respectivo reglamento interno, según sea el caso.

Tanto la norma legal como la reglamentaria, confieren a la municipalidad la facultad de establecer los requisitos que se debe reunir previo a la declaratoria de propiedad horizontal de un inmueble.

Por su parte el artículo 5 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería Civil, en concordancia con los artículos 9 y 10 de su Reglamento, determina que compete a los profesionales amparados por esta Ley, lo concerniente a estudios de anteproyectos, proyectos, diseños, avalúos, construcciones, planificación, supervisión, fiscalización y asesoría inherentes a la Ingeniería Civil.

Cabe resaltar que el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería Civil, dispone que son campos de actividad de los Ingenieros Civiles legalmente autorizados para el ejercicio de su profesión, entre otros, "i) Construcción de edificios de toda naturaleza y la de otras obras, con excepción de las instalaciones correspondientes a otras ramas profesionales"; lo que lleva a concluir que, si puede planificar, levantar planos y construir edificios, igualmente puede realizar los trámites administrativos para la ejecución de la obra, entre ellos, la aprobación de la declaratoria de propiedad horizontal, requisito para el legal fraccionamiento de la obra, en apartamentos, oficinas y locales comerciales, según el caso.

El artículo 6 de la misma ley, que guarda armonía con el artículo 12 de su Reglamento dispone: "Los documentos técnicos de Ingeniería Civil, son propiedad intelectual del autor de los mismos; en consecuencia, no se podrá hacer uso de ellos sino con su consentimiento o habiendo adquirido sus derechos conforme a la Ley."

Del análisis de las normas constitucionales, legales y reglamentarias invocadas, se infiere que los Ingenieros Civiles, al amparo de lo prescrito en el artículo 10 letra i) del Reglamento de la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería Civil, están facultados para presentar ante los Municipios, las peticiones necesarias tendientes a obtener la aprobación de Propiedad Horizontal de inmuebles, cum-

pliendo para el efecto con los demás requisitos determinados por la Municipalidad, conforme a los artículos 19 de la Ley de Propiedad Horizontal y 4 de su Reglamento.

OF. PGE. N°: 0420, de 12-05-2008

INTERESES Y MULTAS: ADMINISTRADORA FIDUCIARIA

ENTIDAD CONSULTANTE: ECORAE

CONSULTA:

Si es o no procedente el pago de los valores adeudados, más los intereses y multas que estos hayan generado a la Administradora "Fondos Pichincha.

BASES LEGALES:

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

Ley de Mercado de Valores, Arts. 132 y 225.

Código Civil, Arts. 1567 y 1568.

PRONUNCIAMIENTO:

Al tenor de lo previsto en los artículos 3 y 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004, compete al Procurador General del Estado asesorar y absolver consultas jurídicas con el carácter de vinculantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República, o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose las acciones o recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional.

El caso particular que usted refiere no involucra el inteligenciamiento de una norma jurídica, sino que versa sobre el cumplimiento del contrato de fideicomiso suscrito con la fiduciaria en relación con el pago de honorarios a esta última.

No obstante lo anterior, debo manifestar a usted que el Artículo 132 de la Ley de Mercado de Valores establece que la actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil; y, el Art.225 de la indicada Ley permite que los

honorarios que cobren a sus clientes las instituciones por ella reguladas sean estipulados libremente por las partes.

En cuanto a los efectos del retardo en el pago de los honorarios, es oportuno tener presente que según el Art. 1567 de la Codificación del Código Civil se incurre en mora cuando el obligado al pago no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. Sin embargo, en los casos en los cuales existen obligaciones recíprocas, es decir, en los denominados contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos, según lo prevé el Art. 1568 del antes referido Código.

Según se afirma en el oficio al que doy contestación, estarían pendientes de pago los honorarios desde diciembre de 2006, período en el cual este aspecto se regiría por lo estipulado en la Cláusula Décimo Séptima de la escritura pública de reforma al contrato de Fideicomiso Mercantil, otorgado el 15 de abril de 2005, ante el Notario Vigésimo Cuarto del Cantón Quito, según la cual el honorario por administración y cumplimiento de las instrucciones derivadas del contrato será de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América mensuales, a ser pagados hasta el décimo día hábil del mes siguiente, otro valor en caso de liquidación y valores a convenir por cada programa, estos últimos a pactarse en un adendum suscrito por las partes. A su vez, la cláusula octava de dicha escritura reformativa establece en su numeral uno que tales honorarios serán debitados del fideicomiso, previa la autorización del representante legal del ECORAE o de quien este designe para que apruebe los informes y contabilidad mensual del patrimonio autónomo; y, el punto dos de la cláusula décima determina que es obligación del constituyente "Cancelar los honorarios de la fiduciaria en el caso que el fideicomiso no contare con los recursos suficientes para realizar dicho pago".

Se observa que las partes no han pactado pago de multa en el evento de retraso en el pago de honorarios.

Por lo indicado corresponderá verificar si la administradora o fiduciaria cumplió con su deber de presentación de tales informes y contabilidad, así como de las aprobaciones a los mismos y la disponibilidad de fondos en el patrimonio autónomo, para aclarar si el ECORAE incurrió o no en mora.

En el evento de controversia le corresponderá a la parte que se considere afectada iniciar las acciones que le corresponden, con sujeción a la Cláusula Vigésima Cuarta del Contrato de Fideicomiso Mercantil.

Se aclara que el presente pronunciamiento no constituye autorización de pago de los intereses, ni multas, cuya procedencia corresponderá evaluar bajo exclusiva responsabilidad de la Institución que usted representa.

OF. PGE. N°: 02342, de 11-08-2008

ISSFA: CONVENIO DE ALIANZA ESTRATÉGICA Y FIDEICOMISO MERCANTIL

ENTIDAD CONSULTANTE: INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS, ISSFA

CONSULTAS:

1. Es procedente el proceso de adjudicación adoptado por el Comité de Contrataciones del ISSFA, entregando a las dos firmas que integrarán la Asociación, que mantienen inalterables los términos de la propuesta original presentada por el Grupo, la facultad de ejecutar el proyecto, en los términos que se han dejado explicados en el presente oficio, considerando especialmente que el interés primordial del ISSFA es el de contar con un inversionista que financie el proyecto inmobiliario.

2. Considerando que el ISSFA no asume ninguna erogación económica, y por el contrario prevé, sin ningún riesgo, recibir US\$ 236'995.979,25, bajo la modalidad de un Convenio de Alianza Estratégica y un Fideicomiso Mercantil, a suscribirse entre el ISSFA y las dos firmas adjudicatarias del concurso, ¿es procedente solicitar la emisión de los informes de Ley de la Contraloría General del Estado y de la Procuraduría, en forma previa a la suscripción del referido Convenio de Alianza y antes de constituir el Fideicomiso Mercantil, tomando en cuenta que por las características del procedimiento seguido, no se hallan reunidas las condiciones previstas en el numeral 16 del artículo 31 de su Ley Orgánica y literal f) del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

BASES LEGALES:

Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 3 lit. f).

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado Art. 31 num. 16.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Conforme se señala en su comunicación, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) -que en adelante identificaremos solo por sus siglas- convocó a personas jurídicas nacionales o extranjeras o asociaciones de éstas, con el objeto de seleccionar un Inversionista y/o Promotor Inmobiliario que desarrolle un Proyecto Urbanístico Inmobiliario, a través de un Fideicomiso Mercantil, a ejecutarse en terrenos de Propiedad del ISSFA, ubicado en el sector urbano de la parroquia Tarqui, del cantón Guayaquil, de acuerdo con los documentos precontractuales definidos para el efecto. En la ejecución del proyecto a contratarse, el ISSFA no invertiría recursos económicos de su presupuesto institucional, sino que aportaría los terrenos de su propiedad, mediante un Convenio de Alianza Estratégica y un Contrato de Fideicomiso Mercantil, a suscribirse con el ganador del concurso, que será el encargado de realizar las inversiones derivadas del proyecto inmobiliario y entregar una utilidad económica a la institución, según las condiciones establecidas en los documentos precontractuales elaborados y aprobados por el ISSFA para este concurso público.

Según los documentos definidos para el proceso de selección (Sección II Procedimiento General del Concurso Público), el procedimiento comprendió dos fases: la primera relacionada con la calificación de la existencia legal, solvencia económica y experiencia técnica de los oferentes; y, la segunda, que comprendía la presentación del plan maestro, la propuesta de prefactibilidad, tiempo de ejecución del proyecto, valor del metro cuadrado de terreno, rentabilidad global del proyecto, participación del ISSFA en los ingresos operacionales del proyecto, flujo de desembolsos por concepto de pagos del terreno y de los ingresos operacionales del proyecto; y, otros procesos de flujo constante que benefician al ISSFA.

El ISSFA recibió las propuestas de tres grupos de personas jurídicas, que luego de la respectiva calificación obtuvieron los puntajes detallados en su consulta, que los ubicó en el siguiente orden de prelación para poder ser adjudicados con el concurso: 1) GRUPO AMAZONAS, CONSTRUCBAR y COURICAL HOLDING; 2) URBANIS, CONBAQUERIZO, INWALTEC; y, 3) ADEICO, TERRABIE-NES Y GRUPO NORMANDIA. Conforme se señala en el oficio de consulta y en el informe del Asesor Jurídico del ISSFA, los tres grupos de empresas oferentes se presentaron, cada grupo, a través del respectivo representante convencional o procurador común designado por el grupo, bajo promesa de constituirse como asociación, de serles adjudicado el contrato, según se desprende del formulario Anexo "F" Declaración Juramentada ante Notario Público Ecuatoriano o Cónsul del Ecuador, en el cual consta dicho compromiso expreso.

Esta facultad de los oferentes personas jurídicas nacionales y extranjeras se encuentra previsto en el subnumeral 2.2.1.2.1 Existencia Legal, acápite Asociaciones entre Compañía Nacional y Extranjera, Sección II Procedimiento General del Concurso Público, de los documentos precontractuales, que permite ofertar a personas jurídicas nacionales y extranjeras bajo compromiso de asociarse de serles adjudicado el contrato. Por ello, la Comisión Técnica de Apoyo encargada del análisis de las ofertas determinó que las propuestas de los tres grupos de compañías oferentes cumplían con lo establecido en los documentos precontractuales del concurso. La calificación técnica y económica, cuyo análisis no corresponde a la Procuraduría General del Estado, es de exclusiva responsabilidad de la Comisión Técnica de Apoyo.

Encontrándose el proceso en estado de adjudicación, el GRUPO AMAZONAS, que presentó su propuesta junto con las firmas CONSTRUCBAR y COURICAL HOLDING, ha presentado dos cartas comunicando su decisión de retiro del concurso, aduciendo desconocer los términos económicos propuestos por el representante convencional del grupo de firmas, comunicaciones que no son consideradas por el Comité de Contrataciones, sino que continúa con el proceso de adjudicación del contrato, y mediante Resolución tomada en sesión de 12 de agosto del 2008 resuelve adjudicar el Concurso Público al Grupo de Firmas integrado por GRUPO AMAZONAS, CONSTRUCBAR y COURICAL HOLDING, notificando la adjudicación mediante oficio número 080594-ISSFA-b2 de la misma fecha, al representante convencional del Grupo, señor Felipe Paraud Carpena. Al mismo tiempo, se resuelve notificar a las demás firmas que integran el Grupo sobre el contenido de las comunicaciones del GRUPO AMAZONAS, las mismas que mediante oficio de 10 de septiembre del 2008, suscrito por el representante convencional autorizado para presentar la propuesta, señor Felipe Paraud Carpena, ratifican todos los términos de la propuesta presentada, especialmente el financiamiento del proyecto, los términos económicos y técnicos propuestos, es decir, todos los aspectos constantes en la propuesta. Además, las empresas mantienen la Garantía de Seriedad de la Oferta presentada, e incluso se cuenta con el ofrecimiento de duplicar su cobertura en señal de su buena voluntad de seguir adelante con el proyecto.

Analizados los antecedentes y proceso de selección seguido, que se ha resumido en los párrafos anteriores, se establece que el proceso de selección materia de la consulta, por su especial naturaleza de ser un concurso público de selección de un socio estratégico para la ejecución del proyecto inmobiliario requerido por el ISSFA, no estaba sujeto a la Ley de Contratación Pública codificada (actualmente derogada por el numeral 1 del título Derogatorias, de la Ley

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), pues no se trata de la adquisición de un bien, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio que no sea de consultoría (que era el ámbito de aplicación de la Ley *ibídem*), sino exclusivamente a lo establecido en los documentos precontractuales o bases de la contratación, que constituyen el marco jurídico para la adjudicación del contrato. Una vez concluido el proceso de calificación técnica y económica de las ofertas presentadas por parte de la Comisión Técnica designada, ésta determinó el oferente que a su criterio y exclusiva responsabilidad, cumplió con los requisitos exigidos en las bases del concurso, informe que sirvió de fundamento para que el Comité de Contrataciones conformado para llevar adelante el proceso de selección resuelva adjudicar el contrato al grupo de firmas oferentes ubicadas en el primer lugar del orden de prelación, considerando que su propuesta es la más conveniente a los intereses institucionales, es decir, por haberse ajustado a lo establecido en el Capítulo IV Adjudicación del Inversionista y/o Promotor Inmobiliario, de los documentos precontractuales del concurso.

La oferta del grupo de firmas constituido por GRUPO AMAZONAS, CONSTRUCCION y COURICAL HOLDING, presentada a través de su representante convencional, obliga a las tres empresas que integran el grupo, y hace exigibles las obligaciones derivadas de la propuesta presentada, pues han presentado su propuesta bajo promesa formal de constituir una asociación entre las tres compañías, según lo exigido en el subnumeral 2.2.1.2.1 existencia legal, número 2 de los documentos exigidos para las asociaciones entre compañías nacionales y extranjeras. (Formulario "F"). En este sentido, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Sección IV Declaraciones, de los documentos precontractuales, que en sus diecisiete numerales establecen obligaciones de los participantes para con el proceso precontractual y las decisiones adoptadas dentro del mismo, en concordancia con una previsión similar constante en la Disposición Final de los mismos documentos precontractuales, estipulaciones a las que se adhirieron las tres personas jurídicas oferentes una vez presentada la oferta del Grupo y, por tanto, quedaron obligadas a cumplir todas las obligaciones derivadas de la propuesta, incluidas las que provengan de una eventual adjudicación del contrato.

Conforme se ha señalado, el GRUPO AMAZONAS presentó su propuesta integrado a otras dos empresas, por intermedio del representante convencional o procurador común designado por los tres proponentes. El análisis de la propuesta técnica presentada y su respectiva calificación se realizó en función de los documentos que cada integrante del grupo oferente acreditó. Por tanto, el even-

tual retiro de uno de los integrantes del grupo, afectaría la oferta general presentada por los tres participantes, considerando que ésta es una sola, presentada de forma conjunta por los tres integrantes del grupo de empresas oferentes. Adicionalmente, el retiro de unos de los participantes violaría el compromiso de asociarse, contraído por todos los integrantes del grupo.

Por lo expuesto, tomando en cuenta el análisis jurídico que antecede, el ISSFA no puede entregar el proyecto a dos de las firmas que forman parte del grupo adjudicado. La Procuraduría General del Estado no está facultada para analizar la incidencia técnica y económica del retiro de una de las empresas que presentaron la propuesta calificada como la más conveniente a los intereses institucionales, antes de continuar con el proceso de formalización del Convenio de Alianza Estratégica y Contrato de Fideicomiso, sino única y exclusivamente su incidencia jurídica en relación al compromiso contraído.

El ISSFA, a través de sus órganos competentes, debe determinar los efectos jurídicos que se produzcan en el evento de que no pueda suscribirse el contrato adjudicado por el retiro de uno de los adjudicatarios, pese al compromiso contraído conforme a las bases y ofertas presentadas.

2. La letra f) del artículo 3 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, norma vigente a la fecha de convocatoria al concurso público materia de los contratos a celebrarse con el Inversionista inmobiliario, así como el numeral 16 del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, también aplicable al proceso de selección tramitado, imponían la obligación de requerir los informes previos de esta Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado, en forma previa a la celebración de contratos por parte de las entidades públicas, como el ISSFA, cuando implique egreso de recursos públicos por una cuantía igual o mayor al monto para el concurso público de ofertas, que se encontraba establecido en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, actualmente derogada en virtud del numeral 1 del título Derogatorias de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el caso del denominado Convenio de Alianza y del Contrato de Fideicomiso que se celebraría entre el ISSFA y el adjudicatario del concurso convocado, no existirá egreso de recursos públicos de ninguna naturaleza, sino más bien la institución que usted representa se beneficiará de los rendimientos económicos derivados de la ejecución del proyecto inmobiliario, de acuerdo a los términos de la propuesta que resulte adjudicada.

Por lo expuesto, al no encontrarse reunidos los requisitos legales antes citados, y fundamentalmente, por no existir egreso de recursos públicos, no se habrían requerido los informes previos de los dos Organismos de Control para la celebración del Convenio de Alianza Estratégica y el Contrato de Fideicomiso Mercantil. Sin embargo, la letra f) del artículo 3 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, y el numeral 16 del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, han sido derogados por los numerales 3 y 5, en su orden, del título Derogatorias de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que ya no son necesarios los informes de ley citados, aún en el caso que el contrato entrañe egreso de recursos públicos por parte de la entidad contratante.

El presente pronunciamiento se emite en uso de las facultades consignadas en los artículos 3, letra e), y 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, y no constituye instrucción o autorización para que el Instituto que usted representa adopte una decisión en torno al proceso de selección materia de la consulta, decisiones que deben ser adoptadas por los órganos competentes del ISSFA, precautelando los mejores intereses del Estado.

OF. PGE. N°: 04102, de 15-10-2008

ISSFA: NATURALEZA JURÍDICA Y ADQUISICIÓN DE BIEN INMUEBLE

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE NANGARITZA

CONSULTAS:

1. Cuál es la naturaleza jurídica del ISSFA; está considerada como una entidad de derecho público o privada.
2. En el supuesto de ser una entidad de derecho público, cual sería la forma de adquirirlo al indicado terreno, toda vez que estos bienes que conforman parte del patrimonio de los miembros activos y pasivos de las Fuerzas Armadas.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 225.

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

Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, Arts. 1; y, 103 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El Art. 225 de la Constitución de la República, manifiesta: “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.”.

El Art. 1 de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, señala: “El Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) es un organismo autónomo, con finalidad social, con personería jurídica, patrimonio propio, domiciliado en la ciudad de Quito, y no está sujeto a la intervención de la Contraloría General del Estado.”.

Adicionalmente el ISSFA, se encuentra registrado como entidad que forma parte del sector público, con fundamento en la normativa jurídica citada, se concluye que el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), es una entidad del sector público.

2. El Art. 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto al procedimiento para la adquisición de bienes inmuebles entre entidades del sector público, en el último párrafo, dispone lo siguiente: “Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público, siempre y cuando llegaren a un acuerdo sobre aquella, no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación, de insinuación judicial. Se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos. En caso de que no haya acuerdo la entidad pública que expropia procederá conforme esta Ley. Para su trámite se estará a lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley.”.

El Reglamento General *ibídem*, en el Art. 103, dispone: “Transferencia de dominio entre entidades del sector público.- Para la transferencia de dominio entre entidades del sector público que lleguen a un acuerdo para el efecto, se requerirá resolución motivada de las máximas autoridades.

Se aplicará lo referente al régimen de traspaso de activos.

De no llegarse a un acuerdo, procederá la expropiación, en los términos que señalen las leyes pertinentes y con arreglo a las normas del presente Reglamento.”.

En consecuencia, en el caso consultado, se debe proceder de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

OF. PGE. N°: 05490, de 23-12-2008

JUNTAS ADMINISTRADORAS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO: NATURALEZA JURÍDICA Y COMPETENCIAS

ENTIDAD CONSULTANTE: JUNTA ADMINISTRADORA DE
AGUA POTABLE DEL SECTOR EL TEJAR

CONSULTAS:

1. Si la Junta Administradora de Agua Potable del sector El Tejar del Cantón Paute Provincia del Azuay, es una persona jurídica de derecho público con personería jurídica propia o persona jurídica de derecho privado.
2. En caso de existir dos Juntas Administradoras de Agua Potable, la una aprobada por el Consejo de Recursos Hídricos y la otra aprobada por el MIDUVI institución que sustituyó al anterior IEOS, cuál de las dos instituciones debe manejar el sistema de agua potable.
3. Si la Junta Administradora de Agua Potable del sector El Tejar del Cantón Paute, debe regirse por lo que dispone la Ley de Aguas o por lo que manda la Ley de Juntas Administradoras de Agua Potable.

BASES LEGALES:

Codificación de la Ley de Aguas, Art. 78.
Ley de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, Arts. 1 y 5.
D.E. N° 1820, R.O. N° 461, 14-06-1994.
D.E. N° 3156, R.O. N° 681 de 11-10- 2002.
D.S. N° 3327, R.O.N° 802 de 29-03-1979.

PRONUNCIAMIENTO:

1. La Ley de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado expedida mediante Decreto Supremo No. 3327 publicada en el Registro Oficial No.

802 de 29 de marzo de 1979, en sus artículos 1 y 5 autoriza al Ministerio de Salud Pública para que, por medio del Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias, IEOS, organice y constituya las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, como entidades de derecho público con autonomía y personería jurídica propias.

Cabe resaltar que, mediante Decreto Ejecutivo No. 1820 publicado en el Registro Oficial No. 461 de 14 de junio de 1994 se fusionó con el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, MIDUVI, la Junta Nacional de la Vivienda, JNV, y el Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias, IEOS, y se transfirieron a dicha Cartera de Estado, las competencias atribuidas a las mencionadas instituciones. Posteriormente, este Decreto fue derogado por el Decreto Ejecutivo No. 3156 publicado en el Registro Oficial No. 681 de 11 de octubre del 2002; por lo que, las competencias del MIDUVI para aprobar la constitución de Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado es asumida por el Consejo Nacional de Recursos Hídricos, conforme lo dispone el artículo 78 de la Codificación de la Ley de Aguas publicada en el Registro Oficial No. 339 de 20 de mayo del 2004, y teniendo en cuenta para el efecto, los artículos 1 y 5 de la Ley de Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado expedida mediante Decreto Supremo No. 3327 y publicada en el Registro Oficial No. 802 de 29 de marzo de 1979.

Lo anterior se evidencia además, en lo dispuesto en el artículo 103 de la mencionada codificación, el cual señala que “Las atribuciones que se conceden al Consejo Nacional de Recursos Hídricos a través de esta Ley, se ejercerán sin perjuicio de las que le corresponden de acuerdo con su Ley constitutiva”. En el caso consultado, la referencia se entiende circunscrita a la Ley de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado.

Por lo expuesto, al encontrarse vigente la Ley de las Juntas Administradoras de Agua Potable y Alcantarillado, se concluye que las Juntas Administradoras de Agua Potable son entidades de derecho público con personería jurídica, constituidas por el Consejo Nacional de Recursos Hídricos.

2. Según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 78 de la Codificación de la Ley de Aguas, le corresponde al Consejo Nacional de Recursos Hídricos, intervenir en todos los conflictos que se susciten en los directorios de aguas o juntas administradoras de agua potable.

Por tanto, de existir dos Juntas Administradoras de Agua Potable, corresponderá al Consejo Nacional de Recursos Hídricos, intervenir y resolver el conflicto de los directorios a los que alude su consulta.

3. Conforme se indicó en la primera consulta, tanto la Ley de Aguas Codificada como la Ley de las Juntas Administradora de Agua Potable y Alcantarillado se encuentran vigentes; por lo que, las Juntas Administradoras de Agua Potable deben regirse por lo que disponen las mencionadas Leyes, teniendo en cuenta para el efecto, las competencias que, conforme se indicó anteriormente, corresponde al Consejo Nacional de Recursos Hídricos para constituir Juntas Administradoras de Agua Potable.

OF. PGE. N°: 02775, de 27-08-2008

JUNTAS PARROQUIALES: INCREMENTO DE REMUNERACIÓN A PRESIDENTE

ENTIDAD CONSULTANTE: JUNTA PARROQUIAL DE PUERTO BOLÍVAR

CONSULTA:

Los presidentes de las Juntas Parroquiales, al ser dignatarios electos por votación popular, deben acogerse a los incrementos de remuneraciones, según las resoluciones emitidas por la SENRES.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 238, 240 inc. Segundo y 267 inc. final.

Ley Orgánica de Juntas Parroquiales, Arts. 12; y, 32 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 238 de la Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre del mismo año, establece: "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. La citada norma en su inciso segundo agrega: "Constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.

Los artículos 240 inciso segundo y 267 inciso final de la referida Norma Suprema, disponen que las juntas parroquiales rurales tendrán facultades reglamentarias, en el ámbito de sus competencias y territorio; y, en uso de sus facultades, emitirán acuerdos y resoluciones.

La Ley Orgánica de Juntas Parroquiales en su artículo 12 dispone, que la junta parroquial fijará la remuneración mensual que deba percibir su Presidente, la que estará en relación con el monto de los recursos presupuestarios de la parroquia.

Por su parte el artículo 32 del Reglamento a la citada Ley Orgánica, ordena: "La junta parroquial, para la fijación de la remuneración del Presidente, observará la política salarial que establezca el Consejo Nacional de Remuneraciones del Sector Público."

De las normas invocadas se desprende, que en uso de la autonomía constitucional de la que gozan los gobiernos seccionales, las Juntas Parroquiales, deben fijar la remuneración del Presidente, en proporción a su presupuesto, pudiendo para ello observar las políticas que sobre remuneraciones emita la SENRES.

OF. PGE. N°: 04617, de 10-11-2008

JUNTA NACIONAL DE DEFENSA DEL ARTESANO: REMUNERACIÓN MENSUAL UNIFICADA

ENTIDAD CONSULTANTE: JUNTA NACIONAL DE DEFENSA DEL ARTESANO

CONSULTA:

Si es factible o no, establecer una remuneración que perciban los Presidentes Provinciales y Cantonales de la Junta Nacional de Defensa del Artesano.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 6, 24, 25 lit. b) y 113.

PRONUNCIAMIENTO:

Con oficio No. 2204 de 4 de agosto de 2008, en razón de que el asunto materia de su consulta está relacionado con las funciones de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, solicité el criterio de dicha institución, la que con oficio No. SENRES-RH-2008 0005430 de 4 de septiembre del mismo año, expone que esa entidad emitió la Resolución SENRES-2007-000023, publicada en el Registro Oficial No. 68 de 20 de abril de 2007, que esta referida al pago de dietas y no al asunto materia de la consulta.

El artículo 24 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, establece que es obligación de los servidores públicos: “c) Cumplir, de manera obligatoria, la semana de trabajo de cuarenta horas, con una jornada normal de ocho horas diarias y con descanso de los sábados y domingos. Todos los servidores públicos cumplirán este horario a tiempo completo, excepto casos calificados de profesionales o asesores técnicos que deban prestar servicios en jornadas parciales”.

El artículo 25 de la LOSCCA, determina que son derechos de los servidores: entre otros: “b) Percibir una remuneración justa que será proporcional a su función, eficiencia y responsabilidad. Los derechos que por este concepto correspondan al servidor, son imprescriptibles”.

Por su parte el artículo 113 de la misma Ley, establece que los puestos serán remunerados sobre la base de un sistema que garantice el principio de que la remuneración del servidor y trabajador será proporcional a sus funciones, eficiencia y responsabilidades, observando el principio de que a igual trabajo corresponde igual remuneración.

En consecuencia de lo expuesto se colige que para que una persona tenga derecho a una remuneración dentro del sector público, debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 6 de la LOSCCA y que entre otras obligaciones, desempeñe una labor dentro de una jornada de cuarenta horas semanales.

Amparado en las normas legales invocadas considero que, si el desempeño de las funciones que ejecutan los Presidentes Provinciales y Cantonales de la Junta Nacional de Defensa del Artesano, cumple con la jornada de ocho horas de labor, tendrían derecho a la remuneración mensual unificada, la que podría fijarse previo el cumplimiento de las formalidades previstas por la Ley.

OF. PGE. N°: 04009, de 07-10-2008

**MANDATOS CONSTITUYENTES: PREVALENCIA
- RETIRO VOLUNTARIO -**

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DEL GUAYAS

CONSULTA:

Si encontrándose en vigencia el Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente del 11 de diciembre del 2007, publicado en el Suplemento del

Registro Oficial No. 236 del 20 de diciembre del 2007, en cuyos artículos 1 y 2 numeral 2 disponen que la Asamblea Constituyente representa a la soberanía popular que radica en el Pueblo Ecuatoriano y que por su propia naturaleza está dotada de plenos poderes y que en el ejercicio de los mismos, aprobará Mandatos Constituyentes que tendrán efectos inmediatos, sin perjuicio de su publicación en el órgano respectivo, ¿ éstos Mandatos estarían sobre el Instructivo de Aplicación de los Mandatos Constituyentes 002 y 004 y de la evaluación del desempeño, emitido por la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, SENRES, en virtud de la competencia establecida en el Art. 54 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en lo que tiene relación con el retiro voluntario en los términos previstos en los mismos.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente N° 1, Art. 2 inc. segundo.

Mandato Constituyente N° 2, Arts. 2, 3 y 8.

Mandato Constituyente N° 4, Art. 1.

LOSCCA, Art. 54.

Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente, Arts. 1 y 2 num. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

El Reglamento de Funcionamiento de la Asamblea Constituyente expedido el 11 de diciembre de 2007, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 236 de 20 de diciembre de 2007, en el Art. 1 dispuso que la Asamblea Constituyente representa a la soberanía popular que radica en el pueblo ecuatoriano, y por su propia naturaleza está dotada de plenos poderes.

El Art. 2 número 2 ibídem señaló que en el ejercicio de sus poderes, la Asamblea Constituyente aprobará Mandatos Constituyentes: Decisiones y norma que expida la Asamblea para el ejercicio de sus plenos poderes, Mandatos que tendrán efecto inmediato, sin perjuicio de su publicación en el órgano respectivo.

El Mandato Constituyente No. 1 expedido el 29 de noviembre de 2007, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 223 de 30 de noviembre de 2007, en el Art. 2 inciso segundo determina que las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna; y que, ninguna de sus decisio-

nes será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.

El Mandato Constituyente No. 2 expedido el 24 de enero de 2008, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, en el Art. 2 establece su ámbito de aplicación, entre otros, en la letra c) a las entidades que integran el régimen seccional autónomo; y en su Art. 8 establece el monto de las liquidaciones e indemnizaciones por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos, personal docente y trabajadores del sector público, en las condiciones, excepciones y los montos ahí determinados.

El Mandato Constituyente No. 4 expedido el 12 de febrero de 2008, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 273 de 14 de febrero de 2008, en el Art. 1 consagra la garantía del Estado sobre la estabilidad de los trabajadores, la contratación colectiva y la organización sindical, acorde los principios universales del derecho social que garantizan la igualdad de los ciudadanos frente al trabajo, evitando inequidades económicas y sociales.

El inciso segundo establece que las indemnizaciones por despido intempestivo del personal que trabaja en las instituciones señaladas en el Art. 2 del Mandato No. 2 aprobado por la Asamblea Constituyente el 24 de enero de 2008, acordadas en los contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito o cualquier otra forma de acuerdo o bajo cualquier denominación, que estipule el pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de relaciones individuales de trabajo, bajo la figura de despido intempestivo, no podrán ser superiores a trescientos (300) salarios básicos unificados del trabajador privado.

El Art. 2 determina que las disposiciones de dicho Mandato Constituyente son de obligatorio cumplimiento y no podrá ser susceptible de queja, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo o cualquier otra acción administrativa.

El Art. 3 deroga todas las disposiciones que se opongan o contradigan tal Mandato.

La SENRES expidió el Instructivo de Aplicación de los Mandatos Constituyentes 002 y 004 y de la Evaluación del Desempeño, en los casos de supresión de partidas, renuncias voluntarias y retiro voluntario para acogerse a la jubilación, determinando y ejemplificando en cada caso, su forma de aplicación.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, considero que los Mandatos Constituyentes números 002 y 004 expedidos por la Asamblea Constituyente dada su jerarquía de superioridad a cualquier otra norma del orden jurídico, y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos, prevalecen sobre el Instructivo de Aplicación de dichos Mandatos de la SENRES, en todo lo que se le opongan y contradigan.

OF. PGE. N°: 03798, de 02-10-2008

MIGRANTES Y DISCAPACITADOS: IMPORTACIÓN DE VEHÍCULOS USADOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y COMPETITIVIDAD

CONSULTAS:

1. Existiendo una contradicción entre las disposiciones del Convenio de Complementación Automotriz de la Comunidad Andina de Naciones y las normas sobre derechos humanos de los migrantes y las personas con discapacidad, contenidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales señalados en el punto 2 de esta consulta, ¿prevalecen las primeras o las segundas.

2. Procede que el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, no obstante el Convenio de Complementación Automotriz de la Comunidad Andina -CAN-, en base a las normas sobre derechos humanos contenidas en la Constitución de la República, tratados y convenios internacionales, adopte como medida positiva o acción afirmativa una resolución en virtud de la cual permita a los migrantes ecuatorianos que retornan al Ecuador y a las personas con discapacidad la importación de un vehículo, aún cuando tenga la condición de usado.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 40 y 48 num. 7.
Ley Reformatoria a la Codificación de la Ley sobre Discapacidades, Art. 23.

PRONUNCIAMENTOS:

Analizadas las consultas formuladas, se desprende que las dos interrogantes planteadas se circunscriben a un mismo tema, como es la procedencia de importación de vehículos usados para los migrantes y las personas con discapacidad, por lo cual se las atiende conjuntamente en los siguientes términos:

En atención a una consulta formulada por el Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS), relacionada con la vigencia y aplicación del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Codificación de la Ley sobre Discapacidades, esta Procuraduría con oficio número 1421 de 23 de junio del 2008, ratificado mediante oficio número 2205 de 4 de agosto del mismo año, dejó señalado que la reforma al artículo 23 de la Codificación de la Ley sobre Discapacidades, en lo relacionado a la facultad de importar vehículos de hasta tres años anteriores al modelo de la fecha de autorización, destinados al traslado de personas con discapacidad gravemente afectada o movilidad reducida, sin consideración de su edad, resultaba inadmisibles y carente de efecto jurídico, toda vez que contradecía lo previsto en el Convenio de Complementación en el Sector Automotriz de la Comunidad Andina, instrumento internacional que en su artículo 6 determina lo siguiente: "Con el propósito de garantizar condiciones mínimas de seguridad, de protección del medio ambiente, de defensa del consumidor y de propiedad industrial, los Países Participantes sólo autorizarán la importación de vehículos nuevos, del año-modelo en que se realiza la importación o siguiente. Igualmente sólo se autorizará las importaciones de componentes, partes y piezas nuevas y sin reconstruir o reacondicionar."

En la nueva Constitución de la República del Ecuador se han incorporado varias disposiciones relativas a los derechos de los migrantes y las personas con discapacidad, entre las que podemos citar el artículo 40, numeral 4, que impone al Estado, a través de las entidades correspondientes, la obligación de desarrollar programas de retorno voluntario para las personas ecuatorianas que se encuentran en el exterior, cualquiera sea su condición migratoria, y el artículo 48, numeral 7, que dispone al Estado adoptar a favor de las personas con discapacidad, medidas que aseguren la garantía del pleno ejercicio de los derechos de dichas personas.

Las normas constitucionales citadas se circunscriben fundamentalmente al respeto a los derechos humanos de las personas con discapacidad y los migrantes y al desarrollo de programas económicos que apoyen a ambos grupos vulnerables de la población ecuatoriana, estableciendo los principios generales que garantizan tales derechos, pero en modo alguno tales previsiones de carácter general pueden afectar regulaciones o convenios específicos de carácter comercial que deba aplicar el país para la importación de bienes a favor de los dos grupos mencionados, como es el caso motivo de la consulta.

El Convenio de Complementación en el Sector Automotriz de la Comunidad Andina de Naciones no contiene precisiones que afecten a los derechos huma-

nos de los ciudadanos de los países suscriptores del Convenio, ni las garantías que al respecto establece nuestra Constitución, sino que se limita a prever regulaciones comerciales específicas para el sector automotriz en la Subregión Andina que, como se señala en el segundo considerando de dicho instrumento internacional buscan "...fortalecer e impulsar el desarrollo de la industria automotriz en la Subregión, aprovechar el mercado ampliado subregional, promover las exportaciones de los productos automotores, atender las exigencias de los acuerdos de integración regionales y aprovechar las oportunidades derivadas de los mismos." Por ello, no existe contradicción entre 1 Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008 las disposiciones de este convenio y las normas constitucionales relacionadas con los derechos humanos de los migrantes y personas con discapacidad.

En otras palabras, el Convenio comercial mencionado se aplica dentro de la Subregión Andina para el caso de importación de vehículos y partes automotrices, y debe ser observado por el Ecuador, por intermedio de su órganos públicos competentes, como son el Ministerio de Industrias y Competitividad y el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones (COMEXI), sin crear ninguna excepción no prevista en el Convenio, que constituye un acuerdo comercial internacional entre los países que integran la Subregión Andina, que el Ecuador está obligado a cumplir.

Con fundamento en el análisis jurídico expuesto, se concluye que la Cartera de Estado a su cargo o el COMEXI, no se encuentran facultados para emitir resoluciones que permitan a los ecuatorianos migrantes que retornan al país y a las personas con discapacidad importar vehículos usados, incumpliendo lo pactado en un acuerdo comercial internacional vigente en el país.

OF. PGE. N°: 05519, de 24-12- 2008

MIGRANTE: REPATRIACIÓN DE CADÁVER

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA NACIONAL DEL MIGRANTE, SENAMI

CONSULTA:

Debe la Secretaría Nacional del Migrante considerar como equivalentes y tener un trato idéntico a los términos: cadáver, restos mortales y cenizas, solamente para efectos de la aplicación del Decreto Ejecutivo No.1253, de 12 de marzo de 2008.

BASES LEGALES:

D.E.N° 1235, que crea la Unidad Administrativa SENAMI, Art. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

El Decreto Ejecutivo No. 1253, de 12 de agosto de 2008, suscrito por el Presidente Constitucional de la República, la Ministra de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, la Ministra de Finanzas y por usted, otorga facultades a esa Secretaría Nacional del Migrante –SENAMI-, para que asuma, coordinadamente y con el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, la competencia en materia de repatriación de cadáveres de ecuatorianos fallecidos en el exterior, que antes la venía llevando a cabo sin reglamentación normativa, la Defensoría del Pueblo.

El Art. 2 del referido Decreto No. 1253, dispone que la SENAMI "...creará la Unidad Administrativa correspondiente, a fin de que asuma las competencias y tareas de Repatriación de Cadáveres".

Dadas las disposiciones generales del Decreto No. 1253, considero que corresponde a esa Secretaría, al momento en que, por Acuerdo Ministerial proceda a crear la Unidad Administrativa a la que refiere la norma, reglamentar detalladamente, la forma cómo ese proceso de Repatriación de Cadáveres operará, siendo ese momento el más adecuado, para que se establezca el hecho de que se otorgará un tratamiento indiferenciado en lo que respecta a lo que será objeto de la repatriación, señalándose como usted acertadamente sugiere, que por el término "cadáver", se entienda a cualquier otro que comprenda ese mismo sentido, incluso no sólo limitándolo a "restos mortales" y "cenizas", sino previendo las distintas circunstancias en que el fallecimiento de un compatriota en el exterior, pudiera acontecer. De esa manera, la Secretaría Nacional del Migrante contará con un Instructivo para la acertada aplicación del Decreto Ejecutivo No. 1253.

OF. PGE. N°: 03108, de 05-09-2008

**MONTO PARA LICITACIÓN Y CONCURSO
PÚBLICO DE OFERTAS**

ENTIDAD CONSULTANTE: DIRECCIÓN NACIONAL DE
TRÁNSITO Y TRANSPORTE TERRESTRES

CONSULTA:

Cuáles son los montos definitivos para el Concurso Público de Ofertas y la Licitación, así como la fecha a partir de la cual deberán seguir estos lineamientos.

BASES LEGALES: :

Codificación de la Ley de Contratación Pública, Art. 4.

PRONUNCIAMIENTO:

En la Edición Especial No. 46 del Registro Oficial correspondiente al 21 de abril de 2008, se publica el Presupuesto General del Estado, el cual alcanza el monto de US \$.15.817.954.065,09.

En virtud de lo expuesto, para efectos de la aplicación del artículo 4 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, la cuantía para la licitación es de US \$632.718,16 y para el concurso público de ofertas es de US \$316.359,08; en tanto que, para la aplicación del artículo 12 de la Codificación de la Ley de Consultoría, la cuantía por el concurso público es de US \$632.718,16 y para el concurso privado es de US \$ 158.179,54, montos que han sido concordados con la Contraloría General del Estado, conforme consta del Memorando No. 006-DSP-2008 de 21 de mayo de 2008, suscrito por el señor Subprocurador General del Estado, cuya copia le adjunto.

OF. PGE. N°: 01584, de 01-07-2008

MUNICIPALIDAD: CONFORMACIÓN DE COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE SANTIAGO

CONSULTA:

El Centro Agrícola Cantonal, el ECORAE y la Asociación de Ganaderos del cantón solicitaron a la Municipalidad conformar una compañía de economía mixta, a denominarse "Agroalimentos" en que su representada tenga una participación del 10% del capital accionario, sin que se tome en cuenta la construcción y adecuación del Camal Municipal, que formaría parte de los activos de la compañía. Con este antecedente, consulta si la Municipalidad puede acceder a estas pretensiones.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 315 y 316.
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 14 ordinal 10, 148 lit. g) y 164.

Codificación a la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico, Arts. 3 num. 3 lit. c) y 6 num. 3, 4 y 7.

Ley de Compañías, Arts. 308, 309, 310, 311, 312 y 162 inc. primero.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante oficio No. 4291, de 22 de octubre de 2008, esta Procuraduría solicitó el criterio jurídico al Instituto para el Ecodesarrollo Regional Amazónico - ECORAE, el cual fue remitido por dicha entidad mediante oficio No. 11-9426-SE-DAJ-2008, de 18 de noviembre de 2008, el mismo que adjunta copia del Informe Técnico No. 003-DTBG-03-08, de 25 de marzo de 2008, en el que consta que la participación del municipio sería del 20.60% del costo, sin que nada se precise si la participación de la Municipalidad del Cantón Santiago en el capital social de la compañía de economía mixta a constituirse es igual o acorde a la inversión que hace; y, el ECORAE, con el 60.85% de la inversión.

El inciso final del artículo 315 de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, dispone: "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."

El artículo 316 de la Carta Fundamental, en su inciso primero prescribe: «El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria». Por su parte, el artículo 313 *ibidem* establece que: "Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley".

El literal c) del numeral 3 del artículo 3 de la Codificación a la Ley del Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico prevé que el Instituto para el Ecodesarrollo Regional Amazónico utilizará los recursos de dicho fondo en la ejecución de programas y proyectos agroproductivos impulsados por los centros agrícolas cantonales de la Región Amazónica Ecuatoriana. Los numerales 3, 4 y 7 del artículo 6 de la mencionada ley, establecen que dicho Instituto tiene entre sus funciones asesorar a los organismos seccionales y a las organizaciones sociales de la región en la elaboración y ejecución de proyectos de desarrollo sustentables, así como financiar y cofinanciar la ejecución de programas y proyectos de reinversión e inversión.

Según el ordinal 10 del artículo 14, el literal g) del artículo 148 y el artículo 164 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, corresponde a la Municipalidad prestar el servicio público de mataderos. El numeral 17 del artículo 63 de esta ley atribuye al concejo autorizar la constitución de compañías de economía mixta para la prestación de servicios públicos; y, el artículo 187 de la misma ley prevé que la municipalidad pueda invertir sus recursos en la constitución de esta clase de compañías, para la prestación de tales servicios.

En lo pertinente, la Ley de Compañías establece:

"Art. 308.- El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía.

Art. 309.- La facultad a la que se refiere el artículo anterior corresponde a las empresas dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos.

Art. 310.- Las entidades enumeradas en el Art. 308 podrán participar en el capital de esta compañía suscribiendo su aporte en dinero o entregando equipos, instrumentos agrícolas o industriales, bienes muebles e inmuebles, efectos públicos y negociables, así como también mediante la concesión de prestación de un servicio público por un período determinado.

Art. 311.- Son aplicables a esta compañía las disposiciones relativas a la compañía anónima en cuanto no fueren contrarias a las contenidas en esta Sección.

Art. 312.- Los estatutos establecerán la forma de integrar el directorio, en el que deberán estar representados necesariamente tanto los accionistas del sector público como los del sector privado, en proporción al capital aportado por uno y otro.

Cuando la aportación del sector público exceda del cincuenta por ciento del capital de la compañía, uno de los directores de este sector será presidente del directorio.

Asimismo, en los estatutos, si el Estado o las entidades u organismos del sector público, que participen en la compañía, así lo plantearan, se determinarán los

requisitos y condiciones especiales que resultaren adecuados, respecto a la transferencia de las acciones y a la participación en el aumento de capital de la compañía.”.

En cuanto al aporte en bienes, el inciso primero del artículo 162 de la indicada Ley de Compañías dispone: “En los casos en que la aportación no fuere en numerario, en la escritura se hará constar el bien en que consista tal aportación, su valor y la transferencia de dominio que del mismo se haga a la compañía, así como las acciones a cambio de las especies aportadas.”.

En virtud de las disposiciones constitucionales y legales invocadas, se desprende que el Estado debe tener la mayoría accionaria en las compañías de economía mixta que se constituyan para la participación en la gestión de los sectores estratégicos arriba enumerados o para la prestación de servicios públicos.

Adicionalmente, por todo aporte al capital en bienes que haga la municipalidad, le corresponde recibir acciones de la compañía mixta que se constituya, por un valor equivalente a los mismos.

En consecuencia, no es procedente que la Municipalidad tenga una participación de un 10% del capital accionario, aún más si se toma en cuenta la construcción y adecuación del Camal Municipal, que formaría parte de los activos de la compañía.

OF. PGE. N°: 05496, de 23-12-2008

MUNICIPALIDAD: CONTRATO DE SOCIEDAD CON COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA DE FOMENTO TURÍSTICO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE SALINAS

CONSULTAS:

1. Está facultada la Municipalidad de Salinas para escoger libremente el socio estratégico y determinar la participación de la Municipalidad en el capital accionario de la compañía de economía mixta a constituirse, en función de los proyectos a desarrollarse y del monto de las inversiones, siempre que se trate de actividades que no constituyan servicios públicos?

2. De no existir esta libertad para escoger socio estratégico, bajo qué procedimientos legales deberá realizarse la selección, toda vez que ni la Ley de

Contratación Pública, ni la Ley de Compañías ni la Ley de Régimen Municipal contemplan ningún procedimiento específico?

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 313, 315, 316, 320 y 336.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 14 num. 9, 63 y 187.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 1 inc. primero.

Ley de Compañías, Arts. 1, 308, 310 y 161.

PRONUNCIAMIENTOS:

Una vez que la Superintendencia de Compañías, mediante oficio No. SC.IJ.08.178 031519, de 3 de diciembre de 2008, manifiesta que: “La Municipalidad de Salinas está plenamente facultada para escoger libremente al socio estratégico del sector privado para que intervenga conjuntamente con ella en la constitución de una compañía de economía mixta, cuya actividad será la de promocionar el turismo del cantón Salinas o fuera de él, si así lo resolvieren; y, determinar la participación de aquella Municipalidad en el capital accionario de la compañía de economía mixta a constituirse, puesto que ni la Ley Orgánica de Régimen Municipal ni la Ley de Compañías prevén porcentajes mínimos ni máximos para la participación en dicho capital de los sectores público o privado, quedando librado este porcentaje de participación a la decisión de los contratantes”.

El inciso final del artículo 315 de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, dispone: “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.” .

El artículo 316 de la Carta Fundamental, en su inciso primero prevé:

“El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en la cuales tenga la mayoría accionaria” . Por su parte, el artículo 313 de mismo cuerpo normativo establece que: “Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”.

El numeral 9 del artículo 14 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece como una de las funciones primordiales del municipio, fomentar el turismo.

La mencionada Ley Orgánica, en su artículo 63, numeral 9, establece como atribuciones del Concejo: “Decidir cuáles de las obras públicas locales deben realizarse por gestión municipal, bien sea directamente o por contrato o concesión, y cuáles por gestión privada y, si es el caso, autorizar la participación de la municipalidad en sociedades de economía mixta”; y, en el numeral 17, “Autorizar la constitución de empresas públicas en empresas municipales en compañías de economía mixta, para la prestación de servicios públicos”.

El artículo 187 de la citada Ley Orgánica dispone:

“La municipalidad podrá invertir recursos suyos para constituir, juntamente con aportes privados, compañías de economía mixta, para la prestación de nuevos servicios públicos o mejoramiento de los ya establecidos, o en otras actividades que estuvieren de acuerdo con las finalidades del municipio.

La constitución, organización, administración y funcionamiento de las compañías de economía mixta con aporte municipal, se regirán por las disposiciones de la Ley de Compañías y de esta Ley.”.

El artículo 1 de la Ley de Compañías determina que “Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”; y, el artículo 308 de la misma ley, al referirse a la constitución de compañías de economía mixta, establece: “El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía”.

Según el artículo 310 de la referida Ley de Compañías, las entidades enumeradas en su artículo 308 podrán participar en el capital de esta compañía suscribiendo su aporte en dinero o entregando equipos, instrumentos agrícolas o industriales, bienes muebles e inmuebles, efectos públicos y negociables, así como también mediante la concesión de prestación de un servicio público por un período determinado; y, el artículo 311 se remite a las disposiciones relativas a la compañía anónima en cuanto no fueren contrarias a las contenidas en la Sección de la compañía de economía mixta.

A su vez, el artículo 161 de la referida Ley de Compañías determina que la constitución del capital suscrito de la compañía anónima puede ser en dinero o consistir en bienes muebles o inmuebles que correspondan al género de comer-

cio de la compañía y el artículo 165 de la misma establece que el suscriptor se compromete para con la compañía a pagar un aporte y ésta, a entregarle el título correspondiente a cada acción suscrita.

El 4 de agosto de 2008, en el Suplemento al Registro Oficial No. 395, se publicó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo artículo 1, inciso primero, establece que como objeto y ámbito de dicha Ley determinar los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría; el numeral 5 del artículo 6 de Definiciones de la misma, indica que la expresión contratación pública: “Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra”; y, el numeral 1 del acápite de derogatorias de la mencionada, dejó sin vigencia la Ley de Contratación Pública.

Por lo indicado, el contrato de sociedad para conformar una compañía de economía mixta no está comprendido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino que se rige por la Ley Orgánica de Régimen Municipal y la Ley de Compañías, por tener tal sociedad un objeto distinto al de la sola adquisición de un bien o de acciones.

En lo relacionado al procedimiento para escoger un socio estratégico para la conformación de esta compañía, si bien no existe normativa específica para tal efecto, la Municipalidad de Salinas, en aplicación de los principios de transparencia y fomento de la competencia en igualdad de condiciones, establecidos en los Artículos 320 y 336 de la vigente Constitución de la República del Ecuador, definirá un proceso de concurso que, de forma transparente y con libre competencia de los interesados, permita escoger el accionista más idóneo para integrar la referida compañía de turismo de economía mixta.

En lo relativo a determinar la participación de la Municipalidad en el capital accionario de la compañía de economía mixta a constituirse, éste debe ser acorde al aporte que realice la entidad edilicia. Sin embargo, debe aclararse que como el objeto social de la compañía de economía mixta a constituirse que motiva esta consulta, está relacionado con el fomento del turismo y, por tanto, no

con servicios públicos ni con áreas consideradas estratégicas por la Constitución de la República, no será necesario que tenga la titularidad de la mayoría accionaria.

OF. PGE. N°: 05296, de 10-12-2008

MUNICIPALIDAD: REMUNERACIONES, TASA DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN; Y, DONACIONES PARA LA ASOCIACIÓN INTERPROFESIONAL DE MAESTROS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE EL TAMBO

CONSULTAS:

1. Si es legal y procedente reformar la Ordenanza "Que regula el cobro de la tasa por supervisión y fiscalización de las obras que contrate la I. Municipalidad de El Tambo", incrementando la tasa del dos al cuatro punto cinco por ciento, destinando de ese valor el 1.5 % a favor de las Asociación de Empleados de la Municipalidad, para que ésta a su vez invierta tanto en asuntos de carácter colectivo, como para el fomento del deporte? Añade que en el caso que la respuesta sea negativa, se indique si la Municipalidad puede destinar o asignar una partida presupuestaria a favor de las mencionadas asociaciones.
2. Si los servidores de la Municipalidad que perciben una remuneración inferior a la Escala dictada por la SENRES, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 1 del Mandato Constituyente N°. 2, se deben elevar los sueldos; y, en este caso, cuál sería el procedimiento y la fuente de financiamiento.
3. En aplicación de la ordenanza en la que se fija el uno por ciento a favor del Departamento de Educación y Cultura, es viable el uso de esos recursos en el pago de artistas, disco móvil, refrigerios, arreglos florales y otros destinados para la realización de eventos culturales.
4. Es procedente que la Municipalidad done un cuerpo de terreno a favor de la Asociación de Empleados y Trabajadores de la Municipalidad de El Tambo, con el objeto de que se construya ahí su sede social; al igual a la Asociación Interprofesional de Maestros, para edificar un centro de capacitación y formación artesanal; y, en beneficio de la Casa de Reposo de ese cantón, a cargo de la Fundación Padre Nello Storony, para ser destinado a la construcción de una sala de terapia ocupacional.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 119, 130 num. 6, 228 y 257.

Mandato Constituyente N° 1, Art. 2

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

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 16 nums. 4 y 8, 63 num. 31, 64 num. 8, 250, 254, 378 y 379.

Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, Art. 17.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Ordenanza que regula el cobro de la tasa por supervisión y fiscalización de obras que contrate la I. Municipalidad de El Tambo, publicada en el Registro Oficial 312 de 13 de julio de 2006, prescribía en su artículo 1, que en todo contrato de ejecución de obras que celebra el Concejo Cantonal de El Tambo, sea con personas naturales o jurídicas, por concepto de gasto de supervisión y fiscalización se retendrá el 1% del monto total del contrato. Tal Ordenanza se reformó con la Ordenanza Reformativa de 27 de agosto de 2007, mediante la cual se incrementó tal porcentaje al 4.5%, del cual 1.5% se dispone deducirlo para la Asociación de Empleados y Trabajadores Municipales, dinero que la mencionada asociación destinará para fomentar el deporte dentro del Cantón.

Los artículos 130, numeral 6, 228 y 257 de la Constitución Política de la República, permiten a las municipalidades crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras mediante ordenanza. A su vez, los Artículos 378 y 379 de la Ley de Régimen Municipal preceptúan que las tasas son retributivas de los servicios que preste la municipalidad, y que el monto de esta clase de tributo debe guardar relación con el costo de producción del correspondiente servicio, aunque pueden ser inferiores al costo cuando se trate de servicios especiales destinados a satisfacer necesidades colectivas de gran importancia para la comunidad, siempre que la diferencia entre el costo y la tasa pueda cubrirse con los ingresos generales de la municipalidad.

De las disposiciones citadas se infiere que la municipalidad puede crear tasas como contraprestación de los servicios que brinda, y que su recaudación debe destinarse a financiar el costo de los mismos, pero no a otros fines. Por lo indicado, no se adecua a la legislación vigente utilizar los recursos producto de la recaudación de una tasa por supervisión y fiscalización de las obras contratadas por la I. Municipalidad de El Tambo a favor de la Asociación de Empleados y Trabajadores de la Municipalidad.

En cuanto a la segunda parte de su consulta, debo indicar que el Artículo 17

de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, prohíbe a las instituciones autónomas y a las del sector público en general, realizar donaciones a personas naturales o jurídicas privadas, pagos por trofeos, premios, agasajos y otros conceptos similares, así como asignaciones a organismos privados, con excepción de aquellos que correspondan a programas de desarrollo cultural, desarrollo y promoción turística, deportiva, comunitaria y científica, o que hayan sido establecidos mediante disposición legal y siempre que exista la partida presupuestaria correspondiente. En vista que los Artículos 5 de los respectivos estatutos de la Asociación de Empleados del I. Municipio de El Tambo y de la Asociación de Trabajadores de dicha municipalidad, delimitan claramente las finalidades de dichas entidades gremiales de carácter privado, tampoco resulta acorde a la Ley destinar o asignar una partida presupuestaria a favor de ellas.

2. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 3 y 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004, compete al Procurador General asesorar y absolver las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de normas constitucionales, legales, reglamentarias o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones o recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional.

En el caso concreto de los Mandatos Constituyentes, vista su especialísima condición y origen, considero que extralimita la facultad legal reseñada en el párrafo anterior, ya que cualquier interpretación, inteligenciamiento o lectura que pudiera darse de esas normas, configuraría la realización de un acto que vulneraría la jerarquía superior y consecuentemente, las facultades de la Asamblea Constituyente que las expidió; lo que sumado a lo previsto en los artículos 119 de la Constitución Política de la República y 2 del Mandato Constituyente 1, me obliga a denegar la atención a petitorios como el presente; por lo que me abstengo de absolver esa consulta.

3. De los documentos adjuntos a sus oficios, se desprende que su consulta se relaciona con la Ordenanza Constitutiva del Departamento de Desarrollo Cultural del Cantón El Tambo, aprobada el 15 de noviembre de 1996, en la que se grava con el 2% del monto de cada contrato de construcción y adquisición de bienes, que sería pagado por los contratistas de esa municipalidad. A esta consulta se aplican iguales consideraciones que a las mencionadas en la con-

sulta 1 de este oficio, en el sentido que las tasas son tributos que se cobran a los beneficiarios de servicios públicos, hasta por el costo para financiar los mismos.

4. El artículo 250 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal prevé que los bienes de uso público son inalienables, inembargables e imprescriptibles; en tanto que según lo dispuesto en el artículo 254 de la referida ley, son bienes de dominio privado los que no están destinados a la prestación directa de un servicio público y que no forman parte del dominio público.

El numeral 31 del artículo 63 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal permite a las municipalidades donar terrenos al Gobierno Nacional para la “construcción de hospitales y centros de salud”; el literal g) del artículo 150 de la indicada ley, les faculta a donar terrenos “para fines educacionales, culturales y deportivos, de acuerdo con la ley”; y, el artículo 151 de la referida Ley Orgánica, les autoriza donar terrenos “a favor de los partidos políticos legalmente reconocidos”. Sin embargo, de acuerdo al numeral 8 del Art. 64 de dicha Ley, le está prohibido al Concejo donar bienes destinados al uso general de los vecinos; y, según el numeral 4 y 8 del Art. 16 de la misma ley, le está prohibido al Estado y a cualquier otra autoridad extraña a la municipalidad (con obvia inclusión de las autoridades que las representan), el privarla de una parte de sus ingresos o el hacer partícipe de ellos a otra entidad distinta, sin resarcirle con otra renta equivalente en su cuantía, duración y rendimiento que razonablemente pudiere esperarse en el futuro.

Por lo expuesto, y atendiendo su consulta, considero que la Entidad Edilicia a su cargo no puede donar un lote de terreno a favor de la Asociación de Empleados del I. Municipio de El Tambo ni de la de la Asociación de Trabajadores de dicha Municipalidad para que construyan su sede social, pues, según se mencionó al contestar la consulta 1, los artículos 5 de cada uno de los Estatutos de las mencionadas asociaciones delimitan claramente las finalidades de dichas entidades gremiales de carácter privado.

En cuanto a las donaciones para la Asociación Interprofesional de Maestros, para edificar un centro de capacitación y formación artesanal y a favor de la Fundación Padre Nello Storony, para ser destinado a la construcción de una sala de terapia ocupacional, considero que tampoco corresponde al Concejo Municipal realizar tales donaciones, que además son extrañas a los fines municipales.

OF. PGE. N°: 02731, de 26-08-2008

MUNICIPALIDAD: PROFORMA PRESUPUESTARIA Y PRÓRROGA DE FUNCIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE CUENCA

CONSULTA:

Sobre la procedencia de que el Concejo Cantonal del Cantón Cuenca pueda aprobar la proforma del Presupuesto General Municipal hasta el 10 de febrero de 2009.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 3, 11 (Régimen de Transición) 238 y 240.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 63 num. 27 y 512.

PRONUNCIAMIENTO:

El numeral 27 del artículo 63 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, establece, entre los deberes y atribuciones del concejo, lo siguiente: "Aprobar, mediante ordenanza, hasta el 10 de diciembre de cada año, la proforma de presupuesto general municipal, el mismo que deberá guardar obligatoria concordancia con el Plan de Desarrollo Cantonal y Plan Operativo Anual, que registrará en el siguiente ejercicio económico. En caso de que el concejo no emitiera la ordenanza que contenga la aprobación de la proforma del presupuesto general municipal, hasta la fecha señalada, se tendrá por aprobada la proforma presentada por el alcalde, sin modificaciones.

Cuando se inicie el período del alcalde, el presupuesto se aprobará hasta el 10 de febrero de ese año, con los mismos efectos señalados en el inciso anterior, si el concejo no lo aprueba en el plazo indicado".

Igual alcance tiene el artículo 512 de la referida Ley Orgánica.

El Artículo 238 de la Constitución de la República incluye entre los gobiernos descentralizados a los concejos municipales y el 240 de la misma les confiere competencia legislativa en el ámbito de su competencias y jurisdicciones territoriales.

El artículo 3 del Régimen de Transición, que forma parte de la Constitución de la República publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, ordena al Consejo Nacional Electoral convocar en máximo 30 días

desde su posesión a elecciones de alcaldes y máximo 15 concejales y concejalas en cada cantón. El artículo 9 del mismo Régimen de Transición prevé que los alcaldes y concejales iniciarán sus períodos 30 días luego de proclamados los resultados de las elecciones de todas las dignidades.

Por su parte, el artículo 11 del citado Régimen de Transición preceptúa: “El Presidente y el Vicepresidente de la República, los parlamentarios andinos, prefectos, alcaldes, consejeros y concejales de mayoría y minoría, los miembros de las juntas parroquiales rurales, que se encuentran en funciones al momento del Referéndum Aprobatorio, culminarán sus períodos en las fechas de posesión de quienes sean electos conforme la normativa del Régimen de Transición.”.

Por lo indicado, los alcaldes en funciones no iniciarán un nuevo período de gestión en enero del 2009, sino que sus funciones se están prorrogando hasta cuando se posea el alcalde que resulte electo en las próximas elecciones generales. En consecuencia, le corresponde al concejo aprobar el presupuesto para el año 2009 hasta el 10 de diciembre del 2008.

OF. PGE. N°: 05009, de 25-11-2008

MUNICIPIO: CREACIÓN, CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL Y TRASPASO DE BIENES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE CATAMAYO

CONSULTA:

Al haberse creado el Municipio de Catamayo, pasaron, como activos de este Municipio, todos los bienes que hasta este momento eran de propiedad del Municipio de Loja.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 4 y 252.
Ley No. 65, de Creación del Cantón Catamayo, Art. 3 y Disp. Trans. Segunda.

PRONUNCIAMIENTO:

Se desprende del Informe del señor Procurador Síndico del Municipio de Catamayo que la consulta se formula con ocasión de la adquisición de un predio de tres hectáreas por la Municipalidad de Loja, a título de compraventa de una parte de la hacienda Guayquichuma, realizada mediante escritura pública

celebrada el 9 de octubre de 1959, ante el Notario Primero del Cantón Loja, inscrita en el Registro de la Propiedad de dicho cantón en ese mismo año, bajo el número 1350. Esta adquisición se hizo con el objeto de atender a la urbanización de Guayquichuma, según se afirma en el citado instrumento público. El señor Procurador Síndico de Catamayo manifiesta que la propiedad del terreno le corresponde al Municipio de Loja.

En atención al requerimiento de esta Procuraduría, mediante Oficio No. 01386, de 01 de septiembre de 2008, el señor Alcalde del Cantón Loja y el Procurador Síndico adjuntan criterio jurídico de dicha Municipalidad, según el cual el terreno en cuestión continúa siendo del Municipio de Loja, al haberlo adquirido a título de compraventa.

En Oficio No. 669-AJM-2008, de 01 de septiembre de 2008, dirigido por el señor Procurador Síndico Municipal de Loja al señor Alcalde de dicho cantón, en el que consta en el criterio jurídico solicitado, se refiere que en 1961 se adjudicaron 74 lotes de terreno, una vez concluida la lotización del predio original de más de tres hectáreas, quedando 14 de los 88 que era el número total de lotes en que se parceló el terreno de mayor extensión. Según el Procurador Síndico, nueve (9) de estos 14 lotes están en posesión de varias personas habitantes de la parroquia Guayquichuma, por lo cual el Cabildo de Loja, en sesión de mayo de 2007, resolvió la venta de los terrenos a los poseedores.

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal atribuye de manera exclusiva al Presidente de la República la iniciativa de presentar proyectos de ley para la creación de cantones; y, el artículo 5 de la misma ley, prohíbe asignar al nuevo cantón, sin justa compensación, bienes que pertenezcan a otro.

La Ley No. 65, de creación del Cantón Catamayo, publicada en el Registro Oficial No. 445, de 22 de mayo de 1981, nada reguló sobre este terreno; sino únicamente sobre lo relacionado con asignaciones presupuestarias y acciones adquiridas por Catamayo en la empresa Regional del Sur, así como en los convenios celebrados por el Municipio de Loja para la dotación de servicios públicos en la nueva circunscripción cantonal, según el artículo 3 y Disposición Transitoria Segunda, respectivamente.

Adicionalmente, la Municipalidad de Loja adquirió el predio de mayor extensión a título de compraventa, según escritura pública celebrada el 9 de octubre de 1959, ante el Notario Primero del Cantón Loja, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad de dicho cantón en ese mismo año, bajo el número

1350. Posteriormente lotizó el predio en 88 lotes de terreno, de los cuales aún no enajena 14. Por tanto, cuenta con justo título inscrito que acredita el dominio sobre estos lotes de terreno que quedaron sin adjudicarse, producto de la urbanización del predio de tres hectáreas arriba referido, por lo que puede disponer de ellos, previo el cumplimiento de las formalidades previstas en la Ley.

A la Municipalidad de Catamayo le pertenecen y corresponden los bienes públicos de tal urbanización, según lo dispone el artículo 252 de la Ley de Régimen Municipal. Es decir, calles, avenidas, puentes, pasajes y demás vías de comunicación que no pertenezcan a otra jurisdicción administrativa; plazas, parques, ejidos y demás espacios destinados a la recreación u ornato público; aceras, soportales o poyos que formen parte integrante de las calles y plazas y demás elementos y superficies accesorios de las vías de comunicación o espacios públicos antes referidos; quebradas con sus taludes y los ríos con sus lechos y plazas en la parte que pasa por las zonas urbanas o sus reservas; superficies obtenidas por rellenos de quebradas con sus taludes; fuentes de agua destinadas al ornato público; los demás bienes que en razón de su uso o destino cumplen una función semejante a los antes citados; y, los demás que ponga el Estado bajo el dominio municipal, los cuales no requieren de documento de transferencia a su favor.

En tal virtud, únicamente pasaron a Catamayo los activos y bienes expresamente mencionados en la Ley de Creación como Cantón y los bienes públicos de su circunscripción territorial, así considerados por la Ley Orgánica de Régimen Municipal y que no requieren de documento de transferencia de dominio y no pertenecen a otras instituciones del sector público. Por tanto, los lotes de terreno en mención son de propiedad de la Municipalidad de Loja, por contar con justo título inscrito en el Registro de la Propiedad.

OF. PGE. N°: 04007, de 07-10-2008

MUNICIPIO: ESCALA DE REMUNERACIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE AMBATO

CONSULTA:

Sobre el nivel de la escala nacional de remuneraciones que deben ubicarse a los funcionarios y servidores de esa Municipalidad.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 225 num. 2, 229 y 240.
LOSCCA, Arts. 52 y 54.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el artículo 225, número 2, de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, el sector público comprende, entre otros organismos, las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

El Art. 229 de la citada Constitución, dispone que serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público; mientras que el segundo inciso expresa que los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables; 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. Agrega además, que 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.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 238 de la referida Constitución, constituyen gobiernos autónomos descentralizados las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales.

Según el artículo 240 de la indicada Carta Constitucional, los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones, tendrán facultades legislativas y ejecutivas en el ámbito sus competencias y jurisdicciones territoriales.

Con fundamento en lo expuesto considero que, hasta que se expida la ley que indica la vigente Constitución de la República, en la cual se determine el organismo rector que regule sobre los recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público, corresponderá aplicar la escala de remuneraciones que haya adoptado esa Municipalidad, sin perjuicio de que pueda sujetarse a las escalas expedidas por la SENRES, toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 52 y 54 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones el Sector Público, es el orga-

nismo competente en lo relativo a la administración de los recursos humanos y remuneraciones de las instituciones del sector público señaladas en esa Ley.

OF. PGE. N°: 04597, de 10-11-2008

MÚSICOS: PLURIEMPLEO Y CARGA HORARIA

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSERVATORIO SUPERIOR NACIONAL DE MÚSICA

CONSULTA:

Relacionada con la carga horaria que debe cumplir el doctor Andrés Luciano Carrera de la Torre, quien tiene el cargo de profesional 4 y desempeña funciones de responsable del departamento de instrumentos musicales y además ejerce otro cargo público en la Orquesta Sinfónica Nacional como profesional 6.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 125.

LOSCCA, Art. 12.

D.S.N°.. 3001, R.O. N°. 725 de 05-12-1978.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 125 de la Constitución Política de la República, concordante con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, prohíben el pluriempleo, definido éste como el desempeño de más de un cargo público al mismo tiempo, con excepción del ejercicio de la cátedra universitaria.

El Decreto Supremo No. 3001 publicado en el Registro Oficial No. 725 de 5 de diciembre de 1978, asimila la docencia universitaria a los profesionales músicos de las Orquestas Sinfónicas y Conservatorios Nacionales de Música, permitiéndoles que ejerzan simultáneamente cátedras en esos centros y en cualquier otro de enseñanza musical del país.

En aplicación de las normas invocadas, los profesionales músicos que laboran tanto en las Orquestas Sinfónicas cuanto en los Conservatorios Nacionales, pueden ejercer simultáneamente cátedras en esos centros o en cualquier otro de

enseñanza musical, sin incurrir en la prohibición del pluriempleo y siempre que su horario lo permita.

OF. PGE. N°: 01818, de 14-07-2008

NEPOTISMO: CONCEJAL

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE LAGO AGRIO

CONSULTA:

Si el Alcalde puede contratar o conceder nombramiento a un hijo o a un hermano de un Concejal; y, si puede algún hermano o un hijo de los Concejales acceder a un nombramiento dentro de la institución por concurso abierto de méritos y oposición sin que en estos casos se configure el nepotismo.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 5; y , 5 de su Reglamento.
Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 64 num. 12.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el Art. 5 inciso primero determina que nepotismo es el acto ilegal ejecutado por un dignatario, autoridad o funcionario, en la designación, nombramiento o contratación en un puesto o cargo público, hecha dentro de la misma función del Estado, institución, entidad u organismo que representa o ejerce su servicio a la colectividad, a favor del cónyuge, del conviviente en unión de hecho, de sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

El Art. 5 del Reglamento *ibídem* prohíbe a la autoridad nominadora nombrar en un puesto o celebrar contratos laborales o de servicios ocasionales, dentro de la misma función del Estado, institución o empresa que representa o ejerce su servicio a la colectividad, al cónyuge, conviviente en unión de hecho, o de sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de la autoridad nominadora o de los miembros de cuerpos colegiados o delegados de donde emana dicho acto o contrato.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal en el Art. 64 numeral 12 contempla como prohibición del Concejo, el de conceder a algunos de sus miembros o a

los parientes de estos, comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, cargos remunerados o contratos lucrativos cuyo nombramiento o concesión corresponde al Concejo.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, considero que no procede la contratación o nombramiento de parientes del Alcalde o de los Concejales, comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, lo cual constituye nepotismo en los términos señalados.

OF. PGE. N°: 0441, de 12-05-2008

NEPOTISMO Y CONTRATO DE SERVICIOS OCASIONALES: CONSEJERO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE
ZAMORA CHINCHIPE

CONSULTAS:

1. Si existe nepotismo al contratarse a un pariente de un consejero hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
2. Si es legal el pago de honorarios a dicho profesional que laboró íntegramente durante dos meses, atendiendo el principio constitucional de que nadie puede ser obligado a efectuar trabajos de forma gratuita.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 7; y, 5 de su Reglamento.
Ley Orgánica de Régimen Provincial, Art. 22 lit. a).

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El Art. 7 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, concordante con el Art. 5 de su Reglamento de aplicación, definen al nepotismo, como el acto ilegal ejecutado por un dignatario, autoridad o funcionario en la designación, nombramiento o contratación en puesto o cargo público, a favor del cónyuge, del conviviente en unión de hecho, de sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y agrega, que también constituirá nepotismo, cuando el acto ilegal antes señalado beneficie o favorezca a personas vinculadas en los términos indicados a

miembros del cuerpo colegiado del que sea parte el dignatario, autoridad o funcionario del que emanó dicho acto.

El Art. 22 letra a), de la Ley Orgánica de Régimen Provincial, prohíbe al Prefecto y a los consejeros, intervenir en las resoluciones de los asuntos en que sean personalmente interesados, o en los que lo sean sus parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, incluyendo la participación en una elección a favor de parientes del Prefecto o de los consejeros, en los grados indicados.

De lo expuesto, se concluye que, si el contrato habría sido celebrado bajo modalidad de servicios profesionales, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, toda vez que, según se desprende del contrato que se ha acompañado a la consulta, se ha suscrito para la prestación de servicios en calidad de abogado en la Dirección de Asesoría Jurídica del Consejo Provincial, esto es, bajo relación de dependencia, sujeto a remuneración y horario a tiempo completo, componentes que vinculan la labor en el caso consultado, bajo un contrato de servicios ocasionales y por tanto, incurso en la figura del nepotismo, por la relación de parentesco en el cuarto grado de consanguinidad entre el contratado y el consejero que indica en su consulta.

2. Respecto al pago de honorarios, me abstengo de pronunciarme, por los fundamentos consignados en la primera consulta.

OF. PGE. N°: 04568, de 07-11-2008

NOMBRAMIENTO PROVISIONAL: PAGO DE DIFERENCIAS DE REMUNERACIONES, SUBROGACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE IMBABURA

CONSULTA:

Es procedente el pago de la diferencia de remuneraciones desde el 4 de marzo hasta el 15 de agosto de 2008, en base al Nombramiento Provisional.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 11, 101, 123, 132, Disp. Trans. Séptima; y, 238 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público en el artículo 132 dispone: “Cuando por disposición de la ley o por orden escrita de autoridad competente, un servidor deba subrogar a superiores jerárquicos que perciban mayor remuneración mensual unificada, recibirá la diferencia de la remuneración mensual unificada que corresponda al subrogado, durante el tiempo que dure el reemplazo, a partir de la fecha en que se inicia tal encargo o subrogación y hasta por un máximo de sesenta días, sin perjuicio del derecho del titular. En el caso de puestos vacantes la autoridad nominadora deberá designar al titular en el plazo máximo de sesenta días”.

Por su parte, el artículo 238 del Reglamento a la mencionada Ley Orgánica, señala: “La subrogación procederá cuando servidor deba asumir las competencias correspondientes al puesto de dirección o jefatura profesional cuyo titular se encuentra legalmente ausente, hasta por un periodo máximo de sesenta días al año.

El servidor subrogante tendrá derecho a percibir la diferencia que exista entre la remuneración mensual unificada de su puesto y del puesto subrogado. Este pago será exclusivamente por el tiempo de subrogación que no podrá exceder por ningún concepto más de sesenta días por una sola vez al año.

Habrá lugar a encargo a puesto vacante cuando un servidor deba asumir las competencias de un puesto de dirección o jefatura profesional que se encuentre vacante hasta por un periodo máximo de sesenta días al año.

El pago por encargo y subrogación se hará efectivo a partir del primer día del ejercicio del mismo, hasta por sesenta días; y los aportes al IESS serán los que corresponda al puesto del encargo o subrogación, mientras dure la misma, sobre la base de lo dispuesto en la disposición transitoria séptima de la LOS-CCA. No habrá lugar al pago por subrogación o encargo al puesto de Asesor.

Las autoridades nominadoras cumplido ese lapso, deberán nombrar al titular de los puestos en el caso de las vacantes. Si la autoridad nominadora o quien hiciera las veces no convocare al correspondiente concurso de méritos y oposición para ocupar el puesto vacante, las UARHs de oficio y en el plazo de treinta 30 días desarrollarán el proceso selectivo que permita llenar la vacante para lo cual informará a la autoridad nominadora”.

En el presente caso, el licenciado Javier Torres Carlozama, subrogó al titular de la Dirección de Comunicación Social por el período de 60 días, permitido por la ley, habiéndose liquidado sus haberes por dicho concepto.

El Reglamento a la indicada Ley Orgánica en su artículo 11, determina las clases de nombramientos extendidos para la función pública, entre los cuales consta el nombramiento provisional y una de sus clases es el nombramiento provisional por reemplazo, expedido para ejercer funciones de un servidor que se hallare ausente, con licencia o comisión de servicios sin remuneración. (literal a), subliteral a.3).

A tal efecto, el Gobierno Provincial de Imbabura, otorga nombramiento provisional al licenciado Javier Torres Carlozama, por el período de 4 de marzo al 15 de agosto de 2008.

Según consta del certificado de la Contadora General del Gobierno Provincial de Imbabura (E) de 17 de noviembre de 2008, al licenciado Torres se le acreditó el valor correspondiente a la subrogación de funciones en calidad de Director de Comunicación Social y Relaciones Institucionales, por el período de 3 de enero al 31 de marzo de 2008.

Al respecto, el inciso primero del artículo 123 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, determina la prohibición de pluriempleo y de percibir dos remuneraciones: "Sin perjuicio de lo prescrito por la Constitución Política de la República, a ningún título, ni aún el de contrato, comisión u honorarios, ninguna autoridad, funcionario, servidor o trabajador percibirá dos remuneraciones provenientes de funciones, puestos o empleos desempeñados en las entidades y organismos contemplados en el Art. 101 de esta Ley".

Por lo expuesto, es procedente el pago de las remuneraciones desde el 4 de marzo hasta el 15 de agosto de 2008, en base al Nombramiento Provisional, al licenciado Javier Torres Carlozama; considerando que el pago efectuado por el periodo de 4 al 31 de marzo de 2008, deberá imputarse al nombramiento provisional.

OF. PGE. N°: 05266, de 09-12-2008

NOMBRAMIENTO PROVISIONAL: PUESTO DE FUNCIONARIO EN COMISIÓN DE SERVICIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS

CONSULTAS:

Si es procedente efectuar el nombramiento provisional de un servidor de la institución en el puesto de otro que se encuentra en comisión de servicios sin remuneración en otra institución pública.

Adicionalmente consulta si procede nombrar provisionalmente a un segundo funcionario en el puesto que deja quien pasa a reemplazar al servidor en comisión de servicios; y, si la vacante que a su vez deja el último mencionado, puede ser ocupada provisionalmente por una persona de fuera de la institución que cumpla los requisitos de ingreso al servicio civil, todo ello estrictamente por el tiempo de duración de la comisión de servicios sin remuneración que es la que permite efectuar estos desplazamientos funcionales de duración provisional y que determina la necesidad de hacerlos.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 18 lit. b.4), 19, 32, 33, 71, 74; y, 11 a.3), 20 al 22 y 168 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos, LOSCCA, en el Art. 32 establece la comisión de servicios sin remuneración de los servidores públicos; y, el Art. 33 señala que el puesto de un servidor en goce de licencia o comisión de servicios sin remuneración solo podrá ser llenado provisionalmente en caso de necesidad de servicio.

El Art. 18 de la LOSCCA clasifica los nombramientos para el ejercicio de una función pública, en Regulares y Provisionales.

Dentro de los nombramientos provisionales, en el Art. 18 letra b.4) de la invocada Ley, constan los expedidos para ejercer las funciones de un servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneraciones.

En similares términos consta el Art. 11 a.3 del Reglamento de la Ley en estudio, añadiendo que en aquellos nombramientos provisionales se determinará expresamente su tiempo de duración.

El Art. 19 de la LOSCCA consigna la prestación de servicios ocasionales por contrato, regulados en los artículos 20 al 22 del Reglamento de esa Ley.

Para el ingreso de una persona a un puesto en un organismo e institución del sector público, la LOSCCA en el Art. 71 permite el ingreso por concurso de merecimiento y oposición; luego de lo cual, seleccionado y designado el ganador del concurso estará sujeto a un periodo de prueba de seis meses; y, quien será designado con nombramiento provisional mientras se encuentre en periodo de prueba, de conformidad con los Arts. 74 de la LOSCCA y 168 de su Reglamento.

De ahí que el ingreso de una persona al sector público se efectúa mediante contrato de servicios ocasionales o por concurso de merecimientos y oposición; en este caso, con nombramiento provisional mientras dure el periodo de prueba de seis meses.

Del oficio que contesto se determina que, la Superintendencia de Bancos y Seguros por necesidad de servicio requiere designar provisionalmente a servidores de ese Organismo a cargo de quien se encuentra en comisión de servicios; y, así sucesivamente hasta ubicar en el puesto que corresponde al último servidor público nombrado provisionalmente, en cuya denominación y partida presupuestaria se desea designar a una persona de fuera de la institución que cumpla con los requisitos para el ingreso al servicio civil.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede considero que procede la designación con nombramiento provisional en el cargo del servidor que se encuentra en comisión de servicios sin remuneración, por el tiempo en que concluya tal comisión. Sin embargo, no es procedente designar a una persona particular en el puesto del servidor que sería designado provisionalmente, la que podría ingresar al sector público bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales o por concurso de merecimientos y oposición.

OF. PGE. N°: 01523, de 26-06-2008

ORQUESTA SINFÓNICA DE LOJA: DELEGACIÓN A SERVIDOR COMO REPRESENTANTE DEL DIRECTOR

ENTIDAD CONSULTANTE: ORQUESTA SINFÓNICA DE LOJA

CONSULTA:

Si la Ley y el Estatuto Orgánico determinan que la Junta Directiva estará integrada por el Decano de la Facultad de Artes de la Universidad Nacional de Loja, que de acuerdo a la estructura organizacional corresponden dichas funciones actualmente al Director del Área de la Educación, el Arte y la Comunicación de dicha Universidad, no proveyéndose "o su delegado", puede legalmente el Rector de la Universidad Nacional de Loja, delegar a un servidor, docente o funcionario, ajeno a quien ostenta la dignidad de Director del Área de la Educación, el Arte y la Comunicación, para que integre la Junta Directiva de la Orquesta Sinfónica de Loja.

BASES LEGALES:

Ley N° 33, R.O.S N° 183, 29-10-1997, Art. 4.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 55.

Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Orquesta Sinfónica de Loja, Art. 10 num. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

El Art. 4 de la Ley No. 33, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 183 de 29 de octubre de 1997, dispone que la Junta Directiva de la Orquesta Sinfónica de Loja estará integrada por el Ministro de Educación y Cultura (actual Ministerio de Educación) o su delegado, quien la presidirá; por el Director del Conservatorio Nacional de Música; por el Presidente de la Sociedad de Autores y Compositores Ecuatorianos (SAYCE), Núcleo de Loja; por el Presidente de la Casa de la Cultura, Núcleo de Loja; y, por el Decano de la Facultad de Artes de la Universidad Nacional de Loja.

Mediante Resolución No. 001-JD-OSL-07, publicada en el Registro Oficial No. 361 de 17 de junio de 2008, la Orquesta Sinfónica de Loja, expidió el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de dicha entidad, cuyo Art. 10 numero 1, establece como uno de los procesos gobernantes, a la Junta Directiva, conformada, entre otros miembros, por el Decano de la Facultad de Artes de la Universidad Nacional de Loja, que de acuerdo a la estructura organizacional, actualmente lo ejerce el Director del Área de Educación, el Arte y la Comunicación de dicha entidad.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, "delegar" es conceder a otro la jurisdicción o las atribuciones propias, a fin que haga sus veces, mientras que "delegante" es el que transmite atribuciones.

El Art. 55 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que ha sido invocado en el informe del asesor jurídico de la Orquesta Sinfónica de Loja, respecto a la delegación de atribuciones, dispone que las atribuciones propias de las diversas entidades y autoridades de la Administración Pública Central e Institucional, serán delegables en las autoridades u órganos de inferior jerarquía, excepto las que se encuentren prohibidas por Ley o por Decreto. La delegación será publicada en el Registro Oficial; y agrega que los delegados de las autoridades y funcionarios de la Administración Pública Central e Institucional en los diferentes órganos y dependencias administrativas, no requieren tener calidad de funcionarios públicos.

Teniendo en cuenta que el Rector de la Universidad Nacional de Loja, no es miembro de la Junta Directiva de la Orquesta Sinfónica de Loja, considero que carece de atribuciones propias para delegar a un servidor, docente o funcionario, en representación del Director del Área de la Educación, el Arte y la Comunicación, para que integre la Junta Directiva de la Orquesta Sinfónica de Loja.

OF. PGE. N°: 05105, de 27-11-2008

ORQUESTA SINFÓNICA NACIONAL: DIRECTOR, VOZ Y VOTO DE LAS DECISIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA

ENTIDAD CONSULTANTE: ORQUESTA SINFÓNICA NACIONAL

CONSULTA:

El señor Director Titular de la Orquesta Sinfónica Nacional del Ecuador, a más de intervenir en asuntos técnico musicales de la Orquesta, puede intervenir con voz y voto en decisiones de la Junta Directiva, que se refieran al ámbito administrativo de la Orquesta, para cumplir con sus objetivos, con un adicional, de que no existe impedimento legal para ello.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 7, 61 y 63.
Codificación y Reforma de la Ley Constitutiva de la Orquesta Sinfónica Nacional, Arts. 5, lit. e); y, 5, 7 lit. c), 14 lit. c) del Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

La vigente Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, ha dado un paso innovador en cuanto al reco-

nocimiento de los derechos políticos para los extranjeros; así, el Art. 9 dispone que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que los ecuatorianos, de acuerdo con la Constitución; y, en el último inciso del Art. 61, expresa que las personas extranjeras gozarán de los derechos ahí establecidos, en lo que les sea aplicable.

El último inciso del Art. 63 de la Constitución de la República, establece que las personas extranjeras residentes en el Ecuador tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años.

Los artículos 5, letra e) de la Codificación y Reforma de la Ley Constitutiva de la Orquesta Sinfónica Nacional y 7, letra c), del Reglamento a dicha ley, señalan como uno de los miembros de la Junta Directiva de la institución, al Director Técnico Titular de la Orquesta Sinfónica Nacional.

El segundo inciso del mencionado Art. 9 del Reglamento a la Ley de la Orquesta Sinfónica Nacional, establece que integrará la Junta Directiva en calidad de Secretario, con voz informativa, y sin derecho a voto, el Director Ejecutivo de la Orquesta Sinfónica Nacional del Ecuador.

De conformidad con el Art. 5 del Reglamento invocado, la Junta Directiva se reunirá en sesiones ordinarias y extraordinarias, y agrega que las sesiones ordinarias se llevarán a cabo una vez por semana, mientras que las sesiones extraordinarias, se realizarán cuando el caso lo amerite, previa convocatoria realizada a pedido del Presidente o de dos de los miembros.

Los Capítulos: III, IV, y V, del Reglamento a la Codificación a la Ley de la Orquesta Sinfónica Nacional, establecen que el mencionado organismo está compuesto de un Director Técnico Titular; un Director Técnico Asistente; y un Director Ejecutivo, con sus propios deberes y atribuciones.

Entre las atribuciones del Director Técnico Titular, dispuestas en el Art. 14, letra e) del mencionado Reglamento, está la de ejercer la representación artística de la Orquesta.

Cabe aclarar que en el pronunciamiento No. 08482 de 16 de febrero de 2008, expedido por esta Procuraduría, se manifestó que el actual Director Titular de la Orquesta Sinfónica Nacional del Ecuador, de nacionalidad suiza, continúe actuando como miembro de la Junta Directiva de esa institución, con voz y voto, exclusivamente en el ámbito de su competencia, bajo los parámetros indicados, siempre que no ejerza la representación legal de dicho organismo.

Tal afirmación, no implica que el Director Técnico Titular no intervenga con voz y voto en asuntos administrativos de la Orquesta Sinfónica Nacional, si es que éstos están relacionados con asuntos artísticos de dicha entidad, tanto más que, cómo se expresa en el oficio que contesto, es el Director Técnico Titular, el que da quórum a la sesión, siendo improcedente separar los asuntos administrativos de los asuntos técnico musicales, en razón de que estos se complementan.

Con fundamento en la normativa constitucional y legal que antecede, considero que el Director Titular, puede intervenir con voz y voto en los asuntos administrativos y artísticos de la Orquesta Sinfónica Nacional, tanto más que, la Constitución de la República le otorga los mismos derechos civiles y políticos en tanto le sea aplicable, no existiendo impedimento alguno para el efecto.

OF. PGE. N°: 05231, de 05-12-2008

PATENTES MUNICIPALES: IMPUESTOS

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE PAQUISHA

CONSULTA:

Será factible modificar, la tabla que se encuentra dentro de la Ordenanza que regula la Administración, Control y Recaudación del Impuesto de Patentes Municipales en el Cantón Paquisha, la misma que fue aprobada por el Concejo Municipal de Paquisha, y publicada en el Registro Oficial, conforme lo determina el Art. 365, inciso segundo, de la Ley de Régimen Municipal.

BASES LEGALES:

Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 63, 123, 124, 125, 126, 127 y 128.

PRONUNCIAMIENTO:

La Codificación a la Ley Orgánica de Régimen Municipal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.159, de 5 de diciembre de 2005, establece en su Art. 63, numeral 23), que es atribución de los Concejos Municipales el "Aplicar, mediante ordenanza, los tributos municipales creados expresamente por la ley".

El Art. 123 en concordancia, establece que: "Los concejos decidirán de las cuestiones de su competencia y dictarán sus providencias por medio de orde-

nanzas, acuerdos o resoluciones”; y añade el inciso segundo: “Los actos decisorios de carácter general, que tengan fuerza obligatoria en todo el municipio, se denominarán ordenanzas, y los que versen sobre asuntos de interés particular o especial, acuerdos o resoluciones”.

Los artículos subsiguientes (124-128), determinan el trámite o procedimiento a seguir para la expedición de las ordenanzas, el mismo que resumiendo, indica que para su expedición, se requerirá de dos debates del Concejo en sesiones distintas; que una vez aprobadas aquellas, deberán ser remitidas al Alcalde en el término legal, para su sanción; y que en el caso de que existieren observaciones, éstas deberán ser resueltas por el Concejo en una sola sesión, y que en el evento de que se produzca la insistencia sobre su aprobación, se requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de los miembros concurrentes, hecho lo cual, se remitirá la ordenanza al Alcalde, para que esa autoridad proceda a ordenar su ejecución y promulgación; trámite éste último, que en el caso de referir a una norma de carácter tributario, implicará su necesaria publicación en el Registro Oficial.

De lo expuesto en su consulta, se advierte que para el evento de que sea menester introducir una reforma a la ordenanza que contenga un acto decisorio del Concejo, como son los de carácter tributario, se deberá seguir el mismo trámite que se efectuó para la expedición de la norma original.

Con respecto a la procedencia o necesidad de que se modifiquen o reduzcan valores, como parte de esa reforma impositiva, esto obviamente es decisión privativa de la entidad a la que usted representa, sin que sea facultad de esta institución el pronunciarnos al respecto.

OF. PGE. N°: 0421, de 12-05-2008

PATRIMONIO CULTURAL: AFECTACIÓN DE BIENES, INDEMNIZACIÓN Y TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE TUNGURAHUA

CONSULTAS:

1. Si es pertinente que mediante una decisión del Instituto de Patrimonio Cultural, que no puede tener efecto retroactivo, se puedan afectar compromisos previamente adquiridos como es el caso de un contrato suscrito dentro del trámite normal de Ley.

2. "Si es pertinente que obligado a cumplir dicha decisión, el Consejo Provincial de Tungurahua deba suspender los trabajos de asfaltado en el tramo entre San Luis y Unamuncho, de una longitud de seis kilómetros, a pesar de que no existe ningún proyecto debidamente concebido y financiado, que justifique la decisión de mantener un supuesto "patrimonio", en una vía que ha sido objeto de intervenciones anteriores para hacerla transitable y en la cual no existen vestigios de carácter arqueológico y que no plantea adicionalmente ninguna modificación al trazado actual de la vía".

3. "De ser afirmativa la respuesta, qué causal del contrato firmado entre el H. Consejo y la empresa Alvarado Ortiz Constructores Cia. Ltda., justificaría la terminación del indicado contrato y si cabrían indemnizaciones a favor del contratista por esta terminación anticipada".

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 119.

Codificación a la Ley de Patrimonio Cultural, Arts. 4, 6, 7 inc. final y 13.

PRONUNCIAMIENTO:

De acuerdo a lo dispuesto por el Art. 4 de la Codificación a la Ley de Patrimonio Cultural, corresponde al Instituto de Patrimonio Cultural, las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Investigar, conservar, preservar, restaurar, exhibir y promocionar el Patrimonio Cultural en el Ecuador; así como regular de acuerdo a la Ley todas las actividades de esta naturaleza que se realicen en el país;
- b) Elaborar el inventario de todos los bienes que constituyen este patrimonio ya sean propiedad pública o privada;
- c) Efectuar investigaciones antropológicas y regular de acuerdo a la Ley estas actividades en el País;
- d) Velar por el correcto cumplimiento de la presente Ley; y,
- f) Las demás que le asigne la Ley y Reglamento correspondiente.

Según señala el Art. 6 ibídem, las personas naturales y jurídicas, la Fuerza Pública, y el Servicio de Vigilancia Aduanera, están obligados a prestar su colaboración en la defensa y conservación del Patrimonio Cultural Ecuatoriano.

El Art. 7 de la mencionada Ley, a más de señalar taxativamente cuáles son los bienes que se declaran como pertenecientes al Patrimonio Cultural del Estado, y sus diferentes categorías, establece en su inciso final y en lo pertinente a lo

que se consulta, que: “Cuando se trate de bienes inmuebles se considerará que pertenece al Patrimonio Cultural del Estado el bien mismo, su entorno ambiental y paisajístico necesario para proporcionarle una visibilidad adecuada; debiendo conservar las condiciones de ambientación e integridad en que fueron construidos. Corresponde al Instituto de Patrimonio Cultural delimitar esta área de influencia”.

Conforme indica en su consulta, el referido “Camino del Rey” no obstante el carácter prehispánico que se aduce tener, no consta haber sido delimitado a efectos de declarárselo formalmente como perteneciente al Patrimonio Cultural del Estado, sino que por el contrario, ha sido objeto de visibles afectaciones e intervenciones anteriores, todas relativas al mejoramiento de su condición como camino vecinal rural, contando aquél, con cunetas y empedrado moderno que evidentemente desdican de cualquier tipo de acciones de conservación de sus características originales y del aporte arqueológico que suponga poseer.

Si bien resulta explícita la normativa antes citada, considero que la controversia suscitada entre el Consejo Provincial de Tungurahua y el Instituto Ecuatoriano de Patrimonio Cultural, da cuenta de una evidente falta de coordinación entre esas instituciones, especialmente por parte del INPC que debía propender a la conservación de lo que ha considerado como patrimonio cultural, adoptando las resoluciones correspondientes en forma oportuna, mucho antes de que consten ya ejecutadas varias obras de vialidad, anteriores incluso a las que actualmente son materia de discusión; ejecutorias que por extemporáneas, vuelven impracticable la disposición del Art. 13 de la Codificación a la Ley de Patrimonio Cultural. Dado que de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 119 de la Constitución Política de la República, las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos que las representan, tienen el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común, insto a las partes en conflicto a que procuren llegar a un consenso o acuerdo que no signifique perjudicar los intereses de terceros, que nada tienen que ver con la falta de previsión institucional.

OF. PGE. N°: 02145, de 31-07-2008

**PARTIDOS POLÍTICOS: FONDO DE REPOSICIÓN
PARTIDARIO PERMANENTE**

ENTIDAD CONSULTANTE: TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL

CONSULTAS:

1. Es procedente en base al principio de Equidad consagrado en la Constitución Nacional contemplar e incluir a los Movimientos Políticos en el cálculo y posterior reparto de los valores a los que hacen referencia los Arts. 59 y 60 de la Ley de Partidos Políticos mejor conocidos como Fondo Partidario Permanente y Fondo de Reposición respectivamente, haciéndolos consecuentemente también beneficiarios de estos derechos; y,

2. Es procedente utilizar los resultados de la elección de la Asamblea Nacional Constituyente para el cálculo y entrega de los denominados Fondos de Reposición y Partidario o se debe utilizar para dicho cálculo los resultados del anterior proceso electoral.

BASES LEGALES:

Codificación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, Arts. 59 y 60.

Reglamento a la Ley de Control del Gasto y Propaganda Electoral, Arts. 1 y 30.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante Decreto Ejecutivo No.1865, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 364, de 26 de septiembre de 2006, se dicta el Reglamento a la Ley de Control del Gasto y Propaganda Electoral, norma que según dispone su Art. 1, se aplica para los partidos políticos, los movimientos políticos, entre otros.

El Art. 30 de la norma ibídem, al tratar sobre el tema de "Juzgamiento de Cuentas", establece que tanto los costos y los gastos que hayan realizado los organismos electorales para la práctica de las auditorías especiales, serán cubiertos por el respectivo "sujeto político", a quien según dicha prevención, le será requerido el pago correspondiente, y esa misma norma determina, que aquél valor podrá cancelarlo a través de pago directo, descuento del Fondo Partidario Permanente o mediante juicio coactivo.

Como se puede advertir, si el propio Reglamento antes en mención, aplica no solo para los partidos políticos sino también para los movimientos políticos, y en lo que respecta a juzgamiento de cuentas se determina que la cancelación de adeudos de todos esos "sujetos políticos", podrá efectuarse por descuento del Fondo Partidario Permanente, resultará obvio entender que esos "movimientos políticos", por su condición de "sujetos políticos", son también partícipes del Fondo Partidario Permanente.

Como cita en su oficio, si bien los artículos 59 y 60 de la Codificación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, refieren de manera exclusiva a "partidos

políticos"; sin embargo, es a partir de las reformas constitucionales de 1995 producto de la Consulta Popular, en dónde se reconoce los derechos de las personas no afiliadas a los partidos políticos (independientes) a terciar en las elecciones, se ha de entender que la exclusividad que se confería solo a los partidos políticos legítimamente reconocidos deja de surtir efecto, y por ende, no cabría privar de los derechos que la ley reconoce para los partidos, a los movimientos de independientes u otras agrupaciones políticas similares, en tanto mantengan un cierto grado de representatividad, el cual se mediría en base a los resultados que arrojasen los procesos electorales correspondientes.

En suma, si lo principal ha sido considerar la equidad y el derecho que tienen los ciudadanos para elegir y ser elegidos, independientemente de si están o no afiliados a un partido político, todos los derechos que las leyes y demás normas inferiores reconozcan a favor de los partidos políticos deberán entenderse ampliadas también a favor de los movimientos y demás agrupaciones políticas. Por tanto, sobre la base de determinado grado de representatividad que éstas ostenten, producto de los resultados que arrojasen los procesos electorales en que hayan intervenido, podrán tener acceso no solo el Fondo Partidario Permanente, sino también al Fondo de Reposición del Gasto Electoral, ya que ambos constituyen aportes presupuestarios que entrega el Estado, en virtud de la obligación que tiene de proteger y garantizar la organización y funcionamiento de quienes participan de la vida política del país, terciando en las elecciones que se convocasen para el efecto.

Con respecto a si existe alguna aparente distinción entre procesos de elecciones pluripersonales nacionales o cualquier otro tipo de elecciones que se sucedan dentro de determinado año, para la entrega de referidos fondos, considero que el espíritu de la norma radica en considerar como parámetro indicativo la representatividad de esos sujetos políticos, para luego proceder a la repartición de cada uno de esos fondos, recuérdese que un 40% del Fondo Partidario Permanente, se distribuiría en proporción a los votos obtenidos por esa agrupación en las últimas elecciones en que hubieren intervenido, al igual que como sucede con la totalidad del Fondo de Reposición del Gasto Electoral. Lo importante es determinar que la agrupación que pretende ser beneficiaria, haya participado o terciado efectivamente en el respectivo proceso electoral, y haya obtenido los votos necesarios que le otorguen la representatividad adecuada.

En el caso consultado, el último proceso electoral pluripersonal corresponde a la elección de los representantes ante la Asamblea Nacional Constituyente, por

lo cual este proceso debe ser considerado para efectos de la distribución de los Fondos Partidarios Permanente y de Reposición de Gasto Electoral.

OF. PGE. N°: 01709, de 08-07-2008

PATRONATO MUNICIPAL SAN MIGUEL DE IBARRA: NATURALEZA JURÍDICA

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE IBARRA

CONSULTA:

Si el Patronato Municipal San Miguel de Ibarra es una Institución que pertenece al sector público o al sector privado y cuáles son las normas que regulan su actividad.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 66 num. 13 y 255.

Código Civil, Arts. 564 y 565.

Reglamento para la Aprobación de Estatutos, Reformas y Codificaciones, Liquidación y Disolución, y Registro de Socios y Directivas, de las Organizaciones previstas en el Código Civil y en la Leyes Especiales, Art. 26 y Disp. Gen. Segunda.

A. M. N° 152, 18-02-2004.

D. E. N° 3054, R.O N° 660, 11-09-2002.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 225 de la Carta Constitucional indica que el sector público comprende los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Por su parte el numeral 13 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho de las personas a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

El artículo 564 del Código Civil señala que se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente; además pueden ser de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

El artículo 565 *ibidem* señala que la existencia de las personas jurídicas se supedita a su creación por ley o mediante aprobación del Presidente de la República, facultad que actualmente la ejerce el Ministerio de Inclusión Económica y Social.

Mediante Acuerdo Ministerial No. 152 de 18 de febrero de 2004, el entonces Ministerio de Bienestar Social, hoy Ministerio de Inclusión Económica y Social, aprobó los Estatutos del Patronato Municipal de San Miguel de Ibarra y le concedió personería jurídica como entidad de derecho privado.

El artículo 26 del Reglamento para la aprobación de estatutos, reformas y codificaciones, liquidación y disolución, y registro de socios y directivas, de las organizaciones previstas en el Código Civil y en la Leyes Especiales, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 3054, publicado en el Registro Oficial N°. 660 de 11 de septiembre de 2002, prescribe que las fundaciones o corporaciones están sujetas a los siguientes controles: "a) Control de funcionamiento a cargo del propio Ministerio que le otorgó la personalidad jurídica, el mismo que comprende la verificación de sus documentos, el cumplimiento del objeto y fines, el registro de directiva y la nómina de socios; b) Control de utilización de recursos públicos por parte de los organismos de control del Estado y de la institución a través de la cual se transfiere los recursos públicos; y, c) Control tributario a cargo del Servicio de Rentas Internas".

Además la Disposición General Segunda del Reglamento antes referido indica que las corporaciones y fundaciones que cuenten con recursos públicos se someterán también a la supervisión y control de la Contraloría General del Estado.

Por lo expuesto y al amparo de las disposiciones jurídicas enunciadas, el Patronato Municipal de San Miguel de Ibarra es una entidad creada a la luz del derecho privado y no pertenece al sector público, por tanto se rige bajo las disposiciones de sus estatutos y del Código Civil, sin perjuicio del control estatal que se ejerce por parte de la administración tributaria y por la Contraloría General del Estado en el manejo y administración de recursos públicos.

OF. PGE. N°: 05489, de 23-12-2008

PERMUTA: EQUIPOS Y ACCESORIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: DIRECCIÓN GENERAL DE LA MARINA MERCANTE Y DEL LITORAL

CONSULTA:

Solicita la reconsideración del Oficio No. 0852 de 29 de mayo de 2008, sobre la procedencia de suscribir un contrato o convenio de permuta mediante el cual la DIMER entrega un equipo y accesorios y se recibe a cambio las 2326 especies con suficientes características de seguridad, para otorgar matrículas a los marinos mercantes por parte de la DIGMER.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 13.
Código Civil, Art. 1837.

Ley de Contratación Pública, Art. 6 lit. d).

Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, Arts. 9, 18, 51 y 52.

PRONUNCIAMIENTO:

Fundamenta su pedido de reconsideración, en el hecho de que la consulta en mención no está relacionada con el costo del carné profesional marítimo, sino con la procedencia de celebrar un contrato o convenio de permuta mediante el cual se entrega un equipo y accesorios y se recibe a cambio las 2326 especies con suficientes características de seguridad, para otorgar matrículas a los marinos mercantes por parte de la DIGMER, que cubren el valor total del equipo y accesorios, con el fin de recuperar el valor de un bien que no está siendo usado, para lo cual, según su criterio, es aplicable el Art. 51 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público y el Art. 1837 del Código Civil.

Cabe aclarar que en el pronunciamiento del cual se solicita la reconsideración me abstuve de atender lo solicitado toda vez que, si ya fueron fijados los precios de los nuevos carnés marítimos, conforme se desprende de la Resolución No. 009/2008, publicada en el Registro Oficial No. 326 de 29 de abril del 2008, se entendería que ya se encontraban financiadas las especies para tal efecto, en virtud de la celebración del contrato de permuta enunciado en su consulta, y en consecuencia, era improcedente atender lo solicitado.

No obstante lo expuesto, y con la prevención de que si a la fecha de emisión del presente pronunciamiento, la DIGMER ya hubiere celebrado el contrato de

permuta, este oficio no tendrá el efecto previsto en el Art. 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, procedo a atender su requerimiento, en los siguientes términos:

De conformidad con el Art. 1837 del Libro Cuarto del Código Civil, la permuta o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro.

El Art. 6, letra d) de la Ley de Contratación Pública, dispone como uno de los contratos que se exceptúan de los procedimientos precontractuales, el de permuta, aun cuando el valor de uno de los bienes exceda hasta en un veinte por ciento del asignado al otro y el correspondiente propietario se obligue al pago de la diferencia.

De acuerdo con el Art. 9 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, el avalúo de los bienes muebles, la apreciación de su calidad, las condiciones generales y especiales de la negociación, la disponibilidad presupuestaria y de caja, la legalidad de la adquisición y demás pormenores, serán materia de aprobación y pronunciamiento de un servidor encargado del control previo en la entidad u organismo. Agrega el artículo en mención, que cuando conforme a la ley, se requiera informes o dictámenes previos, la máxima autoridad de la entidad u organismo los solicitará con anterioridad a la celebración del respectivo contrato.

De conformidad con el Art. 51, reformado del Reglamento invocado, para la celebración de contratos de permuta se estará a lo dispuesto en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, en la Codificación del Código Civil, en las resoluciones de las entidades u organismos competentes de que se trate.

Por su parte, el Art. 52 del Reglamento en mención, dispone que una vez realizados los avalúos de acuerdo con el Art. 18 y emitidos los dictámenes previos que se requieran de acuerdo con la ley, se procederá a la celebración del contrato por escrito, y en los casos que la ley lo establezca, por escritura pública. El contrato así celebrado se inscribirá en los registros respectivos, cuando fuere del caso.

Atento el contenido de las disposiciones legales y reglamentarias invocadas, se concluye que el contrato de permuta es una institución prevista en nuestro ordenamiento jurídico que se encuentra exceptuado de los procedimientos precontractuales.

En tal virtud, en contestación a su consulta, considero procedente que la Dirección General de la Marina Mercante celebre un contrato de permuta mediante el cual entregue equipos y accesorios que no se utilicen, y recibir a cambio las especies correspondientes que indica en la consulta para otorgar matrículas de los marinos mercantes de dicha institución.

Para el efecto, la DIGMER deberá seguir los parámetros establecidos para este tipo de contratos, tanto en la Ley de Contratación Pública, así como en el Reglamento de Bienes del Sector Público.

OF. PGE. N°: 01704, de 08-07-2008

PETROECUADOR: APLICACIÓN DE CONTRATOS DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS - CONSTITUCIÓN DE COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA, NACIONALES O EXTRANJERAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE MINAS Y PETRÓLEOS

CONSULTAS:

1. Es legalmente procedente la aplicación del Contrato de Obras, Bienes o Servicios Específicos, contemplado en el Art.17 de la Ley de Hidrocarburos, regulado por el Art. 10 de la Ley de PETROECUADOR y por el Decreto Ejecutivo 652, publicado en el Registro Oficial 194 de 19 de Octubre de 2007, para el Desarrollo, Producción y Exploración complementaria de los campos o áreas en donde existen reservas probadas, que han sido revertidos al Estado o que han sido descubiertos con sus recursos, o en aquellos que se encuentran en explotación a cargo de PETROPRODUCCIÓN.

2. Es legalmente procedente que el Directorio de PETROECUADOR, en ejercicio de sus facultades legales, disponga la constitución de Compañías de Economía Mixta entre PETROECUADOR y/o sus Filiales con empresas nacionales o extranjeras, cuyo objeto será el desarrollo y ejecución de las actividades de todas o cualquiera de las fases de la industria petrolera, orientadas a la óptima utilización de los hidrocarburos que pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado, incluyendo la investigación científica, la generación y transferencia de tecnología, para lo cual podrá ejecutar todos los actos y contratos permitidos por la Ley, de conformidad con el Art. 2 de la Ley de PETROECUADOR.

BASES LEGALES:

Ley de PETROECUADOR, Art. 2.

Ley de Hidrocarburos, Arts. 2 inc. quinto, 17, 18, 93; y , 22 de su Reglamento.

Ley de Compañías, Arts. 2, 3 y 15.

Ley Especial de Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Art. 10.

Reglamento de Contrataciones de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El Art. 2, inciso quinto de la Ley de Hidrocarburos vigente, establece en lo pertinente, que: "Las obras o servicios específicos que PETROECUADOR tenga que realizar, podrá hacerlos por sí misma o celebrando contratos de obras o de servicios, dando preferencia, en igualdad de condiciones, a las empresas nacionales...".

Por su parte, el Art. 17 *ibidem*, sustituido por Ley No. 101, publicada en el Registro Oficial No.306 de 13 de agosto de 1982, señala que los contratos de obras o servicios específicos, a los que refiere la norma antes citada, "...son aquéllos en que personas jurídicas se comprometen a ejecutar para PETROECUADOR, obras, trabajos o servicios específicos, aportando la tecnología, los capitales y los equipos o maquinarias necesarias para el cumplimiento de las obligaciones contraídas a cambio de un precio o remuneración en dinero, cuya cuantía y forma de pago será convenida entre las partes conforme a la Ley". Éstos contratos, se hallan regulados por las disposiciones del "REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DE PETROECUADOR Y SUS EMPRESAS FILIALES", promulgado por Decreto Ejecutivo No. 652, publicado en el Registro Oficial No. 194 de 19 de octubre del 2007, cuyo Art. 1, determina:

"Art.1.- OBJETO Y AMBITO.- Este reglamento tiene por objeto regular el sistema de contratación de PETROECUADOR y sus empresas filiales, para la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, sean estos en forma individual o integrada, incluidos los de consultoría, seguros, arrendamiento mercantil y otros permitidos por las leyes, de acuerdo con lo que disponen los artículos 10 de la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR, y sus empresas filiales, 17 y 93 de la Ley de Hidrocarburos y 22 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento General a la Ley de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus empresas filiales. Se exceptúa la comercialización externa de hidrocarburos".

En atención a lo que expresamente dispone la Ley de Hidrocarburos y la Ley Especial de PETROECUADOR, considero legalmente procedente, que aquella

empresa y/o sus filiales, apliquen el Reglamento antes mencionado para la contratación de obras, bienes o servicios específicos destinados al desarrollo, producción o exploración complementaria de campos o áreas en donde existen reservas probadas, que hayan sido revertidos al Estado, o que han sido descubiertos con sus recursos, o de aquellos cuya explotación se encuentra a cargo de PETROPRODUCCIÓN.

2. Si bien la facultad que posee PETROECUADOR para constituir compañías de economía mixta, se encuentra expresamente contemplada en el Art. 2, inciso primero, de la antes mencionada Ley Especial de Hidrocarburos, que señala que el Estado explorará y explotará los yacimientos hidrocarburíferos en forma directa a través de PETROECUADOR, empresa que podrá hacerlo por sí misma o celebrando contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana; y, a través de la constitución de compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el País, se deberá tomar en cuenta que el objeto social de esas compañías corresponda a lo señalado en el Art. 18 de la Ley Especial de Hidrocarburos, que indica que el objeto social de las compañías de economía mixta que formare PETROECUADOR, señalados en los artículos 2 y 3 ibídem se sujetarían a las disposiciones de la Ley de Compañías y demás leyes pertinentes, en cuanto a su constitución y funcionamiento, debiendo además esos contratos, contemplar las estipulaciones sobre los puntos o materias enunciados en el Art. 15 de la Ley ibídem.

En este sentido esta Procuraduría emitió un pronunciamiento anterior contenido en el oficio No. 08413 de 12 de febrero de 2008, dirigido al Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR.

OF. PGE. N°: 02326, de 11-08-2008

PETROECUADOR: AGENTE DE RETENCIÓN DE GRAVAMEN POR TRANSPORTE

ENTIDAD CONSULTANTE: PETROECUADOR

CONSULTA:

Respecto a la vigencia de la Ley 40 y si PETROECUADOR debe continuar cancelando los valores correspondientes.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento, Disp. Trans. Séptima; y, Art. 13 de su Reglamento.

Ley de Creación de Rentas Sustitutivas para Provincias de Napo, Esmeraldas y Sucumbíos, Arts. 1 y 2.

Ley Especial de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, Art. 22.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 1 de la Ley de Creación de Rentas Sustitutivas para Provincias de Napo, Esmeraldas y Sucumbíos o Ley 40, establece el gravamen de cinco centavos de dólar por cada barril de petróleo crudo que se transporte por el oleoducto Transecuatoriano, adicional a la tarifa de transporte, excluyéndose únicamente el destinado al consumo interno; el artículo 2 dispone que la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana CEPE, retendrá dicho gravamen y su rendimiento lo depositará en el Banco Central del Ecuador, en la cuenta "Rentas para las provincias de Napo, Esmeraldas y Sucumbíos"; y, el artículo 3 de dicha ley ordena que esos recursos se distribuirán directamente en partes iguales entre las mencionadas provincias, con lo cual se determina el carácter de preasignación del ingreso o destino de esos dineros.

Por su parte, el artículo 22 de la Ley Especial de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales dispone que: "Todos los derechos, obligaciones, situaciones y hechos legales de la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, CEPE, generados por su Ley Constitutiva, que ha regido hasta la presente fecha, o derivados de cualquier fuente legítima de obligación, transfírense a PETROECUADOR a partir de la vigencia de esta Ley".

La Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 308, de 3 de abril de 2008, señala que los recursos provenientes de la actividad petrolera ingresarán al Presupuesto General del Estado, una vez descontados los costos inherentes a dicha actividad, tal como el transporte y comercialización externa de crudo y de derivados. La Disposición Transitoria Octava de dicha ley dispone que las preasignaciones referentes a todos los ingresos petroleros se eliminarán desde la aplicación de esa Ley Orgánica.

A su vez, el artículo 13 del Reglamento a la mencionada ley orgánica, publicada en el Registro Oficial No. 341, de 20 de mayo de 2008, establece que el Banco Central continuará liquidando los ingresos provenientes de las exporta-

ciones de crudo y derivados, de acuerdo a las instrucciones impartidas por el Ministerio de Finanzas.

En el numeral 11 del Oficio No. MF-SP-CACP-GG-2008-1984 de 24 de abril de 2008, dirigido por el Ministerio de Finanzas al Gerente General del Banco Central del Ecuador, se indica expresamente que la preasignación del impuesto adicional a la tarifa de transporte por el SOTE de cinco centavos de dólar por cada barril establecido en la Ley 40 pasarán al Presupuesto General del Gobierno Central, lo cual se reitera en el Oficio No. MF-SGJ-2008-4831 de 29 de septiembre de 2008, dirigido por la señora Ministra de Finanzas a esta Procuraduría.

De lo expresado se colige que está vigente el tributo que estableció la Ley de Creación de Rentas Sustitutivas para las provincias de Napo, Esmeraldas y Sucumbíos o Ley 40, por lo que PETROECUADOR sigue siendo agente de retención del gravamen de cinco centavos de dólar por cada barril de petróleo crudo que se transporte por el oleoducto transecuatoriano, adicional a la tarifa de transporte, excluyéndose el destinado al consumo interno; sin embargo, se encuentra derogada la preasignación contenida en los artículos 2 y 3 de esa Ley, que determina la preasignaciones o distribución del valor recaudado, pues según la Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativas de los Procesos de Endeudamiento y posterior disposición del Ministerio de Finanzas, tales recursos deben ingresar al Presupuesto del Gobierno Central.

OF. PGE. N°: 04082, de 14-10-2008

PETROECUADOR: CONSTITUCIÓN DE COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA

ENTIDAD CONSULTANTE: PETROECUADOR

CONSULTA:

Puede PETROECUADOR y PDVSA Ecuador, constituir la Compañía de Economía Mixta OPERACIONES RIO NAPO COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA.

BASES LEGALES:

Ley Especial de Hidrocarburos, Arts. 2 inc. primero, 3 y 18.
Ley de Compañías, Arts. 1, 2 y 15.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 08413 de 12 de febrero de 2008, esta Procuraduría General contestó positivamente a la pregunta si podía PETROECUADOR, conjuntamente con una empresa, sociedad anónima, que está constituyendo PDVSA en el país, constituir una empresa de Economía Mixta para ejecutar el proyecto de construcción de la nueva Refinería del Pacífico.

Ese mismo pronunciamiento recalca, que de acuerdo al Art.18 de la Ley Especial de Hidrocarburos, las compañías de economía mixta que formare PETROECUADOR, con los objetos sociales señalados en los artículos 2 y 3 ibídem se sujetarían a las disposiciones de la Ley de Compañías y demás leyes pertinentes, en cuanto a su constitución y funcionamiento; debiendo además dicho contrato, contemplar las estipulaciones sobre los puntos o materias enunciados en el Art. 15 ibídem.

No obstante haberse respondido afirmativamente a una pregunta similar, cabe reiterar en esta oportunidad que la atribución que posee PETROECUADOR para constituir compañías de economía mixta, se encuentra expresamente contemplada en el Art. 2, inciso primero, de la antes mencionada Ley Especial de Hidrocarburos, el cual señala que el Estado explorará y explotará los yacimientos hidrocarburíferos en forma directa a través de PETROECUADOR, empresa que podrá hacerlo por sí misma o celebrando contratos de asociación, de participación, de prestación de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana; y por supuesto también, a través de la constitución de compañías de economía mixta con empresas nacionales y extranjeras de reconocida competencia legalmente establecidas en el País; debiendo en todo caso, el objeto social de esos contratos, corresponder a los señalados por los precitados artículos 2 y 3 de esa Ley Especial.

Adviértase que tanto el presente pronunciamiento, como cualquier otro expedido con anterioridad, sobre este tema, se han limitado a determinar la base jurídica que posibilita legalmente la constitución de compañías anónimas o de economía mixta, que en asociación con PETROECUADOR implementarán los proyectos en materia de hidrocarburos; por tanto, de ningún modo pueden constituir en aval a las condiciones o bondades de esos proyectos, siendo tales hechos de exclusiva responsabilidad de esa empresa.

OF. PGE. N°: 02322, de 11-08-2008

PETROECUADOR: INTERESES POR MORA EN EL PAGO DE PLANILLAS

ENTIDAD CONSULTANTE: PETROECUADOR

CONSULTAS:

1. Debe PETROECUADOR reconocer intereses por el retardo en el pago de las planillas, a favor de la Compañía Trafigura Beheer B. V. desde el 26 de octubre del 2006 hasta julio del 2007, que no se encuentran pactados en el Contrato 2005177, que es ley para los contratantes; y, tampoco se ha previsto este pago en las Bases de Contratación o en la Adjudicación.

2. Es procedente el reconocimiento de intereses de mora por retraso en el pago de las facturas, a pesar de que PETROECUADOR no ha sido requerida por la Compañía Trafigura Beheer B. V., ante autoridad competente, para constituirle en mora.

3. Corresponde a PETROECUADOR reconocer el pago de intereses a favor de la Compañía Trafigura Beheer B. V., cuando el atraso en el pago de las planillas se produjo por una insuficiente asignación de recursos por parte del Ministerio de Finanzas conforme consta de la información contenida en el Oficio No. DSBI-142-2008 y en el Memorando No. 18-ADF-2008, ante lo cual, la Empresa Estatal debe acatar el dictamen emitido por la Procuraduría General del Estado en el Oficio No. 14096 de 24 de agosto del 2000, por tratarse de una situación similar.

BASES LEGALES:

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

Código Civil, Arts. 7, 1561, 1567 y 1575.

Instructivo de Contratación de Obras, Bienes y Servicios de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, Capítulo 1, num. 1.1., inc. segundo.

Instructivo para la Comercialización Externa de Hidrocarburos, Transporte Marítimo e Inspección Independiente, Art. 8.5 num. 8.5.3.

PRONUNCIAMIENTO:

Analizadas las consultas formuladas, se desprende que las tres interrogantes planteadas se refieren a un mismo tema, como es el pago de intereses a favor de la empresa contratista, por mora en la cancelación de las respectivas facturas de compra estipuladas contractualmente, por lo cual se las atiende conjuntamente en los siguientes términos:

Conforme se desprende del contenido de su comunicación y de los documentos anexados a la misma, con fecha 4 de noviembre del 2005 se celebró el Contrato de Compraventa de Gas Licuado de Petróleo (GLP), signado con el número 2005177, entre PETROECUADOR, como Compradora del producto, y la compañía Trafigura Beheer B.V. de Holanda, como Vendedora, representada en el Ecuador y en el contrato por la compañía Depósito Comercial Privado de Gas, DEPOGAS D.C.P. S. A., en virtud del cual la compañía Vendedora se comprometió a entregar en venta a PETROECUADOR la cantidad de 1 200.000 Toneladas Métricas de GLP, con una variación de hasta el veinte por ciento (20%) en más o menos a opción del Comprador, de acuerdo con las condiciones específicas estipuladas en el referido Contrato.

El Contrato, en su cláusula Octava: Forma de Pago.- numeral 8.0 1, determina lo siguiente: "El Comprador pagará el valor del GLP recibido, mediante transferencia electrónica a la cuenta indicada por el Vendedor a los sesenta (60) días siguientes del último viernes de la correspondiente semana en que se efectuó la entrega en el Terminal de Tres Bocas, Guayaquil-Ecuador. Si la fecha de vencimiento coincide con sábado, domingo o día feriado, el depósito se realizará el día hábil inmediatamente posterior."

De los documentos analizados para atender la consulta, se establece que PETROECUADOR incurrió en mora en el pago de las facturas por compra de GLP a la contratista Trafigura Beheer B.V. De acuerdo a la explicación dada por la Gerencia de Economía y Finanzas de la empresa de su representación y la Dirección General de Servicios Bancarios Internacionales del Banco Central del Ecuador, la mora se generó, en unos casos, porque existieron inconvenientes en cuanto a la hora de recepción de la solicitud de pago en el Banco Central del Ecuador (que debía ser hasta las 12H00 del día de pago) y, en otros, debido a que la cuenta que mantiene PETROECUADOR en el Banco Central del Ecuador no contaba con los fondos suficientes para efectuar el débito, previo el pago al exterior.

No obstante las afirmaciones de PETROECUADOR y el Banco Central, el Ministerio de Finanzas, mediante oficio No. 4281-MF-SGJ-2008 de 27 de agosto del 2008, ha hecho conocer a este Despacho lo siguiente: "De la información que reposa en las Subsecretarías de Presupuestos, Tesorería de la Nación y Consistencia Macrofiscal de esta Secretaría de Estado, el Ministerio de Finanzas ha entregado todos los recursos a PETROECUADOR en forma oportuna y de acuerdo a los requerimientos efectuados"; y añade en este mismo oficio que ". . . la administración de los recursos financieros durante el período

2005-2006, en los que estaban incluidos recursos para el pago de las importaciones de GLP, eran de absoluta responsabilidad de PETROECUADOR, entidad que debió priorizar la cancelación de las obligaciones con sus proveedores, por lo tanto no era competencia del Ministerio de Finanzas intervenir en las decisiones internas de la referida empresa". Finalmente, señala, "...del incumplimiento de pago oportuno de PETROECUADOR a Trafigura por falta de recursos económicos que se habrían dado en el período 2006- 2007, no se ha comunicado a esta entidad; razón por la cual este Ministerio deslinda responsabilidades en dicho incumplimiento y en los intereses de mora que se han generado.

De conformidad con el Capítulo 1, numeral 1.1., inciso segundo, del Instructivo de Contratación de Obras, Bienes y Servicios de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, según el texto vigente a la fecha de la contratación, la compraventa de GLP con Trafigura Beheer B.V. se sujetó a lo establecido en el Instructivo para la Comercialización Externa de Hidrocarburos, Transporte Marítimo e Inspección Independiente. El artículo 8.5 Estipulaciones Particulares para los Contratos de Compra-Venta de Hidrocarburos, numeral 8.5.3 Forma de Pago, inciso final, de este último Instructivo, establece lo siguiente: "En caso de que PETROECUADOR sea Comprador y el pago no lo efectuare dentro del plazo estipulado, reconocerá a favor del Vendedor el interés que se estipule contractualmente, calculado por el número de días de retardo, siempre y cuando PETROECUADOR no haya objetado las planillas o facturas". Esta previsión establece el principio general del reconocimiento de intereses de mora a favor del Vendedor de determinado producto hidrocarburífero, cuando el Estado ecuatoriano, representado en estos contratos por PETROECUADOR, no pague las facturas correspondientes dentro de los plazos estipulados contractualmente, con la única excepción de que la empresa estatal compradora haya objetado las facturas a pagarse.

En el presente caso, si bien el contrato no estipula el pago de intereses por mora, se debe tomar en cuenta que el artículo 1567 de la Codificación del Código Civil Ecuatoriano, establece tres causales para considerar que el deudor está en mora, a saber: "1.- Cuando no ha cumplido la obligación dentro del plazo estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora"; "2.- Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla"; y, "3.- En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor". De estas causales, la primera es plenamente aplicable al contrato en análisis.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de casación expedido el 15 de septiembre del 2004, ha señalado lo siguiente: "...Ahora bien, en las obligaciones bilaterales, como las que resultan del contrato materia de la litis, cuando se ha convenido un plazo, la parte que cumple se constituye automáticamente en mora a su vencimiento, sin necesidad de requerimiento. En la especie, el Tribunal ad quem señala que las partes no han logrado determinar la fecha del vencimiento de la obligación, es decir no se ha probado si en el contrato en cuestión se había establecido un plazo y cual era éste, y como vimos, se necesita de él para que en caso de incumplimiento, la mora se constituya automáticamente..." ;

Reiterando el mismo criterio jurídico, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la misma Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación dictada el 7 de febrero del 2007, precisa que "...el recurrente también acusa la indebida aplicación del artículo 1567 del Código Civil, por cuanto el Tribunal ad quem, igualmente al concordar con la sentencia de primera instancia, consideró que el actor debió, antes de demandar la indemnización de daños y perjuicios, requerir al deudor previamente cumpla la obligación para que incurra en mora. La norma de derecho antes indicada dispone: "El deudor está en mora: 1.- Cuando no ha cumplido la obligación dentro del plazo estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; 2.- Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, 3.- En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor". Esta disposición legal contempla tres reglas que han de aplicarse a efecto de establecer que el deudor de una obligación ha incurrido en mora (retraso) en el cumplimiento de la misma.- La primera de estas reglas se refiere al acuerdo de las partes que libre y voluntariamente determinan en el contrato las condiciones y tiempo en que cada una de ellas han de ejecutar sus obligaciones, por lo que, respecto de la mora, se deberá estar a lo pactado, tanto más que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1561 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes... "

Adicionalmente, la doctrina del Derecho Civil, al referirse a la mora del deudor y sus efectos jurídicos, trae las siguientes acepciones:

El tratadista Guillermo Ospina, en su obra "Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico", señala que "Si entre el acreedor y el deudor se ha pactado término para el cumplimiento de la obligación, es de presumir que el primero necesita la satisfacción de su derecho a más tardar al vencimiento de aquél y

que el segundo tienen conocimiento de tal circunstancia. Bien está, pues, que en este caso no se exija nueva reconvencción, porque el deudor ya está prevenido, desde la celebración del contrato, de que si deja vencer el plazo sin cumplir, se hace responsable de los efectos consiguientes".

Por su parte, Arturo Alessandri Rodríguez, en su tratado "Curso de Derecho Civil", afirma "...el deudor está en mora cuando ha debido cumplir su obligación dentro de cierto plazo que emana de la naturaleza misma de la obligación, y ha dejado pasarla sin ejecutarla".

Finalmente, el más insigne tratadista del Derecho Civil en Latinoamérica, Luís Claro Solar, en su reconocida obra "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", enseña lo siguiente: "Si las partes han estipulado expresamente un término dentro del cual deba cumplirse la obligación, el deudor se constituye en mora si deja pasar ese término sin cumplirla".

De las sentencias de casación arriba transcritas y de la doctrina mencionada, se desprende que en aplicación de la regla primera del artículo 1567 de la Codificación del Código Civil Ecuatoriano, cuando en un contrato bilateral se ha estipulado un plazo para cumplir la obligación, la mora del deudor queda constituida si éste no cumple su obligación dentro del plazo convenido, sin que sea necesario requerimiento judicial alguno para este efecto.

En el caso del Contrato celebrado el 4 de noviembre del 2005, la cláusula Octava de dicho instrumento estableció un plazo especial para el pago del valor del producto hidrocarburífero recibido (GLP), que debe cumplirse, pues en caso contrario existiría mora del deudor de esta obligación de pago, que es el Estado Ecuatoriano, por intermedio de PETROECUADOR.

Si bien el Contrato no estableció regulación sobre el pago de intereses o la eventual tasa a reconocer a la compañía Vendedora en caso de mora del Comprador, a dicho contrato se entienden incorporadas las normas vigentes al tiempo de su celebración, siguiendo el principio de aplicación de la ley establecido en la regla 18a. del artículo 7 de la Codificación del Código Civil, entre ellas, el Instructivo para la Comercialización Externa de Hidrocarburos, Transporte Marítimo e Inspección Independiente, antes mencionado, que impone a PETROECUADOR la obligación de pagar intereses por el número de días de retardo en que incurra. Adicionalmente, se debe tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 1.575 de la misma Codificación del Código Civil, que al referirse a las obligaciones de pagar una cantidad de dinero, prevé que la indem-

nización de perjuicios por la mora se sujeta a las reglas definidas en esta disposición, entre las que se destaca la contenida en la regla primera, relativa al pago de intereses legales por la mora, y tercera, respecto a que el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses y que, en tal caso, basta el hecho del retardo.

En el caso que motiva este pronunciamiento, PETROECUADOR ha reconocido expresamente que ha incurrido en mora en el pago de las facturas adeudadas a la compañía proveedora del OLP, Trafigura Beheer. Si existe la mora, es procedente reconocer los respectivos intereses sobre los valores adeudados, a la tasa legal aplicable durante los días de retardo, de acuerdo a la fundamentación jurídica que se ha expuesto en el presente oficio. En este sentido ya ha actuado PETROECUADOR con la compañía Trafigura Beheer B.V., dentro del mismo Contrato 2005177, al que se refiere su consulta, cuando mediante Acta de Compensación de Cuentas celebrada el 26 de octubre del 2006, en el numeral 3.2.1, se reconoció a la mencionada compañía proveedora del GLP los intereses de mora por pago atrasado de facturas, de acuerdo a la liquidación practicada para el efecto, procediéndose a la compensación de valores adeudados entre las partes, tomando en cuenta tales intereses de mora liquidados.

Para efectos de determinar las eventuales responsabilidades generadas por el retardo en el pago de obligaciones y la generación de la mora consiguiente, se deberá solicitar un examen especial a la Contraloría General del Estado.

El presente pronunciamiento se emite en uso de las facultades consignadas en los artículos 3, letra e), y 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, prevalecerá sobre cualquier otro anterior que se le oponga, y no constituye autorización de pago de ningún valor a favor de la compañía contratista, decisión que debe ser adoptada por los órganos competentes de PETROECUADOR, contando con los informes internos correspondientes y precautelando los mejores intereses del Estado.

OF. PGE. N°: 04578, de 17-11-2008

**PETROECUADOR Y PETROPRODUCCIÓN:
FACTURACIÓN DEL TRIBUTO DEL 2.5%**

ENTIDAD CONSULTANTE: PETROECUADOR

CONSULTA

Al ser PETROAMAZONAS ECUADOR S.A. una empresa de nacionalidad ecuatoriana que presta servicios de administración y operación en la jurisdicción de la Región Amazónica, cuyo capital accionario proviene de dos empresas estatales, está obligada a facturar a PETROECUADOR/ PETROPRODUCCIÓN, el tributo del 2.5% sobre el valor total de los servicios prestados.

BASES LEGALES:

Ley que Crea el Fondo de Desarrollo de las Provincias de la Región Amazónica, Arts. 1 y 2.

Decreto Ejecutivo No. 1116, R.O.No. 359 de 13-07-2008, Arts. 1, 2 y Disp. Trans. Primera.

PRONUNCIAMIENTO:

Con el fin de contar con suficientes elementos para atender la consulta, esta Procuraduría, mediante oficio No. 04023 de 8 de octubre de 2008, solicitó el criterio jurídico sobre el tema planteado, a la Ministra de Finanzas, requerimiento que fue atendido mediante Oficio No. MF-SGJ-2008-5504 de octubre de 2008.

El Art. 1 de la Ley que crea el Fondo de Desarrollo de las Provincias de la Región Amazónica, establece en su inciso segundo la creación del tributo del 2.5% sobre el total de la facturación que cobraren a Petroecuador o a sus filiales, las empresas nacionales, por la prestación de servicios dentro de la jurisdicción de cada provincia amazónica, para el financiamiento del fondo en mención.

Por su parte, el Art. 2 de la Ley en referencia, dispone que Petroecuador y sus filiales queden constituidas en agentes de retención del tributo establecido en esta Ley, los que se deducirán del valor de cada planilla de pago. Los valores que se recauden por la aplicación de esta Ley se depositarán mensualmente en la cuenta especial que se denominará Fondo de Desarrollo de las provincias de Sucumbíos, Napo, Pastaza, Morona Santiago, Zamora Chinchipe y Orellana, que para el efecto se abrirá en el Banco Central del Ecuador.

Según el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 1116, publicado en el Registro Oficial No. 359 de 13 de junio de 2008, el Presidente de la República, Ec. Rafael Correa Delgado, dispuso que la Unidad de Administración y Operación Temporal del Bloque 15 y Campos Unificados Edén Yuturi y Limoncocha, creada mediante Decreto Ejecutivo No. 1546, publicado en el Registro Oficial No. 300 del 27 de junio de 2006, cese en sus actividades y operaciones las mis-

mas que serán asumidas de manera inmediata por PETROAMAZONAS ECUADOR S.A., garantizando el desarrollo de las actividades productivas y la ejecución del programa de actividades e inversiones aprobadas para el año 2008 para la Unidad de Administración y operación Temporal del Bloque 15.

El Art. 2 del mencionado Decreto, dispone que los recursos que mantiene actualmente PETROPRODUCCION/UB 15, en las cuentas del Banco Central del Ecuador para la Unidad de Administración y Operación Temporal del Bloque 15 pasarán a las cuentas de PETROAMAZONAS ECUADOR S.A. para el desarrollo de sus operaciones; y agrega que los recursos correspondientes a PETROECUADOR o sus empresas filiales que se requieran para el cumplimiento de los planes y presupuestos que ejecute PETROAMAZONAS ECUADOR S.A., así como los valores que correspondan a la ejecución contractual se transferirán directamente por parte del Ministerio de Finanzas, a través del Banco Central del Ecuador, a las cuentas de PETROAMAZONAS ECUADOR S.A.

En cumplimiento a la Disposición Transitoria Primera del Decreto en mención, PETROECUADOR/PETROPRODUCCIÓN, por una parte; y PRETROAMAZONAS ECUADOR S.A., por otra, y en calidad de contratista, suscribieron el 5 de agosto de 2008, el Contrato de Prestación de Servicios Específicos No. 2008291.

La cláusula Décimo Octava del referido contrato, relativa a Tributos, Gravámenes, Participación Laboral y Contribuciones, dispone que la Contratista (PETROAMAZONAS ECUADOR S.A.) se compromete y obliga a pagar sus propios tributos sean estos de carácter nacional, provincial o municipal y a defender y mantener libre de todo perjuicio a PETROECUADOR/PETROPRODUCCIÓN, proveniente de reclamos u obligaciones por tributos, derechos y contribuciones que se graven o exijan a la CONTRATISTA por o a cuenta de cualquier pago hecho a la CONTRATISTA o percibido por ésta; y con respecto a la Ley 122, dispone en el número 18.4, que: "La CONTRATISTA, en su calidad de contratista de PETROECUADOR Y PETROPRODUCCIÓN, estará sujeta al 2.5% de retención, exclusivamente sobre el total de la facturación que cobre PETROAMAZONAS ECUADOR S.A. a PETROECUADOR/PETROPRODUCCIÓN.

Con fundamento en lo expuesto, considero que PETROAMAZONAS ECUADOR S.A., debe facturar a PETROECUADOR/ PETROPRODUCCCIÓN, el tributo del 2.5% sobre el valor total de los servicios prestados, dispuesto en el Art. 1 de la Ley de Creación del Fondo de Desarrollo de las Provincias de la Región Amazónica, para el financiamiento del fondo en mención.

Considerando los inconvenientes de orden técnico y económico que se mencionan en el oficio de la señora Ministra de Finanzas, estimo conveniente que se promueva una reforma legal que evite el recargo de este impuesto en el caso de las empresas nacionales cuyo capital pertenezca al Estado.

OF. PGE. N°: 05270, de 09-12-2008

PLURIEMPLEO: POLICÍA DE SANIDAD

ENTIDAD CONSULTANTE: POLICÍA NACIONAL

CONSULTA:

Solicita un alcance a los pronunciamientos expedidos por este Despacho, en torno al pluriempleo; concretamente requiere conocer, si en el caso de la señora Policía de Sanidad, Dra. Norma Patricia Calle Pinos, que habría estado desempeñándose en el cargo de Profesional 1 (Médico Residente 1), en el Hospital Francisco Icaza Bustamante, de la ciudad de Guayaquil, en el horario de 12:00 a 17:30, y simultáneamente como Médico Residente en el Hospital Docente de la Policía Nacional de Guayaquil No.2, de esa misma ciudad, en el horario de 16:30 a 07:30, cada 48 horas, percibiendo en el primero de los lugares, el sueldo de US.\$596, y en el segundo, el sueldo de US.\$502,20, configuraría motivo suficiente para que se le dé de baja de la institución policial, previo a que se le practique el sumario administrativo correspondiente.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 125 inc. primero.
Ley de Personal de la Policía Nacional, Arts. 54, 65 y 66.
Código Civil, Art. 5.

PRONUNCIAMIENTO:

Según se indica en su consulta, para que la señora policía pudiera postularse al cargo de Médico Residente 1, en el Hospital Docente de la Policía Nacional, le fue requerido una certificación de la SENRES, respecto a no hallarse desempeñando otro cargo en el sector público; no obstante, la servidora ha manifestado que desconocía que el hecho de desempeñar simultáneamente esos dos cargos, era una situación irregular, y que además, el certificado que le fue otorgado, y que más tarde presentaría en la convocatoria para llenar la vacante en el Hospital Docente de la Policía Nacional, no daba fe de ninguna situación de pluriempleo.

El Art. 125, inciso primero de la Constitución Política de la República, prohíbe expresamente que una persona desempeñe más de un cargo público, excepto los docentes universitarios, que podrán ejercer la cátedra si su horario lo permite; además, la Disposición General Sexta de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público - LOSCCA-, determina claramente que el nepotismo, la inhabilidad especial por mora, la responsabilidad por pago indebido, el pluriempleo, las inhabilidades y prohibiciones para desempeñar cargos públicos constituyen normas de aplicación general para todas las entidades y organismos dispuestos en el Art. 101 de esta Ley; y que, únicamente en lo que respecta al nepotismo, las Fuerzas Armadas, el Magisterio Nacional y los profesores e investigadores universitarios que tienen su propio escalafón, se exceptúan de la aplicación de esa regla.

Por lo expuesto, se puede colegir que la figura del pluriempleo prevista en la LOSCCA, es aplicable al caso que plantea su consulta, lo cual no significa que por esta normativa se pueda dar de baja de las filas de la institución policial a quien desempeñe simultáneamente otro cargo público, puesto que, de conformidad a los artículos 65 y 66 de la Ley de Personal de la Policía Nacional, la baja, es el acto administrativo ordenado por autoridad competente, mediante el cual se dispone la separación de un miembro de la institución policial colocándole en servicio pasivo, por encontrarse el servidor inmerso en algunas de las puntuales causales que allí se mencionan (entre las cuales no consta el explícitamente pluriempleo) y que podría aplicarse al caso planteado, si se demuestra que existió mala conducta profesional, por el hecho de faltar a sabiendas a la verdad en el concurso para llenar la vacante médica, ya que la alegación sobre ignorancia de la ley, queda totalmente desechada no solo por ser contraria a Derecho, sino por cuanto era visible, que si uno de los requisitos para optar por el segundo de los puestos, era el de contar con la certificación de la SENRES de no hallarse desempeñando otro cargo público, esa situación no podría haberse considerado que quedaría subsanada, a pretexto de que la certificación correspondiente no daba fe de su adscripción como Profesional 1, en el Hospital Francisco Icaza Bustamante, ya que era la propia postulante, quien mejor conocía de este hecho.

OF. PGE. N°: 02376, de 13-08-2008

PÓLIZAS DE SEGUROS DE VIDA: INCREMENTO DE PRIMAS

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

CONSULTA:

Solicita se indique si es factible aceptar un incremento en las primas de varias pólizas de seguros de vida y asistencia médica contratadas, a favor del personal del Consejo Nacional de la Judicatura.

BASES LEGALES:

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

Código Civil, Art. 151.

Res. N° 017 de 29/05/2007, R.O. N° 102 de 11-06-2007.

PRONUNCIAMIENTO:

1. De conformidad con lo dispuesto por los Artículos 3 y 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril del 2004, compete al Procurador General asesorar y absolver las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones o recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional.

En aplicación de dichas disposiciones, esta misma institución emitió la Resolución N° 017 de 29 de mayo de 2007, que consta publicada en el Registro Oficial N° 102 de 11 de junio del mismo año, y cuyas disposiciones desarrollan y puntualizan los preceptos legales arriba invocados respecto a la facultad de atender consultas de carácter jurídico, debiendo destacar el que en ellas no se tiene previsto la posibilidad de que se puedan formular y/o admitir consultas sobre el alcance o interpretación de estipulaciones meramente contractuales, como son las de una Póliza de Seguro de Vida y Asistencia Médicas; esto por cuanto, con suma obviedad, dada la naturaleza de Derecho Privado de las empresas contratistas, a aquellas no le serían aplicables ni mandatorios los pronunciamientos que esta institución pudiera efectuar.

2. No obstante lo anterior, esta institución en el pasado ha acogido consultas en torno a "la facultad legal" de la que gozaría tal o cual institución, para renovar pólizas de seguros; una de ellas, formulada incluso por ese mismo Consejo Nacional, y a la que se le respondería lo siguiente:

“Es procedente la renovación de los contratos de seguros que fueron adjudicados a Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S. A. luego del concurso de ofertas, siempre que la renovación se realice en iguales términos y condiciones que las pólizas originales, variando únicamente su vigencia. Por ende, no procede el cambio de las condiciones originales de las pólizas (como sería el ajuste de primas por siniestralidad), ya que la modificación de éstas daría lugar a otro contrato que resulte de un nuevo concurso de ofertas.

En todo caso, en el evento de que el monto del contrato a renovarse supere la cuantía del concurso público de ofertas, el Consejo Nacional de la Judicatura habrá de observar lo previsto en el artículo 3, letra f) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.”.

3. Consta así mismo un pronunciamiento de Procuraduría General, emitido con ocasión a una consulta similar propuesta por el Congreso Nacional, y en la que no obstante se indicó:

“Con relación a su tercera consulta, es de advertir que de acuerdo con el artículo 1561 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Este principio calza perfectamente al caso consultado porque en el evento que un contrato, verbigracia el de póliza de seguros, contuviera cláusulas en las que haya estipulado la renovación del contrato, a tal renovación le asiste el suficiente soporte legal”.

3. En el caso por usted planteado, existe una evidente contradicción entre lo estipulado en las Cláusulas Novena de la Póliza de Vida No.1254 y Décimo Quinta de la Póliza de Asistencia Médica No.1248, con lo establecido en las Cláusulas Vigésimas de esas mismas pólizas; dado que en las primeras se señala la posibilidad de reajuste en función de la siniestralidad, una vez transcurrido el primer año de su vigencia; en tanto que, en las últimas se señala por el contrario, el compromiso de la aseguradora, de extender la vigencia de las pólizas en iguales términos a los acordados originalmente.

Considerando que esta última particularidad, de por si constituye motivo de una legítima controversia entre las partes, me limito a señalar, que este hecho deberá ser solucionado conforme a lo que en ese mismo instrumento se haya previsto al respecto, pues más allá de advertir de que el contrato es ley para las partes, toda controversia que surja con respecto a la aplicación de sus cláusulas, debe resolverse siguiendo el trámite previsto en aquél.

OF. PGE. N°: 0433, de 12-05-2008

PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES: PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE OBRA

ENTIDAD CONSULTANTE: CUERPO DE BOMBEROS
VOLUNTARIOS DE CUENCA, III ZONA

CONSULTA:

Si de acuerdo con la Ley de Consultoría y su Reglamento, el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Cuenca, puede contratar una Gerencia responsable de la dirección técnica y administración de la construcción del Cuartel del Cuerpo de Bomberos de Cuenca, entendiendo por Dirección Técnica la prestación de servicios profesionales que responsabiliza al contratista del aspecto técnico-constructivo, debiendo dar cumplimiento a las normas de construcción, planos, especificaciones técnicas, calidad de materiales y optimizando el proceso constructivo. Y por administración de construcción la prestación de servicios profesionales que responsabiliza al contratista a optimizar la organización y control económico en el proceso de construcción de la obra. Incluye el proceso de elaboración de planillas para el pago de la mano de obra, contratos y alquiler de maquinaria, etc. Labores estas que corresponden a un profesional especializado, contratado de acuerdo con la Ley de Consultoría y su reglamento.

BASES LEGALES:

Ley de Defensa Contra Incendios, Arts. 10 num. 6, 32 y 51.
A. M. N° 549 R.O. N° 549 de 05-04-2002.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante Acuerdo Ministerial No.549, publicado en el Registro Oficial N° 549, de 5 de abril de 2002, se transfirió a la Municipalidad de Cuenca, las potestades, atribuciones y recursos del Benemérito Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Cuenca, que en relación con la materia y conforme a la Ley de Defensa contra Incendios, ejercía el Ministerio de Bienestar Social de ese entonces, actual Ministerio de Inclusión Económica y Social.

El Art. 32 de la Ley de Defensa Contra Incendios, reformado por Ley No. 6, publicada en Registro Oficial 99 de 9 de Junio del 2003, señala expresamente el destino de los recursos económicos con los que cuentan los Cuerpos de Bomberos, denotando que no existe discrecionalidad en cuanto al uso obligado que el legislador ha dispuesto para ellos (30% para incrementos salariales; 10% para capacitación y entrenamiento; 50% para equipamiento; y, 10% para el seguro de vida y accidentes del personal bomberil); si a lo anterior sumamos

el que se ha producido la transferencia de competencias al ente edilicio de la localidad, así como el hecho de que está prohibida la modificación de la naturaleza económica de los gastos, por la Normativa del Sistema de Administración Financiera, deberemos concluir, que no es procedente la contratación de los servicios de Gestión Técnica, para la construcción del Cuartel del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Cuenca, y mucho menos al amparo de la Ley de Consultoría, tema que en todo caso debería ser conocido y resuelto por el Concejo Municipal de Cuenca, instancia superior que a raíz de la transferencia de atribuciones y competencias, se entiende haría las veces de los Consejos de Administración y Disciplina, que conforme a lo dispuesto por el Art. 10, numeral 6) de la antes mencionada Codificación, le correspondía: "Autorizar las adquisiciones que pasen de 50 salarios mínimos vitales, observándose, según los casos, las respectivas normas de la Ley de Contratación Pública", en el caso de los Cuerpos de Bomberos sujetos a la atribución del entonces Ministerio de Bienestar Social, actual Ministerio de Inclusión Económica y Social.

OF. PGE. N°: 01423, de 23-06-2008

PRESUPUESTO GENERAL DEL ESTADO: FINANCIAMIENTO A ENTIDADES CREADAS

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE FINANZAS

CONSULTA:

El procedimiento que el Ministerio de Finanzas debe observar para dar cumplimiento al mandato contenido en el inciso tercero del artículo 295 de la Constitución de la República, precisando, entre otros aspectos que estime pertinentes, si se puede habilitar como Presupuesto Inicial del 2009, el vigente Presupuesto General del Estado codificado al 31 de agosto de 2008, tomando en cuenta que a la fecha de su consulta se encuentra ejecutado el segundo trimestre de la Programación Financiera del Gasto, que incluye la incorporación, entre otras, de las asignaciones para atender el financiamiento de varias entidades creadas a través de los respectivos Decretos Ejecutivos.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 292, 295 inc. tercero, 424 inc. Primero y 427.

Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Arts. 20, 22, 95 .

Ley de Presupuestos del Sector Público, Arts. 2, 3, 22, 31 y 36.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 20 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y control dispone que la dirección general de la administración financiera del Gobierno Nacional corresponde al Presidente de la República, quien la ejercerá por medio del Ministro de Finanzas y de los organismos previstos en la ley.

De acuerdo al artículo 22 de la referida ley orgánica, el Ministro de Finanzas es el funcionario responsable, en el grado superior, de la administración de los recursos financieros del Gobierno Nacional y, como tal, le corresponde, entre otras atribuciones, definir y conducir la política financiera del Gobierno Nacional, a sí como dirigir los sistemas de determinación, recaudación, tesorería y de presupuestos.

En concordancia con lo anterior, el Art. 3 de la Ley de Presupuestos del Sector Público, dispone que al Ministerio de Finanzas le corresponda establecer las políticas, normas técnicas, acciones y métodos para elaborar, ejecutar, coordinar, evaluar y liquidar los presupuestos del sector público, así como dirigir la política fiscal.

El artículo 95 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control establece: "Fecha de clausura.- El presupuesto del Gobierno Nacional se clausurará el 31 de diciembre de cada año. Después de dicha fecha, los ingresos que se perciban se considerarán como del presupuesto vigente al tiempo en que se cobren, aún cuando se hubieran originado en un período anterior.

Después del 31 de diciembre no se podrá contraer compromisos ni obligaciones que afecten al presupuesto del período fiscal anterior".

Por su parte, el artículo 22 de la Ley de Presupuestos del Sector Público, determina que "el ejercicio presupuestario de las entidades y organismos citados en el Art. 2 de esta Ley, se inicia el primer día de enero y concluye el último día de diciembre de cada año".

El artículo 36 de la Ley de Presupuestos del Sector Público prevé que no se reconocerán adeudos o pagos que no se hayan incorporado en los presupuestos aprobados respectivos.

El artículo 292 de la nueva Carta Magna establece que el Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con

excepción de los pertenecientes a la seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados.

El inciso tercero del artículo 295 de la Constitución de la República dispone: "Hasta que se apruebe el presupuesto del año en que se posesiona la Presidenta o Presidente de la República, regirá el presupuesto anterior. Cualquier aumento de gastos durante la ejecución presupuestaria deberá ser aprobado por la Asamblea Nacional, dentro del límite establecido por la ley.

El Consejo Nacional Electoral convocó para el 26 de abril del 2009 a elecciones de Presidenta o Presidente de la República, mediante convocatoria PLE-CNE2-19-11-2008, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 472, de 21 de noviembre de 2008, según consta en el numeral 1 del artículo 1 de la misma. Según el artículo 10 de la citada convocatoria, si en la primera votación ningún binomio logra la mayoría absoluta, se realizará una segunda vuelta electoral el 14 de junio del 2009. La posesión del primer mandatario electo será 10 días después de instalada la Asamblea Nacional, lo que tendrá lugar 30 días luego de proclamados los resultados de las elecciones de todas las dignidades, al tenor del numeral 3 del artículo 7 de la mencionada convocatoria a elecciones. En tal virtud, a lo largo del 2009 se posesionará la Presidenta o Presidente electo.

El primer inciso del artículo 424 de la Constitución de la República establece que la Constitución es la norma de mayor jerarquía y que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico; el artículo 425, inciso segundo, de la Carta Fundamental, dispone que en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, las autoridades administrativas lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior; y, el artículo 427 del mismo cuerpo normativo prescribe que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.

El presupuesto codificado incorpora las modificaciones presupuestarias y refleja su verdadera ejecución, por lo tanto constituye un mejor indicador del crecimiento anual del presupuesto, que en su gran parte son asignaciones de carácter permanente que afectarán los presupuestos de los años subsiguientes.

De este modo, el presupuesto codificado servirá de base para proyectar las asignaciones del próximo ejercicio fiscal, evitando que se omitan obligaciones o compromisos reconocidos por el Gobierno Nacional para el cumplimiento de las metas institucionales durante la ejecución presupuestaria y que no cuenten con las respectivas asignaciones en el próximo ejercicio fiscal.

En el presente caso, el Presupuesto General del Estado Codificado al 31 de agosto de 2008, refleja la ejecución real de la Programación Financiera del Gasto al segundo cuatrimestre del presente ejercicio fiscal, conforme lo informa la Ministra de Finanzas en su oficio de consulta.

En consecuencia, si bien el inciso tercero del artículo 295 de la Constitución de la República no ha sido regulado todavía, este hecho no puede impedir el ejercicio de las atribuciones de las normas antes citadas al Ministro de Finanzas para dirigir la política fiscal, y establecer las normas técnicas y acciones para ejecutar los presupuestos del sector público. De ahí que considero procedente habilitar como Presupuesto Inicial del año 2009, el vigente Presupuesto General del Estado, codificado al 31 de agosto de 2008, hasta que se apruebe el nuevo presupuesto por parte de las autoridades competentes, que sean electas y se posesionen en el año 2009.

OF. PGE. N°: 05370, de 11-12-2008

PRESUPUESTO MUNICIPAL: INVERSIÓN EN ÚTILES ESCOLARES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE PUERTO QUITO

CONSULTA:

Si la Municipalidad puede invertir con cargo a su presupuesto en útiles escolares, material didáctico y mochilas, que serán entregados a los niños del cantón cuando inicien clases del año lectivo 2008 – 2009.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 71 y 228.

Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 1, 17, 11, 14 num. 15 y 150.

PRONUNCIAMIENTO:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71 de la Constitución Política de la República, los organismos del régimen seccional autónomo en colaboración con las entidades públicas y privadas, pueden ayudar a la educación fiscomisional, la particular gratuita, la especial y la artesanal, en los términos y condiciones que señale la ley.

El artículo 228 de dicha Carta Fundamental, en concordancia con los artículos 1 y 17 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal Codificada, consagran la

autonomía municipal, subordinada al orden jurídico constitucional del Estado y a su propia Ley.

De acuerdo con el artículo 11 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la municipalidad tiene como fines esenciales, satisfacer las necesidades colectivas del vecindario cantonal, especialmente las derivadas de la convivencia urbana cuya atención no compete a otros organismos gubernativos; y, promover el desarrollo económico, social, medio ambiental y cultural dentro de su jurisdicción.

Dentro de las funciones primordiales de las municipalidades, en el artículo 14 ordinal 15 de la referida Ley Seccional se encuentra la de promover y apoyar el desarrollo cultural, artístico, deportivo y de recreación, para lo cual podrá coordinar con instituciones públicas o privadas afines.

En armonía con tales normas, el artículo 150 de la citada Ley Orgánica dispone que en materia de educación y cultura, la administración municipal cooperará en el desarrollo y mejoramiento cultural y educativo, otorgándole entre otras atribuciones, la de coadyuvar a la educación y al progreso cultural de los vecinos del municipio, fomentar la educación pública de acuerdo con las leyes de educación y el plan integral del desarrollo del sector; y, la de administrar las subvenciones del concejo a la enseñanza gratuita, vigilando su uso corriente y eficiente.

OF. PGE. N°: 0250 , de 06-05-2008

PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: RESPONSABILIDAD DE ADJUDICACIÓN - INFORMES -

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE AMBATO

CONSULTA:

Si procede la suscripción del contrato de adjudicación para la Prestación de Servicios de Disposición Temporal, Recolección en Vehículos, Descarga de los Desechos Sólidos en el Relleno Sanitario de las Zonas 1, 2, 4, 15, 18, 19, 20, 22 y otros sectores de Ambato con la Compañía Valango S.A, en virtud de lo previsto en la anterior Ley de Contratación Pública pese a que el tiempo referido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema

Nacional de Contratación Pública 60 días terminó, ya que la respuesta de la Contraloría General del Estado, fue despachada de manera extemporánea (8 de octubre de 2008) o se debe volver a empezar el proceso de conformidad con la Ley Orgánica.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 3 y Disp. Trans. Primera.

Ley de Contratación Pública (derogada), Art. 60 .

PRONUNCIAMIENTO:

Del oficio No. 1016 de la consulta, se determina que el Director Regional 4 de la Procuraduría General del Estado, a nombre de este Organismo, con fecha 2 de octubre de 2008, informó favorablemente al proyecto de contrato mencionado; y que, la Contraloría General del Estado con el oficio No- 25625- DCP de 8 de octubre de 2008, se abstuvo de emitir el informe requerido a dicha entidad mediante oficio No. DA 08-952 de 19 de septiembre del 2008, e ingresado el 23 de esos mismos mes y año a esa entidad, por cuanto el 2 de octubre de 2008, se cumplió el plazo concedido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para la emisión de tales informes.

Es necesario mencionar que antes del vencimiento del término de quince días que establecía el artículo 60 de la Ley de Contratación Pública desde la presentación de la documentación pertinente para la emisión del informe por parte de la Contraloría General del Estado, se cumplió el plazo de 60 días, previsto por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública hasta el cual tal entidad tenía esa facultad, conforme enseguida se expresa.

La Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008, expresa que los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de esa ley, así como la celebración y ejecución de los contratos consiguientes se sujetarán a lo establecido en la Ley de Contratación Pública hasta un plazo máximo de sesenta (60) días.

La Resolución INCP -005-08 del Instituto Nacional de Contratación Pública que regula la conclusión de los procedimientos de contratación iniciados antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 445 de 14 de octubre de 2008, en el Art.

3 expresa que todo procedimiento de contratación iniciado antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que no contare al 3 de octubre de 2008, con los informes favorables de Procuraduría General del Estado y Contraloría General del Estado, se podrá celebrar conforme al modelo establecido en las bases, con las adecuaciones necesarias en todo lo que concierne a la etapa contractual y de ejecución, de acuerdo a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, siendo de responsabilidad de la entidad contratante por la adjudicación de esos contratos.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, y en atención a los términos de su consulta, considero procedente que el Concejo Cantonal de Ambato celebre el contrato con la Compañía Valango S.A, cuyos procedimientos pre-contractuales se iniciaron antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Sin embargo, por contarse hasta el 2 de octubre de 2008, únicamente con el informe favorable de la Procuraduría General del Estado, sin haberse obtenido el de la Contraloría General del Estado, la responsabilidad de la adjudicación y suscripción de tal contrato será de la Municipalidad de Ambato.

OF. PGE. N°: 05089, de 27-11-2008

PROCESOS DE CONTRATACIÓN: RÉGIMEN ESPECIAL

ENTIDAD CONSULTANTE: CUERPO DE BOMBEROS DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

CONSULTAS:

1. Si en los procesos de contratación para las actividades de comunicación social del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, celebrados por la institución en el periodo de 1 de abril de 2007 a 30 de mayo de 2008, estaban sujetos o no a lo dispuesto en la anterior Ley de Contratación Pública vigente a la fecha del examen en su artículo 2 del denominado "Régimen Especial" y concretamente a lo que prescribe el inciso tercero de la referida disposición, y, en otros casos específicos a lo establecido en el artículo 304 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

2. Cuáles son los procedimientos y la normativa aplicable de conformidad con la nueva Ley de Contratación Pública y demás leyes conexas, para los futuros procesos de contratación de actividades de comunicación social que celebre el Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 16.

Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, Art. 2 num. 3.

Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Art. 304.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El inciso segundo del artículo 16 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que corresponde a dicha entidad prestar su asesoría y asistencia técnica a las unidades de auditoría interna de gestión.

Por lo indicado, al tratarse el asunto materia de su consulta de una duda surgida con ocasión de un examen de la unidad de auditoría interna de la entidad, corresponde que ella obtenga la asesoría de la Contraloría General del Estado, razón por la cual me abstengo de atender su requerimiento.

2. Según el artículo 2, numeral 3, de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, vigente desde su publicación en el Suplemento al Registro Oficial No 395 de 4 de agosto de 2008, las contrataciones cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social, destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley.

A su vez, los incisos primero y segundo del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto a los regímenes especiales, entre ellos la contratación de actividades de comunicación social, destinada a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratante, determina: "Para los procesos de contratación señalados en el Art. 2 de la Ley, la máxima autoridad de la entidad contratante, de considerar de manera motivada que no pueden aplicarse los procedimientos precontractuales previstos en dicho cuerpo legal, determinará los procedimientos especiales que se observarán para la selección de los proveedores y para la celebración de los contratos respectivos, de acuerdo a los criterios determinados en los Pliegos.

Para estos procesos no se requiere el cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley tales como el registro único de proveedores RUP, estudios de desagregación tecnológica, compras de inclusión, porcentajes de participación local, formatos de documentos precontractuales, publicación en el portal, entre otros. Será la máxima autoridad de la entidad contratante la que determine los requisitos que se deberá cumplir en dichos procesos".

Por lo indicado, corresponde al Directorio del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, reglamentar, de manera motivada, las actividades de comunicación institucional destinadas a la información de las acciones de la entidad, a fin de que para la contratación de tales actividades se apliquen los procedimientos especiales de contratación establecidos en la indicada Ley Orgánica. Los procedimientos especiales y requisitos que se observarán para la selección de los proveedores y para la celebración de los contratos respectivos, constarán en los respectivos pliegos.

OF. PGE. N°: 05092, de 27-11- 2008

PROCESO PRECONTRACTUAL DE EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA: REGISTRO ÚNICO DE PROVEEDORES

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DEL GUAYAS

CONSULTA:

Cómo podría iniciar un proceso precontractual de ejecución de obra pública, sin contar con el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no existir el Registro Único de Proveedores con la suficiente información de contratistas, estadísticas y estado de contrataciones y no contar con los modelos obligatorios y formatos de documentos precontractuales que son los medios empleados para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública y que las entidades debemos sujetarnos a la Ley y su Reglamento.

BASES LEGALES:

LOSCCA Disp. Trans. Sexta inc. primero.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 1 y Disp. Trans. General.

Registro de Proveedores, Art. 5.

PRONUNCIAMIENTO:

La Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de Agosto de 2008, en su inciso primero, faculta al Instituto Nacional de Contratación Pública para que establezca exoneraciones o disposiciones especiales para la aplicación progresiva de la ley, únicamente para las contrataciones que se realizarán durante el primer año de vigencia de la misma.

La Disposición Transitoria Primera del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 399 del 8 de agosto de 2008, establece:

“PRIMERA.- Hasta tanto el INCP publique los modelos de documentos precontractuales, contractuales y demás documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, las entidades contratantes elaborarán y determinarán, bajo su responsabilidad, sus propios modelos.

Para efecto de lo dispuesto en el inciso anterior, no serán necesarios los estudios de desagregación tecnológica, de compras de inclusión, porcentajes de participación nacional, entre otros, previstos en la Ley, hasta tanto el INCP no elabore y publique los modelos y metodologías requeridas para el efecto.” Esta norma se encuentra contemplada en similares términos, en el artículo 8 de la Resolución INCP-001-08, publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 401, del 12 de agosto de 2008.

La mencionada Resolución, vigente desde el 11 de agosto de 2008, en su artículo 1, establece:

“Art. 1.- Hasta tanto el Instituto Nacional de Contratación Pública publique modelos precontractuales y contractuales, cuyo plazo máximo será el 31 de diciembre del 2008 se exonera a las entidades previstas en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del uso de las herramientas del portal www.compraspublicas.gov.ec. No obstante, aplicarán la ley aquellas entidades que estén en condiciones de hacerlo.”

Respecto del Registro de Proveedores, el artículo 5 de dicha Resolución dispone: “Art. 5.- Las entidades contratantes podrán mantener sus registros de proveedores hasta el 31 de diciembre de 2008, mientras tanto deberán instruir a sus proveedores sobre la necesidad de registrarse y habilitarse en el Registro Único de Proveedores y utilizar en forma complementaria esta información.” .

Sin embargo, según la Disposición Transitoria de la Resolución No. INCP 003-08 del Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, promulgada en el Registro Oficial No. 416 de 02 de septiembre de 2008, pero con vigor desde el 20 de agosto del mismo año, durante el período que va entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2008, si en un procedimiento intervienen proveedores que no estuvieran inscritos y habilitados en el RUP, deberán hacerlo previamente a presentar las ofertas, situación que será verificada bajo responsabilidad de las entidades contratantes.

En virtud de las normas arriba indicadas, se concluye que la entidad consultante podría iniciar un proceso precontractual de ejecución de obra pública elaborando, bajo su responsabilidad, sus propios modelos de pliegos, en los que deberán constar las condiciones, requisitos y, en general, la información relacionada con el procedimiento; y, en lo referente al Registro de Proveedores, podría mantener hasta el 31 de diciembre de 2008, el que ahora dispone el Consejo Provincial del Guayas o disponer que los proveedores se inscriban y presenten el certificado de habilitación en el Registro Único de Proveedores.

OF. PGE. N°: 03246, de 12-09-2008

PROFORMA PRESUPUESTARIA: UNIVERSIDAD POLITÉCNICA ESTATAL DEL CARCHI

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD POLITÉCNICA ESTATAL DEL CARCHI

CONSULTAS:

1. La Resolución R-28-111, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 226 del 5 de diciembre del 2007, mediante el cual el Congreso Nacional aprueba la Proforma del Presupuesto General del Estado, que incluye las reformas incluidas en el punto 7 de la misma, está en plena vigencia y es de obligatorio cumplimiento por parte del organismo competente del poder público, en el presente caso el Ministerio de Finanzas; y,

2. La Universidad Politécnica Estatal del Carchi tiene derecho a percibir la asignación de \$ 1.000.000 expresamente determinada en el punto 7 de la Resolución R-28-111, que detalla las reformas en el Presupuesto del Gobierno Central para el año 2008.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 75 y 119.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 7 y 70.

Presupuesto General del Estado, R. O. Edición Especial N°. 46, 21-04-2008

Edición Especial del R.O.N° 226, 05-12-2007.

Res. N° R-28-111, R.O.S. Segundo N° 226, 05-12-2007.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante la Resolución No. R-28-111 publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 226 de 5 de diciembre del 2007, el Congreso Nacional

aprobó la Proforma del Presupuesto General del Estado para el ejercicio económico del 2008, y en el ítem 7 se dispuso efectuar varias reformas en el Presupuesto del Gobierno Central para el año 2008, entre las cuales consta la asignación de un millón de dólares a favor de la Universidad Politécnica del Carchi. Este ítem estableció en su parte final, que para financiar los aumentos de crédito, se rebaje el monto destinado al servicio de la deuda pública, para lo cual, el Ministerio de Finanzas debía efectuar las reformas tanto a intereses como a amortizaciones de la deuda pública interna y externa.

En la Edición Especial No. 46 del Registro Oficial publicado el 21 de abril del 2008, se publica el Presupuesto General del Estado del 2008, en el cual consta el oficio No. SUBP-O-08-773 de 10 de marzo de 2008 del Subsecretario General de la Administración Pública dirigido al Director del Registro Oficial, en el que, le comunica que dicho presupuesto “fue aprobado por el H. Congreso Nacional, mediante Resolución R-28-111, el mismo que ha sido remitido por el Eco. Fausto Ortiz de la Cadena, con oficio MEF-SP-2008-0225 de fecha 25 de enero de 2008”. Cabe resaltar que este oficio estuvo dirigido al señor Presidente Constitucional de la República, y de su contenido se desprende que el Ministerio de Finanzas ha incorporado en la Pro forma las modificaciones que constan en la mencionada Resolución No. R-28-111.

El artículo 75 de la Constitución Política de la República, dispone que como consecuencia de la autonomía de la que gozan las universidades y escuelas politécnicas la Función Ejecutiva o sus órganos, autoridades o funcionarios, no pueden privarlas “de sus rentas o asignaciones presupuestarias ni retardar injustificadamente sus transferencias”. En este mismo sentido, consta señalado en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Educación Superior; además de que, en el artículo 70 de esa Ley, se establece que el patrimonio de las instituciones del Sistema Nacional de Educación Superior, está constituido, entre otros, por “las asignaciones que han constado y las que consten en el Presupuesto General del Estado...”.

Del análisis que antecede, se concluye que al haber aprobado el Congreso Nacional la asignación que motiva esta consulta en la Pro forma del Presupuesto General del Estado para el ejercicio económico del 2008, y que esa asignación conste además en el Presupuesto General del Estado de ese año, el Ministerio de Finanzas debe transferir los valores correspondientes que constan en el mencionado Presupuesto a la Universidad Politécnica Estatal del Carchi.

Lo expuesto, en cumplimiento además, de lo previsto en el artículo 119 de la Constitución Política de la República, el cual ordena que las instituciones del

Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley.

OF. PGE. N°: 03218, de 11-09-2008

PROYECTOS Y PROGRAMAS DE INVERSIÓN Y DE CAPACIDAD FINANCIERA: COMPATIBILIDAD

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE FINANZAS

CONSULTA:

Los programas, proyectos de inversión para infraestructura, y programas o proyectos que tengan capacidad financiera de pago son compatibles con los proyectos de inversión que establecen los artículos 9 inciso primero, 10 literales b) y a) de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal LOREYTF, así como con los artículos 21 y 22 del Reglamento a la ley ibídem.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 290 num. 3 y 424.

Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Art. 123.

Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento, Art. 7.

Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, Arts. 9 inc. Primero, 10 lit. a) y b); y, 21 y 22 de su Reglamento sustitutivo al Reglamento anterior.

Reglamento a la Ley de Presupuesto del Sector Público, Arts. 22 y 28.

PRONUNCIAMIENTO:

La Constitución de la República del Ecuador vigente desde el 20 de octubre de 2008, en el Art. 290 establece lo siguiente:

"Art. 290.- El endeudamiento público se sujetará a las siguientes regulaciones:

....

3. Con endeudamiento público se financiarán exclusivamente programas y proyectos de inversión para infraestructura, o que tengan capacidad financiera de pago. Solo se podrá refinarciar deuda pública externa, siempre que las nuevas condiciones sean más beneficiosas para el Ecuador".

La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en el Art. 123 modificado por el Art. 7 de la Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 308 de 3 de abril de 2008 señala:

“Art. 123.- Solicitudes de créditos externos.-Las entidades y organismos del sector público cuando necesiten del crédito externo, presentarán obligatoriamente una solicitud al Ministerio de Finanzas con toda la información necesaria respecto al proyecto o proyectos de inversión a ejecutarse, así como la documentación y estados financieros que sean requeridos”.

La Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, en el Art. 9 inciso primero dispone:

“Art. 9.- Restricciones al endeudamiento público.- Las instituciones del sector público que realicen operaciones de crédito, lo harán exclusivamente para financiar inversiones”.

El Art. 10 *ibidem* entre los requisitos para la contratación de crédito interno y externo, en la letra a) señala:

Que el proyecto al que se destine el crédito cuente con la calificación de viabilidad financiera y económica, emitida por el Ministerio de Finanzas, tratándose del Gobierno Central, o de la propia entidad si se trata de los gobiernos seccionales”; y,

En la letra b) determina que “el proyecto sea declarado prioritario por la SENPLADES, tratándose del gobierno central o de la propia entidad si se trata de los gobiernos seccionales”.

El Reglamento Sustitutivo al Reglamento a la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, en el Art. 21 señala:

“Los Recursos provenientes de operaciones de crédito público interno o externo, que contraten las instituciones del sector público, se destinarán exclusivamente a financiar el o los proyectos de inversión, así como las operaciones de reingeniería de deuda, que deberán estar claramente identificados en el correspondiente decreto ejecutivo”.

El Art. 22 del Reglamento en estudio dispone que para efectos de aplicación de la Ley, se entiende por inversión los gastos especificados en el Art. 28 del

Reglamento a la Ley de Presupuestos del Sector Público, con las excepciones ahí determinadas.

El mencionado artículo 28 define los gastos de inversión que realizan las entidades y organismos del sector público y en su inciso final determina que dichos gastos formarán parte de los proyectos de inversión.

Constan de su oficio un glosario que términos referidos a “Programas, Proyectos de Inversión para Infraestructura y Programas o Proyectos que tengan capacidad financiera de pago”, que guardan coherencia con el Art. 290 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador vigente.

El Art. 424 de la Constitución de la República consagra que 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.

En el caso consultado, el Art. 290 numeral 3 de la Constitución de la República, prevalece sobre la normativa jurídica citada, en lo que se le oponga.

Con los fundamentos jurídicos que anteceden considero que, los programas, proyectos de inversión para infraestructura, y programas o proyectos que tengan capacidad financiera de pago son compatibles con los proyectos de inversión previstos en los artículos 9 inciso primero, 10 letras a) y b) de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, y en los artículos 21 y 22 de su Reglamento de aplicación.

OF. PGE. N°: 05008, de 25-11-2008

RECURSO DE REVISIÓN: TRÁMITES DE IMPUGNACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE GOBIERNO Y POLICÍA

CONSULTAS:

1. Puede conocer este Ministerio las acciones de revisión administrativa, que interponen los miembros de la Policía Nacional, en torno a resoluciones emitidas por los Tribunales de Disciplina de la Policía Nacional; y específicamente la interpuesta por el señor Mario Cartagena Oñate.

2. En forma concreta cuales son los casos, que a criterio de la Procuraduría General del Estado, no tienen previsto trámite impugnatorio, y que consecuentemente de acuerdo al texto del dictamen de 14 de junio del 2006, puede conocer el Ministerio de Gobierno.

3. Son de acatamiento forzoso para la policía y los accionantes, las resoluciones expedidas por el Ministerio de Gobierno, fundamentado en los dictámenes del Procurador General del Estado de 20 de agosto de 2003 y 26 de septiembre del mismo año.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 272.

Ley Orgánica de la Policía Nacional, Arts. 2 y 8.

Ley de Personal de la Policía Nacional, Arts. 55 y 67.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, Arts 2 lit. b) y 178.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Ley Orgánica de la Policía Nacional en el Art. 2 dispone que la Policía Nacional depende del Ministerio de Gobierno, y su titular, es decir el Ministro tiene la calidad de órgano directivo de la Policía Nacional en los términos del Art. 8 ibídem.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en el Art. 2 determina su ámbito de aplicación, en la letra b) a los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos, entre estos la Policía Nacional respecto al Ministerio de Gobierno y Policía.

El Art. 67 de la Ley de Personal de la Policía Nacional expresa que "El personal policial que considere que fue colocado en transitoria o dado de baja ilegalmente, podrá apelar ante el Consejo respectivo en la forma establecida en el artículo 55 de esta Ley, dentro de los 30 días subsiguientes a la publicación del Decreto, Acuerdo o Resolución en la Orden General correspondiente. Los Consejos deberán resolver estos reclamos en el plazo de 30 días".

El Art. 55 de la Ley en estudio señala que se podrá apelar de las Resoluciones dictadas por los respectivos Consejos y que para tal efecto constituyen órganos de apelación el Consejo de Generales, en cuanto a las resoluciones del Consejo Superior; y, el Consejo Superior, en cuanto a las resoluciones del Consejo de Clases y Policías; agregando que los Oficiales Generales y Superiores podrán plantear la reconsideración ante el mismo Consejo.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, considero que no es procedente que el Ministro de Gobierno y Policía conozca mediante recurso de revisión, los actos y resoluciones administrativas emitidas por los Tribunales de Disciplina de la Policía Nacional, cuya competencia emana de la Ley de Personal de la Policía Nacional, que de conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano consignado en el Art. 272 de la Constitución Política de la República, prevalece sobre el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

2. El Art. 178 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, confiere competencia para conocer y resolver el recurso extraordinario de revisión de actos o resoluciones firmes, a los Ministros de Estado y a las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, cuando concurran las causas ahí determinadas.

Dicho recurso no cabe cuando existe una disposición de jerarquía superior a la del Estatuto en estudio, que contemple un trámite distinto.

El pronunciamiento del oficio No. 025514 de 14 de junio de 2006 citado por usted en el oficio que contesto, es coherente con el pronunciamiento que estoy emitiendo al absolver la primera consulta, añadiendo que corresponde al Ministerio de Gobierno conocer por la vía del recurso de revisión, aquellos casos cuyo trámite de impugnación no esté expresamente reglado en las Leyes de Personal y Orgánica de la Policía Nacional.

De ahí que, el Ministerio de Gobierno y Policía es competente para conocer el Recurso Extraordinario de Revisión en los casos del Art. 178 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y además de aquellos casos cuyo trámite de impugnación no esté expresamente determinado en las Leyes de Personal y Orgánica de la Policía Nacional.

3. El Art. 179 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva señala los casos en que se pone fin a la vía administrativa:

Las resoluciones de los recursos de apelación y revisión;
Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario;
Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca; y,

Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.

En cuanto al pronunciamiento de la Procuraduría General de Estado del oficio No. 03036 de 20 de agosto de 2003, tiene plena vigencia.

Respecto al pronunciamiento del oficio No. 03782 de 26 de septiembre de 2003, este fue reconsiderado con el oficio No. 025514 de 14 de junio de 2006, y por lo tanto dejó de tener vigencia.

Como queda señalado, el Art. 179 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva pone fin a la vía administrativa en los casos ahí determinados, por ende sus resoluciones causan ejecutoria y deben acatarse sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiere lugar.

Los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, al tenor de los artículos 3 letra e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, son de carácter obligatorio y vinculantes para la administración pública respecto de la materia consultada.

OF. PGE. N°: 02146, de 31-07-2008

REINGRESO AL SECTOR PÚBLICO: SERVIDORES Y/O TRABAJADORES PÚBLICOS

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA NACIONAL DE REMUNERACIONES, SENRES

CONSULTAS:

1. Si para efectos de reingreso al sector público, se deberá entender como trabajador, tanto a servidores como obreros públicos.
2. En caso de reingreso al sector público de ex servidores que conforme a lo prescrito en el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en el oficio No. 04543 de 18 de septiembre de 2007, se encontraban comprendidos dentro de los presupuestos contemplados en la Disposición General Segunda de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, con anterioridad a la vigencia de la LOSCCA, la SENRES debe habilitarlos para ocupar cargo o puesto público.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 15, 101 y Disp. Gen. Décima Quinta.

Mandato Constituyente No. 1, Art. 2.

Mandato Constituyente No. 2, Art. 8.

Mandato Constituyente No. 8, Disp. Trans. Primera, inc. Quinto.

Ley de Modernización del Estado Art. 52.

Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas Disp. Gen. Segunda.

PRONUNCIAMIENTOS

1. La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en el Art. 4 determina los servidores comprendidos en el servicio civil; y, en el Art. 5 a los servidores no comprendidos en el servicio civil, entre estos en la letra g) a los trabajadores de las instituciones del Estado que se rigen por el Código del Trabajo.

Por lo expuesto de manera general se entienden excluidos del servicio civil a los obreros, que están sujetos al Código del Trabajo.

2. El artículo 52 de la Ley de Modernización del Estado creó la compensación para los servidores, trabajadores y funcionarios que no eran de libre nombramiento y remoción del sector público que, dentro de los procesos de modernización y de acuerdo a los planes de cada entidad u organismo se separen voluntariamente de cualquiera de las instituciones de las funciones del Estado a la que pertenecía, dentro del plazo de 18 meses contados a partir de la publicación del Reglamento a esa Ley.

La Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 de 30 de abril de 1999, en la Disposición General Segunda establecía que los funcionarios públicos que cesaron en sus funciones por la aplicación de procesos de modernización por venta de renuncia, no podían reingresar a laborar en ninguna institución del Estado, sino después de siete años contados a partir de la fecha en que recibieron la indemnización. Si el cese de funciones se debió a la supresión de partida podían reingresar al sector público si devolvían a la Institución en la que se suprimió la partida, la parte proporcional de la indemnización recibida; entendiéndose para el efecto de la devolución, que de la indemnización recibida, el servidor tenía derecho a percibir, mensualmente, el valor correspondiente a la última remuneración mensual, desde el momento de la supresión de partida, excluyéndose de este reintegro de valores aquellos servidores que vayan a ocupar puestos de libre nombramiento y remoción.

La Disposición General Segunda de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas fue derogada por la Ley No. 17 publicada en el Suplemento el Registro Oficial No. 184 de 6 de octubre de 2003, mediante la cual se expidió la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA.

La LOSCCA en el Art. 15 señala que salvo el caso de renuncia voluntaria, no podrán reingresar a laborar en ninguna entidad u organismo de los previstos en el Art. 101 de esa Ley, quienes hubieren sido indemnizados por efectos de la cesación de funciones derivada de la supresión de su puesto de trabajo, por la compra de su renuncia o cualquier otra modalidad.

La Disposición General Décima Quinta de la LOSCCA exceptúa de la aplicación de la disposición del Art. 15 de esa Ley a quienes reingresen a los puestos determinados en el literal b) del Art. 92, es decir, aquellos que se encuentran excluidos de la carrera administrativa, y cuyos cargos son de libre nombramiento y remoción. Añade esta Disposición General que quienes hayan sido indemnizados por la supresión de su puesto de trabajo podrán reingresar al sector público si devuelven el valor de su indemnización; y, si la recibieron antes de la dolarización, para su devolución, ésta se calculará al tipo de cambio vigente a la fecha de pago.

Por su parte, el Art. 8 del Reglamento de la LOSCCA prohíbe el reingreso a laborar en el sector público ya sea por nombramiento, contrato ocasional o por contrato regulado por el Código del Trabajo, a los servidores que cesaron en sus funciones y recibieron indemnizaciones o compensaciones por supresión de puestos o retiro voluntario, respectivamente; exceptuándose los ex servidores públicos comprendidos en los casos del inciso segundo del Art. 15 y Décima Quinta Disposición General reformada de la LOSCCA. Concluye el Art. 8 que quienes recibieron indemnizaciones por supresión de puestos y no hubieren reingresado a prestar sus servicios hasta antes de la vigencia de la LOSCCA, para poder ejercer un nuevo puesto público deban devolver el valor de la misma. Si fueren a ocupar un puesto de libre nombramiento y remoción, de los señalados en el literal b) del Art. 93 de la LOSCCA, (actual Art. 92 letra b) no efectuarán devolución alguna, y que, si la indemnización se produjo antes de la dolarización, esta será calculada al tipo de cambio vigente a la fecha de la misma.

El Mandato Constituyente No. 2 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, en el Art. 8 establece las liquidaciones e indemnizaciones por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro volunta-

rio para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público en los montos y excepciones ahí determinadas, concluyendo que, 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 ese artículo, no podrán reingresar al sector público, a excepción de las dignidades de elección popular o aquellos de libre nombramiento.

El Mandato Constituyente No. 8 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 330 de 6 de mayo de 2008, que elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización, en la Disposición Transitoria Primera inciso quinto, determina que no serán incorporados al sector público los trabajadores que estuvieron tercerizados que se hallen incurso en el Art. 53 de la Ley de Modernización del Estado, es decir, que en su momento vendieron sus renunciaciones.

El Art. 2 del Mandato Constituyente No. 1 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 223 de 30 de noviembre de 2007, dispuso que las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna; y, ninguna de sus decisiones será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.

Con los fundamentos jurídicos que quedan señalados, caben las siguientes conclusiones:

a) partir de la vigencia del Mandato Constituyente No. 8, no pueden reingresar al sector público los servidores y trabajadores que cesaron en sus funciones a través del sistema de venta de renuncia que contemplaba el artículo 52 de la Ley de Modernización del Estado;

b) Los servidores del sector público, cuyas partidas fueron suprimidas y cumplieron o devengaron en su totalidad el plazo para la devolución de la indemnización que establecía la Disposición General Segunda de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas mientras ésta se hallaba vigente, no tienen impedimento para reingresar al sector público; en tanto que, aquellos servidores cuyas partidas fueron suprimidas y no devengaron en su totalidad la indemnización recibida por efectos de la derogatoria de dicha Disposición, para el reingreso al sector público, deberán devolver la parte proporcional de dicha indemnización; y,

c) Los servidores o trabajadores del sector público que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2 reciban indemnizaciones por supresión de partidas o renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación, no podrán reingresar al sector público.

Cabe resaltar que en cualquiera de los tres casos, no existe impedimento para el ingreso al sector público, a puestos de libre nombramiento y remoción o de elección popular.

OF. PGE. N°: 04083, de 14-10-2008

REFRIGERIO: MANDATO CONSTITUYENTE N° 2

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO

CONSULTA:

Es procedente el reconocimiento de cinco dólares diarios a favor del empleado municipal, por concepto de servicio de alimentación, considerando que el artículo 6 del Mandato Constituyente No. 2 prohíbe restablecer o crear complementos remunerativos, bonificaciones y beneficios económicos adicionales, que sumados a los que componen la remuneración mensual unificada, ascienda a un total superior de cinco mil dólares mensuales.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No 2, Art. 6.
Reglamento a la LOSCCA, Art. 30 lit. a).

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 6 del Mandato Constituyente No 2, publicado en el Registro Oficial Suplemento 261 de 28 de enero del 2008, dispone:

“Prohibición de crear o restablecer otros complementos remunerativos.- Se prohíbe a todas las instituciones y entidades sujetas al presente Mandato Constituyente la creación o el restablecimiento de complementos remunerativos, bonificaciones y beneficios económicos adicionales, que sumados a los que componen la remuneración mensual unificada, asciendan a un total superior al límite fijado en el artículo 1.

Todas aquellas personas sujetas a este Mandato que a la fecha reciban bonificaciones, complementos y beneficios económicos adicionales, que sumadas a las que componen su remuneración mensual unificada, den un total superior al límite fijado en el artículo uno, deberán reducir este total al máximo fijado en el presente Mandato. En ninguna de las entidades sujetas a este Mandato se pagará utilidades a las autoridades, funcionarios o trabajadores.”.

La norma en mención prohíbe la creación o restablecimiento de estipendios que incidan en la remuneración mensual unificada, con relación al tope fijado en el artículo 1 del mismo Mandato.

El artículo 30 letra a) del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, prescribe que la jornada única de trabajo, comprende de 08h00 a 16h30 con treinta minutos para el refrigerio, que puede aplicarse por turnos; los treinta minutos destinados para refrigerio, no son parte de la jornada de trabajo.

Al establecer esta disposición que la interrupción de la jornada para destinar un tiempo al refrigerio no forma parte de la jornada de trabajo, se desprende también, que dicho refrigerio (compensado económicamente o prestado por la institución) no se considere parte de la remuneración mensual unificada que perciba el servidor público; refrigerio que además, se suspende cuando el servidor se encuentra en goce de vacaciones, licencia o comisión de servicios en otra entidad. En consecuencia, resulta concluyente señalar, que el refrigerio de los servidores públicos no puede considerarse como un complemento remunerativo, bonificación o beneficio económico adicional, que incida o forme parte de su remuneración mensual unificada.

Cabe indicar, que el Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 259 de 24 de enero de 2008, en el ítem 5.1.03, página 78, acápites “Remuneraciones Compensatorias”, (definida como gastos adicionales a las remuneraciones básicas, destinadas a compensar el efecto del cambio de situación individual geográfica y/o económica), conceptualiza al refrigerio en los siguientes términos: “Asignación para los servidores y trabajadores de la institución por alimentación”.

Con fundamento en las normas constitucionales y legales invocadas, y en atención a los términos de su consulta, considero que el Concejo Municipal del Distrito Metropolitano de Quito, puede establecer un reconocimiento compensa-

torio por refrigerio a favor de sus servidores que cumplan jornada única, teniendo en cuenta para el efecto, las fuentes de financiamiento que respalden el pago por tal concepto.

OF. PGE. N°: 02374, de 13-08-2008

REFRIGERIO: PAGO A SERVIDORES SUJETOS A LA LOSCCA

ENTIDAD CONSULTANTE: AUTORIDAD PORTUARIA DE MANTA

CONSULTA:

Si procede el pago del valor de USD 1.00 por cada día de labor efectiva destinado al pago de almuerzo, para los servidores y trabajadores de la Autoridad Portuaria de Manta, que laboran ocho horas diarias, en jornada única de trabajo y en caso de proceder si cabe el pago con efecto retroactivo desde que se hizo exigible la obligación.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No 2, Art. 1.

LOSCCA, Arts. 104; y, 30 lit. a) de su Reglamento.

Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público Pág. 28.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 1 del Mandato Constituyente No 2, publicado en el Registro Oficial Suplemento 261 de 28 de enero del 2008, dispone:

“Se establece como Remuneración Mensual Unificada Máxima, el valor equivalente a veinticinco salarios básicos unificados del trabajador privado, para los dignatarios, magistrados, autoridades, funcionarios, delegados o representantes a los cuerpos colegiados, miembros de la Fuerza Pública, servidores y trabajadores del sector público, tanto financiero como no financiero.

No se considera parte de la Remuneración Mensual Unificada: el décimo tercero y décimo cuarto sueldos o remuneraciones, viáticos, movilizaciones y subsistencias, horas suplementarias y extraordinarias, subrogación de funciones o encargos, compensación por residencia, el aporte patronal al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y los fondos de reserva”.

Según el artículo 104 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del

Sector Público, LOSCCA, la remuneración mensual unificada resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que el dignatario, autoridad, funcionario, servidor y trabajador tenga derecho y que se encuentre presupuestado, excluyéndose el décimo tercero y décimo cuarto sueldos o remuneraciones, y los viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias, extraordinarias, encargos y subrogaciones.

El artículo 30 letra a) del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, prescribe que la jornada única de trabajo, comprende de 08h00 a 16h30 con treinta minutos para el refrigerio, que puede aplicarse por turnos; los treinta minutos destinados para refrigerio, "no son parte de la jornada de trabajo".

Al establecer esta disposición que la interrupción de la jornada para destinar un tiempo al refrigerio no forma parte de la jornada de trabajo, se desprende como consecuencia, que dicho refrigerio (compensado económicamente o prestado por la institución) no se considere parte de la remuneración mensual unificada que perciba el servidor público; refrigerio que además, se suspende cuando el servidor se encuentra en goce de vacaciones, licencia o comisión de servicios en otra entidad. En consecuencia, resulta concluyente señalar, que el refrigerio o alimentación de los servidores públicos no puede considerarse como un complemento remunerativo, bonificación o beneficio económico adicional, que incida o forme parte de su remuneración mensual unificada.

Cabe indicar, que el Clasificador Presupuestario de Ingresos y Gastos del Sector Público, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 259 de 24 de enero de 2008, en el ítem 5.1.03, página 78, acápite "Remuneraciones Compensatorias", (definida como gastos adicionales a las remuneraciones básicas, destinadas a compensar el efecto del cambio de situación individual geográfica y/o económica), conceptualiza al refrigerio en los siguientes términos: "Asignación para los servidores y trabajadores de la institución por alimentación".

Con fundamento en lo expuesto, y en atención a la consulta formulada, resulta procedente que Autoridad Portuaria de Manta reconozca el pago por almuerzo, materia de esta consulta, siempre y cuando sus servidores y trabajadores presten servicios en jornada única, debiéndose tener en cuenta para el efecto, que existen las fuentes de financiamiento que respalden el pago por tal concepto.

Respecto al pago con retroactivo, esta Procuraduría se abstiene de pronunciarse por no ser de su competencia; siendo por lo tanto de responsabilidad exclusiva de Autoridad Portuaria de Manta, disponer el pago de dichos valores.

Se aclara que el beneficio de refrigerio o alimentación objeto de este pronunciamiento, se aplicará exclusivamente para los servidores públicos sujetos a la LOSCCA y más normas que regulan la administración pública, y no a los obreros o trabajadores sujetos al Código del Trabajo, quienes al estar amparados bajo otro régimen jurídico son beneficiarios de los derechos establecidos en el Código *ibídem* y de los respectivos contratos colectivos del trabajo, de existir, y no de los beneficios aplicables a los servidores públicos.

OF. PGE. N°: 03787, de 02-10-2008

REGISTRO SANITARIO: ROTULACIÓN DE PRODUCTOS

ENTIDAD CONSULTANTE: CÁMARA DE INDUSTRIAS DE GUAYAQUIL

CONSULTA:

Si la Norma INEN 1334 contenida en el Art. 4.2 relacionada con la rotulación de productos, confiere atribuciones al Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez" para negar un Registro Sanitario haciendo consideraciones de índole marcarías, como indicar que la marca puede generar falsas apreciaciones acerca de la naturaleza, origen, composición o calidad del alimento.

BASES LEGALES:

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

Ley Orgánica de la Salud, Arts. 6 núm. 18 y 138.

Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual, Arts. 195 lit. h) y 346 lit. a)

Decisión Andina, Art. 135 lit. i).

Norma INEN 1 334 referente al Rotulado de productos, Art. 4.2.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica de la Salud en el Art. 6 número 18 le faculta al Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquieta Pérez, el regular y realizar el control sanitario de la producción, importación, distribución, almacenamiento, transporte, comercialización, dispensación y expendio de alimentos procesados, medicamentos y otros productos para uso y consumo humano.

El Art. 138 *ibídem* señala que la autoridad sanitaria nacional, esto es el Ministerio de Salud Pública, a través de su organismo competente, el Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Dr. Leopoldo Izquieta Pérez, otorgará, suspenderá, cancelará o reinscribirá el certificado de registro sanitario, previo el cumplimiento de los trámites, requisitos y plazos previstos en dicha Ley y sus reglamentos.

La Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual, en el Art. 195, entre las prohibiciones para no registrar como marcas en la letra h) señala los signos que puedan engañar a los medios comerciales o al público sobre la naturaleza, la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate.

El Art. 346 de la Ley de Propiedad Intelectual en la letra a) le asigna al IEPI el propiciar la protección y la defensa de los derechos de propiedad intelectual, reconocidos en la legislación nacional y en los tratados y convenios internacionales; y, en la letra c) el prevenir los actos y hechos que puedan atentar contra la propiedad intelectual y la libre competencia, así como velar por el cumplimiento y respeto de los principios establecidos en dicha Ley.

La Norma INEN 1 334 referente al Rotulado de productos, en el Art. 4.2 dispone que:

“Los alimentos envasados no deberán describirse ni presentarse con un rótulo o rotulado en los que se empleen palabras, ilustraciones u otras representaciones gráficas que hagan alusión a propiedades medicinales, terapéuticas, preventivas, curativas, nutritivas o especiales que puedan dar lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza, origen, composición o calidad del alimento”.

Esta Procuraduría, con los oficios números 002762, 002763 y 002764 de 27 de agosto de 2008, requirió el criterio jurídico sobre el asunto consultado al Instituto de Higiene Leopoldo Izquieta Pérez, al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual – IEPI- y al Instituto Ecuatoriano de Normalización- INEN- respectivamente.

El Instituto de Higiene Leopoldo Izquieta Pérez, con el oficio No. INHMT- 332-CR- 08 de 12 de septiembre de 2008, en su parte pertinente considera que desde el punto de vista Sanitario el empleo de esa denominación (Volcán) para un producto de tal naturaleza (bebida carbonatada con vitaminas) no es con-

cordante para garantizar inocuidad y seguridad. (Palabras entre paréntesis me pertenecen); y que, para evitar riesgos de comportamiento en relación al nombre y marca se ha sugerido el cambio de la marca comercial solicitada, por lo que no existe negativa del registro ni suspensión alguna de trámite.

El Presidente del IEPI, con el oficio No. 08- 303- P- IEPI de 5 de septiembre de 2008 adjunta el informe jurídico de la Unidad de Asesoría Jurídica de ese Instituto, que en sus partes pertinentes expresa que el Instituto de Propiedad Intelectual mediante la Resolución No. 23171 del 2002, concedió el registro de la marca Volcán previo el examen de registrabilidad tanto de forma como de fondo por parte de la Dirección Nacional de Propiedad Industrial de esa entidad.

Añade dicho informe que, al momento de conceder el registro, se consideró que la marca Volcán no contravenía disposición legal alguna, ni engañaba al público sobre la naturaleza, la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud para el empleo de los productos para los cuales fue registrada, en conformidad con la letra i) del Art. 135 de la Decisión Andina 486 y la letra h) del Art. 195 de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual; y que, la marca comercial del producto está siendo analizada por segunda ocasión por el Instituto Nacional de Higiene Leopoldo Izquieta Pérez.

Concluye el informe jurídico del IEPI que, en el caso de la marca Volcán, el control estatal sobre la aptitud de uso en el comercio de esa marca de producto, ya fue ejercido a través del procedimiento administrativo realizado para la obtención del registro de la marca.

Por su parte, el Instituto Ecuatoriano de Normalización con el oficio No. 0020080604 de 3 de septiembre de 2008, expresó que carecía de competencia para absolver la consulta sobre los alcances de la Norma INEN 1334-1: 2008 (Segunda Revisión), "Rotulado de Productos Alimenticios para Consumo Humano. Parte 1. Requisitos".

Con los fundamentos jurídicos que quedan señalados, es mi criterio que el Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez carece de atribución para negar un Registro Sanitario por consideraciones hipotéticas de índole marcarias, que generaría falsas apreciaciones sobre la verdadera naturaleza, origen, composición o calidad del alimento, tanto más que, en el caso referido, el IEPI en el año 2002, concedió el registro de la marca Volcán, la que no contravenía disposición legal alguna.

Este criterio no constituye pronunciamiento en los términos del Art. 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

Se ha tomado nota de su escrito ingresado el 24 de septiembre de 2008.

OF. PGE. N°: 04006, de 07-10-2008

REMOCIÓN E INDEMNIZACIÓN DE GERENTE GENERAL: MANDATO CONSTITUYENTE N° 2

ENTIDAD CONSULTANTE: EMPRESA DE TRANSPORTES
NAVIEROS ECUATORIANOS, TRANSNAVE

CONSULTA:

Los Gerentes Generales de las empresas del Estado, tal como lo señala el Art. 93 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, en concordancia con el Art. 92 literal b) de la ley ibidem, son funcionarios de libre nombramiento y remoción, y evidentemente su remoción no implica destitución, en tal virtud, ¿La liquidación que se debe realizar por efecto de la separación de un Gerente General de una empresa del Estado, puede contemplar valores que por efectos de su separación sean superiores a los señalados en el Art. 8 del Mandato Constituyente 2, pese a que exista alguna reglamentación interna en la empresa expedida con anterioridad al Mandato Constituyente 2 que fije valores por concepto de indemnizaciones, superiores a dicho Mandato.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente N° 2, Arts. 2 y 8 .

LOSCCA, Arts. 92 lit. b), 93; y, 203 de su Reglamento.

Ley de la Empresa de Transportes Navieros Ecuatorianos, TRANSNAVE, Art. 4. Estatutos de TRANSNAVE, Arts. 6 y 9 num. 3.

PRONUNCIAMIENTO:

Conforme lo previsto por el Art. 4 de la Ley de la Empresa Transportes Navieros Ecuatorianos —TRANSNAVE—, la administración de esa empresa, corresponderá a su Directorio y al Gerente General; y, los deberes, atribuciones y facultades de cada uno de ellos, serán los fijados en sus Estatutos y Reglamentos. De manera concordante, el Art.6 ibídem, dispone que: “El Gerente General será designado por el Directorio, para un período de cuatro años, pudiendo ser ree-

legido indefinidamente. El Gerente General es el representante legal de la Empresa”.

Según establece el Art. 6 de los Estatutos de TRANSNAVE, la administración se la ejercerá por medio de su Directorio, del Presidente y del Gerente, con las facultades, obligaciones y limitaciones que sus Estatutos establezcan; y paralelamente, el Art. 9 numeral 3) *ibídem*, señala que ese Directorio, como órgano investido de las más amplias atribuciones para dirigir la administración de los negocios y bienes sociales de TRANSNAVE (su máxima autoridad), al que le corresponde nombrar al Gerente, Subgerente, si lo hubiere y aprobar los nombramientos de los Agentes, Capitanes “...y demás empleados superiores que determinen los Reglamentos”.

Por otra parte, el Art. 203 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, señala que tanto los servidores que ocupen puestos de libre nombramiento y remoción, contratados ocasionalmente, así como los designados para periodo fijo por mandato legal, conforme lo previsto en el Art. 93 de la LOSCCA, no serán considerados como servidores de carrera.

El Art. 92 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público —LOSCCA—, enumera taxativamente a los servidores públicos excluidos de la carrera administrativa, entre éstos, en la letra b), refiere explícitamente a los gerentes y subgerentes que son titulares o segundas autoridades de las empresas e instituciones del Estado.

De conformidad a lo dispuesto por el Art. 93 *ibídem*, las autoridades nominadoras podrán nombrar, previo el cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso al servicio civil, y remover libremente a los servidores públicos que ocupen los puestos señalados en el literal b) del Art. 92 de esta Ley; añade en su inciso final, que: “La remoción así efectuada no constituye destitución ni sanción disciplinaria de ninguna naturaleza”. Las personas que ocupan dichos puestos, pueden ser libremente removidas en cualquier momento, toda vez que se trata de cargos no amparados por la estabilidad de la que gozan los servidores de carrera.

El Art. 8 del Mandato Constituyente No. 2, de 24 de enero de 2008, señala:

“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 renuncias a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso.

Las autoridades laborales velarán por el derecho a la estabilidad de los trabajadores. Salvo en el caso de despido intempestivo, las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales del personal de las instituciones contempladas en el artículo 2 de este Mandato, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo bajo cualquier denominación, que estipule pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo, será de siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total.

Todos los funcionarios, servidores públicos, personal docente y trabajadores del sector público que se acojan a los beneficios de las indemnizaciones o bonificaciones indicadas en el presente artículo, no podrán reingresar al sector público, a excepción de las dignidades de elección popular o aquellos de libre nombramiento”.

De la normativa legal y estatutaria de TRANSNAVE que ha sido citada, se desprende que su Gerente General es un funcionario de rango superior (como lo determina explícitamente sus Estatutos), a cuyo cargo y dirección están los empleados civiles de esa empresa por lo que no puede ser considerado como servidor o funcionario de carrera; por tanto, ese cargo no está amparado por la garantía de estabilidad laboral que confiere la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA).

Con respecto a la aplicación del Art. 8 del Mandato Constituyente No. 2, la indemnización que allí se indica, procede únicamente, a favor de quienes sean suprimidas sus partidas, y de aquellos servidores que renuncien o se retiren

voluntariamente para acogerse a la jubilación, más no con respecto de funcionarios, que ejercen puestos de dirección sean de periodo fijo, o de libre nombramiento y remoción.

En el caso de la remoción del cargo de Gerente General de TRANSSNAVE, considero que el funcionario tiene derecho a que se le liquiden los haberes correspondientes a todos los beneficios que por ley le corresponden a la fecha en que fue separado de sus funciones, y que se sustentan en el efectivo desempeño del mismo; siendo improcedente el reconocimiento de cualquier tipo de indemnización a su favor, toda vez, que una eventual remoción de ese puesto no constituye sanción ni destitución de ningún tipo.

OF. PGE. N°: 0575, de 17-05-2008

REMUNERACIONES: CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA

CONSULTA:

Si es procedente que el Honorable Consejo Provincial de Pichincha, en base a su plena autonomía constitucional expida su propia escala remunerativa y por consiguiente no se acoja a las escalas remunerativas emitidas por la SENRES.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 119 inc. segundo.

Mandato Constituyente No. 2, Art. 2 lit. c) y Disp. Trans. Primera.

Mandato Constituyente N°. 1, Art. 2.

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

PRONUNCIAMIENTO:

El Mandato Constituyente No 2 publicado en el Registro Oficial Suplemento N°. 261, de 28 de enero de 2008, en su Disposición Transitoria Primera, ordena:

“DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- Se dispone que hasta el veinte y nueve de febrero de dos mil ocho, todas las entidades señaladas en el artículo 2, se ajustaran a los principios de equidad establecidos por la SENRES, o por las autoridades reguladoras pertinentes. Las nuevas escalas de remuneraciones entrarán en vigencia a partir del primero de marzo de dos mil ocho.

No serán susceptibles de reducción las remuneraciones que a la fecha de expedición de este mandato, sean inferiores a la remuneración mensual unificada máxima establecida en el artículo 1 de este Mandato”.

El artículo 2 letra c) del referido Mandato Constitucional establece:

“Art. 2.- Ámbito de aplicación.- El presente Mandato será de aplicación inmediata y obligatoria en las siguientes entidades:

c) Las entidades que integran el régimen seccional autónomo, sus empresas, fundaciones, sociedades o entidades dependientes, autónomas, desconcentradas, descentralizadas o adscritas a ellos, y cuyo presupuesto se financie con el cincuenta por ciento (50%) o más, con recursos provenientes del Estado”.

De conformidad con lo dispuesto por los Artículos 3 y 13 de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril del 2004, compete al Procurador General asesorar y absolver las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales, reglamentarias o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones o recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional.

En el caso concreto de los Mandatos Constituyentes, vista su espacialísima condición y origen, considero que extralimitan la facultad legal reseñada en el párrafo anterior, ya que cualquier interpretación, inteligencia o lectura que pudiera darse de esas normas, configuraría la realización de un acto que vulneraría la jerarquía superior y consecuentemente las facultades de la Asamblea Constituyente que las expidió; lo que, sumado a lo previsto en los artículos 119 de la Constitución Política de la República y 2 inciso segundo del Mandato Constituyente No. 1, nos obliga a denegar la atención a petitorios como el presente; en consecuencia, su consulta debe dirigirla a la Asamblea Constituyente.

Los pronunciamientos a los que se refiere su consulta, fueron emitidos antes de la vigencia del citado mandato.

OF. PGE. N°: 01586, de 01-07-2008

RESIDENCIA: COMPENSACIÓN ECONÓMICA, ZONA, VIÁTICO DIARIO – MANDATO CONSTITUYENTE N° 2

ENTIDAD CONSULTANTE: CORPORACIÓN DE DESARROLLO AFROECUATORIANA, CODAE

CONSULTA:

Si la excepción del derecho de la compensación por residencia, que establece la SENRES en la Cuarta Disposición General de la Resolución No. SENRES-2008-00147, guarda armonía con el espíritu del Mandato Constituyente No. 2.

BASES LEGALES:

Creación de la Corporación de Desarrollo Afroecuatoriano, CODAE, D. E N° 244, R.O.N° 48 de 28-06-2005, Art 1.

Res. 2008-00-147, 04-08-09, Disp. Gen. Cuarta.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 244 publicado en el Registro Oficial No. 48 de 28 de junio de 2005, crea la Corporación de Desarrollo Afroecuatoriano, CODAE, como un organismo descentralizado y participativo, con personería jurídica, adscrita a la Presidencia de la República, con sede principal en la ciudad de Quito.

El Decreto Ejecutivo No. 3 de 15 de enero de 2007, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 8 de 25 de enero de 2007, reconocía un viático por residencia a los funcionarios públicos que trasladen su domicilio a la ciudad de Quito, teniendo su domicilio habitual fuera de la Provincia de Pichincha, previa autorización de la máxima autoridad de la Institución, hasta por un máximo de quinientos dólares de los Estados Unidos de América.

La disposición citada en el párrafo que antecede tuvo vigencia hasta la expedición del Mandato Constituyente No. 2 de 24 de enero de 2008, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, estableciendo en su artículo 5 la compensación por residencia a favor de los funcionarios y servidores que tuvieran su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deben trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad, quienes tendrán derecho a una compensación económica para cubrir los gastos de vivienda por un monto máximo de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado.

De conformidad con el artículo 2 inciso segundo del Mandato Constituyente No. 1 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 223 de 30 de noviembre de 2007, las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna; y, sus decisiones no son susceptibles de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos, razón por la cual no cabe aplicar el Decreto Ejecutivo No. 3 de 15 de enero de 2007.

La Resolución No. SENRES- 2008-00147 de 14 de agosto de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 414 de 29 de agosto de 2008, contiene el Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para los funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado y derogó la Resolución No. 17 publicada en el Registro Oficial No. 47 de 31 de marzo de 2007, que regía antes de la expedición del Mandato Constituyente No. 2 sobre la misma materia.

El artículo 3 de la Resolución No. SENRES- 2008-00 147 de 14 de agosto de 2008, señala que la compensación por residencia es el estipendio monetario o valor mensual que los funcionarios y servidores de las instituciones, entidades, organismos y empresas del Estado, reciben por concepto del traslado de su residencia y domicilio personal o familiar junto con el servidor, a otra ciudad en la cual debe prestar sus servicios, cuyo propósito es cubrir los gastos de vivienda, y añade que para la aplicación de esta resolución, se entenderá por domicilio personal aquel en el que vive el funcionario o servidor; en cambio, domicilio familiar es aquel en el que vive la familia del funcionario o servidor.

La Disposición General Cuarta de la Resolución en estudio, señala respecto al derecho de la compensación por residencia, que el servidor que obtuvo un nombramiento regular en una ciudad distinta a la de su residencia habitual y que al posesionarse del puesto aceptó las condiciones y requerimientos del cargo, lugar de trabajo y función que iba a desempeñar, tal condición no le acredita el derecho a esa compensación, salvo el caso de los servidores de carrera a los cuales su partida se traslada a otra ciudad fuera de su residencia habitual, después de la emisión del Mandato Constituyente No. 2.

El artículo Final de la Resolución No. SENRES- 2008- 00147 dispuso que su vigencia corriera a partir del 24 de enero de 2008, acorde lo previsto en el artículo 2 y la Disposición Final Única del Mandato Constituyente No. 2.

Es preciso señalar que el Reglamento para el pago de viáticos, movilizaciones, subsistencias, alimentación y gastos de transporte de las instituciones, entidades y organismos del sector público, expedido mediante Resolución No. 191 publicada en el Registro Oficial No. 474 de 2 de diciembre de 2004, define en su artículo 2 al "viático" como el estipendio monetario o valor diario que por disposición de la LOSCCA, reciben los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores y trabajadores de las instituciones del sector público destinado a sufragar los gastos de alojamiento y alimentación que se ocasionen durante una comisión de servicios, cuando por razones de trabajo deban pernoctar fuera de su domicilio habitual; y en su artículo 10 letra e), dispone que los viáticos determinados de acuerdo con las normas de esa Resolución, se pagarán solamente para las comisiones de servicio que no excedan de treinta días en un mismo lugar de trabajo.

Por los días que sobrepasen de ese límite, cualquiera sea la zona en la que se realice la comisión de servicio, únicamente se reconocerá un viático diario al que corresponde a la Zona B ahí determinada; y concluye, que para aquellos funcionarios, servidores y trabajadores que realicen funciones de auditoría y fiscalización, no será de treinta días, sino de sesenta, previa justificación técnica de la respectiva institución.

Con los fundamentos jurídicos que quedan señalados, considero que la Disposición General Cuarta de la Resolución No. 2008-00 147 antes referida, no se contrapone con la compensación por residencia establecida en el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2, ya que el viático tiene carácter de temporal u ocasional y debe pagarse siempre que el servidor sea declarado en comisión de servicios, mientras que la compensación por residencia constituye un ingreso permanente para los funcionarios y servidores que laboran fuera de su domicilio habitual, conforme se ha explicado anteriormente.

OF. PGE. N°: 05326, de 10-12-2008

RESIDENCIA: COMPENSACIÓN ECONÓMICA DIRECTORES DE ÁREA

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA DE PUEBLOS, MOVIMIENTOS SOCIALES Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

CONSULTA:

Tienen derecho los Directores de Área de la Institución, que por efecto del cumplimiento de sus funciones debieron trasladar su domicilio principal a la ciudad

de Quito al reconocimiento de una compensación económica para cubrir los gastos de residencia y pasajes.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No 1, Art. 2 inc. segundo.

Mandato Constituyente No 2, Art. 5.

D.E. N° 133, R.O.N° 35, 07-03-2007, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 133, por el cual se crea la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana, dicha entidad es un organismo de derecho público con finalidad social y pública, con personalidad jurídica, financiada con recursos públicos del Estado, que funciona adscrita a la Presidencia de la República y está sometida al Control de la Contraloría General del Estado; dirigida por un Secretario/a con rango de Ministro, que integre el Gabinete Ministerial.

El segundo inciso del Art. 2 del Mandato Constituyente No. 1, dispone que las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna.

Por su parte, el Art. 5 del Mandato Constituyente No. 2, establece que los funcionarios y servidores que tuvieren domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad, tendrán derecho a una compensación económica para cubrir los gastos de vivienda por un monto máximo de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado.

La última disposición invocada es categórica y no admite interpretación alguna; en tal virtud, en aplicación a su tenor literal, los Directores de Área de la Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana, que por efecto del cumplimiento de sus funciones debieron trasladar su domicilio principal a la ciudad de Quito, tienen derecho a la compensación económica equivalente hasta tres salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado.

OF. PGE. N°: 02394, de 13-08-2008

RESIDENCIA : COMPENSACIÓN ECONÓMICA

ENTIDAD CONSULTANTE: SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, SRI

CONSULTAS:

1. Procede el pago para todos los funcionarios que están fuera de su lugar habitual de residencia o domicilio.
2. Esta compensación se debe pagar mensualmente mientras dure la permanencia del funcionario fuera de su lugar habitual de residencia.
3. Esta compensación se considera como un viático; o como parte integrante de la remuneración ordinaria.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente No 2, Art. 5.

Mandato Constituyente No 1, Art. 2 inc. segundo.

Reglamento para el pago de Viáticos, Movilizaciones y Subsistencias, Arts. 2 y 10 lit. c) y e).

PRONUNCIAMIENTO:

Conforme se desprende de las consultas formuladas, la duda se origina en la aplicación de la compensación por residencia prevista en el Mandato Constituyente No. 2 o el pago de viáticos contemplada en la Resolución SENRES a los funcionarios o servidores de esa entidad que cumplan funciones fuera del lugar habitual de su residencia o domicilio.

El artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2, dispone que los funcionarios y servidores que tuvieran su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo "deban trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad", tendrán derecho a una compensación económica para cubrir los gastos de vivienda por un monto máximo de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado.

Por su parte, el Reglamento para el pago de Viáticos, Movilizaciones y Subsistencias expedido mediante Resolución SENRES 2004-0191 publicada en el Registro Oficial No. 474 de 2 de diciembre de 2004, reformado por la Resolución SENRES-2007-000017 publicada en el Registro Oficial No. 47 del 21 de marzo del 2007, en el artículo 2 determina que el viático es el estipendio monetario o valor diario que reciben los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores y trabajadores de las instituciones del sector público, destinado a sufragar los gastos de alojamiento y alimentación "que se ocasionen durante una comisión de servicios, cuando por razones de trabajo, deban pernoctar

fuera de su domicilio habitual". El pago de los viáticos y los niveles jerárquicos, se encuentran establecidos en la tabla de valores prevista en el artículo 6 de esa Resolución.

Se debe tener en cuenta que, conforme al artículo 10 letras c) y e) de la mencionada Resolución, los viáticos son autorizados para los días que efectivamente dure la comisión de servicios, los mismos que no deben exceder de treinta días en un mismo lugar de trabajo, salvo el caso de funcionarios, servidores y trabajadores que realicen funciones de auditoría y fiscalización, para los cuales el límite es de sesenta días, previa justificación técnica de la respectiva institución.

El segundo inciso del Art. 2 del Mandato Constituyente No. 1, dispone que las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna, y por tanto prevalecen sobre cualquier Resolución de la SENRES que estuviere en contradicción con dichos Mandatos.

De conformidad con lo expuesto, caben las siguientes conclusiones:

Si los funcionarios y servidores deben prestar sus servicios por un tiempo que no exceda de treinta días en un mismo lugar de trabajo, (salvo las funciones de auditoría y fiscalización, cuya comisión puede durar hasta sesenta días) tienen derecho al pago de los viáticos, de acuerdo con la tabla de valores dispuesta en el artículo 6 de la referida Resolución SENRES.

Conforme lo dispone el Art. 5 del Mandato Constituyente No. 2, los funcionarios y servidores que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en el cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad, tendrán derecho a una compensación económica para cubrir los gastos de vivienda por un monto máximo de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector público, que se pagará junto con la remuneración mensual del servidor, mientras permanezca en el desempeño de su cargo.

Si bien se pagará junto con la remuneración mensual, no constituye viático, ni forma parte de la remuneración del funcionario.

OF. PGE. N°: 03178, de 10-09-2008

RESIDENCIA: PAGO DE VIÁTICOS - MANDATO CONSTITUYENTE N° 2 -

ENTIDAD CONSULTANTE: SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, SRI

CONSULTA:

Solicita la ampliación del pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado constante en el oficio No. 003178 de 10 de septiembre de 2008, relacionado con la aplicación del Art. 5 del Mandato Constituyente No. 2 que versa sobre la compensación por residencia.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente N° 2, Art. 5 y Disp. Final.

Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para los funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado, Art. 3 y Disp. Gen. Cuarta.

Res. SENRES No. 2008-0147, 14-08-2002, R. O. N° 414, 28-08-2008.

PRONUNCIAMIENTO:

La Resolución No. SENRES- 2008-00147 de 14 de agosto de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 414 de 29 de agosto de 2008, que contiene el Reglamento para el pago de compensación por residencia y transporte para los funcionarios y servidores de las instituciones, organismos y empresas del Estado, se fundamenta en el Art. 5 del Mandato Constituyente No. 2, publicado en el Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008.

El Art. 3 de la Resolución citada, señala que la compensación por residencia es el estipendio monetario o valor mensual que los funcionarios y servidores de las instituciones, entidades, organismos y empresas del Estado reciben por concepto del traslado de su residencia y domicilio personal o familiar junto con el servidor, a otra ciudad en la cual debe prestar sus servicios, cuyo propósito es cubrir los gastos de vivienda. Añade este artículo que, para la aplicación de esta resolución, se entenderá por domicilio personal aquel en el que vive el funcionario o servidor; en cambio, domicilio familiar es aquel en el que vive la familia del funcionario o servidor.

La Disposición General Cuarta de la Resolución en estudio, incluye en el derecho de la compensación por residencia a los servidores de carrera a los cuales su partida se traslada a otra ciudad fuera de su residencia habitual, después de la emisión del Mandato Constituyente No. 002.

La Disposición Final de la Resolución No. SENRES -2008- 00147 derogó la Resolución No. SENRES- 2007- 000017 publicada en el Registro Oficial No. 47 de 21 de marzo de 2007, que a su vez había reformado el Art. 2 del Reglamento para el pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias expedido mediante Resolución No. SENRES-2004-0191, publicada en el Registro Oficial No. 474 de 2 de diciembre de 2004.

El artículo Final de la Resolución No. SENRES- 2008- 00147 dispuso que ésta entraría en vigencia a partir del 24 de enero de 2008, acorde lo previsto en el Art. 2 y la Disposición Final única del Mandato Constituyente No. 2.

El Mandato Constituyente No. 2 expedido el veinte y cuatro de enero del dos mil ocho, y con vigencia desde esa fecha, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 261 de 28 de enero de 2008, en el Art. 5 estableció la compensación por residencia a favor de los funcionarios y servidores que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deben trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad, quienes tendrán derecho a una compensación económica para cubrir los gastos de vivienda por un monto máximo de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado. De ahí que la Resolución No. SENRES – 2008- 00147 entró en vigencia el 24 de enero de 2008, coincidiendo con la vigencia del Mandato Constituyente No. 2.

De conformidad con el Art. 2 inciso segundo del Mandato Constituyente No. 1 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 223 de 30 de noviembre de 2007, las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna; y, sus decisiones no son susceptibles de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.

Con los fundamentos jurídicos que quedan señalados, considero que para el pago de la compensación por residencia debe aplicarse el Art. 5 del Mandato Constituyente No. 2 vigente desde el 24 de enero de 2008, en relación con la Resolución No. SENRES- 2008- 00147, en lo que ésta no se oponga al mencionado Mandato Constituyente.

Con anterioridad al 24 de enero de 2008, esto es antes de la vigencia del Mandato Constituyente No. 2, debió aplicarse el Reglamento para el pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias expedido por la SENRES, que estuvo vigente a esa fecha.

En estos términos, queda aclarado el pronunciamiento constante en el oficio No. 003178 de 10 de septiembre del 2008.

OF. PGE. N°: 03809, de 02-10-2008

SENACYT: CONVENIOS CON RECURSOS PÚBLICOS PARA FINANCIAMIENTO DE ESTUDIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA, SENACYT

CONSULTAS:

La SENACYT, dentro de las actividades que desarrolla, puede suscribir Convenios en forma directa con Universidades o instituciones públicas y con entidades privadas sin fines de lucro nacionales o extranjeras, con el objeto de financiar con recursos públicos del Estado Ecuatoriano: becas, maestrías, doctorados y post-doctorados en el Ecuador y en el exterior, a personas naturales de nacionalidad ecuatoriana que hayan obtenido títulos profesionales de tercer nivel de educación superior en nuestro país.

En caso de poder suscribir Convenios directamente con Universidades e Instituciones Públicas y con entidades privadas sin fines de lucro nacionales o extranjeras, para que se apoyen (sic) la gestión administrativa y logística de los becarios en el exterior, se podrán transferir recursos económicos de manera directa a una o más entidades de las antes señaladas; para el cabal cumplimiento de ese objeto y por lo tanto es necesario o no contar con los informes previos de las autoridades de control.

BASES LEGALES:

Ley del Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, IECE, Arts. 1 y 2 lit. b). Normativas para Reorganizar el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, Art. 7, lit. d) y g).

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con el Art. 1 de la Ley del Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, IECE, dicha institución es una entidad financiera de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestaria, con patrimonio y fondos propios, con domicilio principal en la ciudad de Quito; y entre sus atribuciones está, de conformidad con el Art. 2 de la Ley ibídem, las siguientes:

...b) Administrar los recursos económicos, mediante crédito educativo y/o becas, que el Estado, las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, voluntariamente o por disposición legal, destinen al financiamiento de la educación de ecuatorianos o ecuatorianas; ...e) Gestionar recursos económicos ante los diferentes organismos gubernamentales y no gubernamentales, nacionales o internacionales, con el fin de destinarlos a la concesión de crédito educativo y/o becas; y, ...g) Financiar, con sus fondos y/o en asocio con otros organismos estatales o privados, cursos de perfeccionamiento, capacitación, postgrado, seminarios, con la concurrencia de estudiantes y profesionales nacionales y/o extranjeros, en reciprocidad a la becas y a los cursos de estudio y entrenamiento que se ofrecen al Ecuador.

Las letras d) y g) del Art. 7 de las Disposiciones Normativas para Reorganizar el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, disponen como funciones de la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología, SENACYT, el coordinar con las instituciones nacionales y con los organismos internacionales las acciones vinculadas con investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación; y, promover y financiar proyectos de investigación, servicios de ciencia, innovación y tecnología, públicos y privados.

No obstante que, las últimas disposiciones invocadas le otorgan atribución a la SENACYT para promover y financiar la formación y capacitación de recursos humanos en ciencia, innovación y tecnología, tanto para los sectores públicos como privados, dicha normativa no le otorga atribución para constituirse en institución financiera para tales fines.

Consecuentemente, no es procedente que la SENACYT, suscriba en forma directa Convenios con Universidades o instituciones públicas y con entidades privadas sin fines de lucro nacionales o extranjeras, con el objeto de financiar con recursos públicos del Estado Ecuatoriano: becas, maestrías, doctorados y postdoctorados en el Ecuador y en el exterior, a personas naturales de nacionalidad ecuatoriana que hayan obtenido títulos profesionales de tercer nivel de educación superior en nuestro país, sino que tendrá que realizar la suscripción de dichos convenios, a través del IECE, como organismo con atribución exclusiva para dicho objetivo.

OF. PGE. N°: 01949, de 21-07-2008

SENACYT: INTEGRACIÓN DE COMPAÑÍAS MERCANTILES O DE ECONOMÍA MIXTA

ENTIDAD CONSULTANTE: SECRETARÍA NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA, SENACYT

CONSULTA:

Sería pertinente que la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología, quien para fines técnicos, administrativos, operativos y financieros ejerce sus funciones y atribuciones de manera independiente y desconcentrada, constituya una compañía de economía mixta con un grupo privado para impulsar el fomento de la ciencia, tecnología e innovación

BASES LEGALES:

Ley de Compañías, Arts. 308 y 309.

Ley del Sistema de Ciencia y Tecnología, Art. 11.

Disposiciones Normativas para Reorganizar el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, Arts. 1, 3 y 5 .

D. E 1829, R. O.S. N° 351 de 07-09-2006.

D. E N° 723 R.O. N° 213 de 16-11-2007.

D. E N° 1372 R. O. N° 278 de 20-02-2004.

PRONUNCIAMIENTO:

Mediante Decreto Supremo No. 3811 publicado en el Registro Oficial No. 9 de 23 de agosto de 1979, se expidió la Ley del Sistema de Ciencia y Tecnología, y su artículo 11 determina la creación del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología como un órgano asesor del ex Consejo Nacional de Desarrollo y como un organismos superior del sistema en materia de política de ciencia y tecnología para el desarrollo.

A través del Decreto Ejecutivo No. 1603 publicado en el Registro Oficial No. 413 de 5 de abril de 1994, se expidieron las "Disposiciones Normativas para Reorganizar el Sistema de Ciencia y Tecnología" y en sus artículos 1 y 3 se dispuso la supresión del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, y se creó la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología, adscrita a la Vicepresidencia de la República, con funciones, entre otras, para elaborar el Programa Nacional de Ciencia y Tecnología, con la participación de las entidades que conforma el sistema y el apoyo operativo y logístico de la Fundación de Ciencia y Tecnología, FUNDACYT.

Posteriormente, con Decreto Ejecutivo No. 1829 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 7 de septiembre del 2006, se deroga el Decreto Ejecutivo No. 1603 antes referido, y se expiden las “Disposiciones Normativas para Reorganizar el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología”, con la finalidad de normar la organización y funcionamiento de ese sistema, disponiendo en su artículo 5, el restablecimiento del Concejo Nacional de Ciencia y Tecnología, CONACYT como órgano superior y rector del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, adscrito a la Presidencia de la República, correspondiendo a la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología, SENACYT, el cumplimiento y ejecución de las resoluciones del CONACYT.

Luego, mediante Decreto Ejecutivo No. 723 publicado en el Registro Oficial No. 213 de 16 de noviembre del 2007, se reforma el Decreto Ejecutivo No. 1829 antes mencionado, y en los artículos 1 y 6, se establece que la Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología, SENACYT “es una entidad adscrita a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo –SENPLADES- que para fines técnicos, administrativos, operativos y financieros ejercerá sus funciones y atribuciones de manera independiente y desconcentrada”; y se suprime al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, CONACYT.

De acuerdo con el Decreto Ejecutivo No. 1372 publicado en el Registro Oficial No. 278 de 20 de febrero de 2004, se crea la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, SENPLADES, como un organismo técnico de la planificación nacional, dependiente de la Presidencia de la República.

Respecto a la formación de compañías de economía mixta, los artículos 308 y 309 de la Ley de Compañías establecen que el Estado, las Municipalidades, los Consejos Provinciales y las entidades u organismos del sector público, pueden participar conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión de compañías de economía mixta, siempre que se dediquen al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos.

De la normativa citada se desprende que la SENACYT es un Organismo encargado de ejecutar las políticas y disposiciones emanadas del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología como Órgano Rector encargado de normar el sistema de ciencia y tecnología, sin que conste ninguna facultad para que la Secretaría a su cargo pueda ejercer directamente actividades comerciales, industriales o de prestación de servicios.

Por lo expuesto, resulta improcedente que la SENACYT integre cualquier tipo de compañías mercantiles, entre ellas, empresa de economía mixta.

OF. PGE. N°: 01146, de 10-06-2008

SERVICIOS PROFESIONALES: DIRECTORES DE OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS

ENTIDAD CONSULTANTE: AUTORIDAD PORTUARIA DE GUAYAQUIL

CONSULTA:

Si Autoridad Portuaria de Guayaquil podría suscribir contratos de consultoría o de prestación de servicios profesionales con los Presidentes de Directorio o Directores de otras entidades públicas, que no percibiendo remuneraciones de tales entidades, presten determinados servicios técnicos, profesionales, especializados o de cualquier otra índole, considerando que ese caso no se encuentra inmerso dentro de las inhabilidades generales o especiales preceptuadas en los artículos 62 numeral 2) y 63 numeral 3) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para poder desarrollar actividades como contratista en una institución del Estado, distinta a la entidad en la que fuese delegado, presidente o vocal, según corresponda. En sentido contrario, el Presidente y los vocales del Directorio de Autoridad Portuaria de Guayaquil podrían suscribir contratos de consultoría o de prestación de servicios con otras entidades públicas, distintas de Autoridad Portuaria de Guayaquil.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 229 y 232.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 62 num. 2.
LOSCCA, Arts. 5 lit. d), 26 y 62 num. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 229 de la Constitución de la República establece: "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."

Según el literal d) del artículo 5 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, (LOSCCA), no están comprendidos en el servicio civil los dignatarios, autoridades o miembros de los cuerpos colegiados a cuyo cargo corre el gobierno de las instituciones del Estado.

El numeral 2 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina entre las inhabilidades generales, la prohibición a los presidentes o representantes legales para contratar con las entidades contratantes que presiden o representan; y, el numeral 3 del artículo 63 de la misma ley, inhabilita para la celebración de contratos con la institución a la que pertenecen a los miembros de directorios de la entidad convocante.

El inciso segundo del artículo 232 de la Constitución de la República prevé que: "Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios."

En el caso consultado, los Presidentes de Directorios o Directores de una Entidad Pública, por cuanto no perciben una remuneración mensual ni prestan sus servicios de forma regular y permanente en la respectiva Entidad, no pueden ser considerados servidores públicos, y por tanto, no les son aplicables las prohibiciones generales que tienen los servidores públicos, que se encuentran prevista en el Art. 26 de la LOSCCA Codificada.

Con fundamento en la análisis jurídico que antecede, la Autoridad Portuaria de Guayaquil sí podría suscribir contratos de consultoría o de prestación de servicios profesionales con los Presidentes de Directorio o Directores de otras entidades públicas que no perciban remuneraciones de tales entidades, para que presten determinados servicios técnicos, profesionales, especializados. Igualmente, el Presidente y los vocales del Directorio de Autoridad Portuaria de Guayaquil no están inhabilitados para celebrar contratos de consultoría o de prestación de servicios con otras entidades públicas, distintas de Autoridad Portuaria de Guayaquil. En ambos casos, siempre que sus intereses no entren en conflicto con los de Autoridad Portuaria de Guayaquil o con los intereses de su Directorio que presiden o del que forman parte.

OF. PGE. N°: 05471, de 22-12-2008

**SISTEMA ECUATORIANO DE CALIDAD:
VIGENCIA Y/O DEROGATORIA-**

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO NACIONAL DE CALIDAD, CONCAL

CONSULTA:

Si está o no vigente el Decreto Ejecutivo 1526, publicado en el Registro Oficial 346 de 24 de junio de 1998.

BASES LEGALES:

Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad, Art. 61.

D.E. N° 1526, R. O. N° 346, de 24-06-1998.

D.E. N° 3156, R. O. N° 681, de 11-10-1998.

D.E. N° 3497, R.O. N° 744, de 14-01-2003 Arts. 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 193 al 235 y 317 al 353.

PRONUNCIAMIENTO:

El Decreto Ejecutivo 1526, publicado en el Registro Oficial 346 de 24 de junio de 1998, fue derogado expresamente por el Decreto Ejecutivo 3156, publicado en el Registro Oficial 681 de 11 de octubre de 2002.

Posteriormente, con el artículo 387 del Decreto Ejecutivo No. 3497, publicado en el Registro Oficial No. 744 de 14 de enero de 2003, se restituye en su totalidad la vigencia del Decreto Ejecutivo 1526, publicado en el Registro Oficial 346 de 24 de junio de 1998.

Por último con el artículo 61 de la Ley del Sistema Ecuatoriano de la Calidad, se deroga expresamente los artículos 42 al 51, 193 al 235 y 353 al 387 del Decreto Ejecutivo 3497, publicado en el Registro Oficial No. 744 de 14 de enero de 2003.

Al derogarse expresamente el artículo 387 del Decreto Ejecutivo 3497, queda sin efecto la disposición de reviviscencia contenida en el citado artículo (387); en consecuencia, el Decreto Ejecutivo 1526, publicado en el Registro Oficial No. 346 de 24 de junio de 1998, se encuentra derogado.

OF. PGE. N°: 04904, de 19-11-2008

SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: DELEGACIÓN DE FIRMAS PARA LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE GUAYAQUIL

CONSULTAS:

1. Deben firmarse los contratos que regula la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, únicamente por el Alcalde como máxima autoridad en el ámbito de dicha Ley, al tenor del artículo 6 numeral 16 de dicha Ley, o corresponde que los mismos sean también firmados por el Procurador

Síndico Municipal, al amparo de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que atribuye tanto al Alcalde como al Procurador Síndico Municipal la representación judicial y extrajudicial del Municipio.

2. Puede el Alcalde como máxima autoridad en el ámbito de la contratación pública delegar el acto administrativo de adjudicar el contrato en las diversas modalidades de contratación a que se refiere la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin responsabilidad por el acto de adjudicación que realice el delegatario, dado que no existe norma expresa que atribuya responsabilidad al delegante en el caso de la adjudicación hecha por el delegatario”

3. Opera la responsabilidad solidaria a que se refiere el artículo 23 párrafo final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aunque la máxima autoridad no haya tenido ninguna participación respecto de los estudios contratados, y menos aún haya participado en su aprobación? ¿Qué debe entenderse por participación en la elaboración de los estudios en el contexto del artículo 23 párrafo final de la Ley referida en este numeral.

4. Debe entenderse que las responsabilidades del delegante que menciona el artículo 61 párrafo segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se refiere a las responsabilidades surgidas por las actuaciones anteriores propias de la máxima autoridad: así, la aprobación de los pliegos de contratación, la adjudicación del contrato; o se refiere a que AUNQUE NO FIRME EL CONTRATO LA MÁXIMA AUTORIDAD RESPONDE POR EL ACTO DE UN TERCERO: EL DELEGATARIO QUE FIRMA EL CONTRATO”.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Arts. 6 num. 16, 17, 19, 23, 32 y 61.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 23, 69 num. 2 y 70.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 54.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 75.

D.S. N° 532, R.O N° 62 de 23-09-1963, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. El artículo 6 numeral 16 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, define: “Máxima Autoridad: Quien ejerce administrativamente la representación legal de la Entidad Contratante. Para efectos de esta Ley, en las municipalidades y consejos provinciales, la máxima autoridad será

el Alcalde o Prefecto, respectivamente". En el artículo 32 de la misma Ley, "Adjudicación.- La máxima autoridad de la Institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6 de esta Ley; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento"

En la legislación ecuatoriana la adjudicación y la suscripción del contrato público o administrativo, son dos momentos distintos de la formación del contrato administrativo que producen efectos jurídicos relacionados entre si, pero independientes. Por un lado, la adjudicación es un acto administrativo, unilateral efectuado en ejercicio de la potestad administrativa que produce efectos directos e inmediatos mientras que el contrato constituye la manifestación bilateral de lo que constituye objeto de la adjudicación y otras obligaciones propias del contrato administrativo entre el Estado, como contratante y el respectivo adjudicatario, como contratista. El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que si bien no es aplicable para el régimen seccional y municipal, a manera de referencia en su artículo 75, define: "CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables".

La Ley Orgánica de Régimen Municipal, dispone en su artículo 69, en cuanto a los deberes y atribuciones del alcalde, en su numeral 2: "Representar, junto con el procurador síndico municipal, judicial y extrajudicialmente, a la municipalidad". Extrajudicial se refiere a todo acto que se hace o trata fuera de la vía judicial. La Ley atribuye la adjudicación únicamente a la máxima autoridad. Sin embargo, la suscripción del contrato como un momento diferente de la adjudicación, como acto extrajudicial de las municipalidades, sí requiere la intervención conjunta del Alcalde y el Procurador Síndico, como se lo ha venido realizando, según lo determinado en el Art. 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 61, en cuanto a la delegación manifiesta:

"Si la máxima autoridad de la Entidad Contratante decide delegar la suscripción de los contratos a funcionarios o empleados de la entidad u organismos

adsritos a ella o bien a funcionarios o empleados de otras entidades del Estado, deberá emitir la resolución respectiva sin que sea necesario publicarla en el Registro Oficial, debiendo darse a conocer en el Portal COMPRAS PÚBLICAS.

Esta delegación no excluye las responsabilidades del delegante. Para la suscripción de un contrato adjudicado no se requerirá de autorización previa alguna”.

Es clara la Ley, en cuanto a la no exclusión de responsabilidades al delegante, en el orden administrativo de las decisiones y acciones que el delegado ejecute, ya que estas serán siempre en nombre de la autoridad delegante. Cabe citar, para esclarecer el alcance de dicha disposición, que según el vigente Decreto Supremo 532, R. O 62 de 23 de septiembre de 1963, en su artículo 1, dispone: “...Los Ministros de Estado son personalmente responsables por los actos de la Función Ejecutiva que autoricen con su firma o por medio de delegación, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en cada caso, corresponde a los funcionarios y empleados delegados.” Es decir, si bien el delegante responderá hasta las acciones ejecutadas administrativamente y en el ámbito de sus competencias, éste no podrá responder por las infracciones y delitos que ejecute el delegado, ya que éstos son de carácter meramente personal, si excedió de las facultades delegadas.

Por tal razón operará la responsabilidad personal y solidaria, como lo determina el artículo 70 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal: “... Quienes recibían las delegaciones, serán personal y solidariamente responsables de sus actos y decisiones en el cumplimiento de las mismas.” La delegación vincula al delegado y delegante en cuanto a los actos que se ejecuten en el orden administrativo en nombre del delegante.

3. El artículo 23 de la Ley Orgánica en análisis, señala efectivamente que la máxima autoridad que hubiere participado en la elaboración de los estudios tendrá responsabilidad solidaria junto con los consultores o contratistas, confirmando así la disposición contemplada en el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: “Responsabilidad en los procesos de estudio, contratación y ejecución.- Las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores que tengan a su cargo la dirección de los estudios y procesos previos a la celebración de los contratos públicos, tales como de construcción, provisión, asesoría, servicios, arrendamiento, concesiones, delegaciones, comodato y permuta, serán responsables por su legal y correcta celebración; y aquellos a quie-

nes correspondan las funciones de supervisión, control, calificación o dirección de la ejecución de los contratos, serán responsables de tomar todas las medidas necesarias para que sean ejecutadas con estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, los programas, costos y plazos previstos...”.

De acuerdo con las disposiciones legales antes citadas, la responsabilidad de la máxima autoridad esta en relación con su participación, contratación y la aprobación de los estudios de manera que no es responsable sino ha participado en las etapas antes señaladas.

La responsabilidad a la que se refiere la disposición citada deberá ser establecida por la Contraloría General del Estado, de acuerdo a la participación de los funcionarios públicos y consultores en la elaboración de los respectivos diseños.

4. Conforme se dejó señalado al responder la segunda consulta, la delegación a la que se refiere la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no libera la responsabilidad del funcionario delegante, en todos los actos administrativos derivados de tal delegación.

Por lo expuesto, subsiste dicha responsabilidad del delegante por las actuaciones de su delegado en la firma de contratos, con excepción de la responsabilidad penal por el eventual cometimiento de delitos que, como se dejó indicado, es personal del funcionario delegado.

OF. PGE. N°: 04676, de 12-11-2008

SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: PROCEDIMIENTOS PARA CONTRATOS, ADQUISICIÓN DE BIENES Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

ENTIDAD CONSULTANTE: CORPORACIÓN FINANCIERA NACIONAL, CFN

CONSULTA:

...Si las normas del Reglamento de Contrataciones para la Adquisición de Bienes y la Prestación de Servicios no regulados por la Ley de Consultoría, cuya cuantía sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico de las entidades que conforman la Administración Pública Central y la

Administración Pública Institucional, son aplicables y obligatorias para la Corporación Financiera Nacional y en caso de serlas, si de conformidad con la Primera Disposición Transitoria del Reglamento ibídem, por causas técnicas debidamente justificadas y acreditadas por el mismo no fuere posible realizar las adquisiciones de bienes normalizados y estandarizados, a través del proceso de subasta interna, la Entidad puede utilizar los procedimientos alternativos establecidos en su reglamentación interna.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 1.

Ley de Consultoría, Art. 1.

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

PRONUNCIAMIENTO:

El Reglamento de contrataciones para la adquisición de bienes y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1091 publicado en el Registro Oficial No. 351 de 3 de junio del 2008, no obstante que en su artículo 1 determinó su ámbito de aplicación a los organismos y entidades del sector público "comprendidos en la Administración Pública Central y en la Administración Pública Institucional", y que precisó en su Disposición Transitoria Segunda que los organismos y entidades del sector público comprendidos en el "artículo 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, deberán adecuar sus reglamentos e instructivos internos a las normas del presente decreto...", entre los cuales no se encuentra considerada la Corporación Financiera Nacional, en cambio que, dicha Corporación se encuentra sujeta a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, promulgada en el Suplemento al Registro Oficial No. 395, de 04 de agosto de 2008, que en su artículo 1 establece que su ámbito abarca los principios y normas para regular los procedimientos de contratación, adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluso a la contratación de servicios de consultoría que realicen, entre otros, los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado, los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley o para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, al Reglamento General de Aplicación de la Ley ibídem, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. de 8 de Agosto de 2008.

Adicionalmente a lo expuesto, cabe resaltar que en la Resolución INCP No. 001-08 expedida por el Instituto Nacional de Contratación Pública, publicada

en el Suplemento del Registro Oficial No. 401 de 12 de agosto del 2008, en el considerando tercero reitera que el ámbito de aplicación del mencionado Decreto No. 1091 se circunscribe a las entidades que conforman la Administración Pública Central y la Administración Pública Institucional.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye que los procedimientos de contratación que realice la Corporación Financiera Nacional, se sujetarán a la normativa contemplada en la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a su Reglamento de aplicación y a las demás normas que el Instituto Nacional de Contratación Pública expida para el efecto, sin que tampoco sea aplicable el Reglamento materia de su consulta al período de transición establecido en la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica antes citada, sino las normas que, en uso de su autonomía haya expedido la Corporación Financiera Nacional.

OF. PGE. N°: 03106, de 05-09-2008

**SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA:
PROCEDIMIENTOS DE COTIZACIÓN DE MENOR CUANTÍA
- APLICACIÓN DE REGLAMENTOS INTERNOS -**

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE MORONA SANTIAGO

CONSULTAS:

1. Los procedimientos de cotización y menor cuantía por qué disposiciones se regularán hasta el 31 de diciembre de 2008.
2. Los procedimientos de cotización y menor cuantía hasta el 31 de diciembre del 2008 deben realizarse según las regulaciones que para el efecto dicte la máxima autoridad de la entidad contratante.
3. Según la definición de "Máxima Autoridad", que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el caso de las Municipalidades es el Alcalde, Corresponde al Alcalde dictar las disposiciones que regularán los procedimientos de cotización y menor cuantía hasta el 31 de diciembre del 2008, que establece el artículo 4 de la Resolución INCP No. 001-08.
4. El Resto (sic) de procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, porque (sic) normas se rigen hasta el 31 de diciembre del 2008.

5. Los Municipios hasta el 31 de Diciembre del 2008 pueden seguir aplicando los Reglamentos Internos de Contratación Pública.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 272.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 6 num. 16, Disp. Trans. Sexta; y, 99 y Disp. Trans. primera de su Reglamento.

Res. INCP N° 001-08, Arts. 1, 2 y 4.

PRONUNCIAMIENTOS:

1 y 2. La Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública faculta al Instituto Nacional de Contratación Pública establecer durante el primer año de vigencia de esta ley, exoneraciones o disposiciones especiales para la aplicación progresiva de esa ley, especialmente aquellas relacionadas con el Plan Anual de Contratación, registros de presupuesto y la realización de las transacciones en el Portal COMPRASPÚBLICAS.

Por su parte, la Disposición Transitoria Sexta del Reglamento de Aplicación de la referida Ley, establece lo siguiente: "De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta de la Ley, el Instituto Nacional de Contratación Pública exceptuará, hasta el 31 de diciembre de 2008, de los procedimientos de cotización y menor cuantía establecidos en la Ley, los cuales se realizarán de conformidad con las disposiciones que emita la máxima autoridad de la entidad contratante."

El artículo 4 de la Resolución INCP No.001-08 del señor Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública indica lo siguiente: "Hasta el 31 de diciembre de 2008, exceptúese de los procedimientos de cotización y menor cuantía establecidos en la ley, los cuales se realizarán de conformidad con las disposiciones que emita la máxima autoridad de la entidad contratante. Durante este período, el Instituto de Contratación Pública podrá dictar regulaciones que deberán aplicar las máximas autoridades de las entidades contratantes para la realización de estos procedimientos".

El artículo 2 de la Resolución No. INCP 003-08 del señor Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública dispone que para los efectos de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las entidades contratantes únicamente exigirán el certificado de habilitación en el Registro Único de Proveedores, RUP, documento suficiente para demostrar que no consta en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios fallidos; y,

la Disposición Transitoria de esta resolución, ordena que durante el período que va entre el 1 de septiembre y 31 de diciembre de 2008, si en un procedimiento de contratación intervinieren proveedores que no estuvieran inscritos y habilitados en el RUP, deberán hacerlo previamente a presentar las ofertas, situación que será verificada bajo responsabilidad de las entidades contratantes. Sin embargo, en reforma posterior al artículo 99 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a este respecto ordena: “Si el proveedor no estuviera inscrito y habilitado en el RUP, deberá hacerlo luego de la adjudicación o decisión de contratación y previamente a celebrarse el contrato o efectuarse la prestación quienes no estuvieran habilitados deberán hacerlo previamente a formalizar la contratación.”.

El artículo 272 de la Constitución ordena que si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.

Por lo indicado, hasta el 31 de diciembre de 2008, los procedimientos de cotización y menor cuantía se realizarán de conformidad con las disposiciones que emita la máxima autoridad de la entidad contratante, sin perjuicio de que, durante este período, el Instituto de Contratación Pública dicte regulaciones, las cuales deberán aplicar las máximas autoridades de las entidades contratantes en tales procedimientos.

3. Según el artículo 6 numeral 16 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, para los efectos de esa Ley, la máxima autoridad en las municipalidades es el Alcalde; y, en atención a la Disposición Transitoria Sexta del Reglamento a la indicada Ley, corresponde a esta autoridad, expedir hasta el 31 de diciembre de 2008, los procedimientos de cotización y menos cuantía establecidos en ese cuerpo legal.

4. Conforme a la Disposición Final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ésta entra en vigencia desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial, lo que ocurrió el 4 de agosto de 2008.

Según la Disposición Transitoria Primera del Reglamento de Aplicación a Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, concordante con el artículo 1 de la Resolución INCP No. 001-08 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 401 de 12 de agosto del 2008, hasta tanto el Instituto de Contratación Pública publique los modelos de documentos precontractuales, contractuales y demás documentación mínima requerida para la realización de

un procedimiento precontractual y contractual, las entidades contratantes elaborarán y determinarán, bajo su responsabilidad, sus propios modelos, sin que sean necesarios los estudios de desagregación tecnológica, de compras de inclusión, porcentajes de participación nacional, entre otros, previstos en la Ley, hasta tanto el INCP no elabore y publique los modelos y metodologías requerida para el efecto.

5. Esta consulta está atendida en el punto 3.

OF. PGE. N°: 03888, de 02-10-2008

SOLCA: EXONERACIÓN DE SERVICIOS BÁSICOS

ENTIDAD CONSULTANTE: SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CANCER, SOLCA, MANABÍ

CONSULTAS:

1. Procede y es legal el criterio jurídico de EMELMANABÍ, de no acatar el Decreto Presidencial Publicado en el Registro Oficial No. 149 del 26 de enero de 1971 y que se encuentra vigente, el mismo que por ley especial prevalece sobre las demás, aludiendo EMELMANABÍ, al respecto que de acuerdo a la Ley de Electrificación Rural y Urbano Marginal ésta prevalece sobre las demás que se le opongan, haciendo mención también a la Ley de Régimen de Sector Eléctrico en cuanto que esta deroga normas jurídicas especiales o generales que se le oponga.

2. Le asiste a SOLCA – Manabí Núcleo de Portoviejo su derecho de exigir a EMELMANABÍ la aplicación del Decreto Presidencial No. 144 publicado en el Registro Oficial No. 149, del 26 de enero de 1971 que exonera el pago del servicio y el pago de energía eléctrica.

3. Es vinculante el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado frente al cobro del Servicio de Luz y Energía Eléctrica, motivo de la controversia con EMELMANABÍ, frente a la consulta SOLCA – Guayaquil en torno al pago de valores que se hizo por concepto de consumo de agua potable a la empresa INTERAGUA Cía. Ltda. pese a existir el decreto vigente No. 119 publicado en el Registro Oficial No. 149 del 26 de enero de 1971, en la que se obtuvo el pronunciamiento por parte del Señor Procurador en los términos siguientes “Que la empresa antes mencionada INTERAGUA Cía. Ltda., debe cumplir lo dispues-

to el Decreto No. 119 publicada en el Registro Oficial No. 149 de 26 de enero de 1971 y conceder a SOLCA la exoneración en el pago de consumo de Agua Potable”, pronunciamiento que se encuentra publicado en el Registro Oficial No. 227 del 7 de diciembre de 2007 y transcrito mediante oficio PGE – No. 02517 de 6 de julio de 2007.

BASES LEGALES:

Código Civil Título XXIX Libro I (actual XXX).
Estatuto de SOLCA, Arts. 1 párrafo segundo y 28.
D.S. N° 119, R.O. N° 149, de 26-01-1971.
D.E. N° 15, R.O. N° 525 de 27-05-1954, Art. 2.
D.S. N° 232, R.O. N° 48, de 25-04-1972, Art. 2.
D.S. N° 1042, R.O. N° 387, 10-09-1973.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. La Sociedad de Lucha contra el Cáncer del Ecuador (SOLCA), es una persona jurídica de derecho privado y de servicio público, con finalidad social, sin fines de lucro, con sujeción al Título XXIX del Libro I del Código Civil Ecuatoriano (actual Título XXX), de conformidad con el segundo párrafo del artículo 1 de su Estatuto y según su artículo 28 dividido en tres zonas, esto es, del litoral, centro norte y centro sur; esta última a cargo del Núcleo de Cuenca.

El Decreto Ejecutivo No 119 publicado en el Registro Oficial No. 149 de 26 de enero de 1971 interpretó el Decreto No. 15 expedido el 20 de mayo de 1954 y que fuera publicado en el Registro Oficial No. 525 de 27 de los mismos mes y año; en su artículo 2 dispuso: “La exoneración concedida a favor de las Juntas de Asistencia Social, en virtud del Decreto Ley de Emergencia No. 15 aludido en el 1°, comprende también a tasas, derechos, tarifas por consumo de luz y energía eléctrica, agua potable y teléfonos de sus distintos servicios...”.

El artículo 2 del Decreto Supremo No. 232 publicado en el Registro Oficial No 48 de 25 de abril de 1972, que continúa vigente, señala: “Se suprimen las Juntas de Asistencia Social del País, los Comités de integración de Servicios de Salud de Santo Domingo de los Colorados y del Cañar; cuyos derechos, obligaciones, patrimonios, bienes muebles e inmuebles, establecidos por la Ley de Asistencia Social, Decretos y Convenios que los crearon, serán asumidos por el Ministerio de Salud Pública”.

La disposición final del Decreto Supremo No. 1042 publicado en el Registro Oficial No. 387 de 10 de septiembre de 1973 derogó expresamente, entre

otras leyes y decretos, el Decreto No. 119 de 25 de enero de 1971, publicado en el Registro Oficial No. 149 de 26 de enero de 1971.

En virtud de lo expuesto, no es procedente que EMELMANABÍ acate lo dispuesto en las normas contenidas en el referido Decreto No. 119, toda vez que tal norma fue derogada, tanto más que, las Juntas de Asistencia Social, a las que usted se refiere en el oficio de su consulta fueron suprimidas, habiéndoles sucedido en sus derechos y obligaciones el Ministerio de Salud Pública, entidad ajena a SOLCA que es una entidad de servicio público pero de derecho privado.

2. El Registro Oficial de esa fecha no contiene el Decreto Presidencial 144 al que usted alude en su consulta; de similares efectos jurídicos, únicamente consta en el referido Registro el Decreto No. 119, cuya aplicación fue absuelta en la pregunta precedente.

3. Conforme manifesté al absolver la primera pregunta de su consulta, el Decreto 119 no se encuentra vigente y por lo tanto sus efectos carecen de aplicación alguna.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, en lo relacionado con al exoneración del servicio de agua potable, a favor de SOLCA por parte de la empresa INTERAGUA Cia. Ltda., se tendrá en cuenta que el Decreto No. 119 publicado en el Registro Oficial No. 149 de 26 de enero de 1971, se encuentra derogado por los fundamentos legales antes expuestos, por lo que resulta improcedente cualquier exoneración basada en el referido Decreto Supremo.

El presente pronunciamiento prevalecerá sobre cualquiera otro anterior que se le oponga.

OF. PGE. N°: 02333, de 11-08-2008

SOLCA: EXAMEN ESPECIAL

ENTIDAD CONSULTANTE: SOCIEDAD DE LUCHA CONTRA EL CANCER, SOLCA, MANABÍ

CONSULTAS:

1. Es ilegal o no la intervención para la realización de exámenes especiales por parte de la Contraloría General del Estado; considerando que el Art. 1 de la

Ley Interpretativa del Congreso Nacional publicada en el Registro Oficial No. 252 de febrero 6 de 1998, manifiesta que los Núcleos de SOLCA, creados o que se crearen y que son beneficiarios exclusivos de las rentas establecidas mediante leyes especiales “se administran en forma independiente, administrativa, económica y financieramente...”; con el aditamento legal, de no constar en el catastro de entidades y organismos del sector público. Que exige la Contraloría en su Art. 384 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control para auditar.

2. Si la absolución contenida en el numeral uno del presente oficio fuera afirmativa para ambos casos, cuál será el sustento jurídico para su intervención a objeto de que no quede duda sobre su permanencia y sus efectos legales y de otra manera, evitar una intervención improcedente que podría conllevar a actuaciones inconstitucionales, todo esto a fin de tomar las providencias sustentables y adecuadas para ocasiones posteriores, en el evento de darse acciones como las que hoy es objeto de consulta.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 211.

Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Art. 384.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 3 y 4 inc. primero.

Ley Interpretativa de las Rentas de SOLCA, Art. 1, R.O.Nº 252, 06-02-1998.

Reglamento para el Control Externo de la Contraloría, Art. 2.

PRONUNCIAMIENTO:

La Constitución Política de la República, al referirse a las atribuciones de la Contraloría General del Estado, en su artículo 211, parte final del inciso segundo, expresamente dispone: “Su acción se extenderá a las entidades de derecho privado, exclusivamente respecto de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan.”.

El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, define lo que son recursos públicos y establece su ámbito, al manifestar: “Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.” La norma agrega: “Los recursos públicos no pierden su cali-

dad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley.”.

La citada Ley Orgánica en el inciso primero del artículo 4 es imperativa al ordenar: “Para todos los efectos contemplados en esta Ley, están sometidas al control de la Contraloría General del Estado, las personas jurídicas y entidades de derecho privado, exclusivamente sobre los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan, cualesquiera sea su monto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política de la República.”.

Por otra parte, la Contraloría General del Estado, mediante Acuerdo publicado en el Registro Oficial No. 743 de 13 de enero de 2003, expidió el “Reglamento para el Control Externo de la Contraloría en las Entidades de Derecho Privado que disponen de Recursos Públicos”, y en su artículo 2 dispone que los recursos públicos “no pierden su calidad de tales, cuando, las entidades de derecho privado los administran, ya sean compañías mercantiles, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, y otras, cualquiera que hubiese sido o fuere su origen”.

El artículo 1 de la Ley Interpretativa de las Rentas de SOLCA, Ley 000, publicada en el Registro Oficial 252 de 6 de Febrero de 1998, prescribe: “Interprétese, en virtud de las leyes invocadas, que los Núcleos de SOLCA del Ecuador creados o que se crearen, y que son beneficiarios exclusivos de las rentas establecidas mediante leyes especiales, se administrarán en forma autónoma e independiente, administrativa, económica y financieramente, pudiendo ser auditadas más no intervenidas por la matriz, por lo que solo serán sujetos además de auditorías especiales por los respectivos organismos de control conforme a la Ley.”

Analizadas las normas constitucional y legales invocadas considero que no obstante que SOLCA de Manabí Núcleo de Portoviejo, es una entidad de derecho privado que goza de autonomía e independencia, administrativa, económica y financiera, en cambio que, su presupuesto se nutre con ingresos provenientes de rentas establecidas mediante leyes especiales, por tanto son recursos que se encuentran sometidos al control de su correcto uso por parte de la Contraloría

General del Estado, de acuerdo con el Art. 1 de la Ley Interpretativa de las Rentas de SOLCA.

OF. PGE. N°: 02338, de 11-08-2008

SOLCA: RÉGIMEN LABORAL, REMUNERATIVO Y ADMINISTRATIVO

ENTIDAD CONSULTANTE: SOCIEDAD DE LUCHA
CONTRA EL CÁNCER, SOLCA

CONSULTAS:

1. La Sociedad de Lucha Contra el Cáncer del Ecuador-SOLCA, persona jurídica de derecho privado que para el cumplimiento de sus fines percibe recursos del Estado en un porcentaje superior al \$ 9.31% de sus ingresos, Se encuentra comprendida en el ámbito de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA).

2. Las personas que prestan sus servicios para SOLCA, realizando actividades de representación, dirección, administración o profesionales se sujetan a las Leyes que regulan la administración pública.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 118.
LOSCCA, Arts. 3 y 101.
Código Civil, Art. 1 inc. segundo.
Ley de Rentas de SOLCA, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

Considerando que las dos interrogantes planteadas se refieren a la relación de SOLCA con sus trabajadores, se las absuelve en los siguientes términos:

Los artículos 3 y 101 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos (LOSCCA) determinan que se sujetan a esta ley las instituciones y organismos del Estado determinados en el artículo 118 de la Constitución Política de la República, y las corporaciones, fundaciones, empresas, compañías y en general sociedades en las cuales las instituciones del Estado tengan mayoría de acciones o patrimonio, fondo o participación equivalente al cincuenta por ciento o más o recursos públicos.

La Sociedad de Lucha Contra el Cáncer del Ecuador (SOLCA) es una persona jurídica de derecho privado y de servicio público, con finalidad social, sin fines de lucro, sujeta al actual Título XXX del Libro I, de la Codificación del Código Civil Ecuatoriano, conforme lo establece el artículo 1, inciso segundo, de sus Estatutos Constitutivos, que fueron aprobados mediante Acuerdo Ministerial No. 645 de 13 de diciembre de 1951, por el entonces Ministerio de Sanidad, con sus sucesivas reformas aprobadas por el Ministerio de Salud Pública. No obstante su calidad de corporación de derecho privado, su funcionamiento se financia en más del cincuenta por ciento con recursos públicos (59.1% según certificación conferida por la Directora Financiera de SOLCA el 10 de julio del 2008), derivados del Impuesto a las Operaciones de Crédito, fondos que se encuentran sometidos al control de su correcto uso por parte de la Contraloría General del Estado, de acuerdo al artículo 1 de la Ley de Rentas de SOLCA.

De lo expuesto, se desprende que las relaciones de SOLCA con todo el personal, tanto a nivel central como provincial, que labora en dicha corporación de derecho privado están sometidas al régimen previsto en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos (LOSCCA) y su Reglamento de Aplicación, así como a la normativa y resoluciones que expida la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público (SENRES).

De manera concordante con los principios establecidos en el párrafo anterior, las personas que prestan sus servicios para SOLCA realizando actividades de representación, dirección, administración o profesionales están sujetas al mismo régimen de Derecho Público.

El presente pronunciamiento, a partir de su emisión, prevalecerá sobre cualquiera otro anterior que se le oponga.

OF. PGE. N°: 02314, de 08-08-2008

SUBDIVISIÓN DE TERRENOS RURALES: REGULACIÓN DE TENENCIA DE SUELO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE
CARLOS JULIO AROSEMENA TOLA

CONSULTA:

Si los municipios por medio de ordenanza y en base a sus planes de desarrollo, deben o no regular la tenencia del suelo por medio de autorizaciones expedidas por ellos, antes de que se formalice en las Notarías una compraventa que lleve implícita una subdivisión de terrenos rurales.

BASES LEGALES:

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 63, 119 num. 2, 146, 199 num. 2, lit. a).

Código Civil, Art. 615.

PRONUNCIAMIENTO:

De los antecedentes de la consulta, se desprende que la misma está dirigida al asesoramiento sobre la regulación de la delimitación de propiedades rurales en un cantón, y no a la regulación del derecho de propiedad. Con esta aclaración, la absuelvo en los siguientes términos:

De conformidad con el artículo 63 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, es atribución de los municipios: 3. Dirigir el desarrollo físico del cantón y la ordenación urbanística, de acuerdo con las previsiones especiales de esa Ley y las generales sobre la materia; y, 4. Aprobar los planes reguladores de desarrollo físico cantonal y los planes reguladores de desarrollo urbano, formulados de conformidad con las normas de esa Ley.

El Art. 119, número 2 de la Ley *ibidem*, dispone que los planes reguladores de desarrollo físico cantonal y los planes reguladores de desarrollo urbano, deberán ser aprobados por el respectivo Concejo Municipal.

Por su parte, el artículo 146 de la Ley invocada, establece que en materia de planeamiento y urbanismo a la administración municipal le compete:

c) Formular los planes reguladores de desarrollo físico cantonal y los planes reguladores de desarrollo urbano; g) Velar porque las disposiciones del Concejo y las normas administrativas sobre el uso de la tierra y la ordenación urbanística en el territorio del cantón, tengan cumplida y oportuna ejecución; e i) Tramitar el permiso a que se refiere el Art. 615 del Código Civil, previa delimitación y compromiso escrito del propietario del predio, de respetar la línea de fábrica y las demás condiciones establecidas por la Dirección de Obras Públicas Municipales o la oficina técnica correspondiente, cuando se trate de calles, plazas o parques.

El Art. 199, número 2, letra a) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, dispone que para la elaboración de los planes reguladores de desarrollo urbano formarán parte del mismo la zonificación y delimitación de barrios para habitación, industrias, zonas especiales y zonas rurales.

De las disposiciones legales invocadas, se desprende que la regulación del desarrollo urbano y físico del cantón, a través de la delimitación y zonificación de las áreas urbanas y rurales, es de competencia de los municipios.

En consecuencia, en el caso específico de la consulta, previa la subdivisión de terrenos rurales en el Cantón Carlos Julio Arosemena Tola, se debe contar con la autorización que otorga la Municipalidad del referido cantón, de conformidad con sus respectivos planes reguladores de desarrollo físico cantonal, y de desarrollo urbano, que deben constar en la respectiva ordenanza municipal.

OF. PGE. N°: 0581, de 17-06-2008

**SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS:
ACREENCIAS DE LOS DEPOSITANTES Y DE LOS EX
ACCIONISTAS DE FILANBANCO S.A : DESINCAUTACIÓN**

ENTIDAD CONSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS

CONSULTA:

Procede que la Superintendencia de Bancos y Seguros, en virtud de la autorización concedida por la Junta Bancaria mediante resolución JB- 2008- 1153 del 3 de julio de 2008, y la resolución No. AGD- UIO- GG- 2008- 45 por la cual la Agencia de Garantía de Depósitos resolvió declarar que la compañía Petromanabí S.A. es de real propiedad de los ex accionistas de Filanbanco S.A., disponga al Liquidador de Filanbanco S.A. actúe de conformidad con el segundo inciso del artículo 165 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en armonía con la disposición del Mandato No. 20 aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, a fin que tome en administración los bienes de la compañía Petromanabí S.A., para que con las utilidades derivadas de tal administración, se cubran total o parcialmente las acreencias de los depositantes, una vez que el Gerente General de la AGD, de conformidad con el artículo 29 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica Tributario y Financiera, ha determinado que la referida empresa es de real propiedad de los ex accionistas de Filanbanco S.A., por una parte; y, por otra, ha ordenado su desincautación.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 25.

Mandato Constituyente N° 20, Disp. Final Primera.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Arts. 1 y 165 inc. segundo.

Ley de Reordenamiento en Materia Económica Tributario y Financiera, Art. 29.

PRONUNCIAMIENTO:

De los antecedentes de su oficio se determina que en sesión extraordinaria No.155 de 26 de agosto de 2008, el Directorio de la AGD, dispuso que el Gerente de la AGD luego del análisis de la real propiedad de la compañía Petromabí S. A., emita la resolución de propiedad definitiva de esa empresa a favor de la AGD, y solicite a la señora Superintendente de Bancos y Seguros, para que previa autorización de la Junta Bancaria se disponga de las utilidades generadas de la administración de la compañía mencionada a fin de cancelar las acreencias de los depositantes de Filanbanco S.A. que aún se encuentran insolutas, de conformidad con el Art. 165 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y en la aplicación del Mandato No. 20 de la Asamblea Nacional Constituyente.

Con el oficio No. AGD-UIO- SG- 729 de 1 de septiembre de 2008, el Secretario General (e) de la Agencia de Garantía de Depósitos notifica a su despacho el texto de la Resolución AGD- UIO- GG- 2008- 46 de 1 de septiembre de 2008, por la cual se levantó la orden de incautación y todas las medidas cautelares dispuestas en la resolución No. AGD- UIO- GG- 2008- 12 de 8 de julio de 2008, únicamente en lo concerniente a la compañía Petromanabí S. A.

Con Resolución No. JB- 2008- 1153 de 3 de julio de 2008, la Junta Bancaria en el Art. 1 autorizó al Superintendente de Bancos y Seguros la aplicación del segundo inciso del Art. 165 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en las instituciones del sistema financiero que a la presente fecha se encuentren sometidas a procesos de liquidación forzosa, Resolución que al tenor del Art. 2 entró en vigencia inmediata, sin perjuicio de las disposiciones que para el efecto expidiera dicha Superintendencia.

La Superintendencia de Bancos y Seguros, en cumplimiento de la Resolución No. 1153 emitió el oficio circular SBS- DNESL- 2008- 3858 de 16 de julio de 2008, instruyendo a los liquidadores del sistema financiero controlado, la aplicación del inciso segundo del Art. 165 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

La Agencia de Garantía de Depósitos en cumplimiento del Art. 29 de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario – Financiera con la Resolución AGD- UIO- GG- 2008- 45 de 1 de septiembre de 2008, resolvió en el Art. 1 declarar que la compañía Petromanabí S.A., es de real propiedad de los ex accionistas de Filanbanco S.A., y con la Resolución AGD- UIO- GG- 2008- 046 de igual fecha, en el Art. 1 levantó la orden de incautación y todas las medidas cautelares dispuestas en la Resolución No. AGD- UIO- GG- 12 de 8 de julio de 2008, únicamente en lo concerniente a la compañía Petromanabí S.A., debiendo notificarse tal Resolución a todos los registros y más instituciones públicas y privadas.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Codificada en el Art. 1 establece su ámbito de aplicación, regulando la creación, organización, actividades, funcionamiento y extinción de las instituciones del sistema financiero privado, así como la organización y funciones de la Superintendencia de Bancos, entidad encargada de la supervisión y control del sistema financiero, en todo lo cual se tiene presente la protección de los intereses del público.

El Art. 165 *ibídem* inciso primero y segundo expresan lo siguiente:

“El Superintendente o el liquidador de una institución financiera en liquidación, deberá, antes de la expiración de los plazos de prescripción de la acción que establecen los Códigos Civil y Penal, iniciar y seguir cualquier acción judicial necesaria contra los directores, gerentes, administradores, auditores externos, peritos tasadores, empleados o en general contra cualquier persona que pudiese resultar responsable de la liquidación.

Sin perjuicio de ello, el Superintendente de Bancos, previa autorización de la Junta Bancaria, dispondrá que el liquidador tome inmediatamente a su cargo la administración de los bienes que integran el patrimonio de la institución del sistema financiero, así como también de los bienes, acciones y participaciones de las compañías y empresas de propiedad de los accionistas que posean más del seis por ciento de las acciones suscritas, o administradores que hayan incurrido en infracciones a esta Ley para que, con las utilidades derivadas de tal administración se cubran, parcial o totalmente, las acreencias de los depositantes, los gastos de la administración y/o las pérdidas de la institución del sistema financiero en liquidación”.

Por su parte, la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario- Financiera en el Art. 29 consigna los recursos con que cuenta la

Agencia de Garantía de Depósitos, los cuales son intangibles e inembargables; y, en el inciso final dispone:

“En aquellos casos en que los administradores hayan declarado patrimonios técnicos irreales, hayan alterado las cifras de sus balances o cobrado tasas de interés sobre interés, garantizarán con su patrimonio personal los depósitos de la institución financiera, y la Agencia de Garantía de Depósitos podrá incautar aquellos bienes que son de público conocimiento de propiedad de estos accionistas y transferirlos a un fideicomiso en garantía mientras se prueba su real propiedad, en cuyo caso pasarán a ser recursos de la Agencia de Garantía de Depósitos y durante este período se dispondrá su prohibición de enajenar”.

Cabe destacar que, la Asamblea Constituyente, en ejercicio de sus plenos poderes, reconociendo y garantizando el derecho a la propiedad y a la seguridad jurídica consagradas en el Art. 23 de la Constitución Política de la República, el 24 de julio de 2008, expidió el Mandato No. 20 de Cancelación de Obligaciones a favor de los Acreedores no Garantizados de las Instituciones Financieras en Liquidación, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 393 de 31 de julio de 2008.

En la Disposición Final Primera se establece que dicho Mandato es de obligatorio cumplimiento, no siendo susceptible de queja, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo, criterio o pronunciamiento administrativo o judicial alguno.

De ahí que, con fundamento en los antecedentes y en el análisis precedente se determina que las acciones y resoluciones tanto de la Agencia de Garantía de Depósitos, de la Junta Bancaria y de la Superintendencia de Bancos y Seguros en el asunto consultado, han sido adoptadas de conformidad con la normativa jurídica que queda citada, y son legalmente aplicables.

Por lo expuesto, considero que la Superintendencia de Bancos y Seguros en cumplimiento de la autorización concedida por la Junta Bancaria en la Resolución JB- 2008-1153 de 3 de julio de 2008, de la Resolución de la Agencia de Garantía de Depósitos No. AGD- UIO- GG- 2008- 045 de 1 de septiembre de 2008, disponga que el Liquidador de Filanbanco S.A., en aplicación del Art. 165 segundo inciso de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, y observando el Mandato Constituyente No. 20, tome en administración los bienes de la compañía Petromanabí S.A., para que con sus utilidades se cubran total o parcialmente las acreencias de los depositantes, una

vez que la Agencia de Garantía de Depósitos ha determinado que tal empresa es de real propiedad de los ex accionistas de Filanbanco S.A., y ha ordenado su desincautación.

Este pronunciamiento no constituye autorización ni orden de pago, por no ser de mi competencia, siendo de responsabilidad de la Superintendencia de Bancos y Seguros la adopción de las acciones y resoluciones pertinentes.

OF. PGE. N°: 02962, de 03-09-2008

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS: SUBROGACIÓN Y ENCARGO DE FUNCIONES: REMUNERACIÓN

ENTIDAD CONSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS

CONSULTA:

Es legalmente factible y procedente reconocer el pago por concepto de subrogación o encargo a un servidor que se encuentre encargado de un puesto técnico directivo, hasta un máximo de 60 días al año, aún cuando otro servidor hubiere estado encargado del mismo puesto técnico directivo, con anterioridad, por un período de 60 días durante el mismo año, considerando que su remuneración debe ser proporcional a las funciones y responsabilidades asumidas en virtud del encargo.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 11 lit. a), 132; y, 238 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

El artículo 132 de la Codificación a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, determina: "Cuando por disposición de la ley o por orden escrita de autoridad competente, un servidor deba subrogar a superiores jerárquicos que perciban mayor remuneración mensual unificada, recibirá la diferencia de la remuneración mensual unificada que corresponda al subrogado, durante el tiempo que dure el reemplazo, a partir de la fecha en que se inicia tal encargo o subrogación y hasta por un máximo de sesenta días, sin perjuicio del derecho del titular. En el caso de puestos vacantes la autoridad nominadora deberá designar al titular en el plazo máximo de sesenta días".

Por su parte, el artículo 238 del Reglamento a la LOSCCA, establece que en el caso de “subrogación” esta figura administrativa procede cuando el servidor debe asumir las competencias al puesto de dirección o jefatura profesional “cuyo titular se encuentra legalmente ausente hasta por un período máximo de sesenta días al año”; tiempo dentro del cual, el servidor subrogante tiene derecho a percibir la diferencia que exista entre la remuneración de su puesto del puesto subrogado, ratificando que dicho pago no puede exceder por ningún concepto más de sesenta días por una sola vez al año; en tanto que, en el caso de “encargo en *puesto vacante*”, esta misma disposición señala que un servidor puede asumir las competencias de un puesto vacante de dirección o jefatura hasta por un período máximo de sesenta días al año; y cumplido ese lapso, la autoridad nominadora debe nombrar a su titular mediante concurso de méritos y oposición.

Lo expuesto lleva a concluir, que el pago por subrogación o encargo, a más de constituir un derecho del servidor para percibir la diferencia remunerativa entre el cargo propio y aquél que se ordena subrogar o se le ha encargado, deberá cancelárselo en proporción directa al tiempo que haya permanecido ejerciendo aquél; debiéndose tomar en cuenta que, en el caso de subrogación, solo puede durar hasta el tiempo máximo de sesenta días al año, si se tiene en cuenta que conforme al inciso primero del artículo 238 del Reglamento de la LOSCCA, el subrogado o titular del puesto, puede ausentarse únicamente hasta por ese período; en tanto que, en el caso de puesto vacante, se puede encargar el puesto a un servidor hasta un período de sesenta días, lo cual no obsta para que ese puesto sea encargado nuevamente a otro servidor por el mismo período, hasta que la autoridad nominadora designe a su titular; y que, en caso de que no existir titular, debería aplicarse en su lugar, la figura administrativa del nombramiento provisional por el tiempo que la autoridad nominadora considere necesario, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 letra a) del Reglamento a la LOSCCA.

OF. PGE. N°: 02999, de 04-09-2008

SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES: LEGALIDAD PARA CONTRATAR Y AUDITORÍA EXTERNA

ENTIDAD CONSULTANTE: SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES

CONSULTA:

Sería procedente que la Superintendencia de Telecomunicaciones contrate una auditoría externa para cumplir lo señalado en el artículo 112 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones; o, considerando que este Organismo Técnico de Control cuenta con una Unidad de Auditoría Interna la misma que actúa con total independencia conforme lo señala la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, más aún que el tema a ser auditado no tiene el carácter de especializado, al encargar este trabajo a dicha Unidad, se estaría cumpliendo también lo dispuesto en la Resolución 308-11-CONATEL-2008 de 12 de junio de 2008, presentando estados financieros auditados de forma independiente, por lo que no sería necesaria una contratación externa.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 272.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 9 inc. último, 14 inc. primero, 18, 28 inc. primero y 31 num. 1.

Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, Art. 12.

PRONUNCIAMIENTO:

Con el fin de contar con suficientes elementos para atender la consulta, ésta Procuraduría mediante Oficio No. 01963 de 21 de julio del 2008, solicitó el criterio jurídico del Contralor General del Estado con respecto al tema planteado, petición que fue atendida con oficio No. 020231 de 12 de agosto de 2008.

En el referido informe, el Contralor General del Estado concluye que la unidades de auditoría interna de las entidades sujetas al control gubernamental, carecen de facultad legal para realizar auditoría financiera y pronunciarse sobre la razonabilidad de las cifras presentadas en los estados financieros de la institución, ya que esta acción se la realiza a través del control externo de competencia exclusiva de la Contraloría General del Estado o de compañías privadas de auditoría contratadas para ese fin, cuando así lo determinen los convenios internacionales o cuando la materia a auditarse exija conocimiento especializado del que no disponga el organismo técnico superior de control.

El Art. 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone que el control interno constituya un proceso aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada institución que proporciona seguridad razonable de que se protegen los recursos públicos y se alcancen los objetivos institucionales. Agrega el artículo en mención, que constituyen elementos del control

interno: el entorno de control, la organización, la idoneidad del personal, el cumplimiento de los objetivos institucionales, los riesgos institucionales en el logro de tales objetivos y las medidas adoptadas para afrontarlos, el sistema de información, el cumplimiento de las normas jurídicas y técnicas; y, la corrección oportuna de las deficiencias de control.

El último inciso del artículo referido, establece que: “El control interno será responsabilidad de cada institución del Estado, y tendrá como finalidad primordial crear las condiciones para el ejercicio del control externo a cargo de la Contraloría General del Estado”.

En concordancia con el artículo invocado, el primer inciso del Art. 14 de la Ley *ibídem*, establece, que las instituciones del Estado, contarán con una Unidad de Auditoría Interna, cuando se justifique, que dependerá técnicamente de la Contraloría General del Estado, que para su creación o supresión emitirá informe previo. El personal auditor, excepto en los gobiernos seccionales autónomos y en aquellas dependencias en que por estar amparados por contratos colectivos, se sujetarán al Código del Trabajo, en los que lo hará la respectiva corporación, será nombrado, removido o trasladado por el Contralor General del Estado y las remuneraciones y gastos para el funcionamiento de las unidades de auditoría interna serán cubiertos por las propias instituciones del Estado a las que ellas sirven y controlan.

Por su parte, el Art. 18 de la Ley en estudio, dispone que el control externo que realizará la Contraloría General del Estado se ejercerá mediante la auditoría gubernamental y el examen especial, utilizando normas nacionales e internacionales y técnicas de auditoría. Agrega, que la auditoría gubernamental realizada por la Contraloría General del Estado, consiste en un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de riesgos que incluye el examen y evaluación críticos de las acciones y obras de los administradores de los recursos públicos.

Por su parte, el Art. 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone que cuando así lo determinen convenios internacionales, o cuando la materia a auditarse exija personal especializado del que no disponga, la Contraloría General del Estado podrá efectuar la auditoría gubernamental, mediante la contratación de compañías privadas de auditoría externa e independiente, aplicando procedimientos de calificación, selección y contratación, que establezcan las normas legales y reglamentarias pertinentes. Agrega, que en los casos en que las instituciones del Estado, requiriesen contratar a compañías privadas para ejecutar la auditoría externa de sus operaciones, solicita-

rán a la Contraloría General del Estado se proceda de acuerdo a lo dispuesto en el inciso anterior.

De conformidad con el artículo 31, número 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, son atribuciones de ese Organismo de Control, practicar auditoría externa, en cualquiera de sus clases o modalidades, por sí o mediante la utilización de compañías privadas de auditoría, a todas las instituciones del Estado, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado, con recursos públicos; a las empresas adscritas a una institución del Estado, o que se hubieren constituido mediante ley, ordenanza o decreto, así como en el ámbito de su competencia, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), y al Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL).

El Art. 112 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, de vigencia anterior a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone que la Superintendencia de Telecomunicaciones tendrá un sistema financiero y contable uniforme y será controlado en función de los resultados. Sus estados financieros deberán ser auditados anualmente por una firma independiente, desarrollará un sistema propio de administración de su personal, tomando en cuenta sistemas integrales de administración, capacitación y máximo grado de eficiencia profesional y técnica.

En aplicación del principio constitucional de la jerarquía de las normas, contemplado en el Art. 272 de la Constitución Política de la República, toda vez que la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, prevalece sobre el Reglamento General de la Ley Especial de Telecomunicaciones, y concordante con el criterio jurídico del Contralor General del Estado, considero que es de competencia exclusiva de la Contraloría General del Estado el realizar el control externo a través de la auditoría gubernamental a las instituciones públicas; y, cuando la Superintendencia de Telecomunicaciones requiera contratar compañías privadas para ejecutar auditorías externas de sus operaciones, deberá solicitar a la Contraloría General del Estado, a fin de que ese Organismo proceda en conformidad con lo dispuesto en el primer inciso del Art. 28 de su Ley Rectora.

OF. PGE. N°: 03099, de 05-09-2008

SUPRESIÓN DE PARTIDAS: CÁLCULO PARA INDEMNIZACIÓN - MANDATO CONSTITUYENTE No. 2 -

ENTIDAD CONSULTANTE: MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA

CONSULTA:

Si es legal y procedente que el Ministerio de Salud Pública cancele la diferencia de cuatrocientos dólares (US. 400,00) por cada año de servicio, al señor Luis Edison Efrén Pérez Montesdeoca, ex servidor del Ministerio de Salud Pública.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 65; y, 95, 132 lit. f), 134, 135 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

Según se desprende de su oficio, mediante Acción de Personal de fecha 29 de diciembre del año 2007, esa Cartera de Estado suprimió la partida presupuestaria que venía ocupando el mencionado ex servidor, quien laboró en calidad de Asistente Administrativo C., habiendo recibido como liquidación, la cantidad de mil dólares por año de servicio, valor que sumado al tiempo de servicio que prestó en ese Ministerio, fue depositada en la cuenta del beneficiario el 7 de marzo y 18 de abril del año 2008.

El artículo 65 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, establece que en los organismos y dependencias de la función ejecutiva, la supresión de puestos procederá por razones técnicas o económicas, previo estudio de la SENRES *"siempre que se cuente con fondos disponibles para el pago de la correspondiente indemnización y se produzca dicho pago al servidor removido"*.

El artículo 95 del Reglamento a la LOSCCA, señala que el servidor a quien se le suprima el puesto *"cesará en sus funciones y el proceso se considerará concluido únicamente cuando la institución en la que se produce la supresión del puesto haya efectuado a favor del servidor público, el pago total de la indemnización"*.

Según el artículo 132 letra f) del citado Reglamento, la certificación de disponibilidad presupuestaria, emitida por la Unidad de Gestión Financiera o el Ministerio de Finanzas según el caso, *"servirá de base para el pago de las indemnizaciones"*.

El artículo 134 del indicado Reglamento, determina que la autoridad nominadora, en base al informe de la UARH, dispondrá mediante resolución la supresión de puestos y en la misma ordenará el pago de la indemnización al servidor titular del puesto suprimido, en el término de 10 días; y, en su artículo 135 dispone que una vez emitida la resolución señalada en el artículo anterior, previo al pago de la indemnización y la liquidación de haberes al servidor, se deberá notificar al mismo de la cesación de funciones; y, agrega que “Cumplido el pago y la notificación, automáticamente quedará suprimida la partida presupuestaria correspondiente al puesto...”.

En el caso que motiva su consulta, el pago de la indemnización por supresión del puesto del ex servidor no se efectuó dentro del término de diez días sino luego de transcurrido varios meses, al igual que operó la supresión de la partida presupuestaria, conforme a las normas legales antes referidas; es decir, que el proceso de supresión del puesto culminó cuando se encontraba vigente el régimen de indemnizaciones contemplado en el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2, el cual establece que 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 las excepciones que allí se especifican, “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...”.

En virtud de lo expuesto, considero que el pago de la indemnización por la supresión del puesto del servidor que motiva esta consulta, debió ser fijado por el Ministerio de Salud en conformidad con el artículo 8 del Mandato Constituyente No. 2.

OF. PGE. N°: 04081, de 14-10-2008

SUPRESIÓN DE PARTIDAS: MILITARES EN SERVICIO PASIVO QUE PRESTAN SERVICIO PÚBLICO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL, COSENA

CONSULTAS:

1. Corresponde a la Secretaría General del Consejo de Seguridad Nacional, realizar el proceso de supresión de partidas presupuestarias correspondiente a

14 militares en servicio pasivo que laboran en la Dirección Nacional de Defensa Civil, y que pasaron a integrar la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos de acuerdo con los artículos 1 y 3 del Decreto Ejecutivo No. 1046-A.

2. Corresponde a la Secretaría General del Consejo de Seguridad Nacional, cancelar las remuneraciones adeudadas y que han dejado de percibir 14 militares en servicio pasivo que laboraban en la Dirección Nacional de Defensa Civil y que pasaron a integrar la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos de acuerdo a los artículos 2, 3 y 5 del Decreto Ejecutivo No. 1046-A, los mismos que han sido separados de sus funciones por decisión de la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos.

3. Corresponde a la Secretaría General del Consejo de Seguridad Nacional, asumir el pago para cubrir las eventuales indemnizaciones la supresión de puestos (sic), de conformidad con los artículos 6 y final del Decreto Ejecutivo No. 1046-A.

4. Corresponde a la Secretaría General del Consejo de Seguridad Nacional, solicitar al Ministerio de Finanzas del Ecuador, la transferencia de recursos para cancelar las remuneraciones adeudadas y las eventuales indemnizaciones a 14 militares en servicio pasivo que laboran en la Dirección Nacional de Defensa Civil, y que pasaron a integrar la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos, de conformidad con los artículos 2, 3, 4, 5 del Decreto Ejecutivo No. 1046-A.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Art. 119.

D.E. N° 1046-A, R.O N° 345, de 26-05-2008, Arts. 1, 2, 3 inc. primero, 4 y 5.

PRONUNCIAMIENTOS:

El inciso primero del artículo 1 del Decreto Ejecutivo número 1046-A, publicado en el Registro Oficial No. 345 de 26 de mayo de 2008, dispone lo siguiente: "Reorganizase la Dirección Nacional de Defensa Civil mediante la figura de una Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos, adscrita al Ministerio de Coordinación de Seguridad Interna y Externa, con jurisdicción nacional y domicilio en la ciudad de Quito."

Los incisos primero y segundo del artículo 3 del mismo Decreto Ejecutivo, disponen lo siguiente: "Art. 3.- Los servidores que vienen prestando sus servicios con nombramiento o contrato en la Dirección Nacional de Defensa Civil pasarán a formar parte de la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos, previa evaluación y selección del Secretario o su delegado, de acuerdo a los requerimientos de esta dependencia." ... "En el caso de existir cargos innecesarios, el Secretario

podrá aplicar un proceso de supresión de puestos para lo cual observará las normas contenidas en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, su reglamento y las normas técnicas pertinentes expedidas por la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público SENRES.” .

Las disposiciones transcritas establecen como competencia de la nueva dependencia creada (Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos), la decisión sobre la eventual supresión de los puestos que se consideren innecesarios en dicha Secretaría, observando para el efecto la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCCA), y las disposiciones que sobre el particular haya expedido la SENRES. La supresión a autorizarse tendrá como sustento una previa evaluación de desempeño de todos los servidores de la Dirección Nacional de Defensa Civil, así como de las actividades asignadas a la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos en el Decreto Ejecutivo analizado.

En cuanto al pago de las remuneraciones que tengan derecho los servidores que podrían separarse de la Secretaría Técnica, esta institución deberá asumirlos directamente, con los recursos presupuestarios que se le transfieren en virtud del artículo 4 del mismo Decreto Ejecutivo No. 1046-A, tomando en cuenta para el efecto lo dispuesto por el artículo 119 de la LOSCCA Codificada, que dispone lo siguiente: “La remuneración de una persona que estuviere en ejercicio de un puesto, será pagada hasta el último día del mes en que se produzca la separación, cualquiera que fuese la causa de ésta. Por tanto, las remuneraciones no serán fraccionables dentro de un mismo mes entre dos individuos, sino que el servidor cesante percibirá la remuneración íntegra correspondiente al mes en que se produzca la separación. En el caso de los contratos se estará a lo que los mismos estipulen.”.

Del análisis jurídico que antecede, se desprende que no es competencia del Consejo de Seguridad Nacional intervenir en el proceso de supresión de partidas presupuestarias mencionado en su oficio de consulta, incluido el pago de las indemnizaciones respectivas, o las remuneraciones del personal que serán suprimidas sus partidas, ni por tanto, tampoco le corresponde gestionar ante el Ministerio de Finanzas la asignación de los recursos presupuestarios correspondientes, actividades que deben ser asumidas privativamente por la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos.

OF. PGE. N°: 05269, de 09-12-2008

TAME: BONO POR ANIVERSARIO

ENTIDAD CONSULTANTE: LÍNEA ÁREA DEL ECUADOR, TAME

CONSULTA:

Si es procedente continuar reconociendo y cancelando a los empleados, trabajadores, miembros del directorio y personal militar de la Fuerza Aérea Ecuatoriana, asignado orgánicamente a la Empresa, el bono por el aniversario de creación de TAME en forma independiente a la remuneración mensual unificada, tomando en cuenta que dicho bono ha sido creado mediante resolución dictada el 15 de septiembre de 1972

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229.

LOSCCA, Art. 104, Disp. Trans. Tercera y Disp. Gen. Décima.

Mandato Constituyente No. 2, Art. 6.

Ley de TAME, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley de TAME, en su artículo 1 establece que TAME es una empresa Estatal, en consecuencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 letra "m" del Mandato Constituyente No. 2 publicado en el Registro Oficial Suplemento 261 de 28 de enero de 2008, se encuentra sujeta al ámbito de aplicación del citado cuerpo normativo.

El inciso primero del artículo 6 del invocado Mandato Constituyente No. 2, dispone: "Art. 6.- Prohibición de crear o restablecer otros complementos remunerativos.- Se prohíbe a todas las instituciones y entidades sujetas al presente Mandato Constituyente la creación o el restablecimiento de complementos remunerativos, bonificaciones y beneficios económicos adicionales, que sumados a los que componen la remuneración mensual unificada, asciendan a un total superior al límite fijado en el artículo 1.".

Las Disposiciones General Décima y Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, prohíben expresamente a partir de su promulgación, la creación o restablecimiento de asignaciones complementarias, compensaciones salariales, beneficios adicionales o bonificaciones especiales, en general, cualquier tipo de erogación adicional a las previstas en dicha Ley o beneficios de carácter económico de cualquier naturaleza.

Tanto la Ley Orgánica citada como el Mandato Constituyente No. 2, entraron en vigencia desde su expedición, estableciéndose por tanto que todos los beneficios económicos a que tenga derecho el servidor hasta la vigencia de dichas normas, debe mantenerse, pues tal ordenamiento legal, únicamente prohíbe la creación o restablecimiento de rubros nuevos; esto, en concordancia con el inciso segundo del artículo 229 la Constitución de la República publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, en el sentido que los derechos de las servidoras y servidores son irrenunciables.

El artículo 104 de la LOSCCA, establece que la remuneración mensual unificada, es la resultante de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que el dignatario, autoridad, funcionario, servidor y trabajador, tenga derecho y que se encuentre presupuestado, con excepción de los ingresos que correspondan a los décimo tercero, cuarto sueldos, viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias, extraordinarias, encargos y subrogaciones, en consecuencia, las bonificaciones de cualquier tipo, que correspondan a ingresos anuales de tipo permanente, forman parte de la remuneración mensual unificada.

La Disposición Transitoria Décima Primera de la Ley Orgánica en mención dispuso que la unificación de los ingresos de los servidores y trabajadores de las entidades y organismos señalados en el artículo 101 de la misma Ley Orgánica entre en vigencia a partir del primero de enero del 2004.

En Resolución de 15 de septiembre de 1972, el Directorio de TAME aprobó entregar el 17 de diciembre de cada año como bonificación general por aniversario de la creación de la empresa, un sueldo a cada empleado.

Amparado en las normas jurídicas invocadas, considero que, si el bono por aniversario de TAME creado en 1972 y su Codificación creada mediante Resolución No. 011 del 16 de agosto de 1995, deben continuar recibiendo el referido bono los empleados, trabajadores, miembros del directorio y el personal militar orgánicamente designado a TAME, por cuanto fue creado antes del 5 de octubre de 2003, fecha en que entró en vigencia la LOSCCA; y, que sumadas ambas no sobrepasen el límite fijado en el artículo 1 del Mandato Constituyente No. 2.

OF. PGE. N°: 05070, de 26-11-2008

TELECSA S.A.: NATURALEZA JURÍDICA E INFORMES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE EL EMPALME

CONSULTA:

Sobre la naturaleza jurídica de la Compañía de Telecomunicaciones Móviles del Ecuador TELECSA S.A. y si a ella le alcanzan y le son aplicables las disposiciones como las del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, así como las de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, y en consecuencia, "se requiere contar, entre otras cosas, con los informes correspondientes de dichas entidades de control, como parte del proceso contractual.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 101.

Ley Orgánica de la Contraloría General de Estado, Arts. 31 num. 16 y 35.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 3 lit. f).

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 2 num. 9 y Disp. Trans. Primera.

Ley de Contratación Pública, Arts. 60 y 103.

PRONUNCIAMIENTO:

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, promulgada en el Suplemento R. O. No. 395, de 04 de agosto de 2008, derogó todas las disposiciones generales y especiales que se le opongan, de manera particular, entre otras, la Codificación de la Ley de Contratación Pública promulgada en el Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001 y los Numerales 16 y 35 del Artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de Estado y 3, letra f), de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Sin embargo, la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ordena lo siguiente: "Los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de esta Ley, así como la celebración de los contratos consiguientes se sujetarán a lo establecido en la Ley de Contratación Pública hasta un plazo máximo de sesenta (60) días".

Según los artículos 60 y 103 de la Ley de Contratación Pública se requerirá la emisión de los informes previos del Procurador General del Estado y del Contralor General del Estado en los contratos que hubieren sido adjudicados siguiendo los trámites de licitación o concurso público de ofertas. Al tenor de los Artículos 31, numeral 16, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del

Estado y 3, letra f), de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado se requerirá de los informes previos de dichos Organismos de Control en aquellos contratos que celebren las instituciones del Estado determinadas en el artículo 118 de la Constitución Política de la República, así como aquellos que celebren las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, cuya cuantía supere la base para concurso público de ofertas, así como los contratos sujetos a la Ley de Modernización del Estado, hayan sido o no licitados o concursados.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 399 de 8 de agosto del 2008, aclara el sentido de aplicación de la Primera Disposición Transitoria de dicha Ley, cuando en su Tercera Disposición Transitoria prevé que se entiende por inicio del respectivo proceso precontractual "...la fecha en la cual se haya efectuado la invitación o la convocatoria, según sea el caso, por parte de las entidades contratantes."

TELECSA S.A. es una sociedad anónima de derecho privado constituida mediante escritura pública otorgada el 18 de marzo de 2003, ante el Notario Vigésimo Cuarto del Cantón Quito, aprobada por la Superintendencia de Compañías con Resolución No. 03.Q.IJ.1066, de 21 de marzo de 2008, inscrita en el Registro Mercantil de dicho cantón, el 25 de los mismos mes y año, cuyo capital accionario inicial estaba distribuido en un 50% ANDINATEL S.A. y el restante 50% PACIFICTEL S.A., ambas compañías privadas, y, actualmente en aproximadamente un 76,49% le corresponde a la primera y el 23,51% a la segunda, según consta en la escritura de aumento de capital celebrada el 28 de marzo del 2005, ante el Notario Trigésimo Séptimo del Cantón Quito, inscrita en el Registro Mercantil de dicho Cantón el 13 de mayo del mismo año.

ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A., si bien son sociedades constituidas al amparo de la Ley de Compañías, y por tanto sujetas al régimen jurídico de las sociedades mercantiles privadas, al tener por único accionista al Fondo de Solidaridad, el mismo que tiene la calidad de entidad pública, sus contrataciones requerían del informe de esta Procuraduría, al amparo de lo que disponía el Art. 3 letra f) de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Asimismo, según el numeral 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a estas compañías les corresponde sujetarse a los procedimientos precontractuales por ella previstos.

Sin embargo, el caso de TELECSA S.A. es diferente, pues, está constituido por aportes de dos compañías privadas, ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A. Por tanto, es una compañía relacionada con estas dos últimas por el capital.

Por lo indicado, TELECSA S.A., en su condición de compañía mercantil privada, constituida con recursos de dos compañías también privadas, no requería de los informes previos de la Procuraduría General del Estado ni de la Contraloría General del Estado, según la legislación anterior para la contratación pública.

No obstante, actualmente es necesario tener presente que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 2, parte final del numeral 9, determina que se someterán a la normativa específica del Reglamento a dicha ley las contrataciones que hagan las subsidiarias de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan una participación accionaria o de capital superior al 50% por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo.

A su vez, el primer inciso del artículo 2 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina lo siguiente: "Para los procesos de contratación señalados en el Art. 2 de la ley, la máxima autoridad de la entidad contratante, de considerar de manera motivada que no pueden aplicarse los procedimientos precontractuales previstos en dicho cuerpo legal, determinará los procedimientos especiales que se observarán para la selección de proveedores y para la celebración de los contratos respectivos, de acuerdo a los criterios formulados en los Pliegos".

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe una definición única de lo que se entiende por compañía o sociedad subsidiaria, así, según los artículos 193 de la Ley de Mercado de Valores y 67 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, es compañía o sociedad subsidiaria aquella en la cual otra compañía o sociedad tiene una participación directa o indirecta superior al 50% del capital; en tanto que para la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, en su artículo innumerado siguiente al 4, incorporado por la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, así como en los artículos 4 y 5 del Reglamento de Aplicación de ella, tales porcentajes no son determinantes para tal relación entre compañías matriz y subsidiaria. Sin embargo, lo que se puede apreciar es que se puede entender que existe relación de subsidiaridad entre sociedades o compañías cuando unas compañías son titulares de una proporción importante de las acciones o de la participación de otra. En consecuencia, TELECSA S.A. tendría el carácter de subsidiaria de ANDINATEL S.A. y PACIFICTEL S.A., en las cuales el Fondo de Solidaridad, que es una institución pública, tiene más del cincuenta por ciento (50%) de sus acciones.

Por lo anotado, como en las contrataciones que celebraba TELECSA S.A. cuando regían la anterior Ley de Contratación Pública y las disposiciones arriba indicadas de las Leyes Orgánicas de la Contraloría General del Estado y de la Procuraduría General del Estado, no le correspondía solicitar informe previo de dichos Organismos de Control, tampoco le corresponderá solicitar tal informe actualmente, según la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de la Tercera Disposición Transitoria del Reglamento General a dicha Ley, aún en el caso de haber realizado invitaciones o convocatorias a concursos para celebrar contratos antes de que inicie la vigencia de la nueva ley.

En las futuras contrataciones de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, TELECSA S.A., como Empresa Subsidiaria de las compañías anónimas Andinatel y Pacifictel, se sujetará a la normativa que se expida en el marco de las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de Aplicación que han sido invocados en el presente oficio.

OF. PGE. N°: 02981, de 03-09-2008

TERMINAL TERRESTRE: COMPETENCIAS PARA INTEGRACIÓN DEL DIRECTORIO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA

CONSULTA:

Corresponde al Consejo Provincial de Pichincha, y a sus dignatarios y funcionarios, continuar ejerciendo competencia, como integrar el Directorio de la empresa, en los procesos administrativos correspondientes a su gestión en el cantón Santo Domingo de los Colorados sobre el cual se erigió la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, hasta que el Consejo Provincial de la nueva provincia esté habilitado para asumir los procesos por la suscripción de la correspondiente Acta de Transferencia.

BASES LEGALES:

Ley de Creación de la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, Disp. Trans. Primera.

PRONUNCIAMIENTO:

De acuerdo a lo previsto en la Disposición Transitoria Primera, de la Ley de Creación de la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, será una Comisión Interinstitucional conformada por el Gobernador de la nueva provincia (quien la presidirá), el Alcalde de Santo Domingo, el Gobernador Tsáchila y el Prefecto Provincial de Pichincha o su delegado, quienes asumirán la responsabilidad de la implementación técnico-administrativa para facilitar la transición, hasta tanto se elijan y posesionen las autoridades de la nueva provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas; transición que esa misma norma indica, se efectivizará una vez posesionado el Consejo Provincial de la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas.

Concordando el precepto anterior con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta *ibidem*, referente al traspaso de empresas, unidades educativas, vías y demás procesos administrativos a cargo del Consejo Provincial de Pichincha a la administración de la nueva provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, se ha de entender, que hasta tanto se efectivicen esas transferencias con la posesión de las nuevas autoridades de la provincia, corresponderá a la Comisión Interinstitucional a la que refiere la ley, el finiquitar en detalle, la forma y el tiempo, en que operará tal transición.

Lo manifestado en el oficio No.007669 de 8 de enero de 2008, por parte de esta Procuraduría General, dónde se manifiesta que corresponde al Consejo Provincial de Pichincha y sus dignatarios, continuar ejerciendo las atribuciones que la ley asigna a esos organismos hasta tanto se posesionen las nuevas autoridades, es carente de fundamento normativo; toda vez, que las prevenciones de la referida Ley de Creación de la Nueva Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, entró en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial; y, esa misma normativa, establece expresamente que la transferencia de procesos técnico-administrativos, se los implementará de acuerdo a lo que decida la antes mencionada Comisión Interinstitucional.

Visto lo anterior, considero que la decisión de continuar ejerciendo competencias, como es la de integrar el Directorio de la Empresa Provincial de Terminal Terrestre, no compete a los dignatarios y funcionarios del Consejo Provincial de Pichincha, sino que es un asunto que debe conocerlo y decidirlo el respectivo órgano colegiado interinstitucional.

OF. PGE. N°: 01954, de 21-07-2008

UNIVERSIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS: JORNADA LABORAL Y CARGA HORARIA DE LOS DOCENTES – RÉGIMEN LABORAL-

ENTIDAD CONSULTANTE: UNIVERSIDAD ESTATAL DEL SUR DE MANABÍ

CONSULTA:

Encontrándose vigentes el Mandato Constituyente N°. 8, el Reglamento de Aplicación y las Reformas al Reglamento de Aplicación del Mandato Constituyente N°. 8 y dando atención a lo dispuesto en el Art. 5, inciso agregado: "A fin de evitar perjuicios a los profesionales en su relación de dependencia sujeta al Código del Trabajo y al derecho de percibir los consiguientes beneficios de Ley, en ningún caso podrán ser cambiadas o disminuidas las jornadas o cargas horarias de los que a la fecha de expedición del Mandato Constituyente N°. 8 venían laborando más de cuarenta horas mensuales, la Universidad puede mantener contratos por horas clases en forma semestral con docentes cuya carga horaria supere las cuarenta horas mensuales.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 349.

Mandato Constituyente N°. 8, Reglamento de Aplicación, Arts. 2 y 5 inc. agregado, Disp. Gen. Primera, tercera y Final.

Ley Orgánica de Educación Superior, Arts. 54 y 58.

Código del Trabajo, Art. 82.

PRONUNCIAMIENTO:

Según se desprende del oficio del Secretario General Procurador de la Universidad Estatal del Sur de Manabí, anexo a su oficio, esa institución universitaria ha venido contratando semestralmente docentes universitarios bajo la modalidad de contrato para la docencia universitaria por horas, incluyendo en el valor hora clase los beneficios de ley, y concluye manifestado que para aquellos docentes que venían laborando a la fecha de la expedición del Mandato Constituyente No. 8 y cuya carga horaria supere las cuarenta horas mensuales, es procedente que se mantenga la contratación por horas como docentes.

Con el fin de contar con suficientes elementos para contestar la pregunta formulada, esta Procuraduría, mediante oficios Nos. 04104 y 04105 de 15 de octubre de 2008, solicitó al Secretario Nacional Técnico de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público - SENRES y al Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Educación Superior - CONESUP, el criterio jurídico institucional con respecto al tema planteado, los cuales fueron respondidos

mediante Oficios Nos. SENRES-D-2008 0006570 de 24 de octubre de 2008 y 004109 CONESUP. DAJ.P.2008 de 30 de octubre de 2008, respectivamente.

Con estos antecedentes, procedo a atender la consulta formulada, en los siguientes términos:

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 349 establece que el Estado garantizará al personal docente, en todos los niveles y modalidades, estabilidad, actualización, formación continua y mejoramiento pedagógico y académico; una remuneración justa, de acuerdo a la profesionalización, desempeño y méritos académicos. Agrega, que la Ley regulará la carrera docente y el escalafón; establecerá un sistema nacional de evaluación del desempeño y la política salarial en todos los niveles.

El artículo 54 de la Ley Orgánica de Educación Superior determina que el órgano colegiado superior fijará normas que rijan la estabilidad, capacitación, ascensos, remuneraciones y protección social del personal académico, de acuerdo con esa Ley, los lineamientos dados por el CONESUP para el escalafón del docente universitario y el reglamento de carrera académica institucional.

Por su parte, el artículo 58 de la mencionada Ley, prescribe que el personal docente de los centros de educación superior, se rige por ésta Ley, por los Código del Trabajo o Civil, "según los casos", por el escalafón del docente universitario, por las disposiciones del respectivo estatuto y el Reglamento de Carrera Académica Institucional.

Según el artículo 2 del Mandato Constituyente No. 8, se eliminó y prohibió la contratación laboral por horas, y agrega: "Con el fin de promover el trabajo, se garantiza la jornada parcial prevista en el artículo 82 del Código del Trabajo y todas las demás formas de contratación contempladas en dicho cuerpo legal, en las que el trabajador gozará de estabilidad y de la protección integral de dicho cuerpo legal y tendrá derecho a una remuneración que se pagará aplicando la proporcionalidad en relación con la remuneración que corresponde a la jornada completa, que no podrá ser inferior a la remuneración básica mínima unificada..."

La Disposición General Tercera del referido Mandato, dispone que los profesores de "establecimientos particulares" de los niveles pre primario, primario, medio y superior, que no laboren jornadas completas diarias o semanales de trabajo, serán contratados mediante la modalidad de jornada parcial.

Por su parte, el Decreto Ejecutivo No. 1313, en el artículo 5 que agrega un inciso a la Disposición General Primera del Reglamento de aplicación del indicado Mandato Constituyente No. 8, señala que a fin de evitar perjuicio a los “profesores en su relación de dependencia sujeta al Código del Trabajo” y al derecho a percibir los consiguientes beneficios de ley, en ningún caso podrán ser cambiadas o disminuidas las jornadas o cargas horarias de los que a la fecha de expedición del Mandato Constituyente No. 8 venían laborando más de cuarenta horas mensuales.

Con fundamento en lo expuesto, considero que la Universidad Estatal del Sur de Manabí como institución de educación superior pública, está sujeta al Capítulo VIII “DEL PERSONAL ACADÉMICO” de la Ley de Educación Superior, en particular, a su artículo 54, el cual establece que el órgano colegiado superior fijará normas que rijan la estabilidad, capacitación, ascensos, remuneraciones y protección social del personal académico, de conformidad con esa ley, los lineamientos básicos dados por el CONESUP para el escalafón docente universitario y el reglamento de carrera académica institucional.

Consecuentemente, el inciso agregado por el artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 1313 a la disposición General Primera del Reglamento para la aplicación del Mandato Constituyente No. 8, relacionada con las jornadas o cargas horarias por más de cuarenta horas mensuales, materia de su consulta, es aplicable únicamente a los docentes de las universidades privadas que están sujetos al Código del Trabajo, y en tal virtud, deben observar la disposición referente a la eliminación y prohibición de la contratación laboral por horas, así como las normas que regulen su aplicación

OF. PGE. N°: 05012, de 25-11-2008

VACACIONES ANUALES: LIQUIDACIÓN A FUNCIONARIOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN Y DE PERIODO FIJO

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE LIBERTAD

CONSULTAS:

1. Es procedente que a los empleados y funcionarios de la Municipalidad, que no hayan gozado de sus vacaciones anuales, una vez que concluyan sus labores ya sea por renuncia voluntaria o por conclusión de su período de labores, se les compense en dinero las vacaciones no gozadas, sea cual fuere el tiempo de vacaciones pendientes.

2. En el caso de que funcionarios de libre nombramiento y remoción por el período fijo sean ratificados o reelegidos en sus funciones para un nuevo período, se debe proceder a la liquidación y pago de las vacaciones no gozadas o esperar a que concluya el nuevo período para el que fue reelegido.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 25 lit. g); y, 34, 35, 36; y, 38 de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. Conforme a lo prescrito en el artículo 25 letra g) de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, y 34 de su Reglamento, los servidores públicos tienen derecho a disfrutar de treinta días de vacaciones anuales pagadas después de once meses, por lo menos, de servicio continuo; derecho que no podrá ser compensado en dinero, salvo en el caso de cesación de funciones, en que se liquidarán las vacaciones no gozadas conforme al valor percibido o que debió percibir por su última vacación.

El artículo 38 del Reglamento a la LOSCCA, dispone, el servidor que cesare en funciones sin haber gozado de vacaciones, tendrá derecho a que se le compense en dinero el tiempo de las vacaciones no gozadas, calculada en base a su última remuneración mensual unificada percibida; en caso de no haber cumplido once meses de servicio, percibirá por tal concepto la parte proporcional al tiempo efectivamente laborado.

En virtud de las normas legales y reglamentarias invocadas, considero que el servidor público que se separe definitivamente de una institución pública, tiene derecho a la compensación en dinero por las vacaciones no gozadas calculada en base a su última remuneración mensual unificada percibida; y, en caso de no haber cumplido los once meses de labor, a la parte proporcional que le corresponde por tal concepto.

2. Conforme se dejó indicado, cumplido el tiempo de trabajo establecido por la Ley, todo servidor público tiene derecho a gozar de 30 días de vacaciones, normas que son de imperativo cumplimiento.

Según los artículos 35 y 36 del Reglamento a la LOSCCA, el período de vacaciones del servidor será determinado en el calendario que para el efecto formularán los responsables de cada unidad que será puesto en conocimiento de la Unidad de Recursos Humanos, considerando en todo caso la fecha de ingreso

y el plan anual de actividades de la unidad administrativa a la que pertenece el servidor; las vacaciones se concederán en la fecha prevista en dicho calendario y únicamente la autoridad competente, por razones de servicio y de común acuerdo con el servidor, podrá suspenderlas y diferirlas para otra fecha dentro del mismo período. La referida norma inserta la siguiente disposición imperante: “El servidor hará uso de vacaciones, obligatoriamente, en períodos de al menos quince días, de manera ininterrumpida, por cada año.” Lo que lleva a determinar, que a partir de la vigencia de la LOSCCA, no cabe la acumulación de periodos vacacionales, como tampoco es posible el pago por vacaciones no gozadas, excepto en los casos de cesación de funciones.

De las normas invocadas se infiere que la condición para que un servidor tenga derecho a la compensación en dinero por las vacaciones no gozadas es que “cese” en sus funciones, esto es que deje de desempeñar las funciones para las que ha sido designado tal como se indicó en la primera consulta; en el caso materia de la consulta, si los funcionarios han sido reelegidos para un nuevo período, no se ha operado la citada condición; consecuentemente, no se ha generado el derecho previsto por la Ley, sin que haya lugar el pago de vacaciones no gozadas.

OF. PGE. N°: 02298, de 08-08-2008

VACACIONES NO GOZADAS: CESACIÓN DE FUNCIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA, CAE

CONSULTAS:

La Corporación Aduanera Ecuatoriana debe pagarle al personal que ha cesado en funciones y ha mantenido continuidad en el servicio las vacaciones no gozadas antes del 6 de octubre del 2003, fecha en que se expidió la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

En caso de que la respuesta sea positiva, ¿el cálculo de vacaciones no gozadas por periodos anteriores al 6 de octubre del 2003 debe efectuarse: 1) a base de lo que establece el Art. 38 del Reglamento de la LOSCCA, promulgado en el Suplemento del Registro Oficial No. 505 de Enero 17 del 2005; o, 2) a base de lo establecido en la Disposición Transitoria Séptima del citado cuerpo regla-

mentario, en concordancia con el artículo 43 del Reglamento General de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, expedida mediante Decreto Ejecutivo No. 646 publicado en el Registro Oficial 162 de fecha Abril 10 de 1985.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Art. 229 inc. segundo.

LOSCCA, Arts. 26 lit. g); y, 38, Disp. Trans. Séptima de su Reglamento.

Reglamento General a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Art. 43.

PRONUNCIAMIENTOS:

1. En el oficio que contesto, se manifiesta que mediante Resolución No. GGN-468 de 13 de mayo de 2008, se dispuso la supresión de 339 puestos institucionales de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, y que varios ex servidores cesados en sus funciones dentro del referido proceso de supresión, han solicitado a la administración aduanera la liquidación de vacaciones no gozadas por períodos anteriores a la expedición de la LOSCCA, e inclusive, anteriores a la existencia de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, creada mediante la Ley Orgánica de Aduanas promulgada en el Registro Oficial No. 359 de 13 de julio de 1998.

El segundo inciso del Art. 229 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, dispone que los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables.

La letra g) del Art. 26 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, establece como un derecho de los servidores públicos, disfrutar de treinta días de vacaciones anuales pagadas después de once meses, por lo menos, de servicio continuo; derecho que no podrá ser compensado en dinero, salvo en el caso de cesación de funciones, en que se liquidarán las vacaciones no gozadas conforme al valor percibido o que debió percibir por su última vacación.

El Art. 38 del Reglamento a la Ley en mención, con respecto a la liquidación de vacaciones por cesación de funciones, dispone que el servidor que cesare en funciones sin haber gozado de vacaciones, tendrá derecho a que se le compense en dinero el tiempo de las vacaciones no gozadas, calculada en base a su última remuneración mensual unificada percibida; y agrega su inciso tercero que las UARHs, para el pago de liquidación de vacaciones, tomarán en consi-

deración lo establecido en el artículo 38 (actual artículo 37) de la LOSCCA. Esta disposición está referida a los permisos imputables a vacaciones.

Por su parte, la Disposición Transitoria Séptima del mencionado Reglamento, expresa que las vacaciones no gozadas hasta el 5 de octubre del 2003, se registrarán por el ordenamiento jurídico vigente hasta esa fecha.

De lo expuesto, considero procedente el pago de las vacaciones del personal que cesó en sus funciones sin haberlas gozado antes del 6 de octubre de 2003, fecha de vigencia de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

2. La Disposición Transitoria Séptima del Reglamento a la LOSCCA, es categórico y no admite interpretación alguna al expresar que las vacaciones no gozadas hasta el 5 de octubre del 2003, se registrarán por el ordenamiento jurídico vigente hasta esa fecha.

Consecuentemente, en el caso de los funcionarios de la CAE que cesaron en sus funciones por la supresión de sus puestos; y, que no gozaron de sus vacaciones por periodos anteriores al 6 de octubre del 2003, la compensación de las mismas deberá calcularse de conformidad con el Art. 43 del derogado Reglamento General a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, publicado en el Registro Oficial No. 162 de 10 de abril de 1985 que expresaba:

“Si por necesidad del servicio se negare al servidor el goce de vacaciones, más allá del límite de 60 días de acumulación permitida por la Ley, deberá compensarse el disfrute de las mismas mediante el pago de la remuneración que corresponda al tiempo de vacación no disfrutado”.

Por tanto, la liquidación de las vacaciones no gozadas de los ex servidores que motivan la presente consulta, debe calcularse de acuerdo con la remuneración que percibieron al tiempo de la vacación no disfrutada.

OF. PGE. N°: 04609, de 10-11-2008

VACACIONES: PAGO POR CESACIÓN DE FUNCIONES

ENTIDAD CONSULTANTE: MUNICIPIO DE PUERTO QUITO

CONSULTA:

Si procede compensar con tres remuneraciones, las vacaciones no gozadas de un servidor público municipal que no hizo uso de sus vacaciones durante los tres años consecutivos que laboró en la misma institución y que fue cesado en sus funciones.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 35 num. 3.
LOSCCA, Art. 25 lit. g); y, 36, 38 y Disp. Gen. Octava de su Reglamento.

PRONUNCIAMIENTO:

El Art. 35, número 3, de la Constitución Política de la República, consagra que los derechos de los trabajadores son intangibles, irrenunciables e imprescriptibles.

En aplicación del principio constitucional invocado, el Art. 25 letra g) de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, establece como derecho de los servidores públicos, el disfrutar de treinta días de vacaciones anuales pagadas después de once meses, por lo menos, de servicio continuo; derecho que no podrá ser compensado en dinero, salvo el caso de cesación de funciones, en que se liquidarán las vacaciones no gozadas conforme al valor percibido o que debió percibir por su última vacación.

El artículo 36 del Reglamento a la LOSCCA dispone las vacaciones se concederán en la fecha prevista en el calendario y únicamente la autoridad competente, por razones de servicio y de común acuerdo con el servidor, podrá suspenderlas y diferirlas para otra fecha dentro del mismo período. El servidor hará uso de vacaciones, obligatoriamente, en períodos de al menos quince días, de manera ininterrumpida, por cada año.

Por su parte, el Art. 38 del Reglamento en mención, con respecto a la liquidación de vacaciones por cesación de funciones, dispone que el servidor que cesare en funciones sin haber gozado de vacaciones, tendrá derecho a que se le compense en dinero el tiempo de las vacaciones no gozadas, calculada en base a su última remuneración mensual unificada percibida.

La Disposición General Octava del Reglamento en estudio, dispone a las instituciones del Estado de conformidad con su plan operativo anual, autorizar el goce de vacaciones a los servidores, en uno o máximo dos períodos durante el

ejercicio económico; siempre y cuando no entorpezca o limite el cumplimiento de las misiones, competencias y responsabilidades institucionales y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 36 de ese reglamento, esta disposición está referida a la concesión de vacaciones.

Mediante Oficio No. 02298 de 8 de agosto de 2008, ante una consulta formulada por el Alcalde del Cantón la Libertad, manifesté que a partir de la vigencia de la LOSCCA, no cabe la acumulación de periodos vacacionales, como tampoco es posible el pago por vacaciones no gozadas, excepto en los casos de cesación de funciones.

En el presente caso, se cumple la condición establecida para la compensación económica de vacaciones no gozadas, dispuesta en la letra g) del Art. 25 de la LOSCCA; por lo que, considero procedente el pago de las vacaciones no gozadas al servidor municipal, objeto de la presente consulta.

OF. PGE. N°: 03107, de 05-09-2008

VIÁTICOS: CAMBIO DE DOMICILIO HABITUAL – FUNCIONES EN EL CAMPO –

CONSULTANTE: INSTITUTO GEOGRÁFICO MILITAR, IGM

CONSULTA:

Si el Instituto Geográfico Militar, con fundamento en su autonomía administrativa y patrimonio propio de que goza, está obligado a someterse a las resoluciones expedidas por la SENRES, en particular, al Reglamento de Viáticos expedido por esa entidad o a sus propias regulaciones de acuerdo con lo dispuesto en la letra g) del artículo 12 de la Ley de Cartografía Nacional.

BASES LEGALES:

Mandato Constituyente N° 2, Art. 5.

LOSCCA, Arts. 3, 12, 54 lit. g), 102 y 131.

Res. SENRES N° 2004-191, R. O N° 474, 02-12-2004.

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

PRONUNCIAMIENTO:

En forma previa a atender su consulta, mediante oficio No. 01136 de 10 de junio de 2008, este Organismo corrió traslado de su consulta a la Secretaría

Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, SENRES, el mismo que fue atendido en oficio SENRES-JUR-2008 0004231 de 10 de julio de 2008.

Los artículos 3 y 102 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA, disponen que su normativa sea aplicable de manera obligatoria en todas las instituciones, entidades y organismos del Estado, con las excepciones que ahí se especifican.

El artículo 54 letra g) de la mencionada Ley Orgánica, contempla como atribución de la SENRES, "Determinar, evaluar y controlar la aplicación de las políticas y normas remunerativas del sector público, así como establecer mediante resoluciones de carácter obligatorio para todas las instituciones públicas reguladas por esta Ley, el cumplimiento de dichas políticas".

En aplicación de las mencionadas disposiciones y del artículo 131 de la LOSCCA, la SENRES expidió al Reglamento para el reconocimiento y pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias mediante Resolución No. 2004-191 publicada en el Registro Oficial No. 474 de 2 de diciembre de 2004, el cual ha sido objeto de reforma mediante Resolución SENRES-2007-000017 publicada en el Registro Oficial No. 47 del 21 de marzo del 2007.

Según se desprende de su oficio de consulta, que por la naturaleza de los puestos del personal de cartografía, sus servidores deben realizar funciones en el campo, lo cual implica un cambio de domicilio de forma temporal; y que en consecuencia, el Reglamento de Viáticos expedido por la SENRES le causa al IGM inconvenientes en su aplicación, puesto que, según indica «el personal sólo puede permanecer en el campo los días laborales, porque la normativa reglamentaria prohíbe declarar en comisión de servicios durante los días feriados y de descanso obligatorio y sólo por excepción permite el trabajo en dichos días en casos que se justifique, pero ocurre que en el IGM, en lo relativo a trabajos de campo, la excepción constituye la regla».

Al respecto, debo indicarle que el Mandato No. 2 expedido por la Asamblea Constituyente el 24 de enero de 2008, en el artículo 5 expresa: "Compensación por residencia".- "Los funcionarios y servidores que tuvieren su domicilio habitual fuera de la ciudad en la cual deben prestar sus servicios y por tal motivo deban trasladar su residencia y domicilio a otra ciudad, tendrán derecho a una compensación económica para cubrir los gastos de vivienda por un monto máxi-

mo de hasta tres (3) salarios básicos unificados para los trabajadores en general del sector privado”.

En conformidad con lo expuesto y en atención a los términos de su consulta, considero que el Instituto Geográfico Militar, deberá aplicar el Reglamento de Viáticos expedido por la SENRES o la compensación por residencia dispuesta en el artículo 5 del Mandato Constituyente No. 2, de acuerdo con las funciones que le corresponda ejercer al servidor fuera de su domicilio habitual.

OF. PGE. N°: 02340, de 11-08-2008

VIÁTICOS: DIGNATARIOS, SERVIDORES Y TRABAJADORES

CONSULTANTE: MUNICIPIO CARLOS JULIO AROSEMENA TOLA

CONSULTA:

Si la Municipalidad de Carlos Julio Arosemena Tola, utilizando su autonomía presupuestaria, por medio de ordenanza, puede disponer el cálculo de valores inferiores a la tabla de la Resolución No. SENRES 2004-0191, del Secretario Nacional Técnico de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, para el pago de viáticos de sus dignatarios, funcionarios, servidores y trabajadores.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Arts. 119, 228, 230 y 272. Ley Orgánica de Régimen Municipal, Art. 16 inc. primero num. 10.

PRONUNCIAMIENTO:

El segundo inciso del artículo 119 de la Constitución Política de la República establece que aquellas instituciones y organismos que la Constitución y la Ley determinen gozarán de autonomía para su organización y funcionamiento.

El inciso segundo del artículo 228 de la Constitución Política de la República ordena que: “Los gobiernos provincial y cantonal gozarán de plena autonomía” y, en uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas... y, el artículo 230 de la Carta fundamental dispone que la ley “cuidará de la aplicación eficaz de los principios de autonomía...”

El artículo 272 de la Carta Fundamental del Estado prevé lo siguiente: “La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de

leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.

Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.

En tal virtud, ninguna disposición legal, reglamentaria o de otro orden jurídico puede atentar o estar en contradicción con la autonomía constitucional y legal que se reconoce a determinadas instituciones del sector público.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal es el cuerpo normativo que desarrolla las competencias constitucionales de las municipalidades, y regula la cualidad autónoma concedida a estos entes para alcanzar su eficaz aplicación. El inciso primero del Art. 16 de dicha ley orgánica dispone: "Las municipalidades son autónomas. Salvo lo prescrito por la Constitución de la República y esta Ley, ninguna Función del Estado ni autoridad extraña a la municipalidad podrá interferir su administración propia, estándoles especialmente prohibido..."; y, entre estas prohibiciones especiales la señalada con el número 10 que menciona: "Interferir en su organización administrativa y en la clasificación depuestos".

En consecuencia con lo anotado, la SENRES no tiene facultad para fijar o aprobar escalas remunerativas, de viáticos y dietas en las instituciones constitucional y legalmente autónomas.

Cabe tener en cuenta además, que en atención a una acción propuesta por la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) mediante el recurso de anulación objetivo o por exceso de poder en contra de la SENRES, la Corte Suprema de Justicia, en fallo No. 104 expedido el 29 de abril de 2008, ha manifestado lo siguiente: "...En el inciso segundo, la norma constitucional confiere plena autonomía a los gobiernos provinciales y cantonales; es decir, que las entidades municipales gozan de este atributo con amplitud, lo que les faculta a expedir normas jurídicas, denominadas ordenanzas... En el caso de las municipalidades, la Ley Orgánica de Régimen Municipal es el cuerpo normativo que, por su especialización, desarrolla las competencias constitucionales, y regula la cualidad autónoma concedida a estos entes para alcanzar su eficaz aplicación.. no sería constitucional sujetar o someter la facultad de decisión concedida a las municipalidades a las resoluciones o aprobación de cualquier

entidad u órgano perteneciente a la Función Ejecutiva o al gobierno nacional...en la resolución de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, SENRES, que se impugna, se atenta contra el principio constitucional de autonomía municipal, pues, el referido organismos de la Función Ejecutiva con competencia en la gestión, regulación y control de las remuneraciones de los funcionarios, servidores, trabajadores de las entidades del sector público, disminuye la facultad constitucional de las municipalidades de resolver -en forma autónoma- sus asuntos...el problema no radica en la unificación y homologación de los ingresos que perciben los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores y trabajadores de los organismos y entidades del sector público, sino que, particularmente en el caso de los gobiernos seccionales autónomos, el organismo encargado de esta tarea sea la SENRES, que es un órgano de la Función Ejecutiva...”.

Por lo indicado, la Municipalidad de Carlos Julio Arosemena Tola, sobre la base de su autonomía constitucional y legal, puede reglamentar el pago de los viáticos que deben percibir sus dignatarios, funcionarios, servidores y trabajadores.

OF. PGE. N°: 02588, de 21-08-2008

VIÁTICOS: MIEMBRO DEL DIRECTORIO DE LA EMPRESA TURÍSTICA CIUDAD MITAD DEL MUNDO

CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA

CONSULTA:

Es procedente que, al representante de los arrendatarios y comodatarios de la Ciudad Mitad del Mundo, miembro del Directorio de la Empresa del mismo nombre, se le liquide el pago de viáticos, movilización y subsistencia, se deben reconocer a los dignatarios, autoridades y funcionarios de las instituciones del sector público, teniendo en cuenta que el Reglamento para el pago de viáticos en el exterior para dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores del sector público, en su artículo 1, determina que, las disposiciones de este Reglamento, son de aplicación obligatoria para dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores de todas las instituciones señaladas en el artículo 101 de la Codificación de la LOSCCA; y, del Reglamento respectivo, añadiendo que según las normas transcritas y el pronunciamiento al que se hace referencia tendría derecho en su calidad de AUTORIDAD, como delegado de los arrendatarios y comodatarios al directorio de la Empresa Turística Ciudad Mitad del

Mundo, al pago de viáticos, movilizaciones y subsistencia, así como por otro lado se determine la forma de cálculo de los rubros anotados.

BASES LEGALES:

Constitución de la República del Ecuador, Arts. 118, 228 y 230.

LOSCCA, Arts. 1, 101; y, 226 de su Reglamento.

Ley Orgánica de Régimen Provincial, Art. 1.

Ordenanza Sustitutiva de la Ordenanza de Creación y Constitución de la Empresa Turística Ciudad Mitad del Mundo, Art. 5.

Reglamento para el pago de viáticos en el exterior para dignatarios, funcionarios y servidores del sector público, Art. 1.

PRONUNCIAMIENTO:

En informe adjunto a su oficio, el tema que motiva su consulta, es la declaratoria en comisión de servicios al exterior del miembro del Directorio de la Empresa Turística Ciudad Mitad del Mundo, representante de los arrendatarios y comodatarios de la Ciudad Mitad del Mundo, para que viaje a Madrid - España en representación de la Empresa.

Mediante oficio 243 de 6 de mayo de 2008, esta Procuraduría solicitó el criterio jurídico de la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, SENRES, el cual fue dado a conocer a esta entidad con la copia del Oficio No. SENRES RH-2008-0004769, de 12 de agosto de 2008, que remitió directamente al Consejo Provincial el Secretario Nacional Técnico- SENRES.

El artículo 121 de la Constitución Política de la República, prescribe que la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado, entre ellos menciona a los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado. Nótese que la norma constitucional no hace diferencia alguna entre delegados o representantes de cuerpos colegiados que pertenezcan o no al sector público, por lo que la representación que ostenta un representante del sector privado ante un organismo corporativo público, genera a dicho delegado los derechos, atribuciones y responsabilidades que derivan de su función.

En el caso consultado, el miembro del Directorio de la Empresa Turística Ciudad Mitad del Mundo, es el representante de los arrendatarios y comodatarios, tiene los mismos derechos, atribuciones y responsabilidades que todos los demás miembros.

Adicionalmente, el artículo 5 de la Ordenanza Sustitutiva de la Ordenanza de Creación y constitución de la Empresa Turística Ciudad Mitad del Mundo, establece que el “gobierno” de ésta corresponde al Directorio. Consecuentemente, sus miembros tienen la calidad de autoridades de la misma.

El artículo 1 del Reglamento para el pago de viáticos en el exterior para dignatarios, funcionarios y servidores del sector público establece que las disposiciones del mismo son de aplicación obligatoria a todas las instituciones señaladas en el artículo 101 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, el cual determina que las disposiciones del Libro de la misma, que trata de la unificación y homologación de remuneraciones e indemnizaciones del sector público, son de aplicación obligatoria en todas las instituciones, entidades y organismos determinadas en el Art. 118 de la Constitución Política de la República, en el cual se encuentran incluidos las que integran el régimen seccional autónomo, así como los organismos creados para la prestación de servicios públicos; en consecuencia, los consejos provinciales y las empresas creadas por ellos, y en el caso consultado de la Empresa Mitad del Mundo adscrita al Consejo Provincial, se sujetan a las normas de la mencionada Ley Orgánica.

El artículo 226 del Reglamento a la LOSCCA define el término viático como el estipendio monetario o valor diario que por necesidades de servicio, reciben los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores y trabajadores destinado a sufragar los gastos de alojamiento y alimentación que se ocasionen durante una comisión o licencia cuando por la naturaleza del trabajo, deban pernoctar fuera de su domicilio habitual.

El inciso segundo del artículo 228 de la Constitución Política de la República establece que los gobiernos seccionales gozan de autonomía; y, el artículo 230 de la misma prevé que la ley determinará su estructura, integración, deberes, atribuciones, así como la aplicación eficaz de los principios de autonomía, descentralización administrativa y participación ciudadana.

A su vez, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Régimen Provincial determina que el Consejo Provincial es una institución de derecho público, que goza de autonomía.

En atención a una acción propuesta por la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas (AME) mediante el recurso de anulación objetivo o por exceso de poder en contra de la SENRES, la Corte Suprema de Justicia, en el fallo No. 104, expedido el 29 de abril de 2008, ha manifestado lo siguiente: “...En el

inciso segundo la norma constitucional confiere plena autonomía a los gobiernos provinciales y cantonales; es decir, que las entidades municipales gozan de este atributo con amplitud, lo que les faculta a expedir normas jurídicas, denominadas ordenanzas...en el caso de las municipalidades, la Ley Orgánica de Régimen Municipal es el cuerpo normativo que, por su especialización, desarrolla las competencias constitucionales, y regula la cualidad autonómica concedida a estos entes para alcanzar su eficaz aplicación...no sería constitucional sujetar o someter la facultad de decisión concedida a las municipalidades a las resoluciones o aprobación de cualquier entidad u órgano perteneciente a la Función Ejecutiva o al Gobierno Nacional...en la resolución de la Secretaría Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público, SENRES, que se impugna, se atenta contra el principio de autonomía municipal, pues, el referido organismo de la Función Ejecutiva con competencia en la gestión, regulación y control de las remuneraciones de los funcionarios, servidores, trabajadores de las entidades del sector público disminuye la facultad constitucional de las municipalidades de resolver -en forma autónoma- sus asuntos...el problema no radica en la unificación y homologación de los ingresos que perciben dignatarios, autoridades, funcionarios servidores y trabajadores de los organismos y entidades del sector público, sino que, particularmente en el caso de los gobiernos seccionales autónomos, el organismo encargado de esta tarea sea la SENRES, que es órgano de la Función Ejecutiva...".

Por tanto, considero procedente que al Miembro del Directorio de la Empresa Turística Ciudad Mitad del Mundo se le liquide el pago de viáticos; en cuanto a su forma de cálculo, el Consejo puede sujetarse al Reglamento dictado por la SENRES, considerando la plena autonomía constitucional y legal de lo que gozan los gobiernos seccionales provinciales, o al Régimen Interno de Viáticos expedido por esa Corporación Provincial, de haberlo.

OF. PGE. N°: 03101, de 05-09-2008

VIÁTICOS Y SUBSISTENCIAS: ASIGNACIÓN DE PARTIDA PARA PAGO RETROACTIVO

ENTIDAD CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE LOJA

CONSULTA:

Sobre la procedencia que el Consejo Provincial de Loja, asigne una partida en el presupuesto del año 2008, para liquidar con carácter retroactivo desde al

año 2004, los valores correspondientes a viáticos, subsistencias, alimentación, transporte y movilización, o se cancele estos valores a partir del 7 de septiembre del 2007, fecha en que la H. Cámara Provincial aprobó la cancelación con carácter retroactivo.

BASES LEGALES:

LOSCCA, Arts. 130 y 226 al 231 de su Reglamento.
Res. SENRES N° 2004-0191, R.O. N° 474 de 2-12-2004.
Res. SENRES N° 2004-000017, R.O. N° 47 de 21-03-2007.
Res. SENRES N° 2005-0073, R.O. N° 150 de 22-11-2005.

PRONUNCIAMIENTO:

Con el fin de contar con suficientes elementos para atender la consulta, ésta Procuraduría, mediante oficio No. 152 de 29 de abril del 2008, solicitó el criterio jurídico de la SENRES con respecto al tema planteado, solicitud que fue atendida mediante oficio No. 0003351 de 4 de junio de 2008.

En dicho informe, el Secretario Nacional Técnico de la SENRES manifestó que en base a la Disposición Final Primera; al Art. 130 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA; y a los Arts. 226 al 231 de su Reglamento de Aplicación, la SENRES, emitió las Resoluciones Nos. 2004-0191 y 2004-000017, en las que se expidió el procedimiento a seguir para el pago de viáticos y subsistencias.

Agrega el mencionado informe, que con Resolución No. 2005-0073, la SENRES emitió el Reglamento para el pago de transporte para dignatarios, autoridades y funcionarios del sector público; y, concluye, que “Bajo ese contexto, a partir de la publicación de la LOSCCA, (6 de octubre de 2003), todas las instituciones públicas deben sujetarse a las disposiciones de la Ley, su Reglamento y normas conexas; por lo tanto no es procedente comprometer al presupuesto institucional actual, rubros para pagos retroactivos de ejercicios fiscales ya liquidados”.

Atento el contenido de las disposiciones invocadas, y al informe jurídico remitido por la SENRES, considero improcedente que el Consejo Provincial de Loja, asigne una partida en el presupuesto del año 2008 para liquidar con carácter retroactivo desde al año 2004, los valores correspondientes a viáticos, subsistencia, alimentación, transporte y movilización, o se cancele estos valores a partir del 7 de septiembre del 2007.

OF. PGE. N°: 0435, de 12-05-2008

VIÁTICOS: VOLUNTARIADO DEL PATRONATO MUNICIPAL

CONSULTANTE: MUNICIPIO DE EL CHACO

CONSULTAS:

1. Procede el pago de viáticos nacionales y extranjeros para la Presidenta del Patronato Municipal y los demás miembros del Directorio.
2. Procede el pago de viáticos nacionales y extranjeros para el voluntariado del Patronato Municipal de El Chaco.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 119.

Reglamento a la LOSCCA Art. 226.

Ordenanza Municipal Sustitutiva que Reglamenta el Funcionamiento del Patronato Municipal del Cantón Chaco Arts. 3 y 10 inc. Final.

PRONUNCIAMIENTO:

De conformidad con lo que prevé el artículo 119 de la Constitución Política, las entidades públicas pueden hacer únicamente aquello que les faculta la misma Constitución y la Ley.

El artículo 226 del Reglamento a la LOSCCA define el término viático como el estipendio monetario o valor diario que por necesidades de servicio, reciben los dignatarios, autoridades, funcionarios, servidores y trabajadores destinado a sufragar los gastos de alojamiento y alimentación que se ocasionen durante una comisión o licencia cuando por la naturaleza del trabajo, deban pernoctar fuera de su domicilio habitual.

El inciso final del artículo 10 de la citada Ordenanza Municipal Sustitutiva que Reglamenta el Funcionamiento del Patronato Municipal del Cantón Chaco, establece que los miembros del directorio del patronato no serán considerados como servidores municipales o tendrán relación laboral con el Gobierno Municipal de El Chaco.

Conforme el inciso segundo del artículo 3 de la citada Ordenanza Municipal, la entidad está organizada por el grupo de esposas (os) o sus delegadas (os) del Señor Alcalde (esa) y Concejales (as) electos del Gobierno Municipal del cantón el Chaco, adicionalmente son parte de la organización la reina del cantón y la señorita patronato, así como las damas voluntarias que deseen integrar

y conformar el grupo de voluntariado. En consecuencia, ninguna de las personas nombradas tiene la calidad de servidores municipales ni trabajadores de la Municipalidad de El Chaco.

En tal virtud, no procede el pago de viáticos de ningún tipo, con recursos de la municipalidad a la Presidenta del Patronato Municipal y los demás miembros del Directorio, ni para quienes conforman tal entidad como parte del voluntariado.

OF. PGE. N°: 03805, de 02-10-2008

VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA: DELEGACIÓN DE FUNCIONES COMO ATRIBUCIÓN DE ORDENADOR DE GASTOS DE INVERSIÓN - CUANTÍA -

CONSULTANTE: VICEPRESIDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

CONSULTA:

Si procede la emisión de un Acuerdo Vicepresidencial, a fin de delegar al Secretario Técnico de la Institución, la atribución para autorizar el Gasto de los recursos de Inversión a ser utilizados en la ejecución de los Proyectos de Inversión con todos sus componentes, así como la competencia para suscribir actos, contratos y convenios, bajo cualquiera de las modalidades establecidas en la legislación vigente, inclusive los contratos de servicios ocasionales y profesionales, necesarios para la formulación y ejecución de proyectos de inversión.

Al Secretario General y al Subsecretario Administrativo Financiero, la atribución para autorizar el Gasto Corriente Institucional. El Secretario General tendrá competencia para suscribir actos, contratos y convenios incluidos los contratos de servicios ocasionales y profesionales, necesarios para el debido funcionamiento administrativo institucional.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 119.

Reglamento de Contratación de la Vicepresidencia de la República, Art. 3.

Estatuto del Régimen Jurídico-Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 58.

PRONUNCIAMIENTO:

De acuerdo a lo que está previsto en el Art. 3 del Reglamento de Contratación de la Vicepresidencia de la República, los ordenadores de gastos de esa dependencia son los siguientes:

1. El Vicepresidente de la República, o su delegado, quien ordenará gastos cuya cuantía supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000008 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado, del correspondiente ejercicio económico, hasta el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado, del correspondiente ejercicio económico; y,
2. El Subsecretario Administrativo Financiero quien ordenará gastos cuya cuantía no superen el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000008 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado, del correspondiente ejercicio económico.

El Reglamento citado, mas allá de que será necesario hacerlo concordar con las disposiciones de la nueva Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública (que derogó la Ley de Consultoría y otras) y su Reglamento de Aplicación, no hace distinción o discrimina entre contrataciones relativas a la ejecución de proyectos de inversión, con lo que en general se determinan como contrataciones para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios por parte de la Vicepresidencia de la República; de modo tal, que los ordenadores de gasto que allí se determinan, lo serán tanto para lo que respecta a los contratos relativos a los proyectos de inversión que en materia de atención a personas discapacitadas se plantea ejecutar, cuanto para todos aquellos proyectos, actos y contratos relativos al funcionamiento administrativo institucional de la Vicepresidencia de la República.

Dado tal señalamiento expreso, en tanto no refiera a competencias constitucionales, el señor Vicepresidente de la República puede mediante Acuerdo, delegar a quien él lo decida (al Secretario Técnico o al Secretario General, la atribución de ejercer como ordenador de gastos cuya cuantía supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000008 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado, del respectivo ejercicio económico, hasta el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado, del correspondiente ejercicio económico; en tanto que corresponderá al Subsecretario Administrativo Financiero, por así preveerlo la norma en referencia, el ordenar los gastos cuya cuantía no superen el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000008 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado, del respectivo ejercicio económico.

Cabe indicar, conforme establece ese mismo Reglamento, que quien ejerce la atribución de ordenador de pagos es el Director Financiero de la Vicepresidencia de la República, quien deberá hallarse debidamente respaldado por la documentación original y la correspondiente autorización del gasto;

además, ha de tenerse presente, que cuando las resoluciones administrativas se adoptan por delegación, éstas se considerarán dictadas por la autoridad delegante; por lo que, en aplicación del principio de autoridad contemplado en el Art.119 de la Constitución Política de la República, lo resuelto por vía de la delegación, no eximirá de responsabilidad a la máxima autoridad de la entidad, en este caso, al señor Vicepresidente Constitucional de la República.

Finalmente, se deberá tener en cuenta, que el Reglamento de Contrataciones materia de esta consulta, se adecúe a la normativa legal contemplada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento de Aplicación.

OF. PGE. N°: 02685, de 25-08-2008

ZONA FRANCA: EXONERACIÓN DE IMPUESTOS SECCIONALES Y DEL 1.5 POR MIL DE LOS ACTIVOS TOTALES

CONSULTANTE: MUNICIPIO DE AMBATO

CONSULTA:

Si la Compañía Hospital Millennium HOSPI-MILLENNIUM S.A., administradora de la Zona Franca Hospitalaria de conformidad con el Art. 41 de la Ley de Zonas Francas, que es una Ley Especial, debe tener exoneración de los impuestos seccionales: Predial urbano, Patentes y del 1.5 por mil de los Activos Totales, cuya exoneración no está reconocida en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, ni en la Ley de Control Tributario y Financiero.

BASES LEGALES:

Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 227.

Ley Orgánica de Régimen Municipal, Arts. 16 ordinal 6, 303, 312, 326, 363, 364 y 367.

Ley de Zonas Francas, Art. 41.

Ley de Control Tributario y Financiero Arts. 31, 32 y 33.

PRONUNCIAMIENTO:

Consta del Decreto Ejecutivo No. 2323 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 13 de 1 de febrero de 2007, el otorgamiento de la concesión, operación, establecimiento y administración de una zona franca de servicios hospitalarios, que la Compañía mencionada, recibió en comodato 22 lotes de terreno que forman parte de la lotización Peña Pazmiño.

La Ley de Zonas Francas en el Art. 41 señala que las empresas administradoras y los usuarios de las zonas francas, para todos sus actos y contratos que se cumplan dentro de las zonas francas, gozarán de una exoneración del ciento por ciento del impuesto a la renta o de cualquier otro que lo sustituya, así como del impuesto al valor agregado, del pago de impuestos provinciales, municipales y cualquier otro que se creare, así requiera de exoneración expresa.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal en el Art. 303 dispone que se consideran impuestos municipales entre otros, el impuesto sobre la propiedad urbana y el impuesto de patentes.

El Art. 312 *ibídem* establece el impuesto a los predios urbanos y el Art. 326 determina las exenciones para su pago, no constando entre aquellas, los inmuebles ubicados en las zonas francas.

El Art. 363 de la Ley en estudio consagra el impuesto de patentes municipales; y, el Art. 364 reseña que están obligados a obtener la patente y por ende el pago de este impuesto, todos los comerciantes e industriales que operen en cada cantón, así como los que ejerzan cualquier actividad de orden económico.

El Art. 367 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece que están exentos del pago del impuesto de patentes, únicamente los artesanos calificados como tales por la Junta Nacional del Artesano.

Respecto del pago del impuesto del 1.5 por mil sobre activos totales, los artículos 31 y 32 de la Ley de Control Tributario y Financiero determinan los sujetos activos y pasivos de este impuesto; y el Art. 33 consigna los organismos y entidades exentos del pago de dicho impuesto, y en su último inciso señala que "para el impuesto sobre el activo total no se reconocen las exoneraciones previstas en leyes especiales, aún cuando sean consideradas de fomento a diversas actividades productivas".

Al tenor del Art. 16 ordinal sexto de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, es prohibido a las municipalidades establecer exenciones, exoneraciones, participaciones o rebajas de los tributos destinados al financiamiento de los organismos municipales.

De conformidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano consagrado en el Art. 272 de la Constitución Política de la República, las disposiciones de la Ley Orgánica de Régimen Municipal por su carácter de orgánica prevalecen sobre una ley ordinaria y /o especial, en la especie, la Ley de Zonas Francas.

Con fundamento en el análisis jurídico que antecede, considero que la Compañía Hospital Millennium HOSPIMILLENNIUM S.A. Concesionaria y Administradora de la Zona Franca Hospitalaria, no está exonerada del pago de los impuestos predial urbano, de Patentes y del 1.5 por mil de los Activos Totales; y, por lo tanto está obligada a pagar tales impuestos de conformidad al régimen establecido en la Ley de Control Tributario y Financiero y en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

OF. PGE. N°: 01795, de 11-07-2008
