

Oficio Nro. GADDMQ-PM-2020-1648-O

Quito, D.M., 21 de julio de 2020

Asunto: Informe en relación con el oficio Nro. GADDMQ-SGCM-2020-2336-O y la resolución Nro. 003-CCL-2020

Señora Abogada
Damaris Priscila Ortiz Pasuy
Secretaria General del Concejo (E)
GAD DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO
En su Despacho

De mi consideración:

En relación con el oficio Nro. GADDMQ-SGCM-2020-2336-O, de 14 de julio de 2020, y la resolución Nro. 003-CCL-2020, a requerimiento de la Comisión de Codificación Legislativa (la «Comisión»), presento el siguiente Informe Jurídico (el «Informe»):

1. Competencia

1. Emito el Informe fundamentado en el art. 11 de la Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito; art. 13, letra c) de la resolución Nro. C-074, de 8 de marzo de 2016; y, el oficio Nro. 0000095, de 27 de mayo de 2019, del Procurador Metropolitano.

2. Ámbito y objeto

2. El objeto de este Informe es expresar a la Comisión, el criterio de la Procuraduría Metropolitana respecto a lo siguiente (el «Requerimiento»): «[s]olicito emita [...] su informe jurídico sobre el “Proyecto de Ordenanza reformativa al Libro 1.2, Título II, que contiene las normas sobre la pensión mensual de Jubilación Patronal del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, de la Ordenanza Metropolitana No. 001 del Código Municipal” [...]».

3. En atención al Requerimiento, este Informe se refiere a los siguientes asuntos: competencia, procedimiento y régimen jurídico aplicable al proyecto de «Ordenanza reformativa al Libro 1.2, Título II, que contiene las normas sobre la pensión mensual de Jubilación Patronal del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, de la Ordenanza Metropolitana No. 001 del Código Municipal» (el «Proyecto»).

4. Este Informe tiene una naturaleza informativa, de conformidad con el art. 123 del Código Orgánico Administrativo y el ámbito de aplicación y requisitos previstos en el art. 1 letra c) de la resolución A-005, del Alcalde Metropolitano.

3. Marco para el análisis jurídico

Oficio Nro. GADDMQ-PM-2020-1648-O

Quito, D.M., 21 de julio de 2020

5. El art. 240 de la Constitución de la República (la «Constitución») establece que los gobiernos autónomos descentralizados («GADs») de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones tienen facultades legislativas (limitadas) en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales.

6. La Ordenanza Metropolitana Nro. 0211, de 5 de junio de 2020 (la «Ordenanza 211»), en el art. 1, estableció en el 45 % del salario básico unificado del trabajador privado, la pensión jubilar patronal a favor de los trabajadores que prestan o prestaron sus servicios lícitos y personales en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito por más de 25 años amparados por el Código del Trabajo.

7. El Código Municipal para el Distrito Metropolitano de Quito (el «Código Municipal»), sancionado el 29 de marzo de 2019 y, publicado en el Registro Oficial [Edición Especial] Nro. 902, de 7 de mayo de 2019, derogó expresamente la Ordenanza 211 y, en lo relevante para el Informe, recogió en su art. I.2.6, la norma del art.1 de la Ordenanza 211, que señala: «Art. I.2.6.- Establecer en el 45% del salario básico unificado del trabajador privado, la pensión jubilar patronal a favor de los trabajadores que prestan o prestaron sus servicios lícitos y personales en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, por más de 25 años amparados por el Código del Trabajo, que se contabilizará desde la sanción de la Ordenanza Metropolitana No. 211, de 5 de junio de 2018».

8. Por medio de oficio Nro. GADDMQ-DC-HMA-2019-0190-O, de 12 de noviembre de 2019, la señora concejala Andrea Hidalgo, asumió la iniciativa legislativa del Proyecto.

9. Mediante oficio Nro. GADDMQ-SGCM-2019-2144-O, de 20 de noviembre de 2019, la Secretaria General del Concejo efectuó la revisión de requisitos formales del Proyecto, y lo remitió a conocimiento de la Comisión.

4. Análisis y criterio jurídico

10. Como ha quedado anotado, este Informe se acota en función del Requerimiento, y, por tanto, se refiere a la competencia, procedimiento y régimen jurídico aplicable al Proyecto.

11. En ese sentido, conviene indicar que, el art. 226 de la Constitución, reconoce el principio de legalidad para las actuaciones de la administración pública, indicando lo siguiente: «Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución».

12. De acuerdo con la norma transcrita, las instituciones del Estado y toda persona que actúe

Oficio Nro. GADDMQ-PM-2020-1648-O

Quito, D.M., 21 de julio de 2020

en virtud de una potestad estatal ejercerán las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Esta disposición, consagra el principio de legalidad que, con rango constitucional, constituye una garantía para los individuos y la fuente y medida de las potestades públicas. El principio de legalidad es una garantía del goce y ejercicio de los derechos constitucionales, pues toda intervención que no se encuentre autorizada en la ley constituye, en sí mismo, una vulneración ilegítima del espacio reservado a la comunidad y a los individuos.

13. El principio de legalidad, asimismo, es fuente y medida para el ejercicio del poder público, en el sentido de que ninguna persona está habilitada a ejercer autoridad sobre los demás miembros de una comunidad o los individuos si es que no existe una norma que le otorgue esa capacidad y, en cualquier caso, siempre dentro del límite de la competencia asignada.

14. Con este contexto, respecto al contenido normativo del Proyecto, *grosso modo*, ha de considerarse:

- El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización («COOTAD»), en la letra a) del art. 87, establece la facultad normativa del gobierno autónomo descentralizado metropolitano en materias de su competencia mediante la expedición de: ordenanzas metropolitanas, acuerdos y resoluciones;
- De conformidad con los arts. 322 y 323 del COOTAD, las propuestas de ordenanzas deberán referirse a asuntos de interés general para al DMQ; y,
- La aprobación de un proyecto de ordenanza seguirá el procedimiento establecido en el art. 322 del COOTAD y, adicionalmente, en lo que corresponda, el establecido en la Resolución Nro. C-074, de 8 de marzo de 2016.

4.1. En relación con la competencia del Concejo Metropolitano

15. El art. 240 de la Constitución de la República (la «Constitución») establece que los gobiernos autónomos descentralizados de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones, tienen facultades legislativas (limitadas) en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales.

16. En general, la Constitución y el COOTAD, en el marco de las competencias atribuidas a cada nivel de GAD, regulan, en lo relevante, la facultad normativa, que se ejercita, en general, en la expedición de ordenanzas, resoluciones y acuerdos, en los asuntos y temas que son de su competencia.

17. La aproximación general al régimen de competencias atribuidas al Gobierno Autónomo Descentralizado del Distrito Metropolitano de Quito GAD DMQ (el «GAD DMQ») se efectúa a través de varias fuentes. En específico, la Constitución, en los art. 264 y 266, establece las competencias exclusivas que tienen los gobiernos autónomos distritales.

Oficio Nro. GADDMQ-PM-2020-1648-O

Quito, D.M., 21 de julio de 2020

18. El COOTAD regula, entre otras materias, la organización políticoadministrativa del Estado ecuatoriano en su territorio (art. 1) y, en tal contexto, establece competencias para los gobiernos autónomos distritales (arts. 55 y 85) e introduce definiciones que permiten diferenciar entre los diversos tipos de competencias que regula, a saber: (i) exclusivas; (ii) concurrentes; (iii) adicionales; y, (iv) residuales.

19. Las siguientes disposiciones complementan el régimen de competencias establecido en el COOTAD, en lo que es relevante para este Informe:

- El art. 114 indica (énfasis añadido): «Art. 114.- Competencias exclusivas.- Son aquellas cuya titularidad corresponde a un solo nivel de gobierno de acuerdo con la Constitución y la ley, y cuya gestión puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno»;
- El art. 115 señala (énfasis añadido): «Art. 155.- Competencias concurrentes.- Son aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia, por lo tanto deben gestionarse obligatoriamente de manera concurrente. Su ejercicio se regulará en el modelo de gestión de cada sector, sin perjuicio de las resoluciones obligatorias que pueda emitir el Consejo Nacional de Competencias para evitar o eliminar la superposición de funciones entre los niveles de gobierno. Para el efecto se observará el interés y-naturaleza de la competencia y el principio de subsidiariedad»;
- El art. 149 establece (énfasis añadido): «Art. 149.- Competencias adicionales.- Son competencias adicionales aquellas que son parte de los sectores o materias comunes y que al no estar asignadas expresamente por la Constitución o este Código a los gobiernos autónomos descentralizados, serán transferidas en forma progresiva y bajo el principio de subsidiariedad, por el Consejo Nacional de Competencias, conforme el procedimiento y plazo señalado en este Código»; y,
- El art. 150 indica (énfasis añadido): «Art. 150.- Competencias residuales.- Son competencias residuales aquellas que no están asignadas en la Constitución o en la ley a favor de los gobiernos autónomos descentralizados, y que no forman parte de los sectores estratégicos, competencias privativas o exclusivas del gobierno central. Estas competencias serán asignadas por el Consejo Nacional de Competencias a los gobiernos autónomos descentralizados, excepto aquellas que por su naturaleza no sean susceptibles de transferencia, siguiendo el mismo procedimiento previsto en este Código».

20. El GAD DMQ en ejercicio de las competencias asignadas, ha expedido las normas del Código Municipal, que en forma general, se refieren a asuntos como los siguientes: (i) organización administrativa; (ii) participación ciudadana; (iii) gobierno abiertos; (iv) infraestructura de salud y educación; (v) cultura; (vi) igualdad, género e inclusión social; (vii) desarrollo económico; (viii) comercialización; (ix) turismo y fiestas; (x) finanzas y tributación; (xi) licencias metropolitanas; (xii) ambiente; (xiii) áreas históricas y culturales; (xiv) convivencia ciudadana; y, (xv) uso y gestión del suelo.

Oficio Nro. GADDMQ-PM-2020-1648-O

Quito, D.M., 21 de julio de 2020

4.2. Consideraciones generales sobre el talento humano del GAD DMQ

21. La aproximación al régimen jurídico aplicable al talento humano de los gobiernos autónomos descentralizados se efectúa a través de varias fuentes. En específico, los arts. 229 de la Constitución y 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público («LOSEP») diferencian a los colaboradores del sector público en: (a) servidores y servidoras públicas; y, (b) trabajadores y trabajadoras del sector público.

22. En concordancia, el art. 33 de la Constitución, establece que el trabajo es un derecho y un deber social, fuente de realización personal y base de la economía. En ese sentido, indica que el Estado que garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un lugar de trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

23. Por su parte, la LOSEP determina:

- En el art. 3, que sus normas son de aplicación obligatoria en materia de recursos humanos y remuneraciones en toda la administración pública, comprendiendo a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales. Adicionalmente, que las empresas públicas, sus filiales y subsidiarias o unidades de negocio, aplicarán lo dispuesto en el título IV de la LOEP sobre el manejo del talento humano; y,
- En el art. 4, que los servidores o servidoras públicos son todas las personas que en cualquier forma o cualquier título trabajen, presente sus servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. En concordancia, el art. 16 *ibídem*, señala que para desempeñar un puesto público se requiere un nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora.

24. Por otro lado, el Código de Trabajo («CT»), en el art. 1, señala que las relaciones entre empleadores y trabajadores de diversas modalidades y condiciones de trabajo se regulen por sus normas. Una de esas relaciones es la que se genera entre los trabajadores y las trabajadoras del sector público con entes públicos.

25. En concordancia con ello, el art. 10 del CT, indica que los consejos provinciales, municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de empleadores respecto de los trabajadores de obras públicas nacionales o locales.

26. En adición, el CT, en específico sobre la jubilación de los trabajadores, en el art. 216 señala lo siguiente:

- «Art. 216.- Jubilación a cargo de empleadores.- Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas: 1. La pensión se

Oficio Nro. GADDMQ-PM-2020-1648-O

Quito, D.M., 21 de julio de 2020

determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938. Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas: a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador; y, b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio. 2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica unificada media del último año ni inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación. Exceptuase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable. Las actuales pensiones jubilares a cargo de los empleadores en sus valores mínimos se sujetarán a lo dispuesto en esta regla. 3. El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la pensión o, en su defecto, deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al empleador, o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el jubilado no podrá percibir por concepto de jubilación patronal una cantidad inferior al cincuenta por ciento del sueldo, salario básico o remuneración básica mínima unificada sectorial que correspondiere al puesto que ocupaba el jubilado al momento de acogerse al beneficio, multiplicado por los años de servicio. El acuerdo de las partes deberá constar en acta suscrita ante notario o autoridad competente judicial o administrativa, con lo cual se extinguirá definitivamente la obligación del empleador; y, 4. En caso de liquidación o prelación de créditos, quienes estuvieren en goce de jubilación, tendrán derecho preferente sobre los bienes liquidados o concursados y sus créditos figurarán entre los privilegiados de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios. Las reglas 1, 2 y 3, se refieren a los trabajadores que no llegaren a ser afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hasta el momento de obtener su jubilación. A los trabajadores que se hallaren afiliados cuando soliciten la jubilación, se aplicarán las mismas reglas, pero el empleador tendrá derecho a que del fondo de jubilación formado de acuerdo con la regla 1, se le rebaje la suma total que hubiere depositado en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en concepto de aporte del empleador o por fondo de reserva del mismo. En todo caso se tomarán en cuenta para la rebaja del haber individual de jubilación, los valores que por fondos de reserva hubiese legalmente depositado el empleador o entregado al trabajador».

27. En ese orden de ideas, el GAD DMQ, en ejercicio de su facultad normativa y su calidad de empleador de sus trabajadores emitió una disposición en relación a su pensión jubilar

4.3. Consideraciones generales sobre la autonomía de las empresas públicas

Oficio Nro. GADDMQ-PM-2020-1648-O

Quito, D.M., 21 de julio de 2020

metropolitanas y su talento humano

28. De acuerdo con el art. 315 de la Constitución, el Estado puede constituir empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

29. En relación a los recursos humanos y remuneraciones, el inc. final del art. 3 de la LOSEP (ámbito), establece que las empresas públicas, sus filiales y subsidiarias o unidades de negocio, aplicarán lo dispuesto en el título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas («LOEP»).

30. Por su parte, la LOEP en su título IV, en relación al talento humano de las empresas públicas, en general, establece:

- En el art. 16, que su administración corresponde al gerente general o su delegado;
- En el art. 17, que el Directorio expedirá las normas internas de su administración, en la que se regularán los mecanismos de ingreso, ascenso, promoción, régimen disciplinario, vacaciones y remuneraciones;
- En el art. 18, que su prestación se somete en forma exclusiva a la LOEP, leyes que regulan la administración pública y el Código de Trabajo, en la clasificación de servidores públicos de libre designación y remoción, servidores públicos de carrera y, obreros;
- En el art. 20, los principios que orientan su administración;
- En el art. 30, las normas generales para la regulación de condiciones de trabajo son servidores de carrera y obreros; y,
- En el art. 33, que todo lo no previsto se estará al Código de Trabajo en lo relativo a la contratación individual.

31. En concordancia, el art. 4 de la LOEP, determina que las empresas públicas son personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, por lo que, las empresas públicas metropolitanas son personas jurídicas distintas del GAD DMQ, que tienen su normativa especial en relación al talento humano.

32. Con ese contexto, las normas internas de administración del talento humano de cada empresa pública metropolitana corresponden a su Directorio (art. 17 LOEP). En ese sentido, el Concejo Metropolitano de Quito no estaría habilitado para establecer normativa relacionada en específico con la administración del talento humano de las empresas públicas metropolitanas.

33. Por otro lado, el Código Municipal, en el art. I.2.5, enlista en el nivel operativo del GAD DMQ, entre otras, a las empresas públicas metropolitanas y unidades y dependencias creadas por el Alcalde Metropolitano mediante resolución.

Oficio Nro. GADDMQ-PM-2020-1648-O

Quito, D.M., 21 de julio de 2020

34. El art. 28 del COA establece, en concordancia con el art. 226 de la Constitución, el principio de colaboración que exhorta a las entidades a trabajar de manera coordinada y complementaria y a prestarse auxilio mutuo. Para encaminar este objetivo, el régimen jurídico aplicable permite acordar mecanismos de coordinación para la gestión de sus competencias y el uso eficiente de los recursos, mediante el otorgamiento de convenios interinstitucionales.

35. Sobre esta base, los diferentes niveles de la estructura del GAD DMQ, deben efectuar las coordinaciones necesarias para el cumplimiento de los fines institucionales y para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. En efecto, las actuaciones administrativas que se efectúen en coordinación entre los diferentes niveles del GAD DMQ, observarán, en especial, los principios generales de eficacia, eficiencia y calidad, reconocidos en los arts. 3, 4, y 5 del COA, y en el art. 227 de la Constitución.

36. Además de ello, sin perjuicio de la autonomía de las empresas públicas metropolitanas, observarán y cumplirán, en lo que corresponda, las disposiciones normativas e instrucciones que se expidan por los órganos competentes del GAD DMQ sobre los asuntos en los que son competentes de acuerdo con el régimen jurídico aplicable, i.e. modificaciones de objeto de las empresas públicas metropolitanas, delegaciones para la realización de actividades concretas, observancia de lineamientos generales, etc.

5. Conclusiones

37. Con base en los fundamentos expuestos, la Procuraduría Metropolitana, respecto al Requerimiento, concluye lo siguiente:

(a) La Constitución y el COOTAD, en el marco de las competencias atribuidas a cada nivel de GAD, regulan, en lo relevante, su facultad normativa, ejercitada, en general, a través de la expedición de ordenanzas, resoluciones y acuerdos;

(b) El GAD DMQ, en ejercicio de las competencias asignadas, emitió una disposición de carácter normativo en relación con la pensión jubilar únicamente de sus trabajadores;

(c) Las normas internas de administración del talento humano de cada empresa pública metropolitana, corresponden a su Directorio (art. 17 LOEP);

(d) De conformidad con el régimen jurídico indicado en el apartado 4.3. de este Informe, el Concejo Metropolitano de Quito no estaría habilitado para establecer normativa relacionada con la administración del talento humano de las empresas públicas metropolitanas;

(e) Los diferentes niveles de la estructura del GAD DMQ, están obligados a efectuar las coordinaciones necesarias para el cumplimiento de los fines institucionales y para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución; y,

Oficio Nro. GADDMQ-PM-2020-1648-O

Quito, D.M., 21 de julio de 2020

(f) Las empresas públicas metropolitanas, observarán y cumplirán, en lo que corresponda, las disposiciones normativas e instrucciones que se expidan por los órganos competentes del GAD DMQ, que recaigan sobre los asuntos de su competencia, de conformidad con el régimen jurídico aplicable. En particular para asegurar la coordinación con el GAD DMQ y el cumplimiento de los instrumentos de planificación.

38. Suscribo en la calidad invocada.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Abg. Fernando Andre Rojas Yerovi
SUBPROCURADOR METROPOLITANO

Referencias:

- GADDMQ-SGCM-2020-2336-O

Anexos:

- resolucion_003-ccl-2020.pdf
- 003-GADDMQ-SGCM-2020-0377-O.pdf
- R003-EMASEO-GG-2020-0099-OF.pdf
- R003-EMGIRS-EP-GGE-GAF-2020-0103-M.pdf
- R003-EMGIRS-EP-GGE-GAF-2020-0106-M.pdf
- R003-EMS-GG-2020-0100-0.PDF
- R003-EPMAPS-0043-2020.pdf
- R003-EPMGDT-GFA-2020-0072.pdf
- R003-EPMHV-DAF-2020-0309.pdf
- R003-EPMMOP-GG-0996-2020-OF.pdf
- R003-EPMMQ-GG-2020-0062.pdf
- R003-EPMSA-GG-2020-0145-OF.pdf
- R003-EPMTPQ-GG-2020-0145-O.pdf
- R003-MMQEP-GG-2020-0078.pdf
- R003-RASTRO-GADDMQ-SGCM-2020-0292-E.pdf
- GADDMQ-SGCM-2019-2144-O.pdf
- Proyecto.pdf
- epmsa-dth-2020-0140-me.pdf
- informe_jubilaciones_2020.pdf
- resolucion-directorio-23dic2019.pdf

Copia:

Señora Abogada
Monica Sandoval Campoverde
Concejala Metropolitana

Oficio Nro. GADDMQ-PM-2020-1648-O

Quito, D.M., 21 de julio de 2020