

Fecha: 03 ABR 2018 Hora 15:50

Nº HOJAS: -UNA-

Recibido por: [Firma]



PROCURADURÍA METROPOLITANA

Expediente No. 2018-01296
Ticket GDOC No. 2018-034377

03 ABR 2018

D.M. de Quito,

Señora
Soledad Benítez Burgos
CONCEJALA METROPOLITANA DE QUITO
Presente.-

EDUARDO,
PEDI DOS DE
PROCURADURIA
03/04/2018

2018-050222

De mi consideración:

En atención a su Oficio No. 058-CSB-MDMQ, de fecha 01 de marzo de 2018, cúmpleme manifestar:

I. Competencia:

De conformidad a 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 el siguiente criterio.

II. Petición:

Mediante Oficio No. 058-CSB-MDMQ, de fecha 01 de marzo de 2018, recibido en esta Dependencia el 13 de marzo de 2018, a las 10H44, se expresa lo siguiente:

"(...) Con estos antecedentes, solicito su criterio juridico con respecto a la viabilidad de la declaratoria de emergencia para los fines mencionados en el párrafo anterior, que a simple análisis contradice lo dispuesto en el Art. 6, numeral 31 de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública".

III. Base legal:

- **Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP**

El numeral 31 del artículo 6, establece: *"Situaciones de Emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva."*

El artículo 57 respecto al procedimiento para las contrataciones de emergencia prescribe: *"Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad*



de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS. La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato. En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos."

- **Resolución INCOP No. 045-2010**

El artículo 1 de la Resolución No. 045 del Instituto Nacional de Contratación Pública, prevé: "La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, podrá declarar la emergencia únicamente, para atender las situaciones definidas en el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, observando el procedimiento que consta en el artículo 57 de la LOSNCP. Se consideran situaciones de emergencia, exclusivamente las señaladas en el numeral 31 del artículo 6 de la LOSNCP; cuando se refieran a situaciones que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, se detallará el motivo, que tendrá relación con la definición que consta en el artículo 30 de la Codificación del Código Civil. Se deberá considerar que los elementos que definen una situación como emergente, y que deben resaltarse en la motivación de la correspondiente resolución, son la inmediatez e imprevisibilidad, debiendo ser concreta, objetiva y probada. Cualquier declaratoria de emergencia, y sus consecuentes contrataciones, que no se ajusten a lo indicado, se considerarán elusión de procedimientos precontractuales."

- **Código Civil.**

El artículo 30 del Código Civil, indica que: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

- **Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización - COOTAD**

El literal p) del artículo 60 y 90 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización referente a las atribuciones del Alcalde señala: "Dictar, en caso de emergencia grave, bajo su responsabilidad, las medidas de carácter urgente y transitorio y dar cuenta de ellas al Concejo cuando se reúna, si a éste hubiere correspondido adoptarlas para su ratificación";



- **Ley Orgánica de Empresas Públicas.**

“Art. 4.- DEFINICIONES.- Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.”

“Art. 10.- Gerente General.- La o el Gerente General de la empresa pública será designado por el Directorio, de fuera de su seno. Ejercerá la representación legal, judicial y extrajudicial de la empresa y será en consecuencia el responsable de la gestión empresarial, administrativa, económica, financiera, comercial, técnica y operativa. Deberá dedicarse de forma exclusiva y a tiempo completo a las labores inherentes a su cargo, con la salvedad establecida en la Constitución de la República...”

“Art. 11.- DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL GERENTE GENERAL.- El Gerente General, como responsable de la administración y gestión de la empresa pública, tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

1. Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial de la empresa pública;
2. Cumplir y hacer cumplir la ley, reglamentos y demás normativa aplicable, incluidas las resoluciones emitidas por el Directorio;
3. Su 5.- Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado.- Las instituciones del Estado, sus dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores, actuarán dentro del Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, cuya aplicación propenderá a que:

- 1.- Los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos, sin excepción, se responsabilicen y rindan cuenta pública sobre el ejercicio de sus atribuciones, la utilización de los recursos públicos puestos a su disposición, así como de los resultados obtenidos de su empleo;
- 2.- Las atribuciones y objetivos de las instituciones del Estado y los respectivos deberes y obligaciones de sus servidores, sean cumplidos a cabalidad;
- 3.- Cada institución del Estado asuma la responsabilidad por la existencia y mantenimiento de su propio sistema de control interno; y, (...)”
4. Administrar la empresa pública, velar por su eficiencia empresarial e informar al Directorio trimestralmente o cuando sea solicitado por éste, sobre los resultados de la gestión de aplicación de las políticas y de los resultados de los planes, proyectos y presupuestos, en ejecución o ya ejecutados; (...)”

- **Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado**

“ Art. 5.- Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado.- Las instituciones del Estado, sus dignatarios, autoridades, funcionarios y demás servidores, actuarán dentro



PROCURADURÍA
METROPOLITANA

del Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, cuya aplicación propenderá a que:

- 1.- Los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos, sin excepción, se responsabilicen y rindan cuenta pública sobre el ejercicio de sus atribuciones, la utilización de los recursos públicos puestos a su disposición, así como de los resultados obtenidos de su empleo;*
- 2.- Las atribuciones y objetivos de las instituciones del Estado y los respectivos deberes y obligaciones de sus servidores, sean cumplidos a cabalidad;*
- 3.- Cada institución del Estado asuma la responsabilidad por la existencia y mantenimiento de su propio sistema de control interno; y,*
- 4.- Se coordine y complemente con la acción que otros órganos de control externo ejerzan sobre las operaciones y actividades del sector público y sus servidores."*

"Art. 21.- Auditoría de gestión.- La Auditoría de Gestión es la acción fiscalizadora dirigida a examinar y evaluar el control interno y la gestión, utilizando recursos humanos de carácter multidisciplinario, el desempeño de una institución, ente contable, o la ejecución de programas y proyectos, con el fin de determinar si dicho desempeño o ejecución, se está realizando, o se ha realizado, de acuerdo a principios y criterios de economía, efectividad y eficiencia. Este tipo de auditoría examinará y evaluará los resultados originalmente esperados y medidos de acuerdo con los indicadores institucionales y de desempeño pertinentes.

Constituirán objeto de la auditoría de gestión: el proceso administrativo, las actividades de apoyo, financieras y operativas; la eficiencia, efectividad y economía en el empleo de los recursos humanos, materiales, financieros, ambientales, tecnológicos y de tiempo; y, el cumplimiento de las atribuciones, objetivos y metas institucionales.

A diferencia de la auditoría financiera, el resultado de la fiscalización mediante la auditoría de Gestión no implica la emisión de una opinión profesional, sino la elaboración de un informe amplio con los comentarios, conclusiones y recomendaciones pertinentes."

"Art. 31.- Funciones y atribuciones.- La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes:

- 1. 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). (...)*

- 3. Examinar los gastos, inversiones, utilización, administración y custodia de recursos públicos;*



4. Examinar y evaluar en términos de costo y tiempo, la legalidad, economía, efectividad, eficacia y transparencia, de la gestión pública;
5. Examinar y evaluar el sistema de control interno de cada una de las instituciones sujetas a su control;
6. Ejercer la función fiscalizadora en las instituciones del Estado, mediante la predeterminación, o glosa y la determinación, para la oportuna protección y seguridad de los recursos públicos;
7. Identificar y evaluar los procedimientos internos de prevención contra actos de corrupción en las entidades sujetas a su control; (...)
10. Evaluar los costos de los estudios, prestación de servicios, adquisición de bienes y construcción de obras de las instituciones del Estado; (...)
30. Pronunciarse sobre los aspectos de legalidad, economía, eficiencia, efectividad y transparencia en el empleo de los recursos y bienes públicos, humanos, materiales, financieros, tecnológicos, ambientales, de tiempo y sobre los resultados de la gestión institucional; (...)
34. Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta 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; (...)"

IV. Criterio:

De la base legal que antecede, se desprende que una declaratoria de emergencia se debe efectuar de acuerdo a lo previsto en la LOSNCP, la Resolución INCOP No. 045-2010, y en concordancia con el artículo 30 del Código Civil, ya que se origina en sucesos como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y las que provengan de fuerza mayor o caso fortuito; además, estos hechos o circunstancias considerados de emergencia, deben cumplir con ser concretos, inmediatos, imprevistos, probados y objetivos.

Entre las atribuciones y responsabilidades que le han sido delegadas al Procurador Metropolitano por parte del señor Alcalde Metropolitano, constantes en la Resolución No. A 004 de 12 de febrero de 2015, se encuentran principalmente las de ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito en los procedimientos administrativos o procesos jurisdiccionales de cualquier naturaleza, así como para la comparecencia e intervención en todo tipo de proceso judicial, mediación o arbitral; y, la absolución de consultas sobre la inteligencia del régimen jurídico municipal o nacional vigente. Mientras que son los órganos de control, esto es el Sistema de Control y Auditoría del Estado, los llamados a realizar la estricta observancia de las atribuciones que les están consagrados en los artículos 5, 18, 21 y 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Los artículos 4, 10 y 11 de la LOEP y los artículos innumerados (18) al (21) de la Ordenanza Metropolitana No. 309 de Creación de Empresas Públicas Metropolitanas, sancionada el 16 de abril de 2010, describen la naturaleza de la empresa EMASEO como una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, atribuyéndole a su Gerente General, en su calidad de representante legal y responsable de la

administración y gestión de la empresa, además de máxima autoridad contratante, la responsabilidad de determinar la procedencia de las causales que sustentan la declaratoria de emergencia en referencia, así como la legalidad y cumplimiento de la normativa antes citada.

Razones todas éstas por las cuales, corresponderá en todo caso a los Organismos de Control y Auditoría del Estado la determinación del ajuste o no de la Declaratoria de Emergencia a las normas previamente indicadas.

La oportunidad, mérito y conveniencia de las decisiones sobre el presente tema son de competencia de las autoridades correspondientes del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

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

Atentamente,

Dr. Gianni Frixone
Procurador Metropolitano (E).

Elaborado por:	Samuel Valarezo L.	
Revisado por:	Juan Carlos Mancheno O	

✓ CC. Abg. Diego Cevallos Salgado
Secretario General del Concejo Metropolitano.