

Expediente Procuraduría Metropolitana No. 2017-00359

Quito, D.M., 10 ABR 2017

Abogada
Daniela Chacón Arias
Presidenta de la Comisión de Participación Ciudadana y Gobierno Abierto

De mi consideración:

En atención al Oficio No SG-0426 de 10 de febrero de 2017, en el cual se solicita:

"[...] la Comisión de Participación Ciudadana, en sesión ordinaria realizada el 6 de febrero de 2017, luego de conocer el proyecto de Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza Metropolitana No. 0116, mediante el cual se reemplaza el Capítulo XII en el Título II, del Libro Primero del Código Municipal que trata de la "Comisión Metropolitana de Lucha Contra la Corrupción", resolvió solicitar su criterio legal e informe jurídico respecto del mencionado proyecto".
(CMLCC)

I. COMPETENCIA:

Conforme se desprende de la Resolución A 004 de 12 de febrero de 2015, y el encargo efectuado por el señor Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, mediante acción de personal No. 51-751 de 12 de enero de 2016, quien suscribe es competente en calidad de Procurador Metropolitano Encargado, para emitir la presente respuesta.

II.- ANTECEDENTES:

La Comisión Metropolitana de Lucha Contra la Corrupción, en adelante Quito Honesto, en base a su naturaleza jurídica, en primera instancia fue creada por el Alcalde Metropolitano de Quito a través de la Resolución A065 del año 2002 y posteriormente desarrollada a través de Ordenanza Metropolitana 0116 del año 2004, con la categoría de Unidad Especializada de la más alta jerarquía investida de autonomía e independencia económica, política y administrativa conforme se establece en el artículo innumerado 1 de la Ordenanza Metropolitana 0116. *Ad*

Esta entidad fue creada por el Alcalde Metropolitano (conforme el artículo 72¹ de la Ley de Régimen Municipal vigente a esa fecha), con el propósito de coadyuvar en la lucha contra la corrupción de la “*actual Administración del Municipio Metropolitano de Quito (...)*” (Resolución A065, considerando primero).

El Alcalde Metropolitano de esa fecha dentro de sus atribuciones de dirección, supervisión y vigilancia de la administración municipal, crea a Quito Honesto con el propósito de “...*tomar acciones para prevenir y combatir cualquier manifestación o forma de corrupción en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, involucrando a los actores más representativos de la sociedad civil...*” (Resolución A065, considerando tercero), asignándole recursos e incluyendo como un rubro en la proforma presupuestaria del año 2003, conforme la disposición transitoria de la Resolución ibídem.

La vinculación jerárquica y administrativa de Quito Honesto a la Alcaldía se debe a la expedición de la Resolución A0057 de 7 de julio de 2003, en la cual el Alcalde Metropolitano de aquel entonces, entre otras disposiciones, delega en su artículo segundo al Presidente de Quito Honesto: “...*la facultad para autorizar el gasto, adjudicar y suscribir contratos de adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios...*”, potestad estrictamente administrativa y de competencia exclusiva y excluyente del Alcalde como máxima autoridad de la entidad edilicia, lo cual se encuentra ratificado en la Ordenanza No. 116 publicada en el Registro Oficial No. 320 de 23 de abril de 2004.

En el año 2004 esta Comisión fue formalizada dentro de la estructura institucional del Municipio del Distrito Metropolitano, por parte del Concejo Metropolitano a través de la expedición de la Ordenanza Metropolitana No. 0116, publicada en el Registro Oficial No. 320 de 23 de abril de 2004, como una entidad de derecho público, permanente y con autonomía (Ordenanza Metropolitana No. 0116, artículo innumerado 1), competencias orgánicas e inter-orgánicas (Ordenanza Metropolitana No. 0116, artículos innumerados 2, 3, 10 y 11), asignación obligatoria de recursos como ingresos de Quito Honesto (Ordenanza Metropolitana 0116, artículo innumerado 26).

III. BASE LEGAL:

¹ 6o.- Nombrar las comisiones permanentes que no hubiese integrado el Concejo o la Comisión de Mesa, y las especiales que estime convenientes;...

16o.- Dirigir y supervisar las actividades de la Municipalidad, coordinando y controlando el funcionamiento de los distintos departamentos;...

29o.- Vigilar la administración municipal, dar cuenta de ello al Concejo y sugerir las medidas que estime necesarias para su mejoramiento;... (Versión de la cita es del texto de 1971 y sus reformas publicada por el Sistema Fielweb, derogado por Codificación No. 16, publicada en Registro Oficial Suplemento 159 de 5 de Diciembre del 2005)

La Constitución de la República del Ecuador dispone en sus artículos 253 y 254² determina que la alcaldesa o alcalde, la alcaldesa o alcalde metropolitano, según el caso, **será la máxima autoridad administrativa del gobierno autónomo descentralizado municipal o del distrito metropolitano autónomo respectivamente**; esto, en concordancia con el artículo 7 de la Ley Orgánica de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito que ordena que el Alcalde es quien: **"(...) dirige la administración distrital como su más alta autoridad jerárquica y es responsable de la gestión de ésta (...)"**, y con el artículo 10 ibídem, cito: **"(...)El Alcalde es el jefe de la administración distrital (...)"**. (Lo subrayado y resaltado me pertenece)

El artículo 167 de la Constitución de la República del Ecuador establece: *"Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución"*.

Por su parte el numeral 3 del artículo 168 ibídem establece: *"Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:*

3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución".

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía, y Descentralización (COOTAD); por su parte en el artículo 9, dispone:

*"(...) Art. 9.- Facultad ejecutiva.- **La facultad ejecutiva comprende el ejercicio de potestades públicas privativas de naturaleza administrativa bajo responsabilidad de gobernadores o gobernadoras regionales, prefectos o prefectas, alcaldes o alcaldesas cantonales o metropolitanos** y presidentes o presidentas de juntas parroquiales rurales(...)"* (Lo subrayado y resaltado me pertenece)

El artículo 60 del mismo cuerpo legal prescribe que el Alcalde tiene entre otras atribuciones:

*"(...) b) Ejercer de manera exclusiva la **facultad ejecutiva del gobierno autónomo descentralizado municipal**; ...i) Resolver administrativamente todos los asuntos correspondientes a su cargo; expedir previo conocimiento del concejo, la estructura orgánico - funcional del gobierno autónomo descentralizado municipal; nombrar y remover a los funcionarios de dirección, procurador síndico y demás servidores públicos de libre nombramiento y remoción del gobierno autónomo descentralizado municipal; ...l) Designar a sus representantes institucionales en entidades"*

² En concordancia con los artículos 59 y 89 del COOTAD respectivamente.

empresas u organismos colegiados donde tenga participación el gobierno municipal; (...)” (Lo subrayado y resaltado me pertenece)

De igual forma el COOTAD en su artículo 90 dispone que el Alcalde Metropolitano tiene entre otras atribuciones:

“(...) b) Ejercer la facultad ejecutiva del gobierno del distrito metropolitano autónomo; ... i) Resolver administrativamente todos los asuntos correspondientes a su cargo; expedir previo conocimiento del concejo la estructura orgánico funcional del gobierno distrital metropolitano autónomo descentralizado; nombrar y remover los funcionarios de dirección, procurador síndico y demás servidores públicos de libre nombramiento y remoción del gobierno distrital metropolitano descentralizado; ... l) Designar delegados institucionales en entidades, empresas u organismos colegiados donde tenga participación la institución;(...)” (Lo subrayado y resaltado me pertenece)

Con las normas citadas se establece que el Alcalde (cantonal o metropolitano) ejerce la facultad ejecutiva del respectivo gobierno autónomo descentralizado, de modo privativo y entre sus atribuciones comunes está la de actuar como autoridad nominadora. (Lo subrayado y resaltado me pertenece)

El artículo 322 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante COOTAD) dispone expresamente:

“(...) Los Proyectos de ordenanzas, según corresponda a cada nivel de gobierno, deberán referirse a una sola materia y serán presentados con la exposición de motivos, el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que se deroguen o reformen con la nueva ordenanza. Los Proyectos que no reúnan estos requisitos no serán tramitados (...)” (Lo subrayado y resaltado me pertenece)

Es decir que, bajo el presupuesto de lo transcrito la exposición de motivos es un requisito sine qua non para que el proyecto de ordenanza que se pretende aprobar sea viable y se pueda someter al conocimiento y aprobación del Consejo.

IV.- ANALISIS Y CRITERIO:

En base a los antecedentes expuestos, la normativa inherente al tema y del análisis del documento que contiene el proyecto de Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza Metropolitana No. 0116, mediante el cual se reemplaza el Capítulo XII en el Título II, del Libro Primero del Código Municipal que trata de la “Comisión Metropolitana de Lucha Contra la Corrupción” se emiten las siguientes observaciones de orden legal y constitucional:

En la exposición de motivos del Proyecto, se recomienda establecer la fuente y cita bibliográfica de la que provienen los datos técnicos incorporados en la misma.


En el artículo Único es necesario verificar que otras codificaciones posteriores no hubieren modificado el Capítulo XII del Código Municipal del Distrito Metropolitano de Quito.

En el Artículo... (2), se sugiere citar que Quito Honesto es una Unidad de la más alta jerarquía como así lo determina la Ordenanza No. 116, por lo que consideramos podría redactarse el artículo referido de la siguiente manera: *"Artículo... (2).- Naturaleza y fines.- La Comisión Metropolitana de Lucha Contra Corrupción es una unidad especializada de la más alta jerarquía del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, con autonomía e independencia financiera y administrativa, que actuará en representación de la ciudadanía del Distrito, su sede está en el Distrito Metropolitano de Quito y podrá desenvolver sus acciones en todo el territorio del Ecuador en asuntos concernientes a bienes o recursos del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. (...)"*

En el Artículo... (4) dentro de las conductas definidas como corrupción, en el segundo inciso se incorpora al acoso sexual, figura que actualmente se encuentra tipificada en el Código Integral Penal, así como dentro de las causales de destitución previstas en la Ley Orgánica de Servicio Público además de haberse normado lo referente a ella en torno a maestros en la Ley Orgánica de Educación Intercultural; por lo que no se considera pertinente la incorporación de esta figura dentro del texto del Proyecto.

En el numeral 5) del Artículo ... 7 se considera innecesaria su incorporación como un deber y atribución de la Comisión Metropolitana de Lucha Contra la Corrupción, puesto que el Art. 92 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, ya determina: *"Recomendaciones de auditoría.- Las recomendaciones de auditoría, una vez comunicadas a las instituciones del Estado y a sus servidores, deben ser aplicadas de manera inmediata y con el carácter de obligatorio; serán objeto de seguimiento y su inobservancia será sancionada por la Contraloría General del Estado."*

Sobre el numeral 7) ibídem, es necesario señalar que esta disposición es facultad exclusiva del Alcalde, por lo que el Presidente de la Comisión desde su creación ha sido designado por el Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito. El incluir este tipo de disposición en Ordenanza va en contra de lo que manda el Art. 90 literal b) del COOTAD en toro a las facultades del Ejecutivo, por lo que se recomienda que este numeral sea modificado tomando en cuenta lo señalado en el COOTAD. El Alcalde tiene la facultad legal de nombrar y remover a todos los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Artículo... (8), sobre la integración de la Comisión Metropolitana de Lucha Contra la Corrupción, este artículo se contrapone con el ordenamiento jurídico nacional en 

particular con el COOTAD en su artículo 90 literal b); ya que el Concejo Metropolitano de Quito no tiene la facultad (competencia) asignada por Ley para el efecto; como se mencionó en líneas anteriores, la facultad ejecutiva recae sobre el Alcalde del Distrito Metropolitano de Quito, mas no en el Concejo Metropolitano, facultad que le viene otorgada desde la Ley Orgánica del Distrito Metropolitano y del mismo COOTAD.

El Concejo Metropolitano nombra sus funcionarios únicamente cuando así lo determina la Ley en este caso, nombra al Secretario del Concejo porque así lo señala el artículo 87 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), que manda: "**Atribuciones del Concejo Metropolitano.- Al concejo metropolitano le corresponde: (...) o) Designar, de fuera de su seno, al secretario del concejo, de la terna presentada por el Alcalde o Alcaldesa metropolitana; (...)**" (Lo subrayado y resaltado me pertenece.).

Lo dicho guarda concordancia con los Arts. 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador, los cuales tienen relación con los principios de Seguridad Jurídica reserva de ley en materia de competencias de los organismos y servidores se mantenga como se encuentra desarrollado en la actual Ordenanza Metropolitana No. 116.

En relación con los requisitos para ser miembro de la comisión determinados en el Artículo... (9) del Proyecto, se recomienda que sean los mismos requisitos señalados en el Art. 5 de la Ley Orgánica del Servicio Público..

En cuanto al Artículo... (10) del Proyecto de Ordenanza respecto a las **prohibiciones**, las mismas deben guardar relación con el Art. 10 de la Ley Orgánica del Servicio Público en concordancia con lo dispuesto en el Art. 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público.

En relación con el Artículo... (12) de la designación de los miembros de la Comisión Metropolitana de Lucha Contra la Corrupción, encontramos que se está excediendo las facultades del Concejo Metropolitano, claramente detalladas a lo largo del Artículo 87 del COOTAD, **no existe en el ordenamiento jurídico nacional norma alguna que le otorgue al Concejo Metropolitano facultad alguna para designar miembros que no pertenezcan al órgano legislativo;** es necesario recordar el Art. 226 de la Constitución que manda a que los servidores públicos en virtud de una potestad estatal, **solo podrán ejercer las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.**

Por otra parte, en el Artículo... (13) de la cesación de funciones es necesario que el Proyecto de Ordenanza considere lo que determina el Art. 47 de la Ley Orgánica del Servicio Público.

En el Artículo... (14) que se refiere a causales de destitución; consideramos necesario que las causales de destitución sean las mismas que determina el Art.48

de la Ley Orgánica del Servicio Público; señalamos esto con el afán de que el Proyecto de Ordenanza guarde concordancia con la normativa jerárquica superior. En el Artículo... (15), respecto de las causales de suspensión se debe tomar en cuenta lo dispuesto en los Arts. 85, 86, 87 y 88 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público.

En relación con los Artículos... (16), (17) y (18), que regulan los procesos de sesiones, quórum y adopción de resoluciones; en virtud de la actual composición de la Comisión, la cual hemos recomendado mantener, se considera que también se mantenga lo establecido en la Ordenanza Metropolitana 0116.

En torno a la designación del Presidente de la comisión a través del mecanismo propuesto en el Artículo... (19) del Proyecto, en concordancia con observaciones previas de este informe, que especifican la atribución exclusiva del Alcalde Metropolitano para efectuar esta designación, se sugiere su eliminación.

El numeral 3 del Artículo ... (19) del Proyecto, debería reformularse bajo los mismos principios de competencia desarrollados a lo largo del presente informe, de tal manera que el informe anual de evaluación del plan de lucha con la corrupción así como de las resoluciones adoptadas por la Comisión, sean presentados al Alcalde Metropolitano, para que posteriormente como se ha venido haciendo, sean puestos a consideración de la ciudadanía en la rendición de cuentas del señor Alcalde.

El numeral 5 del Artículo *ibidem* ya fue expuesto en lo que se refiere al numeral 3

En el numeral 6 del Art. ...(19) sugerimos incluir las palabras "y recomendaciones" a continuación de la palabra "conclusiones"

En el numeral 11 del mismo artículo, en caso del establecimiento de estímulos para servidores municipales, se debe considerar lo previsto en la LOSEP particularmente en los artículos 120 y 121 en lo que se refiere a la creación de un sistema de estímulos.

En el numeral 13 del mismo artículo, coincidiendo con el informe remitido por quito Honesto, es preciso indicar, que se estaría se le está dando a la Comisión la atribución de determinar responsabilidades y se debe considerar que la Comisión no tiene facultades que son propias de un juzgador, la comisión puede establecer indicios pero no responsabilidades; responsabilidades las determina Contraloría General del Estado.

En el numeral 19 del artículo en mención, se reproduce la observación efectuada para el numeral 3.

En el Artículo... (20), se considera necesario que se mantenga lo establecido en la Ordenanza 0116

El Artículo... (26) en el primer párrafo ha recogido la observación realizada por la Directora de Asesoría Jurídica de la Comisión Metropolitana de Lucha Contra la Corrupción (CMLCC), que puso en conocimiento de la Presidenta de la Comisión de Participación Ciudadana y Gobierno Abierto del Concejo Metropolitano, mediante oficio No. 001564 CMLCC-2016 de 26 de octubre de 2016; sin embargo, respecto al segundo inciso, consideramos se debe aumentar quién emite los informes previos de indicios de responsabilidad, si lo hace el Pleno de la Comisión o el Presidente de la Comisión.

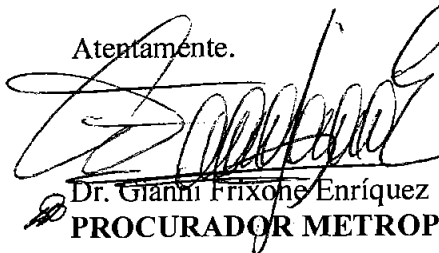
En la Disposición Transitoria Segunda, se recomienda tomar en cuenta que en nuestro concepto, el Concejo Metropolitano no tiene la facultad para nombrar a los miembros de la Comisión, como ya se ha señalado reiteradamente en el presente criterio.

V.- PRONUNCIAMIENTO:

Las observaciones planteadas por Procuraduría Metropolitana al Proyecto de Ordenanza Sustitutiva a la Ordenanza Metropolitana No. 0116, mediante el cual se reemplaza el Capítulo XII en el Título II, del Libro Primero del Código Municipal que trata de la "Comisión Metropolitana de Lucha Contra la Corrupción", evidencian incompatibilidades legales y constitucionales que deberían ser sustentadas previo al paso del mismo para conocimiento del Concejo Metropolitano en primer debate.

Hago válida la ocasión para expresarle mis sentimientos de consideración y estima.

Atentamente.


Dr. Gianni Frixone Enríquez
PROCURADOR METROPOLITANO (E)

