

Antecedentes
y Actualidad

Administración Pública ecuatoriana

Efraín Pérez



Efraín Pérez

ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Ecuatoriana

2014

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD

**ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
ECUATORIANA**

Efraín Pérez

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres de la CEP

Derecho de Autor No.: 043946 /26 junio 2014

ISBN No.: 978-9942-10-197-6/18 junio 2014

Depósito Legal No.: 005112/26 junio 2014

Edición: Primera

Tiraje: 1000 ejemplares

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación

ÍNDICE

ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA

I. FUNDAMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	1
Antecedentes del Estado	1
La Nación	2
El Estado como división de grupos humanos: Gobernantes y gobernados	9
Las características del Estado contemporáneo	11
La personalidad jurídica del Estado	11
Poder Político, Organización y Norma Jurídica	14
La división de funciones	15
Los derechos humanos y la descentralización	18
De la autonomía moral a la autonomía política en la Filosofía del Derecho actual: las “libertades de los antiguos” versus “las libertades de los modernos”	20
El Derecho Público	23
II. HISTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR	27
Introducción	27
La herencia administrativa española y la Administración Pública ecuatoriana en el siglo XIX	27
Las etapas de la Administración Pública ecuatoriana en el siglo XX	30
La Administración Pública ecuatoriana a inicios del siglo XX	32
La evolución de las competencias públicas a lo largo del siglo XX	34
Desarrollo Institucional de la Administración Pública Ecuatoriana en el Siglo XX	40
<i>El Consejo de Estado y la jurisdicción contencioso administrativa</i>	40
El procedimiento administrativo	42
La hacienda pública y lo contencioso tributario	43
La legislación hacendística y los antecedentes de normativa legal presupuestaria, de contratación y de función pública	44
La planificación en el Ecuador	45

Los presupuestos públicos	47
La contratación pública ecuatoriana	51
La evolución del concepto de entidad pública y de personalidad jurídica de derecho público ecuatoriano	53
Las empresas públicas	56
Los organismos de transparencia y control social	59
La función pública	61
Centralización y descentralización	64
Los estudios sobre la administración pública ecuatoriana	68

III. PRINCIPIOS NORMATIVOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO: ACTUALIDAD	73
1. Derecho Administrativo	73
2. Los recursos administrativos	77
3. Dependencia, Desconcentración, Descentralización y Autonomía	83
4. Actos y hechos administrativos	83
5. El Servicio Público (Función pública)	86
6. Contratación Pública. LOSNCP y otros contratos del Estado	88
7. Áreas estratégicas, servicios públicos y empresas públicas	90
1. Áreas estratégicas	90
2. Servicios públicos	92
3. Empresas públicas	92
4. Regulación y control	93
5. Modos de gestión: pública y privada	95
6. La responsabilidad objetiva del Estado	96
7. Conclusión	97

ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA

I. FUNDAMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Antecedentes del Estado

En su forma más simplificada –pero también más ambigua– se define al Estado, como un ente compuesto de territorio, población y gobierno. Entre las clásicas definiciones de Estado se encuentra: “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder mando originario y asentada en un determinado territorio”.¹ Lo que se puede decir de otra forma: que “el Estado se caracteriza por tres elementos: territorio, población y poder”, que presupone, además, “una cierta tendencia comunitaria y una voluntad de trabajar en común” y la coordinación de “sus actividades hacia metas comunes”.²

Se entiende por Estado el conjunto de los tres elementos citados, pero asimismo,

...se designan como “Estado” el poder específico que poseen determinadas colectividades; o se habla de Estado y se piensa en un pueblo; y aun se lo confunde con un determinado territorio.³

Históricamente, estos elementos han recibido desigual preponderancia. D’ORS distingue el énfasis del concepto de la “polis” griega en la dimensión “territorial”, en contraste con la connotación de “populus” (población) que tiene el concepto equivalente de “civitas” romana. Esta diferencia entre el territorialismo griego versus la preponderancia del elemento “población” del derecho público romano, se confirma con la categoría personalista que la noción romana de “imperium” concede a los magistrados que rigen las provincias: “(el imperium) significa propiamente una atribución de competencia personal de los magistrados prorrogados,

¹ JELLINEK, GEORG, *Teoría General del Estado* (1905), Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981, p. 135.

² STEIN, EKKEHART. *Derecho Político*, Aguilar, Madrid, 1973, pp. 5-8.

³ KELSEN, HANS, *Teoría General del Estado* (segunda edición), Ediciones Coyoacán, México, 2005, p. 5.

y sólo secundariamente la delimitación territorial para el gobierno fuera de Italia”.⁴

La Constitución ecuatoriana de 2008 trae la denominación de “Estado central”, que no se empleó anteriormente en el Derecho Público ecuatoriano y que ha sido criticada por algunos juristas.⁵

No es unánime en la actualidad la aceptación de la doctrina que distingue el “Estado global” (Gesamtstaat) del “Estado superior” (Oberstaat), aplicable principalmente en el Estado federal y, con ciertos reparos, en el Estado de las autonomías.⁶ El Estado global incluiría el Estado propiamente (Estado superior) y adicionalmente los estados federados o las Comunidades Autónomas. La Constitución ecuatoriana utiliza el término “Estado central”, tal vez para distinguirlo del gobierno central, por una parte, y de los “gobiernos autónomos descentralizados”, por otra.

La Nación

El enfoque que considera la unidad de una “Nación” como base material del Estado, carece de sustento en la realidad del Estado moderno, sea esto en la España, Francia, Bélgica, Alemania, de Europa, o en varios Estados africanos o asiáticos contemporáneos; realidad de la cual el mejor ejemplo es el Estado que todavía hoy ostenta la hegemonía mundial: los Estados Unidos.

La Constitución de la República del Ecuador define al Estado ecuatoriano como “plurinacional” y atribuye derechos a las “nacionalidades indígenas”, así como calidad de “ecuatorianos por nacimiento” y de ser titulares de los derechos constitucionales, garantizando su participación para determinar políticas y servicios públicos y para la presentación de acciones previstas en la Constitución, así como su participación para administrar y manejar las áreas protegidas donde habitan. En particular se atribuye a las nacionalidades” derechos específicos.⁷

⁴ D’ORS, ÁLVARO, *Ensayos de Teoría Política*, EUNSA, Pamplona, 1979, “III, Sobre el no-estatismo de Roma”, p. 63.

⁵ PARDUCCI, NICOLÁS, “¿Estado central?”, *Diario El Universo*, Página editorial, 21 de enero de 2009. Guayaquil.

⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, t. I, p. 289.

⁷ Arts, 1. 57. 6. 3. 10. 85. 86. 1., 405. 56-60. 6. 2º inc., 8. 2. 3 y 5. 152. 2º inc, Constitución de la República del Ecuador, RO 449. 20 de octubre de 2008.

Otros artículos de la Constitución se refieren, en cambio, a “la nacionalidad ecuatoriana”, como por ejemplo, para ser asambleísta o ministra de Estado. La relación entre la nacionalidad ecuatoriana y las otras nacionalidades reconocidas se expresa así: “La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional”.⁸

La “nacionalidad”, por otra parte, como lo señala CROSSMAN, es algo que depende de un gobierno central,⁹ es decir la única realidad unívoca de la nacionalidad en el siglo XXI es la definición que de ella hacen de las diferentes constituciones y leyes que la regulan.

La Constitución española vigente, al tiempo que afirma “la indisoluble unidad de la Nación española”, por otra parte “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones...” (Art. 2).

No obstante la realidad política que restringe la importancia del tema “Nación” en el concepto de “Estado”, todavía pudo CARRÉ DE MALBERG a comienzos del siglo XX, “siguiendo la definición adoptada por los autores franceses” afirmar que “El Estado es la personificación de la Nación”, o, citando a Bluntchli, decir que “[e]l Estado es la persona política organizada de la nación”.¹⁰ Esto se explica por la tremenda importancia que los filósofos y juristas alemanes impartieron al concepto de Nación durante el siglo XIX. Incluso en la segunda mitad del siglo XX, todavía el reputado constitucionalista francés DUVERGER se refiere en el sentido sociológico al Estado-nación.¹¹ Desde el punto de vista sociológico, en el siglo XIX, WEBER define la nación como “una comunidad de sentimiento que se podría manifestar adecuadamente en un Estado propio;

⁸ Arts, 6. 2º inc, 8. 2., 3. Y 5., 152. 2º inc, 119. 151.6. 2º inc, *Constitución*.

⁹ CROSSMAN, R, H, *Biografía del Estado Moderno* (Segunda reimpression), Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 20.

¹⁰ CARRÉ DE MALBERG, R, *Contribution a la Théorie Générale de l'État*. Recueil Sirey, París, 1920 (Reimpression del CNRS, París, 1962), t. I, p. 9.

¹¹ “El Estado-nación es una agrupación humana, una comunidad que se distingue de otras por muchos criterios: en ella son particularmente intensos los vínculos de solidaridad y la organización es especialmente fuerte, La diferencia entre el Estado y los otros grupos humanos es por lo tanto de grado mas que de naturaleza”, DUVERGER, MAURICE, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, PUF, París, 1966. p. 57.

por tanto, una nación es una comunidad que normalmente tiende a formar un Estado propio.¹²

A pesar de lo dicho, esta reminiscencia del concepto nación pesa todavía en la realidad política, y consecuentemente en la realidad doctrinal de los albores del siglo XXI. CROSSMAN, citado líneas arriba, expresa el estado actual de la cuestión de la siguiente manera:

*“Nación” y “Estado”, son dos aspectos del orden social moderno, y cada uno es ininteligible sin el otro. Un Estado debe poseer o crear una base de nacionalidad, y una nación debe someterse a cierta forma de control centralizado, si es que cualquiera de ambas organizaciones quiere perdurar.*¹³

Evolución histórica: de la unidad política-social a la concepción secularizada de Estado

Los términos de “pueblo”,¹⁴ “territorio” y “gobierno” como constitutivos del concepto de “Estado”, tal como se manejan en los países del sistema de derecho público, romano-napoleónico –lo que incluye los países latino-americanos– son indeterminados en extremo. Así, muchas veces el nombre de “Estado” ofrece la impresión errónea de tratarse de un concepto aplicable a todas las épocas históricas y en toda la extensión geográfica del planeta. Pero, en forma muy precisa, D’ORS ha subrayado, por ejemplo, “la inexistencia de una realidad política similar al ‘Estado’ en el mundo romano”. Así, afirma que:

... no toda forma de gobierno, es decir, no toda organización que rija a la sociedad civil y evite el caos puede ser considerada como un Estado. Realmente, yo no hago más que recoger una línea de pensamiento que viene de Max Scheler y especialmente de Carl Schmitt, según los cuales el Estado nace en el siglo XVI: ni los judíos, ni los faraones, ni Roma conocieron un verda-

¹² WEBER, MAX, “VI, Structures of Power”, En: *From Max Weber*, Traducido al inglés, editado y con una introducción de: H. H. GERTH y C. WRIGHT MILLS, Oxford University Press, Nueva Cork, 1958. Reimpresión de 1979, p. 176.

¹³ CROSSMAN, *Ob. cit.*, p.20.

¹⁴ La CRE se refiere a: “personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”, así como a “pueblos ancestrales” y “pueblos indígenas”.

*dero Estado... Me parece que el abuso del concepto de Estado se debe a que la historia ha sido escrita en la Edad Moderna.*¹⁵

Elemento indispensable del análisis del Estado es la caracterización del *poder* y de la correlativa potestad de mando. En la “polis” —denominada hoy *ciudad-Estado*— concebida por Aristóteles, “[l]a prudencia es la única virtud peculiar del que manda: las demás parece que son necesariamente comunes a gobernados y a gobernantes”. La ciudad se caracteriza por su gobierno, donde hay unos pocos que mandan y los demás que obedecen, en forma sucesiva. En consecuencia, el autor de “Politiká” inicia su obra con el estudio de la familia, citando, por ejemplo, a Homero: “Cada uno es legislador de sus hijos y esposas”, concluyendo: “La comunidad perfecta de varias aldeas es la ciudad, que tiene ya, por así decirlo, el nivel más alto de autosuficiencia”;¹⁶ y más adelante: “Por naturaleza, pues, la ciudad es anterior a la casa y a cada uno de nosotros, porque el todo es necesariamente *anterior* a la parte”;¹⁷ anticipando el esquema de Rousseau, denominado de “las libertades de los antiguos”, en contraposición con la concepción de los filósofos ingleses, de “las libertades de los modernos”, que se verá más adelante.

A inicios de la Edad Media, corresponde al Papa investir con el poder temporal al Emperador del Sacro Imperio Germánico-Romano: “...el Emperador, y asimismo los demás Gobernantes, derivan sus cargos de Dios solamente en forma mediata; pero inmediatamente de la cabeza de la Iglesia”.¹⁸ Una característica de la sociedad política así concebida es que abarca la totalidad de los aspectos de la vida de sus miembros.

La constatación del divorcio creciente entre el mundo político y las demás áreas de la vida de la persona (religiosa, social, económica, cultural) en el Estado contemporáneo, conduce a Hegel a definir a la “sociedad civil”, en la cual los individuos, afuera del Estado así restringido, legitiman su egoísmo y, en palabras de AVINERI, se emancipan “de las consideraciones religiosas y ético-

¹⁵ D’ORS, *Ob. cit.*, pp. 58 y 69.

¹⁶ ARISTÓTELES, *La Política*, Gredos, Madrid, 1998, Libro III y Libro I, pp. 164 y 49. Itálicas añadidas.

¹⁷ *Ibidem*, p. 51.

¹⁸ GIERKE, OTTO, *Political Theories of the Middle Age*, Beacon Press, Boston, 1958. p.13.

políticas que hasta entonces han frenado el libre juego de los intereses individuales en su máxima extensión”.¹⁹

En la historia del Derecho y del Estado, es notoria la cúspide a que llega la teorización del Estado con Hegel y la tesis contraria de Marx.²⁰ Hegel atribuye al Estado la característica de encarnar el movimiento del Espíritu, es decir la representación de la “racionalidad”. Al contrario, MARX afirma que “[e]l Estado es una abstracción; solamente el pueblo es lo concreto”.²¹

Según AVINERI, Marx usa el término “el Estado moderno” “tal como se desarrolla en la tradicional filosofía germánica, con sus connotaciones protestantes. Él (Marx) concibe el surgimiento del Estado moderno como un corolario de la secularización expresada en la ‘emancipación política’, esto es, la separación de las consideraciones religiosas y teológicas de la política y la relegación de la religión institucional a una esfera separada y limitada”. Enseguida, AVINERI cita a Marx cuando este enumera a “Maquiavelo y Campanella, y más tarde Hobbes, Spinoza, Hugo Grotius y finalmente Rousseau, Fichte y Hegel” como los primeros que percibieron el Estado a través de unos ojos humanos y que comenzaron a desarrollar sus leyes naturales desde la razón y la experiencia antes que de la teología, ...²² CASSIRER acoge este criterio cuando afirma que “[c]on Maquiavelo nos situamos en el umbral del mundo moderno. Se ha logrado el fin que se deseaba: el estado ha conquistado su plena autonomía”, pero anota que ha “perdido su conexión no solo con la religión o la metafísica, sino también con todas las demás formas de la vida ética y cultural del hombre. Se encuentra solo, en un espacio vacío”.²³

¹⁹ AVINERI, SHLOMO, *Hegel's Theory of the Modern State* (1972), Cambridge University Press, Cambridge, 1976, p. 142.

²⁰ Aunque Horkheimer y Adorno, de la influyente “Escuela de Frankfurt”, ellos mismos con fuerte influencia marxista, han considerado que “de hecho, el marxismo pretende realizar la identidad entre lo real y lo racional, de tal suerte que no se diferencia de una metafísica, con todas las consecuencias resultantes”, Comentario de CATHERINE ROUX-LANIER y OTROS, *Le Temps des Philosophes*, Hatier, París, 1995, p. 597.

²¹ MARX, KARL, *Critique of Hegel's Philosophy of Right*, Cambridge University Press, Londres, 1970, p. 28.

²² AVINERI, SCHLOMO, *The Social & Political Thought of Karl Marx*, Cambridge University Press, Londres, 1968, p. 43.

²³ CASSIRER, ERNST, *El Mito del Estado*, (Séptima reimpresión), Fondo de Cultura Económica, México, 1968, p. 166.

Ahora bien, cinco siglos transcurrieron entre el primero y el último de los filósofos citados por Marx (Maquiavelo y Hegel), pero Hegel, dice CASSIRER, “[e]ncontró que había un exacto paralelo entre la vida pública alemana en el siglo XIX y la vida nacional “italiana” en el período de Maquiavelo —se refiere a la fragmentación del poder político entre las diferentes regiones. Esto despertó en él (en Hegel) un nuevo interés y una nueva ambición. Soñó en convertirse en un segundo Maquiavelo, en el Maquiavelo de su propio tiempo”. Lo que Hegel vio en Maquiavelo fue el haber concebido “con fría circunspección la idea necesaria de la liberación de Italia por medio de su unión en un solo Estado”.²⁴

Por supuesto que el abismo entre los conceptos de Estado de Maquiavelo y de Hegel es mucho más extenso que los quinientos años que los separan. DE LA CUEVA anota que “nunca se le ocurrió al historiador de Florencia (Maquiavelo) decir que la república o el principado tuviera una existencia trascendente a los hombres o fuera un ente real o fingido o abstracto.”²⁵ Pero la verdad es que Hegel manifiesta una clarísima percepción del anhelo inextinguible de los pueblos por un Estado arquetípico, que abarque en su totalidad los variados aspectos de la vida social del hombre. HYPOLITE denomina esta aspiración de Hegel como “su ideal de la ciudad antigua”. En la obra del filósofo alemán “[l]a filosofía del derecho natural, es decir racional, será entonces el pensamiento del Estado, de la bella totalidad, al seno de la cual el individuo, superándose como parte, actualiza su destino”.²⁶

¿Cuál es la diferencia entre las antiguas unidades políticas y el Estado contemporáneo?

La moderna noción de “Estado” comprende la organización social, dotada de un poder de mando originario, que es soberano en sus actividades. En tal contexto, esta definición así como aquella citada al principio de esta introducción, según la cual el Estado está constituido por los tres elementos de territorio, población y Gobierno, son definiciones que podrían encajar también a las lla-

²⁴ *Ibidem*, p. 146.

²⁵ DE LA CUEVA, MARIO, *La Idea del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994. p. 49.

²⁶ HYPOLITE, JEAN, Nota introductoria en *Principes de la philosophie du droit de Hegel* (Reimpresión de la edición de 1940), Gallimard, París, 1995, p. 15.

madras ciudades-Estado —que no se llamaron así en la antigüedad, porque la palabra griega para su denominación era sencillamente la “polis” griega— o podría también aplicarse a la “civitas” y “res publica” romana.

Sin embargo, estas descripciones no concuerdan en el concepto contemporáneo de Estado. La doctrina del Estado actual se forma en los siglos XVII y XVIII y se perfecciona en el siglo XIX, encontrando su apogeo filosófico en el sistema de Hegel. Culmina su más acendrado desarrollo técnico en la “Teoría Pura del Derecho” de Kelsen, en la primera mitad del siglo XX. En efecto, el sistema kelseniano destaca insistentemente el necesario desglose entre el “Derecho” y el orden social y la moral. En este tema lo que hace Kelsen es reiterar el desglose que planteó Jellinek, para el estudio del Estado, distinguiendo el Estado sociológico del Estado jurídico. Criterio que fue recogido y desarrollado por Weber. La debilidad tremenda de una norma jurídica que se sustenta exclusivamente en el positivismo o la validez formal —en el cumplimiento de los trámites constitucionales para su expedición— es la paradoja de la existencia de leyes válidas por su forma, pero injustas en su contenido. HABERMAS intenta superar las opciones tradicionales derecho natural vs. derecho formal con la noción “procedimental” de la vía del consenso social, basado en la democracia, noción de ley que es “tan incompatible con la idea Platónica de que la norma positiva puede derivar su legitimidad de una ley superior abstracta; como es incompatible con la negativa empírica a reconocer cualquier legitimidad que no se derive exclusivamente de la contingencia de la decisión legislativa”.²⁷

Los lineamientos prevalecientes en la actualidad sobre los aspectos de la sociedad son los expresados por PARSON y acogidos por JAGUARIBE, en Sudamérica, quien considera el “sistema político” como uno de los cuatro grandes sub-sistemas del sistema social, al que define como “el sistema de interacción humana”;²⁸ sin que

²⁷ HABERMAS, JÜRGEN, *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (1992), The MIT press, Cambridge, 1998. p. 450.

²⁸ Mantiene que es característico del sistema social: “que, sean cuales fueren sus dimensiones, grado de complejidad y régimen interno, siempre consistirá en 1) una pluralidad de actores 2) que interactúan para lograr objetivos 3) por ciertos medios 4) en determinadas condiciones”, y sugiere que: “El proceso societal presenta cuatro grandes sistemas de funciones analíticamente distintos, que constituyen los planos estructurales de la sociedad: el cultural, el social estrictu sensu (o de participación), el político y el económico”, El “plano político” es: “El de producción y asignación de decisiones coercitivas,

se pueda identificar este “sistema político” propiamente con el Estado en ninguna de sus acepciones. Es el mismo esquema que se encuentra en “La crisis de legitimación del Capitalismo Tardío” de HABERMAS.²⁹

La actividad política es actividad de todos los seres humanos en la sociedad. Así, en el mismo sentido –sociológico–, dice BORJA y BORJA: “La misma sociedad en cuanto organizada para declarar y hacer efectivo el Derecho constituye el Estado”.³⁰

A este sentido sociológico se refirieron los tratadistas que abordaron este tema desde ARISTÓTELES, que define al Estado (ciudad) como “una cierta multitud de ciudadanos”,³¹ y ROUSSEAU lo concibe como “una persona moral cuya vida consiste en la unión de sus miembros”.³² Estos criterios destacan el aspecto global de la sociedad, a diferencia de Kelsen, que excluye todos los elementos que no sean “Derecho” en su puridad.

El Estado como división de grupos humanos: Gobernantes y gobernados

Contra los criterios citados anteriormente, ENGELS sostuvo que la aparición del Estado proviene de la necesidad de “una institución que no sólo perpetuase la naciente división de la sociedad en clases, sino también el derecho de la clase poseedora de explotar a la que no poseyese nada, y la preponderancia de la primera sobre la segunda”,³³ con lo que establece una neta división entre determinadas clases sociales y el Estado.

La función política, en esencia, consiste en la prescripción autoritaria de conductas para los fines de la defensa exterior y del ordenamiento de conductas para los fines de defensa exterior y del ordenamiento interno, esta última actividad se concentra, en esencia en los intentos de pugna 1) de mantener y 2) de cambiar los regímenes de poder y de participación, y el régimen correlativo de propiedad en un momento dado”, JAGUARIBE, HELIO, *Sociedad, Cambio y Sistema Político*, Buenos Aires, 1972. pp. 26-28.

²⁹ Cf. HABERMAS, *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, Amorrurtu, Buenos Aires, 1998. Ver, especialmente, el cuadro sobre los subsistemas: “socio-cultural”, “político” y “económico”, p. 22.

³⁰ BORJA y BORJA, *Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Quito, 1979, t. I, p. 49.

³¹ ARISTÓTELES, *Ob. cit.* p. 152.

³² ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Bibliothèque de Bordes, París, 1972. p. 96: “Si l’État ou la Cité n’est qu’une personne morale dont la vie consiste dans l’union de ses membres”.

³³ ENGELS, FRIEDRICH, *Historia de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*, Editorial Claridad, Buenos Aires, p. 101.

Contemporáneamente, además de Marx y sus discípulos —sin contar los importantes estudios teóricos de los anarquistas— desde otra corriente política y filosófica reputados publicistas han rechazado la noción clásica de la existencia del Estado: a principios del siglo XX, el cuestionamiento provino de Duguit. Más recientemente, en nuestros días, siguiendo la línea de Duguit, BURDEAU, niega también la existencia real del Estado e inicia retóricamente su obra sobre “L’État” con la frase: “Personne n’a jamais vu l’État” (Nadie jamás ha visto el Estado). Todos estos autores citados consideran el Estado una ficción que permite a un grupo político determinado tomar el control del poder estatal. Así, a pesar de su innegable realidad, BURDAEU define al Estado como “la forma por la cual el grupo se unifica y se somete al derecho (...) se asienta sobre el reconocimiento del hombre que lo concibe con el símbolo de un conjunto de valores”. Su criterio se resume en que:

*...los hombres han inventado el Estado para no obedecer a los hombres. Lo han hecho la sede y el apoyo del poder del cual ellos experimentan su necesidad y el peso todos los días, pero que, desde que se imputa al Estado, les permite someterse a una autoridad a la que saben ineluctable, sin estar sujetos, no obstante a voluntades humanas.*³⁴

En la práctica esto se refleja en la división de gobernantes y gobernados. En el mismo sentido, LASKY afirma: “El Estado moderno, desde el punto de vista práctico, está integrado por un número relativamente limitado de personas que dictan y ejecutan disposiciones que se refieren a un número mas amplio de individuos”.³⁵

Por otra parte, a pesar de las teorizaciones de Marx y de Lenin sobre la eventual desaparición del Estado, la extinguida Unión Soviética se consideró a sí misma —no tan provisionalmente como se afirmó en un principio— un Estado también. En la época de Stalin, por razones políticas fue modificada la original teoría de la extinción del Estado. Por mantener el credo de la extinción estatal, en 1937 fue ejecutado Pachukanis, el más destacado teórico marxista de la teoría del Estado y del Derecho, apenas un año después de su importante colaboración en la Carta Fundamental soviética de 1936.

³⁴ BURDEAU, GEORGES, *L’État*. Editions du Seuil, París, 1970, pp. 13. 15 y 56.

³⁵ LASKY, HAROLD J, *El Estado Moderno*, Librería Bosch, Barcelona, 1932. t. II, p. 3.

Las características del Estado contemporáneo

En conclusión, se puede afirmar que las características más notables del concepto de Estado en los inicios del siglo XXI y en general del Estado moderno son:

1. *La realidad de su drástica separación de la sociedad civil y del consecuente divorcio de la vida política del individuo con las demás esferas de su existencia, resaltada desde diferentes puntos de vista por Hegel, Marx, Duguit, Kelsen, Lasky y Burdeau, a lo largo de los últimos doscientos años.*
2. *La monopolización del Poder estatal sobre la expedición de las leyes y la administración de justicia. Este aspecto del Estado moderno no es tan antiguo como parece a primera vista. En la Edad Media, se considera a la ley “de igual rango que el Estado y su existencia no depende del Estado”³⁶.*

Posteriormente, el hecho fundamental del inicio del Estado moderno se define por GIERKE como:

...una derivación (drift) hacia la concentración teórica del derecho y del poder en los más alto y amplio grupo, por una parte, y en el hombre individual por la otra, en detrimento de los grupos intermedios. La Soberanía del Estado y la Soberanía del individuo se convirtieron consistentemente en los axiomas centrales de los cuales procederían todas las teorías de la estructura social.³⁷

Actualmente el Estado es la estructura de un poder originario, que ejerce sus órganos conforme al derecho, sobre los habitantes de un territorio determinado. Sus finalidades son, con variados énfasis en los diferentes países, el desarrollo humano sustentable, la viabilidad de los derechos humanos y la aplicación de la justicia económica y social, pero de hecho sus fuerzas se han visto copadas con el combate de las crisis.

La personalidad jurídica del Estado

En este apartado se esbozan los antecedentes políticos y filosóficos de la personalidad jurídica del Estado. Cabe establecer que

³⁶ GIERKE, *Ob. cit.* p. 74

³⁷ *Ibidem*, p. 87.

el concepto que se llama en este apartado “contemporáneo” del Estado, dista de ser de universal aceptación en los países de Derecho Público, romano-napoleónico; ni se puede aplicar indiscriminadamente a la antigüedad clásica. Por otra parte, en un país tan importante para el derecho constitucional y la teoría de las instituciones públicas, como es Inglaterra, la doctrina no contempla la figura del Estado como una personalidad jurídica, como se lo concibe en los países del derecho romano-napoleónico. En Inglaterra la realidad de los poderes del Rey y del Parlamento, se sustituyen a la noción abstracta continental. Las declaraciones de los derechos de la época de la independencia de los Estados Unidos tampoco se pronuncian sobre la existencia de un Estado en el sentido que se discute en este capítulo.

El clásico concepto de Estado, desarrollado a partir de la teorización de Hegel, se recoge en Francia por publicistas como Esmein y especialmente CARRÉ DE MALBERG. Su principal característica es la personalidad jurídica de derecho público. La citada teoría pura del derecho de Kelsen consagra la identificación absoluta del Estado con el Derecho.

Según CARRÉ DE MALBERG:

...el Estado no debe visualizarse como una persona real, sino solamente como una persona jurídica, o más bien el Estado no se manifiesta como una persona más que a partir del momento donde se lo contempla bajo su aspecto jurídico. En otros términos, la noción de personalidad estatal tiene un fundamento y un alcance puramente jurídico”.

Existe una aparente inconsistencia en las nociones de Estado, porque algunas veces se define al Estado como la conjunción de una población, territorio y gobierno; pero la mayor parte de las veces —en la vida diaria— se lo percibe como contrapuesto o al menos como diferente que los habitantes. En el caso de la personalidad jurídica global del Estado (personalidad no determinada en ninguna norma positiva), el concepto abarca la Administración Pública central, o el Gobierno central, y por otra parte las otras funciones o poderes, como el Legislativo y el Judicial —que teóricamente también forman parte del Estado. La Constitución de la República del Ecuador, de 2008, añade la “Función de

Transparencia y Control Social³⁸ y la Función Electoral.³⁹ Asimismo, al lado de la Administración central y el Gobierno central, se encuentran las otras personas jurídicas de derecho público, principalmente las municipalidades y por otra parte las personas jurídicas de Derecho Público creadas por el constituyente y por el legislador.

Quizá por esas imprecisiones es que la normativa jurídico-administrativa española, antes que referirse a la personalidad jurídica del Estado, por ley asigna personalidad jurídica a la Administración Pública, aunque autores sudamericanos, como CASSAGNE, no aceptan este concepto como aplicable, por lo menos entre nosotros. En Ecuador, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) asigna también personalidad jurídica a la Administración Pública, pero hay juristas que niegan que el Estatuto (ERJAFE) —a lo más un Reglamento delegado en la opinión de muchos— pueda asignar personalidad jurídica de Derecho Público.

El principio de la personalidad jurídica de derecho público del Estado es unánimemente reconocido en los países que aplican los sistemas romano-napoleónico y germánico, pero no existe en países como Inglaterra y Estados Unidos.

En este momento de la discusión, el punto no es de continuar en el debate superado sobre la realidad o la ficción de la personalidad jurídica, incluyendo la personalidad jurídica de derecho público sino que, acogiendo la definición de Waline, lo importante es que se puedan atribuir competencias, patrimonios, obligaciones y responsabilidades a un punto de convergencia, que en este caso se trata de la persona jurídica Estado. Así, por ejemplo, se pueden asignar a diferentes órganos públicos, la aplicación de justicia en nombre del Estado, la contratación a nombre del Estado o la suscripción y ratificación de convenios internacionales a nombre de ese mismo Estado, no obstante tratarse en todos los casos de diferentes órganos públicos o personas. No obstante, para los efectos de los actos imputables al Estado, la teoría del órgano refleja mejor tales actuaciones, en los casos en que la teoría de la representación resulta insuficiente.

³⁸ CRE. 2008. Título IV Participación y organización del poder, capítulo quinto, Función de Transparencia y Control Social, Arts, 204 – 216.

³⁹ CRE. 2008. Título IV Participación y organización del poder, capítulo sexto, Arts, 217-224.

La discusión sobre el concepto de Estado y su vínculo con el Derecho resulta hoy tan actual como nunca. Para analizar apropiadamente los interrogantes de si el Estado crea al Derecho, o viceversa, o —como lo postula Kelsen— Estado y derecho son esencialmente la misma cosa, cabe en primer lugar investigar los conceptos de poder político y norma jurídica.

Poder Político, Organización y Norma Jurídica

No procede en una obra de esta naturaleza entrar a la interesante discusión sobre el derecho natural y el derecho positivo y su relación con el Estado. Para los efectos de esta investigación basta tomar nota que no siempre ha existido en la comunidad humana un Estado en el sentido contemporáneo, como se señala líneas arriba. En cambio, no se concibe una organización social de individuos sin la existencia de un poder o potestad de mando o dominación, ni tampoco sin normas obligatorias de convivencia. Este poder y estas normas obligatorias de convivencia se manifiestan como necesidad imprescindible del mantenimiento de la sociedad, clave de la supervivencia de la especie, cuya vida se manifiesta inclusive entre los animales sociales, donde el ejercicio del mando o poder se desarrolla generalmente a partir de los individuos dotados de iniciativa y capaces de generar adecuadas estrategias para la supervivencia y de superar o contrarrestar las amenazas al grupo social. Un enfoque práctico, considera el poder de mando o dominación como un requisito indispensable para: a. La conservación de la independencia y autonomía estatal y b. La conservación del orden social.

La noción de “poder originario” supone que no existe ninguna potestad que lo limite. Por supuesto que tal criterio hay que matizarlo en: 1. El análisis del Estado federal; 2. En la organización, institucionalidad y aplicación del Derecho Público Internacional; y, finalmente, 3. El fenómeno de la unión de Estados —la Unión Europea, con una amplia legislación común y una moneda y política monetaria común. Estos amplios temas, solo pueden bosquejarse en esta introducción; mas ofrecen una idea de la complejidad de la materia.

El Poder de mando o dominación tiene diferentes manifestaciones que fueron adecuadamente diferenciadas por el Derecho Romano. Este poder estatal se manifiesta hacia el exterior del te-

rritorio como Soberanía, y hacia el interior como “Potestas” que era definido en el Digesto de Justiniano como “la facultad de expresar en cada momento la voluntad del Estado, creando para los súbditos derechos y obligaciones y correspondiendo por igual a todas las magistraturas, según su competencia”:⁴⁰ la potestad estatal.

La división de funciones

La doctrina del Derecho Público atribuye al Estado una potestad, es decir un poder de mando. El poder así concebido, tradicionalmente se lo divide en funciones: Legislativa, Ejecutiva y Judicial. La característica más importantes que los autores clásicos atribuyeron a la división de las funciones fue la de impedir el abuso del poder. Es decir, en palabras de MONTESQUIEU: “es necesario que por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”.⁴¹ En la frase citada —una de las más famosas de la ciencia política— está contenido el principio de la separación de los poderes, según lo entendió el citado filósofo francés y que consiste “en sostener que la mayor garantía de la libertad está dada en un Estado donde, en vez de existir un solo poder, existen varios que, oponiéndose entre sí, se moderan recíprocamente, lo cual impide el abuso de cualquiera de ellos”.⁴²

El esquema de una neta división del poder entre las tres “funciones” del poder, a la fecha se encuentra superado doctrinalmente. Sobre el particular, GIANNINI dice: “En la teoría formal sustancial la co-esencialidad entre poder y una función era un axioma. La dirección realista ha abandonado tal concepción, y hoy existe un convencimiento común que los poderes desarrollan cada uno diversas funciones”.⁴³ Así, según la doctrina contemporánea, lo

⁴⁰ GUTIÉRREZ A, FAUSTINO, *Diccionario del Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1948.

⁴¹ MONTESQUIEU, CHARLES LOUIS DE SECONDAT. BARON DE LA BRÈDE ET DE, *De l'Esprit des Lois* (1748), Gallimard, París, 1995, Libro XI, Cap. IV: “Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir” (Para que no se pueda abusar del poder, es necesario que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder), p. 326.

⁴² BULNES, CRISTIAN, *Relaciones y Conflictos entre los Órganos del Poder Estatal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967; citando a Jorge Tristán Bosch, p. 12.

⁴³ GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milán, 1993, v. I, p. 76.

que caracteriza a las relaciones entre los poderes es la independencia de cada uno de ellos, sin perjuicio de las actividades de control.

En efecto, la llamada Función Legislativa, aparte de legislar, desarrolla también actos administrativos y tiene potestades jurisdiccionales –los juicios políticos. La Función Ejecutiva también puede ejercer jurisdicción, además de legislar en ocasiones determinadas que considera la doctrina, a condición de que tales facultades se le atribuyan expresamente en las leyes. Tales son los casos de la “legislación delegada” o de la “legislación de emergencia”. Finalmente, la Función Judicial también ejerce funciones administrativas y por lo tanto expide “actos administrativos”, en sus relaciones con sus funcionarios, por ejemplo. Así mismo, ostenta poderes de legislar, vale decir, expedir normas de carácter generalmente obligatorio, como en el caso de las resoluciones interpretativas, de aplicación obligatoria.

En cuanto a la Administración Pública, según el citado GIANINI, “[l]a tradición, como se ha visto, encuadra la administración (aparato) en un ‘poder’ del Estado, que era indicado y ahora se indica por muchos, como el poder ejecutivo”.⁴⁴ Por su parte, SILVA BASCUÑÁN afirma sobre el Poder Ejecutivo “que hay dos maneras de concebirlo: en cuanto manda, se emplea precisamente la palabra gobierno, y, en cuanto sirve, se usa la de administración”.⁴⁵

En efecto, se ha notado que el Poder Ejecutivo, tiene en realidad por lo menos tres componentes: administración pública, gobierno y representación estatal. El Presidente de la República, en general, en los regímenes presidencialistas, ostenta la calidad de “Jefe de Estado” y como tal es representante, no solo de la Función Administrativa, sino de la persona Estado en su totalidad. En regímenes parlamentarios se distingue más claramente la diferencia entre Gobierno y Administración Pública.

Por otra parte, nota el autor italiano que se está citando, sobre lo que él prefiere llamar el “poder gubernativo”, que éste ha perdido homogeneidad y unidad de intereses. En todas partes, sea bajo la figura del Estados federales o de regiones ordinarias o autónomas, entes territoriales diferentes que el Estado desarro-

⁴⁴ *Ibidem*, p. 69.

⁴⁵ SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *Derecho Político, Ensayo de una síntesis*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980, p. 57.

llan sus propias competencias administrativas, y en casi todos los ordenamientos nuevos tipos de entes públicos autónomos no territoriales asumen competencias que antes pertenecieron al Estado.⁴⁶

Por esta razón, el derecho público español no se refiere más a la “Administración Pública”, sino más bien a las “administraciones públicas”. Tampoco adjudica el derecho público español expresamente la personalidad jurídica al Estado, apartándose de la doctrina clásica, encarnada en tratadistas como Kelsen o Carré de Malberg. En cambio, la legislación marco española sobre este tema, se denomina: “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”.⁴⁷ En los comentarios sobre esta ley, GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO afirman que “[e]n derecho español tienen personalidad jurídica plena el Estado, las Regiones y las diversas Administraciones locales”.⁴⁸

Este principio doctrinal español, sobre la personalidad jurídica de las administraciones públicas conjuntamente con el Estado, se acoge recientemente en Ecuador en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva⁴⁹, donde se establece que “[l]a Administración Pública Central tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines” (Art. 3). Hay que notar que en muchos otros aspectos, la norma española citada tiene considerable influencia en el “Estatuto” (ERJAFE) ecuatoriano. Pero no se conoce que otros países hispano-americanos hayan acogido este enfoque particular. Se citó a CASSAGNE, por ejemplo, que manifiesta “la tesis (de la personalidad jurídica de la Administración Pública) no sería enteramente aplicable en nuestro país donde ni el ordenamiento constitucional ni el legal (...) atribuyen personalidad a la Administración Pública”.⁵⁰

⁴⁶ GIANINNI, *Ob. cit.* v. I, p. 74.

⁴⁷ Ley 30/1992, de 26 de noviembre; con reformas especialmente en 1999.

⁴⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS Y FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, p. 181.

⁴⁹ DE 1634. *Expiédese el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Segundo suplemento RO 411 del 31 de marzo de 1994. con varias reformas,

⁵⁰ CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 35- Pie de página N° 15.

ZAVALA, en concordancia con autores españoles que cita, afirma:

*...lo que dice la norma del ERJAFE es que la Administración actúa (desarrolla su actividad), con personalidad jurídica única (la del Estado) para el cumplimiento de sus fines; pero no dice que es una persona jurídica.*⁵¹

Así, queda pendiente de analizar la potestad “gubernativa” del Ejecutivo. Para autores como GIANNINI es tan importante esta actividad que, como se ha visto, él denomina Función Gubernativa a lo que la doctrina constitucional tradicional llama “Función Ejecutiva”. En este poder gubernativo, se encontraría subordinada la actividad administrativa: “el poder gubernativo tiende (...) a escindir-se en dos poderes: un poder gubernativo en sentido restringido y un conjunto de poderes administrativos”.⁵²

Los derechos humanos y la descentralización

El énfasis en los derechos sociales se opone a la tradicional orientación del estudio del Estado. En “El Príncipe” y sobre todo en el “Discorso sopra la prima deca di Tito Livio”, Maquiavelo desarrolla sus reflexiones desde el punto de vista del gobernante o “príncipe”, *sobre la mejor forma de conservar el poder*. Los tratadistas posteriores, desde Rousseau hasta las proclamas de la Revolución Francesa rescatan dentro del Estado *el servicio al ciudadano y la consolidación de los derechos humanos*. En la época contemporánea, Duguit denomina a uno de los tomos de su clásico “Tratado de Derecho Constitucional” como “Libertades públicas”, pero los estudios sobre libertades públicas y su implementación como una rama importante de los derechos humanos, se consagra en fechas relativamente recientes. En Francia, DUVERGER manifiesta que “[l]a noción de libertades públicas se vincula con la idea de protección de los individuos contra los abusos del poder. Se trata de garantizarles un cierto número de derechos, considerados como esenciales para las actividades de la persona humana”. Según este autor, estas concepciones se desarrollan en el siglo XIX. El concepto de libertades públicas distingue el concepto de derechos

⁵¹ ZAVALA EGAS, JORGE, *Derecho Administrativo*, Edino, Guayaquil, 2005, p. 100.

⁵² GIANNINI, *Ob. cit.* v. I, p. 74.

humanos liberales, que contemplaban principalmente los derechos de la libertad de expresión del pensamiento en general. En la actualidad, el concepto se relaciona con la limitación del Estado.⁵³

La actual Constitución ecuatoriana define al Estado como “de derechos y justicia...”⁵⁴

El tema de las libertades y los derechos humanos está íntimamente ligado con las descentralizaciones y las autonomías, en el contexto de la autonomía moral, que requiere necesariamente de la autonomía política.

La discusión de las materias que deben pertenecer a las competencias del Gobierno central en el Estado unitario o a las competencias del Estado Federal —a la provincia, comuna, departamento o estado— es tan antigua como la Revolución Francesa, por lo menos. Uno de los elementos del histórico enfrentamiento entre girondinos y jacobinos se refirió a esta cuestión:

*Considerando que las realidades locales contenían intereses específicos que no se oponían a los intereses de la nación, los girondinos habían preconizado un poder municipal, escuela de patriotismo y lugar de aprendizaje de futuros representantes de la nación. Pero la tradición jacobina se impone, y con ella la idea según la cual la libertad, igualdad y fraternidad pasan por la constitución del conjunto más homogéneo posible. Ningún interés público más que el de la nación entera. Ningún poder reglamentario más que el del Estado. Los jacobinos, por otra parte, habían conseguido como aliados a los economistas liberales para los cuales el paso a una forma de organización económica superior, el mercado, implicaba la supresión de las reglamentaciones locales y los obstáculos a la movilidad.*⁵⁵

La finalidad de la revolución, observa COHEN-TANUGI era de “conseguir la unidad de la nación, la reabsorción de sus contradicciones y su fusión simbólica dentro del Estado (...) el drama, tal vez inevitable, de la cultura política francesa es de haberse dejado determinar en gran parte por las necesidades provisionales de la ruptura con el Antiguo Régimen. Identificada la diversidad con la aborrecida realidad de los órdenes y los privilegios, ya no

⁵³ DUVERGER, MAURICE, *Éléments de Droit Public* (1957), PUF, París, 1970, pp. 155 y ss,

⁵⁴ Art. 1. CRE.

⁵⁵ GREFFE, XAVIER, *La décentralisation*, La Decouverte, París, 1992, pp. 6-7.

se la tolera ni en el orden político (...) ni en el orden social”.⁵⁶ En consecuencia, la premisa de una completa unificación entre el individuo y el Estado conduce a la supresión de un sistema de organizaciones intermedias entre el Estado y el individuo, esquema demasiado identificado con el sistema monárquico. Su resultado institucional es una administración pública férreamente centralizada. Esta concepción tal vez se pudo sustentar en aquella época, pero hoy resulta un anacronismo, además que sus alcances son hoy absolutamente discrepantes con los de hace más de doscientos años. LEGUINA VILLA hace notar que “[e]n este sentido, parece evidente que poco o nada tiene que ver una centralización entendida como destrucción del viejo orden testamental de privilegios señoriales y localistas, con una centralización de corte burocrático-represivo directamente lanzada contra el dinamismo democrático de las clases populares”.⁵⁷

En su obra sobre el tema, HABERMAS destaca el antecedente ético y democrático de la igualdad en un Estado de Derecho:

*El problema se plantea (...) en las sociedades democráticas cuando la cultura mayoritaria políticamente dominante impone su forma de vida y con ello fracasa la igualdad de derechos efectiva de ciudadanos con otra procedencia cultural. Esto tiene que ver con cuestiones políticas que afectan a la autocomprensión ética y la identidad de los ciudadanos.*⁵⁸

De la autonomía moral a la autonomía política en la Filosofía del Derecho actual: las “libertades de los antiguos” versus “las libertades de los modernos”

Según la doctrina clásica del Derecho Público, la potestad estatal, concebida como una soberanía interna, se expresa sencillamente como una negación de todo impedimento o limitación para la actividad del Estado. En la edición latina de su tratado, Bodino la denominó *summa potestas*.⁵⁹ Esta “soberanía interna” o potestad

⁵⁶ COHEN-TANUGI, LAURENT, *La Metamorphose de la démocratie française, De l'État jacobin à l'État de droit*, Gallimard, París, 1993, p. 95.

⁵⁷ LEGUINA VILLA, JESÚS, *Escritos sobre Autonomías Territoriales*, (2a, edición), Tecnos, Madrid, 1995, p. 144.

⁵⁸ HABERMAS, JÜRGEN, *La Inclusión del Otro, Estudios de Teoría Política*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 123.

⁵⁹ CARRÉ DE MALBERG, *Ob. cit.* t. I, pp. 72 y 75.

pública, dice CARRÉ DE MALBERG, se ha manifestado en por lo menos tres significados diferentes: 1. Potestad suprema independiente, propiamente dicha; 2. Conjunto de poderes del Estado comprendidos en la potestad estatal; y, 3. La posición que ocupa dentro del Estado el titular de la potestad, donde el término se identifica con el poder del órgano público. En esta tercera acepción, la Declaración de Derechos y del Hombre y del Ciudadano proclama “el principio de que toda soberanía reside esencialmente en la nación”. “Esta manera de comprender la soberanía no es, por otra parte, en la teoría del pueblo soberano, que la prolongación de la antigua doctrina de la monarquía francesa absoluta, con la sola diferencia que la soberanía ha pasado del rey a la masa total de los ciudadanos,⁶⁰ lo que concuerda perfectamente con la concepción de Rousseau, según el cual los individuos identifican sus derechos con la soberanía popular y la voluntad general. En este caso, es el Estado el que asigna, reconoce y defiende los intereses y derechos del ciudadano, en función del interés superior de la mayoría. Así, según el agudo análisis de Tocqueville, se justifica la perfecta continuidad entre el Antiguo Régimen y la Revolución en lo concerniente a la extensión del Estado administrativo centralizado —pero sin los órdenes y privilegios locales. El enfoque jacobino revolucionario prevaeciente se manifiesta en el culto simbólico de la nación unitaria como ‘mito fundador de la cultura política francesa’. COHEN-TANUGI concluye observando que tales concepciones se expresan en “la ofensiva contra el derecho y sus instituciones, la eliminación de los cuerpos intermedios de la sociedad francesa, así como la exclusión legal de los intereses particulares en nombre del interés general”.⁶¹

Sin embargo, esta visión, que HABERMAS denomina “cívica republicana”, supone una extrema homogenización social de las creencias de los ciudadanos acerca del bien común y de los valores en general, y no se compadece con los intereses diferentes de las personas particulares en las sociedades multiculturales de hoy.

En contraste, la tradición de las llamadas “libertades de los modernos”,⁶² concibe los derechos humanos como la expresión

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 79 y 83.

⁶¹ COHEN-TANUGI, *Ob. cit.* pp. 80 y 95.

⁶² RAWLS, JOHN, *Liberalismo Político* (1993), Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996: “Podemos pensar en este desacuerdo como en un conflicto al interior de la tra-

de la autonomía moral de las personas, de naturaleza “pre-política”, que constituye un límite a la voluntad soberana del legislador.⁶³ La noción que prevalece hoy relativa a los “derechos humanos”, basados tanto moral como legalmente, concurre a la construcción del modelo universalmente aceptado en la actualidad del “Estado de Derecho”. Por otra parte, resulta claro que en la discusión actual de la Filosofía del Derecho, debido a la extrema variedad de criterios éticos y religiosos, no se puede regresar al modelo de un derecho positivo basado en el derecho natural; pero tampoco es posible aceptar el enfoque de Kelsen que, “desvinculó el concepto legal de persona, no solamente de la persona moral, sino inclusive de la persona natural (...). La transformación de la ley privada bajo el Nacional Socialismo ciertamente provocó reacciones morales en la Alemania de la post-guerra, que protestó contra el llamado ‘derrocamiento legal’ y el concomitante despojo de la sustancia moral de los derechos”.⁶⁴ Tal ha sido el dilema moral del derecho en la segunda mitad del siglo XX y principios del siglo XXI: la propuesta para superar este dilema del *derecho natural* vs. *derecho positivo* es de enfatizar la participación y la comunicación, a través de un sistema de procedimientos y de formación de compromisos cuando los consensos no se pueden alcanzar.⁶⁵ Esta no es una tarea muy sencilla en el gran Estado burocrático actual, donde el ámbito del Ejecutivo permite a las administraciones públicas una vasta interpretación de la norma legal o inclusive le otorga la potestad normativa material, sin una legitimación democrática. Un elemento importante que permite la manifestación de los intereses y derechos ciudadanos en la acción del Estado burocrático es:

La división regional y funcional del poder administrativo en una administración estructurada federalmente o la subdivisión de la rama ejecutiva en entidades especiales y universales siguiendo el patrón de

dición del pensamiento democrático mismo, entre la tradición que relacionamos con Locke, que atribuye mayor peso a lo que Constant llamó ‘Las libertades de los modernos’ —libertad de pensamiento y de conciencia, ciertos derechos básicos de la persona y de la propiedad y el imperio de la ley—, y la tradición que relacionamos con Rousseau, que atribuye mayor peso a lo que Constant llamó ‘Las libertades de los antiguos’, las libertades políticas iguales y los valores de la vida pública”, p. 30.

⁶³ HABERMAS (1999), *Ob. cit.*, pp. 99-101.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 87.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 193.

“frenos y contrapesos”, la partición y extensión de potestades administrativas a través de diferentes canales oficiales dentro del marco de una separación funcional de poderes ya establecida. Esta repartición de los poderes administrativos está relacionada con la lógica de la separación de poderes solo indirectamente, a saber, en cuanto la descentralización interna del aparato administrativo tiene efectos moderadores que abren la administración como un todo a los controles externos.⁶⁶

Es común distinguir, como lo hacen las Constituciones vigentes, los derechos civiles o fundamentales, los derechos políticos y económicos, llamados de “segunda generación” y los derechos difusos o de la tercera generación, que incluyen principalmente los derechos ambientales y la defensa del consumidor. En el Ecuador, se trata la cuestión del medio ambiente como un derecho difuso, sin perjuicio de lo cual, desde la década de los ochenta, el “derecho al medio ambiente” ya se ubicaba entre los derechos fundamentales.

El Derecho Público

Las leyes que dicta el cuerpo Legislativo constituyen el derecho positivo. Desde la época de los romanos, el derecho se lo dividió en dos grandes ramas: el Derecho Público y el Derecho Privado. El derecho público se refería a la constitución y administración del Estado romano, su organización política, magistraturas, poderes de los magistrados, etc. Así como el derecho sagrado y sacerdotal. Las Instituciones de Justiniano definieron: “Derecho Público es el que concierne a la administración del Gobierno Romano; el Derecho Privado se refiere a los intereses de los individuos”

Con otro sentido se estima como derecho público el conjunto de normas jurídicas que, formando parte del *ius privatum*, se caracterizan por su carácter de imperativo y que las partes no pueden voluntariamente modificar.⁶⁷

ESCRICHE definió el Derecho Público:

El que se compone de las leyes establecidas para la utilidad común de los pueblos considerados como cuerpos políticos; a diferencia del derecho privado, que tiene por objeto la utilidad de cada persona

⁶⁶ *Ibidem*, p. 188.

⁶⁷ GUTIÉRREZ, *Ob. cit.*

*considerada en particular e independientemente del cuerpo social.*⁶⁸

Se podría decir que el derecho público comprende las normas que regulan las relaciones dentro del Estado, entre el Estado y las entidades públicas, de las entidades públicas entre sí y en fin, entre el Estado y los particulares. El derecho privado comprende las normas jurídicas que regulan las relaciones entre los individuos particulares.⁶⁹ Esta definición también merece determinadas aclaraciones; especialmente en cuanto a las relaciones del Estado con los particulares, las mismas que se pueden formalizar también a través del derecho privado, como es el caso de ciertos contratos civiles que en países como Francia celebra la administración con los particulares. Este tipo de relación civil se puede producir también en las relaciones de las entidades públicas entre sí y con el Estado mismo.

De acuerdo con el autor que se viene de citar, el derecho público se divide en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Financiero, Derecho Penal, Derecho procesal civil y penal, Derecho internacional público y privado, Derecho Eclesiástico y la legislación social (Derecho Laboral, seguridad social, de menores, etc.). En la actualidad deben añadirse a esta enumeración las ramas más recientes, pero no por ello menos importantes, del Derecho Ambiental, Derecho del Consumidor y el Derecho del Desarrollo Sustentable. El derecho privado comprende el Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Marítimo, etc.

Actualmente, sin embargo, según DUVERGER la distinción tiende a desvanecerse y los dos derechos a interpenetrarse.⁷⁰ Se han atribuido propiedades diversas a los derechos público y privado, tales como la característica del derecho público de no autorizar sino los actos que establece en forma expresa, mientras el derecho civil, que permite todo lo que no prohíbe; del derecho privado de permitir la renuncia de los derechos que el mismo establece, mientras que los derechos concernientes al orden público de ser irrenunciabiles.

Si bien estas reglas constituyen un indicio que puede ayudar a establecer diferencias entre los dos derechos, Derecho Público y

⁶⁸ ESCRICHE, JOAQUÍN, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1838.

⁶⁹ DEL SORDO, ATILIO, *Lineamenti di Diritto Pubblico*, Instituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1971, p. 14.

⁷⁰ DUVERGER, *Ob.cit.* p. 51.

Derecho Privado, se pueden citar variadas excepciones a tales reglas y por lo tanto es posible admitir que en lo relacionado con los conceptos de derecho público y privado que si bien “la distinción es admitida por todo el mundo, la misma no es fácil de precisar”.⁷¹

⁷¹ *Ibidem*, p. 5.

II. HISTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

Introducción

En el presente apartado se desarrolla una visión global del desenvolvimiento jurídico de la Administración Pública ecuatoriana a lo largo del siglo XX, con un breve antecedente sobre la herencia administrativa española y la Administración Pública ecuatoriana en el siglo XIX. Sobre este tema apenas se encuentran estudios propiamente de *Derecho Administrativo* ecuatorianos. En cambio, existen enfoques interesantes desde la perspectiva del Derecho Constitucional ecuatoriano y de la Historia del Ecuador, los cuales han sido aprovechados en lo procedente. Además de un vistazo de conjunto se han desarrollado secciones con el desarrollo de los temas más importantes de la Administración Pública ecuatoriana a la luz de la doctrina contemporánea. No se ha entrado en la interesante historia de las municipalidades por cuestiones de espacio y principalmente por tratarse de un amplio rubro que amerita sin duda un estudio particularizado. Se concluye esta sección con la referencia bibliográfica de unos pocos autores ecuatorianos que han trabajado sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública ecuatoriana.

La herencia administrativa española y la Administración Pública ecuatoriana en el siglo XIX

La Constitución ecuatoriana de 1830 contempla dentro del “Poder Ejecutivo”, para asistir al Jefe de Estado, un “ministerio de Estado” a cargo de un Ministro Secretario encargado de dos secciones: gobierno interior y exterior y hacienda; y el Consejo de Estado, con funciones consultivas. Las unidades de Guerra y Marina están a cargo del Jefe de Estado Mayor General. Un Decreto de 1831 separa “provisionalmente” “el ministerio de hacienda del interior y exterior”.⁷² La siguiente Constitución, de 1935, fija en tres el número de los ministros secretarios de Estado: Interior y Relaciones Exteriores, Hacienda, y Guerra y Marina. A finales de siglo, la Ley Fundamental de 1897 dispone que habrá “hasta

⁷² PRIMER REJISTRO AUTÉNTICO NACIONAL, t. 1. *Separando provisionalmente el Ministerio de hacienda del interior i relaciones exteriores*, p. 17.

cinco Ministros Secretarios de Estado”, remitiéndose a la ley para la determinación de los “ramos y las funciones correspondientes a cada uno de los ministerios”.

El Consejo de Estado —a veces denominado “Consejo de Gobierno” en las constituciones ecuatorianas— es una institución consultiva que se reconoce desde la primera Constitución del Ecuador, como se acaba de ver, y persiste hasta bien entrado el siglo XX.

El “Congreso Constituyente” de 1830 que estableció el “Estado del Ecuador” y dictó su primera Ley Fundamental se remite a la legislación colombiana de 1825 para la organización administrativa. Afirma que “siendo pocas las variaciones que ha hecho en lo concerniente al régimen, ó gobierno interior de las provincias de su distrito, i habiendo manifestado la esperiencia que las innovaciones y la multiplicidad de leyes reglamentarias solo causan confusión, inquietud i disgusto a los pueblos”;⁷³ razón por la cual decide aplicar “literalmente” la Ley colombiana de 1825, que había regido hasta entonces en este Departamento, que hoy es Ecuador. Esta “Ley sobre organización i régimen político y económico de los departamentos y provincias” establece como autoridades administrativas a los intendentes para los “departamentos”, gobernadores para las provincias —“los intendentes son gobernadores de las provincias en que tienen su residencia”—, los jefes políticos municipales, los alcaldes municipales y parroquiales, jefes políticos municipales, juntas de sanidad, municipalidades y juntas parroquiales, juntas de provincia. Su último capítulo se dedica por entero a la tipificación y sanciones a las incorrecciones de los “empleados públicos”.⁷⁴ La primera ley propiamente ecuatoriana sobre el tema, de 1843, mantiene los gobernadores y designa a corregidores y tenientes parroquiales para los cantones y parroquias; así como establece un “concejo provincial” para asistir a los gobernadores.⁷⁵

⁷³ PRIMER REGISTRO AUTÉNTICO NACIONAL, t. 1: *Ley de Régimen Político de los Departamentos*, 28 de septiembre de 1830, p. 79.

⁷⁴ COLECCIÓN DE LAS LEYES DADAS POR EL CONGRESO CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA EN LAS SESIONES DE LOS AÑOS 1825 i 1826, *Ley sobre organización i régimen político y económico de los departamentos i provincias*, 11 de marzo de 1830. Imp. de P. Cubides, Bogotá, s/f. Esta ley tiene sus antecedentes en la Ley de Régimen Administrativo Interior dictada por el Congreso de Cúcuta en 1821, con similar estructura,

⁷⁵ NOBOA, AURELIO, “*Ley de Régimen Político*”, 10 de junio de 1843. Recopilación de leyes del Ecuador, Interior, desde 1821 hasta 1846. t. III, Imprenta de A. Noboa, Gua-

Cabe señalar que esta organización administrativa se recorta con igual perfil que la española de aquella época. En efecto, a fines del siglo XIX la Administración Pública española se componía de los siguientes ministerios: Estado, Gracia y justicia, Guerra, Hacienda, Marina, Gobernación, Fomento y Ultramar. El Consejo de Estado tenía un papel consultivo y las provincias estaban regidas por gobernadores. En los ministerios se encontraban subsecretarios, directores generales y oficinas centrales.⁷⁶

Particular atención se presta a la hacienda pública, fuente de los ingresos estatales, tanto durante la Colonia como en la República. La Constitución de 1830 atribuye a una “contaduría general” atribuciones para revisar las cuentas de las contadurías departamentales, conforme la ley especial de la materia. La Ley Orgánica de Hacienda de 1830 establece tesorerías departamentales y una junta de hacienda. Asimismo, según el mandato constitucional conforma la Contaduría General y las contadurías departamentales. Las sanciones impuestas a las contadurías departamentales son conocidas por el Ministerio de Hacienda.⁷⁷ La Contaduría General paso a denominarse Tribunal de Cuentas en la Ley Orgánica de Hacienda de 1843.

En España, la Contaduría mayor del Reino se organiza a partir de 1437, llamándose Tribunal de Cuentas del Reino desde 1851. Para fines del siglo XIX se le reconoce la categoría de los tribunales “supremos” y se “lo define como la autoridad superior a quien compete el examen y juicio de las cuentas del Estado, ejerciendo jurisdicción especial y privativa para perseguir las responsabilidades que se derivan de las mismas (pagos indebidos, malversaciones, desfalcos). Sus fallos son ejecutorios”.⁷⁸

Desde la primera Constitución ecuatoriana, de 1830, se atribuye al Congreso la competencia para “[d]ecretar los gastos públicos en vista de los presupuestos que presente el Gobierno y velar sobre la recta inversión de las rentas públicas” (Art. 26, 1°).

yaquil, 1901, p. 353. (concejo con “c”)

⁷⁶ SANTA MARÍA DE PAREDES, VICENTE, *Curso de Derecho Administrativo*, Quinta edición, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1898, pp. 138-143.

⁷⁷ Cf. BORJA Y BORJA, RAMIRO, “Informe sobre la codificación de la Ley Orgánica de Hacienda”, en BOLETÍN JURÍDICO, ÓRGANO DE LA COMISIÓN LEGISLATIVA, t. II, Editorial Santo Domingo, Quito, 1960, pp. 251-494. Este informe constituye un prolijo estudio de todas las leyes de hacienda de la República, hasta la codificación de 1960.

⁷⁸ SANTA MARÍA DE PAREDES, *Ob. cit.* p. 699.

Por ley de 1837 se autoriza al Ejecutivo para celebrar contratos con particulares “para la construcción, reparo y mejora de caminos”, que considera el pago al contratista con los peajes y pontazgos que produzca el uso de esta vía. Para las construcciones por cuenta del gobierno se dispone la contratación de un ingeniero, hasta terminar la obra. También establece “las bases” para la celebración del contrato, procedimiento que incluye la impresión y circulación de carteles en los lugares más públicos. Las propuestas recibidas debían publicarse en la imprenta “con el objeto de solicitar mejoradores”. A los veinte días, de no existir una mejor oferta, “se someterá al Consejo de Gobierno”.⁷⁹

Las etapas de la Administración Pública ecuatoriana en el siglo XX

Existen variadas concepciones de la Administración Pública. De hecho, una tendencia que se perfila siguiendo la legislación y la doctrina española, como se vio en el comienzo de esta obra, es de considerar la existencia más bien de “administraciones públicas”, cada una de ellas con su propia personalidad jurídica. Estas administraciones públicas están principalmente constituidas en ese país, además del gobierno central, por los gobiernos autonómicos y por los municipios. Para efectos del presente estudio, se hace referencia a la Administración Pública como el aparato institucional del Gobierno central establecido para la ejecución de las políticas públicas.

Para GIANNINI, más que un poder ejecutivo, existe un poder gubernativo, mientras que la administración estatal misma se puede considerar como el aparato del poder gubernativo. Por otra parte, si se toma el concepto de poder gubernativo en sentido estricto, es necesario reconocer la existencia de un poder administrativo subordinado.⁸⁰

Además, hay que anotar el desarrollo y existencia concomitantes de burocracias profesionales y de instituciones burocráticas presentes en el antiguo Egipto, Roma, la Iglesia Católica desde el siglo XIII, China, los Estados europeos modernos, además de las

⁷⁹ PRIMER REGISTRO AUTÉNTICO NACIONAL, CONTINUACIÓN DEL (AÑO DE 1835), pp. 510-512, *Lei Autorizando al Poder Ejecutivo para que pueda celebrar contratos particulares para la construcción, reparo y mejora de caminos*, 20 de marzo de 1839.

⁸⁰ GIANNINI, *Ob. cit.* v. I, p. 74.

grandes empresas capitalistas.⁸¹ La principal característica de estas burocracias es la distinción existente entre esta institucionalidad —de naturaleza permanente— y los Gobiernos mismos, por naturaleza accidentales y variables. La administración española en América, que inicialmente ocupó en los virreinos y cargos más importantes a miembros de la nobleza española, a lo largo del tiempo fue confiando tales posiciones a burócratas profesionales, siempre de la nobleza, por lo menos en los virreinos, que iban ascendiendo en la carrera administrativa en diferentes ubicaciones geográficas de los dominios españoles.

Esta diferenciación de la doctrina, entre Gobierno y Administración, cobra fuerza legal con la “Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común” española, de 1992. En efecto, se lee en la exposición de motivos: “Se perfilan así con nitidez los rasgos propios que definen al Gobierno y a la Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas y los que establecen la subordinación de la Administración a la acción política de dirección del Gobierno”. Mas, a pesar de lo ilustrativo de la diferenciación, hay que concordar con LÓPEZ en que “[e]n la práctica resulta difícil mantener la relevancia jurídica de la distinción funcional entre lo político y lo administrativo”.⁸²

No obstante lo dicho, para entrar en el tema de la Administración Pública ecuatoriana, esto no resultaba claro para la doctrina de fines del siglo XIX, que forzosamente debía influir en el ordenamiento local. SANTA MARÍA DE PAREDES, en su influyente “Curso de Derecho Administrativo” (Madrid, 1898), por ejemplo, afirma que “...podemos emplear desde luego como sinónimos los nombres Poder ejecutivo y Poder administrativo sin más aclaraciones, con solo advertir que la primera denominación se usa más en el lenguaje constitucional al marcar sus relaciones con los otros poderes, y la segunda en el lenguaje técnico de la vida administrativa”.⁸³ POSADA, en cambio, sí establece la distinción entre gobierno y administración, en 1897: “... no (hay que) confundir la Administración con el Poder Ejecutivo ni con su fin”. Por otra parte, adelanta una tercera función del Poder

⁸¹ WEBER, “*Bureaucracy*”, En: *Ob. cit.* p. 204.

⁸² LÓPEZ CALVO, JOSÉ, *Organización y Funcionamiento del Gobierno*, Madrid, 1996. p. 91.

⁸³ SANTA MARÍA DE PAREDES, *Ob. cit.* p. 50.

Ejecutivo, que sería la actividad preponderante del Estado desde mediados del siglo XX: "... la acción protectora –injerencia social– del Estado". Aclara que "...el Poder Ejecutivo tiene su aspecto administrativo"⁸⁴ (además de la administración misma).

En todo caso, la principal influencia del esquema de la Administración Pública ecuatoriana es la que hereda de la Colonia y la que estuvo en vigencia durante su pertenencia a la República de Colombia, hasta el surgimiento del "Estado del Ecuador", en 1830. Pero un verdadero intento de desarrollar una burocracia profesional no se inicia en el Ecuador hasta entrado el siglo XX.

La Administración Pública ecuatoriana a inicios del siglo XX

El siglo XX ecuatoriano parte de la Revolución Liberal de 1895. A pesar de que la primera Constitución Liberal, de 1897, apenas se diferencia de las anteriores, sí anticipa la orientación antirreligiosa de la Ley Fundamental de 1905 al suprimir, por primera vez, el nombre de Dios del preámbulo constitucional; pero no sabe plasmar, no obstante el alto nivel intelectual de sus integrantes, la filosofía y principios liberales.⁸⁵ Es decir, el Ecuador entra en el siglo XX básicamente con las mismas instituciones administrativas de las últimas décadas del XIX.

Las principales fuentes de la normativa de la Administración Pública ecuatoriana de inicios del siglo XX continúan siendo: la Constitución de la República, la Ley de Hacienda y la Ley de Régimen Administrativo, sustituidas por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC) a mediados de los setenta (actualmente Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas) y, por el "Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva", a fines del siglo XX,⁸⁶ inspirado este último en la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas de España, citada líneas arriba. En los temas de función

⁸⁴ POSADA, ADOLFO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897, p. 57.

⁸⁵ LARREA HOLGUÍN, JUAN I, "La Primera Constitución Liberal, de 1897", en: *Religión y Derecho*, División Editorial Poligráfica, Guayaquil, 1998. p. 40.

⁸⁶ La Procuraduría General del Estado consideraba que se encontraba vigente la Ley de Régimen Administrativo, Of. PGE N° 07028 de 08-03-2004, RO 363. 24 de junio de 2004..

pública, presupuestarios y contractuales, que constaban originalmente en las sucesivas leyes orgánicas de hacienda, se tratará más adelante: las posteriores leyes de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Presupuestos del Sector Público y de Contratación Pública, sustituidas por las vigentes leyes Orgánica del Servicio Civil, Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP).

Así, las instituciones político-administrativas que se encuentran vigentes en 1900, a comienzos del siglo XX, son la Presidencia de la República y “hasta cinco” ministros de Estado, constantes en la Constitución de 1897 y con funcionarios expresamente determinados en la Ley de Régimen Administrativo Interior, entre los cuales se cuentan cuatro ministros secretarios de Estado: Interior, Relaciones Exteriores, Hacienda, y Guerra y Marina,⁸⁷ de 1898. No obstante, en 1900, se reforma esta Ley autorizando al Ejecutivo “aumentar el número de los Ministros Secretarios de Estado, hasta el término que fija la Constitución”.⁸⁸ Esta potestad de creación de ministerios con prescindencia del Congreso no se encuentra atribuida al Ejecutivo en la siguiente Ley de Régimen Político Administrativo de la República, ni en la codificación de la Ley de Régimen Administrativo de 1960, y no reaparece hasta la Constitución Política de 1979. El texto de la reforma y codificación constitucional de 1998, dice al respecto: “El número de ministerios, su denominación y las materias de su competencia, serán determinados por el Presidente de la República” (Art. 176).

En la Ley de Régimen Político y Administrativo de la República de 1930, los ministros de Estado son seis: Gobierno y Previsión Social, Relaciones Exteriores, Educación Pública, Obras Públicas, Agricultura y Fomento, Hacienda y Crédito Público, y Guerra, Marina y Aviación.⁸⁹ En la actualidad existen veintiún ministerios de Estado y seis ministerios coordinadores, a lo que

⁸⁷ *Colección de leyes y decretos expedidos por los congresos ordinarios y extraordinarios de 1898*, Edición oficial hecha por el archivero del Poder Legislativo, Imprenta Nacional, Quito, 1899. pp. 72-98.

⁸⁸ *Ley reformativa de la Ley de Régimen Administrativo Interior, del 20 de octubre de 1900*, RO 1247, Decretos y Leyes sancionados en el año 1900, Publicación anual del Archivo del Poder Legislativo, Imprenta Nacional, Quito, 1901, pp. 127-129.

⁸⁹ *Ley de Régimen Político Administrativo de la República*, de 9 de diciembre de 1930, Anuario de Legislación Ecuatoriana, v. 23, primera parte, Publicación Oficial del Archivo del Poder Legislativo, Imprenta y encuadernación nacionales, Quito, 1933. p. 17. Art. 6.

pueden añadirse las dependencias con nivel ministerial denominadas “secretarías”.⁹⁰

Los gobernadores de provincia a comienzos de siglo, conforme la tradición del siglo XIX, desempeñan un papel destacado, por la autonomía de sus acciones, el mando militar que ostentan y relación jerárquica sobre todas las oficinas públicas de su ámbito territorial. Además, la dificultad de comunicaciones le atribuía necesariamente una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus vastas atribuciones. Esto se manifiesta en la extensión con que se tratan sus competencias en las sucesivas leyes de Régimen Administrativo Interior.

La evolución de las competencias públicas a lo largo del siglo XX

Las funciones públicas que la teoría política de su época atribuía al Poder Ejecutivo eran en extremo restringidas, si se compara la latitud de los campos que hoy abarca la Administración Pública. En el caso ecuatoriano, durante el siglo XIX las actividades del Ejecutivo se contrajeron al afianzamiento militar, en medio de constantes levantamientos, asonadas y amenazas de invasión extranjera, con una mínima Administración Pública propiamente dicha. Las obras y edificios públicos y el apoyo a la “instrucción” representan los principales esfuerzos de los presidentes del siglo XIX. En todas estas actividades tenían gran injerencia el Congreso y el Consejo de Estado. La terminación de la obra del ferrocarril Quito-Guayaquil, a comienzos del siglo XX es emblemática del Estado ecuatoriano moderno, que no encuentran su parangón hasta la segunda mitad de la centuria con obras como las del oleoducto transecuatoriano, la Refinería Estatal de Esmeraldas, la represa del Paute, las obras de ingeniería hidráulica de la Cuenca

⁹⁰ Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo; Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación; Secretaría Nacional del Agua; Secretaría Nacional de la Administración Pública; Secretaría Nacional de Comunicación;

Secretaría General Jurídica;

Secretaría Nacional de Desarrollo Amazónico;

Secretaría Nacional de Gestión de la Política;

Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos.

(<http://www.presidencia.gob.ec/>)

(Estos órganos y sus denominaciones varían regularmente)

del Guayas y la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) a comienzos del siglo XXI.

Un principio de formación de cuadros burocráticos se esboza dentro de la administración pública propiamente dicha como resultado de la pugna establecida por el régimen liberal con la Iglesia: el Gobierno asume la educación pública y el manejo de las obras de asistencia social, incluyendo los cementerios, hasta entonces a cargo del clero:

Los afanes de secularización llevaron a absorber por parte del Estado las obras de beneficencia, antes servidas casi exclusivamente por comunidades religiosas, y para esta estatización se procedió paralelamente a la confiscación, sin indemnización, de los bienes de dichas comunidades. Se formó así (1908) el patrimonio estatal de la Asistencia Pública, pero en nada se mejoró el servicio a los ciudadanos; más bien, ese enorme patrimonio territorial siguió siendo mal administrado, y las rentas que antes sostenían casas de salud, orfanatorios, etc., se perdieron en el mantenimiento de una creciente burocracia.⁹¹

Por otra parte, observa este jurista:

Fue también período de establecimiento de estancos. El de aguardientes, que se había suprimido en 1830, renace en 1913 y se establecieron los de tabacos y fósforos en 1904, lo mismo que el de la sal.

La legislación militar fue abundantísima, pero intrascendente en sus reformas casi infinitas. Otro tanto podríamos decir del ramo fiscal, en el que se multiplican los impuestos locales y con destino preciso para ciertas obras de interés reducido.⁹²

Asimismo se observa una nueva dispersión de órganos administrativos y de asignación de tributos, lo cual es una tendencia cíclica de la Administración Pública ecuatoriana de dispersión y centralización sucesiva de entes y recursos, como se verá con más detalle líneas abajo. No se puede llamar a esta creación de juntas administradoras de obras propiamente una descentralización en cuanto esta última supone una estrecha concertación con los poderes centrales en la ejecución de las políticas públicas naciona-

⁹¹ LARREA HOLGUÍN, JUAN I, "El espíritu jurídico de la República (de 1895 a nuestros días)", En: *Historia del Ecuador*, Salvat. Quito, 1982, v. 7. pp. 113-114.

⁹² *Ibidem*, pp. 115-116.

les. Esto no era posible considerando la ausencia misma de tales conceptos como diseño e implementación de políticas públicas, planificación, normativa y regulación y por la dificultad de las comunicaciones. Sobre tal dispersión comenta el autor que se cita:

*Proliferaron las juntas, Comités, Institutos, Consejos, Centros, Ligas, Oficinas, Programas, Cámaras, etc., y demás formas de dispersión administrativa, con sus consecuencias de crecimiento desmedido de la burocracia, de poco control y muchos abusos.*⁹³

A fines del primer cuarto del siglo XX, se destaca un incipiente surgimiento de actividades reguladoras del Estado a partir de la denominada revolución juliana en 1925, con la creación del Banco Central, la Superintendencia de Bancos, la Contraloría General del Estado. Estas dos últimas entidades, llamadas organismos de control por la Constitución de 2008, proliferaron a fines del siglo en áreas como la eléctrica y las telecomunicaciones, donde parte de las funciones de los nuevos organismos se superponen.

La revolución juliana marca el inicio de una transformación del enfoque de la Administración Pública en la política no solo monetaria, sino también financiera y económica del país. El Estado asume un creciente control sobre aspectos que hasta la fecha se encontraban fuera de la órbita gubernamental. Esta supervisión requiere de una institucionalidad y de una burocracia especializada. Las políticas públicas dan impulso a la obra pública del Ejecutivo en beneficio de la colectividad, pero así mismo, inevitablemente, fueron influidas por intereses particulares, como han señalado en forma unánime los historiadores.

Así, según PAREJA DIEZCANSECO:

Además, del gobierno de Ayora débese recordar la política de vialidad, la canalización y pavimentación de Guayaquil, la Ley de Asistencia Pública, la Ley de Sanidad, la de Timbres, de Monedas, Orgánica y Arancelaria de Aduanas, de Hacienda, Jubilación, Montepío Civil, Impuesto a las Herencias, Contrato individual de Trabajo, duración máxima de la jornada, descanso semanal, reglamentación del trabajo de mujeres y de protección a la maternidad, desabucio del trabajo, responsabilidad por accidentes...Esto es, sin duda, bastante hacer.

⁹³ *Ibidem*, p. 116.

Como consecuencia del estudio que la misión Kemmerer hiciera de la situación monetaria, se acordó dar al sucre una paridad reajustada a la realidad. La devaluación a cinco sucres por dólar produjo al gobierno una ingente utilidad, que se invirtió en obras públicas, pero desgraciadamente también en exceso de burocracia. Fue ésta una de las faltas de la administración Ayora: el excesivo gasto fiscal, agravado por nuevas tributaciones. Volvióse a tomar por los caminos de la inflación, en este caso debido a una errónea política de enriquecimiento gubernativo que conllevaba el empobrecimiento general, por el crecimiento del gasto público y el alza de precios.⁹⁴

Para AGUSTÍN CUEVA, a propósito del tema burocrático,

Era evidente que las capas medias concebían su “revolución” ante todo como un “acto de justicia” para consigo mismas, y no sólo en la esfera militar. Hasta antes de la transformación “juliana” los empleos habían escaseado, mas ahora “se crearon cargos sin función, o con funciones subdivididas, para mucha gente. Se triplicaron o cuadruplicaron los sueldos de la alta burocracia. Y al olor de tan rico presupuesto no tardaron, hasta muchos de los díscolos de la víspera, en allanarse a la situación tras los cargos de la nueva banca, de los nuevos organismos administrativos y de la diplomacia” (Aquí el autor está citando a Oscar Efrén Reyes).⁹⁵

Sobre los cambios en el enfoque del papel del gobierno y la Administración Pública, manifiesta este sociólogo,

...Y es que, a partir de 1926, concretamente, la “revolución” había conseguido consolidarse como simple movimiento modernizador del estado ecuatoriano. En esta perspectiva fueron suprimidos los llamados “estancos” particulares (monopolios locales o regionales), se centralizaron las rentas públicas, se crearon el Banco Central y la Superintendencia de Bancos. La Asamblea de 1929 sentó, además algunos principios progresistas para la época, como el de la función social de la propiedad y la representación de las minorías políticas; estableció el hábeas corpus y reconoció derechos para los hijos ilegítimos. En este período, se instituyó también la Caja de

⁹⁴ PAREJA DIEZCANSECO, ALFREDO, “Los gobiernos de la plutocracia y las nuevas ideas”, En: *Historia del Ecuador*, v. 7. Salvat. Quito, 1982, p. 66.

⁹⁵ CUEVA, AGUSTÍN, “El Ecuador de 1925 a 1960”, En: *Nueva Historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional-Grijalvo, Quito, 1983, v. 10. p. 95.

*Pensiones para empleados públicos, se dictó una legislación laboral sobre contratos, jornada máxima, desahucio, trabajo de mujeres y menores y se crearon las Inspectorías de Trabajo, medidas que, en algo, beneficiaron por lo menos a los obreros de los sectores más modernos de la economía nacional que, en realidad, no eran muchos.*⁹⁶

Por otra parte, parece una perspectiva anacrónica juzgar estas políticas, como lo hace CUEVA a través de concepciones sociales y políticas que no cobrarían vigencia hasta mediados del siglo XX:

*Mas nada de esto implicó un cambio estructural de envergadura, que modificara sustancialmente la condición de las grandes masas populares. En el mismo año 1929, es decir, al tiempo en que se expedía una constitución de principios progresistas, el gobierno no vacilaba en reprimir sangrientamente los levantamientos indígenas de Columbe y Colta. La modernización del estado ecuatoriano, como se ve, «tenía límites de clase sumamente claros».*⁹⁷

La planificación surge a mediados de siglo como complemento al papel de fomento que se asigna al Estado, en el estímulo y orientación de las actividades productivas y la orientación de las inversiones estatales y del gasto público, a cargo de la Junta Nacional de Planificación, después Consejo Nacional de Planificación (CONADE). La creación desde aquella época de algunos ministerios existentes en la actualidad responde a la necesidad de administrar “leyes de fomento” que ofrecen estímulos principalmente tributarios, pero también de diferente naturaleza, además de los créditos subsidiados, orientados a sectores y áreas productivas selectas; que son todas estas políticas abandonadas por sus resultados magros durante el cuarto de siglo del tiempo de su vigencia aproximada. La reforma y codificación constitucional de 1998 encarga estas funciones de planificación a un organismo técnico de la Presidencia de la República.

El papel del Estado como motor del desarrollo, concepción generalizada en la región a mediados del siglo y acogida entusiastamente por los bancos internacionales de desarrollo, involucra al Estado en actividades productivas a través de empresas públicas y sociedades de economía mixta, en los más variados campos eco-

⁹⁶ *ibidem.*

⁹⁷ *Ibidem.*

nómicos, incluyendo hidrocarburos y electrificación, comercialización y almacenamiento de alimentos básicos, hoteles turísticos y la empresa pesquera, así como la forestación, a partir de los años 60 y 70. La creación de “unidades administrativas” y ministerios sucesivamente encargados de la ejecución de programas de desarrollo y asistencia local es una tendencia propiciada por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, que se inicia en los años 80 y se intensifica con el aumento de la crisis y el empobrecimiento generalizado de la población, especialmente la del campo (los suprimidos SEDRI y DRI y otros programas del actualmente denominado Ministerio de Inclusión Económico y Social (MIES), así como el Desayuno escolar, refundidos posteriormente en el Instituto Nacional del Niño y la Familia (INFA), suprimido, y de instituciones como el FISE y el Fondo de Solidaridad, el Bono Solidario, bono de vivienda, PRODEPINE, etc.).

El fin de siglo XX en Ecuador tuvo como características relevantes un gran impulso político y legal hacia ilusiones sobre las potencialidades la privatización, el resurgimiento de la antigua figura de la concesión para delegar servicios públicos y la descentralización, que se tradujeron en magros resultados durante la década de los noventa, puesto que ningún gran servicio público o importante actividad estatal se concesionó o se privatizó hasta la fecha, ni tampoco la descentralización se produjo aunque referencias abundantes a la misma aparecieron en la Constitución de 1998 y en leyes variadas. En cambio, sí fueron liquidados negocios estatales que siempre produjeron grandes pérdidas y fueron motivo de escándalos en sucesivas administraciones y que en todo caso nunca produjeron los excedentes previstos, comenzando por la empresa de Abonos del Estado, incluyendo la Empresa de Alcoholes y la Empresa Pesquera Nacional, Ecuatoriana de Aviación, así como las de comercialización y almacenamiento ENPROVIT y ENAC, entre las principales. La súbita estatización de un alto porcentaje la banca ecuatoriana de fin de siglo XX y comienzos del XXI no fue el fruto de una política estatal, pero sí la consecuencia de políticas y leyes fiscales, financieras y monetarias legislativas y ejecutivas combinadas con fenómenos económicos coyunturales como la caída de los precios y volúmenes de exportaciones privadas y petroleras y la destrucción de la infraestructura productiva ocasionada por el fenómeno de El Niño.

Las nuevas tendencias que se vislumbran en regiones determinadas de Sudamérica a comienzos del siglo XXI apuntan a un retorno de la intervención estatal, reversión de privatizaciones y vuelta a la administración directa de los servicios públicos por parte del Estado.

En la actualidad, el Gobierno ecuatoriano maneja más de un par de canales de televisión privada, intervenidos por deudas declaradas por la extinguida Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), así como un número considerable de empresas comerciales y un Banco en funcionamiento, empresas todas sometidas al Derecho Privado, con la finalidad declarada de rematarlos para compensar las declaradas acreencias, aunque ninguno de los grandes negocios incautados se han vendido hasta la fecha, con alguna excepción.

Por último, se perfila un nuevo paradigma a nivel mundial en las actividades públicas y privadas orientadas hacia un desarrollo que no solo signifique crecimiento económico, sino también que aproveche racionalmente los recursos y sea equitativamente distribuido: es el concepto de desarrollo sustentable y conservación del medio ambiente, plasmado en la declaratoria constitucional del “derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”.⁹⁸ En todas las leyes expedidas a partir de los años noventa, relacionadas con los servicios públicos y el aprovechamiento de los recursos naturales se contempla el requerimiento del estudio de impacto ambiental, consagrado en la Ley de Gestión Ambiental.⁹⁹ Esta tendencia se afirma con la inclusión de tipificaciones penales por infracciones a tales principios.¹⁰⁰

Desarrollo institucional de la Administración Pública ecuatoriana en el siglo XX

El Consejo de Estado y la jurisdicción contencioso administrativa

Un importante órgano administrativo, gubernamental y jurisdiccional es el Consejo de Gobierno, contemplada en la Constitu-

⁹⁸ Arts, 66. N° 26. y 14. CRE.

⁹⁹ L., 99-37. *Ley de Gestión Ambiental*, RO 245 del 30 de julio de 1999.

¹⁰⁰ L., 99-49. *Ley Reformatoria al Código Penal*, RO 2 del 25 de enero de 2000,

ción colombiana de Cúcuta (1821), que se aplicó en el Ecuador hasta 1830. El Consejo de Estado o Consejo de Gobierno es una institución que pervive en el Ecuador hasta entrado el siglo XX, presente también en España, como se vio líneas arriba. La Constitución de 1897 incluye al Consejo de Estado con una conformación y funciones similares a las que tuvo, con variaciones, a lo largo del siglo XIX. La reforma constitucional de 1906, le atribuye por primera vez la decisión “de las cuestiones contencioso-administrativas, en conformidad con la ley”, jurisdicción que mantiene hasta 1967, aunque la Constitución de 1945, le encomienda estas funciones al Tribunal de Garantías Constitucionales. Ahora bien, aunque las funciones contencioso-administrativas se encomendaron al Consejo de Estado, conforme la tradición española y francesa y como todavía existe en Colombia, en Ecuador, en cambio “no llegó a funcionar (...) como verdadero Tribunal de lo Contencioso Administrativo” tanto por su composición cuanto por la inexistencia del reglamento correspondiente, según LARREA HOLGUÍN, por lo que “los pocos casos que se presentaron (...) o fueron de ínfima o ninguna importancia o tardaron años y años hasta resolverse o quedaron definitivamente sin ninguna solución por parte de ese alto organismo”.¹⁰¹

En 1954 se crea el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.¹⁰² La Constitución de 1967 reconoce los “Tribunales de lo Contencioso” para decidir las cuestiones contencioso-administrativas y contencioso-tributarias. En todo caso, la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo recién se expide en 1968 y en 1975 se dicta el Código Tributario vigente, con reformas, que contiene el procedimiento tributario tanto en sede administrativa cuanto en sede judicial, donde se regula el funcionamiento del Tribunal Fiscal.¹⁰³ La reforma constitucional de 1992 integró estos dos tribunales en la Función Judicial, como “tribunales dis-

¹⁰¹ LARREA HOLGUÍN, JUAN I, *La Nueva Estructura Constitucional Ecuatoriana*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1969, p. 387.

¹⁰² LARREA HOLGUÍN, JUAN I, “Prólogo, La legislación del Ecuador”, En: *Índice de la Legislación Ecuatoriana, 1822-1985*. p. 26. En este índice se citan: Disposiciones para el trámite de los asuntos contencioso administrativos, TGC: 27-IX-45. RO 399: 3-X-45; Reformas a las disposiciones para el trámite de los asuntos contencioso administrativos, del Tribunal de Garantías Constitucionales, RO 492: 25-I-46; Reglamento del Consejo de Estado, RO 40: 19-X-48; y, Normas sobre lo contencioso Administrativo, DLE 10. RO 847: 19-VI-59; Reforma del DLE 10. DL, RO 338: 18-III-68.

¹⁰³ Suplemento del Registro Oficial N° 958 del 23 de diciembre de 1975.

triales” y estableció la casación en estas materias, a cargo de salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia. De tal manera, esta jurisdicción que se ubicaba en la Función Ejecutiva, pasa a la Función Judicial, conforme la tendencia sudamericana a la que se refiere VILLAGRA MAFIODO,¹⁰⁴ en contraste con Europa, con excepción de España, donde por lo general continúa formando parte de la Función Ejecutiva.

El Código Orgánico de la Función Judicial ubica los tribunales contencioso administrativos y contencioso tributarios como salas especializadas de las Cortes Provinciales de Justicia, conservando las salas especializadas respectivas en la Corte Nacional de Justicia.

El procedimiento administrativo

Por otra parte, se encuentra vigente desde el 2002 una normativa específica de procedimiento administrativo —en sede administrativa, es decir al interior de la Administración Pública— a base de la Ley de Modernización, de 1993, que declara “de competencia exclusiva del Ejecutivo... (los) procedimientos de todas las dependencias y órganos administrativos”.¹⁰⁵ Adicionalmente, la Ley de Modernización, citada, contiene importantes innovaciones tanto en el procedimiento (en sede administrativa) como en el proceso (en sede judicial) administrativo, complementarias de la regulación de los procedimientos administrativos en la Función Ejecutiva, constantes en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE).¹⁰⁶ La Constitución vigente, de 2008, no se refiere al tema, a diferencia de la anterior que facultaba al Ejecutivo para “regular... (los) procedimientos de la Función Ejecutiva”.¹⁰⁷ Se asume que se sustrae de la órbita del Ejecutivo la competencia de los procedimientos administrati-

¹⁰⁴ VILLAGRA MAFIODO, SALVADOR, *Principios de Derecho Administrativo*, El Foro, Asunción, 1983: “El sistema de justicia administrativa dentro del Poder Judicial nos viene del Derecho constitucional de los Estados Unidos de América”, pp. 5 y 6. pie de página,

¹⁰⁵ L. 50. *Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada*, RO 349 del 31 de diciembre de 1993, Art. 40.

¹⁰⁶ DE 1634, *Expídese el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, RO 411 del 31 de marzo de 1994. con periódicas reformas hasta la presente fecha.

¹⁰⁷ Art. 171. N° 9. reforma y codificación constitucional de 1998.

vos, que pueden asumirse por la Asamblea Legislativa, a través de la ley correspondiente.

La Hacienda pública y lo contencioso tributario

La Hacienda pública, en su competencia de recaudación de rentas públicas, desempeña un papel superlativo desde la administración española. La administración fiscal estaba inicialmente compuesta por una Contaduría, que después se transforma en un Tribunal de Cuentas, al estilo español. Desde 1929, la Contraloría General asume el papel que hasta entonces desempeñaba el Tribunal de Cuentas. Su competencia es de índole administrativa, de modo que se puede recurrir de sus decisiones en sede judicial, ante el tribunal respectivo. Originalmente el Tribunal de Cuentas fue básicamente una jurisdicción de la Función Ejecutiva, con el apoyo de funcionarios “revisores”. Más adelante, con el nombramiento de sus magistrados a cargo del Congreso, se integran en la función judicial. En 1959 se instituye en el Ecuador el Tribunal Fiscal,¹⁰⁸ reconocido por la Constitución de 1967 para la resolución de las cuestiones contencioso-tributarias, como se comenta líneas arriba.

La Ley Orgánica de Hacienda de 1927 “suprime los Tribunales de Cuentas e instituye en su lugar un Órgano que se caracteriza por reunir la doble calidad de Juez de Hacienda Pública y de vigilante de la regularidad de las normas que deben aplicar el presupuesto: ese órgano es el Contralor General del Estado, titular de la Contraloría General del Estado”. Esta ley “conceptúa a la Contraloría como ‘Oficina de Contabilidad e intervención Fiscal’, y le asigna la calidad de independiente de cualquier Ministerio, departamento u oficina del Poder Ejecutivo”.¹⁰⁹ En los juicios de cuentas, “[e]l Contralor General tiene jurisdicción privativa para conocer de las cuentas de los funcionarios, empleados y agentes de Hacienda, de las Municipalidades y demás Instituciones de Derecho Público, obligadas a rendir cuenta” (Art. 219); y “[l]as decisiones del Contralor General, en todo lo concerniente a contabilidad, fiscalización y juzgamiento de cuentas, dentro de las facultades de la Contraloría, serán definitivas”. La Ley Orgánica de Hacienda expedida el año siguiente, en 1928, ratifica

¹⁰⁸ DLE 10, RO 847 del 19 de junio de 1959.

¹⁰⁹ BORJA y BORJA, *Ob. cit.*, (1960), pp. 323 y 327.

sin mayores cambios las funciones atribuidas a la Contraloría. La Constitución de 1929 “dispone que el Contralor sea designado por el Congreso sobre la base de terna enviada por el Presidente de la República”, mientras que con anterioridad, la Ley Orgánica de Hacienda determinaba el nombramiento del Contralor a cargo del Ejecutivo por un período de seis años.¹¹⁰ En 1935 se regresa la Contraloría, por Decreto Supremo, a la “dependencia del Ministerio de Hacienda (...) a cargo de un Director, (...) nombrado por el Ministro de Hacienda”.¹¹¹ Las Constituciones de 1945, 1946 y 1967 califican a la Contraloría General como “autónoma en sus funciones administrativas” (Arts. 138, 154 y 226, respectivamente). Sus actuales competencias constan en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE).

La Constitución vigente, de 2008, define la Contraloría General del Estado como “organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”¹¹² y la integra en la Función de Transparencia y Control Social.

La legislación hacendística y los antecedentes de normativa legal presupuestaria, de contratación y de función pública

La normativa hacendística ecuatoriana constó desde 1830 en las sucesivas versiones de las leyes de Hacienda. La Ley Orgánica de Hacienda, de 1869, con sus reformas sucesivas rigió durante el primer tercio del siglo XX, hasta 1927, en que se expide una nueva ley con el mismo nombre, a lo que se hace referencia líneas arriba. Además, su contenido incluyó provisiones sobre presupuestos públicos, funcionarios públicos y contratación pública. Esta Ley es sustituida el año siguiente, de 1928, por otra del mismo nombre y con similar contenido. Su última codificación, de 1975, fue reemplazada por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, de 1977, sustituida a su vez por el vigente Código de Planificación y Finanzas Públicas y la Ley Orgánica de

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 337.

¹¹¹ DS 431, RO 11 del 10 de octubre de 1935. Art. 1.

¹¹² Art. 211. CRE.

la Contraloría General del Estado. El empleo público, como se verá más adelante, tuvo su ley específica, aunque inaplicada, desde 1952, con la Ley de Carrera Administrativa, hoy Ley Orgánica del Servicio Público.

La contratación pública adquiere su cuerpo legal propio a partir de la Ley de Licitación de 1964, en la actualidad Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Mas, al estudiar este tema particular de los contratos del Estado se verá cómo, además de los procedimientos normados por esta ley, existen variadas leyes que regulan diferentes contrataciones, que se han tratado de recoger en el Reglamento de la LOSNCP. Finalmente, la Ley de Presupuestos del Sector Público, de 1993, contempló la materia presupuestaria, que hasta esa fecha se regulaba conforme las normas contenidas en la Ley Orgánica de Hacienda y después en la LOAFYC y en múltiples normas reglamentarias y administrativas. Posteriormente, también sobre temas financieros y especialmente de endeudamiento público se expidió la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, en 2002. El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas cubre ahora estas materias.

La planificación en el Ecuador

El presupuesto del Estado es un reflejo de las prioridades gubernamentales y de la orientación que el Ejecutivo entiende imprimir a la Administración Pública. En este contexto, aun de una manera tácita, desde que hay un presupuesto público necesariamente existe una política y una planificación pública. Por razones obvias, la administración presupuestaria se organiza desde el comienzo de la República, mientras que se podría decir que la planificación propiamente dicha no se inicia hasta mediados del siglo XX. La Constitución de 1929 encarga al “Consejo de Ministros” un principio de planificación al atribuir la intervención de este órgano “en la formación del proyecto de Presupuesto que el Presidente de la República está obligado a presentar al Congreso” (Art. 94, 1º). Desde 1935 se crea un Consejo Nacional de Economía que no llega a funcionar efectivamente, que se retoma con la misma denominación en 1937 y con el nombre de Corporación de Fomento en los años 40; creándose por tercera vez el Consejo Nacional de Economía en

1943.¹¹³ Pero el germen de un organismo planificador se encuentra en la “Comisión Técnica del Presupuesto” establecida en la Norma Suprema de 1946 (Art. 139), unidad administrativa que posteriormente continuó su funcionamiento paralela y conjuntamente con el órgano planificador específico. El Consejo Nacional de Economía se contempla en esta misma Constitución “[p]ara el estudio de los problemas económicos, su coordinación y planificación” (Art. 82), pero sin duda su función política más importante fue de dictaminar sobre los proyectos de decretos leyes de emergencia que establece esta norma jurídica. Según VICUÑA, la ley constitutiva del Consejo le encarga elaborar un “Plan de Reconstrucción y Desarrollo de la Economía Nacional”.¹¹⁴ La Junta Nacional de Planificación y Coordinación fue creada por Decreto Ley de 1954 y consta en la Ley Fundamental de 1967, donde se le atribuyen competencias principalmente relacionadas con el “Plan General de Desarrollo Económico y Social de la Nación”, definido en otra parte como un plan plurianual que comprenda medidas coherentes para alcanzar, con la participación de todos los habitantes, los fines concretos del desarrollo económico y del progreso social (Arts. 235, 236 y 94 de la Constitución de 1967). El alcance de sus planes se extiende a las entidades públicas, incluso aquellas impropiedades denominadas “semipúblicas”. No obstante que la Constitución consigna que la Junta fijará las “directivas a que deben sujetarse las entidades públicas”, no se establece un nexo directo con la formulación de los presupuestos de las dependencias públicas. En todo caso, desde esa época los planes deben ser aprobados por el Presidente de la República, que es una disposición que se repite en la Constitución de 1979. No obstante, la reforma y codificación constitucional de 1998 suprimió la referencia a la aprobación del Ejecutivo, pero encargando el “sistema nacional de planificación” a un organismo técnico de la Presidencia de la República. En la Constitución vigente, de 2008, “Consejo Nacional de Planificación” está presidido por el Presidente de la República.¹¹⁵

La Constitución de 1979 encargó la planificación al Consejo Nacional de Planificación y convirtió esta actividad en la principal

¹¹³ VICUÑA IZQUIERDO, LEONARDO, *La Planificación en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional, p. 18.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Art. 279. CRE.

tarea del Vicepresidente de la República, lo que se convirtió con frecuencia en origen de variados conflictos con el Presidente de la República. Para formalizar las extensas vacancias en las reuniones del Consejo donde, por la conformación de los miembros, no siempre se encontraban los necesarios acuerdos, a fines de 1996 se trasladaron sus competencias a la Secretaría General de Planificación (SEGEPLÁN). Como se acaba de ver, la reforma y codificación constitucional de 1998 convirtió el órgano planificador en una oficina técnica del despacho del Ejecutivo, denominada “Oficina de Planificación”. La Constitución disponía que “los objetivos nacionales permanentes en materia económica y social” que “fijará las metas de desarrollo a corto, mediano y largo plazo (...) en forma obligatoria para el sector público y referencial para el sector privado” se “deberán alcanzar en forma descentralizada (...) con la participación de los gobiernos seccionales autónomos y de las organizaciones sociales que determine la ley” (Arts. 254 y 255 de la Constitución de 1998).

La Constitución vigente, de 2008, establece Consejo Nacional de Planificación y le asigna como “objetivo dictar los lineamientos y las políticas que orienten al sistema y aprobar el Plan Nacional de Desarrollo”.¹¹⁶ Expide el “Plan Nacional de Desarrollo (que) es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el “Estado central” y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores.”¹¹⁷ La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES) es el órgano que diseña los planes correspondientes, encontrándose a la fecha vigente el “Plan Nacional 2013-2017” del “Buen Vivir”.

Los presupuestos públicos

En la Constitución de 1897 era una de las atribuciones del Congreso “[d]ecretar anualmente los gastos públicos, con vista de los presupuestos que le presente el Poder Ejecutivo”. El presupuesto

¹¹⁶ Art. 279. CRE.

¹¹⁷ Art. 280. CRE.

es propiamente una ley, aunque no se la llamará como tal hasta la Constitución de 1929. La Constitución reformada y codificada en 1998 tampoco lo denomina como “Ley”. En todo caso, la Carta Política de 1897 dispone en consecuencia que “[n]o puede hacerse del Tesoro Nacional gasto alguno para el cual no hubiese aplicado el Congreso la cantidad correspondiente, ni en mayor suma que la señalada” (Art. 133). En la siguiente Constitución, de 1906, corresponde a las Cámaras reunidas en Congreso “... decretar el Presupuesto Nacional, equilibrando los Ingresos efectivos con los Egresos” y se establece la prohibición del Ejecutivo de presentar un Presupuesto desfinanciado (Art. 125; en el mismo sentido Constitución de 1929: Art. 101). Con posterioridad a la “revolución juliana” se expiden las primeras normas técnicas sobre el presupuesto del Estado.¹¹⁸ En la Constitución de 1929 también compete a las cámaras reunidas en Congreso la aprobación presupuestaria (Art. 51). Como se manifiesta líneas arriba, se alude al presupuesto como “Ley de Presupuesto” y se repite la prohibición de efectuar gastos no contemplados, “excepto por transferencia de asignaciones” (Art. 105).

Expresamente se hace referencia a la prioridad de la “Instrucción Pública y del Poder Judicial” en los financiamientos presupuestarios. En 1945, la Ley Fundamental establece por primera vez un porcentaje mínimo del 20 % del presupuesto a dedicarse para la educación pública, que se incrementa al 30 % en la Constitución de 1979, lo que se conserva en la actualidad (Art. 71), a pesar de lo cual este porcentaje nunca ha sido alcanzado efectivamente. En la reforma y codificación de 1998 también consta la asignación del 15% de “los ingresos corrientes totales del presupuesto del gobierno central”, para los “organismos del régimen seccional autónomo” (Art. 232, 2). En la Carta Fundamental de 1967 se estableció como prioridades presupuestarias, además de las consabidas de educación y defensa: “la atención de los servicios públicos y (...) la ejecución de programas de desarrollo económico y social” (Art. 154). La determinación de asignaciones en porcentajes fijos que tradicionalmente se incluyeron en las últimas constituciones, sin que por eso lleguen a cumplirse, han desaparecido de la actual Ley Suprema, con una sola excepción, para los gobiernos autónomos descentralizados. La Constitución

¹¹⁸ LARREA STACEY, EDUARDO, *Pensamiento Monetario y Financiero*, Banco Central Corporación Editora Nacional, Quito, 1986, p. 40.

vigente dispone: “Se establecen preasignaciones presupuestarias destinadas a los gobiernos autónomos descentralizados, al sector salud, al sector educación, a la educación superior; y a la investigación, ciencia, tecnología e innovación en los términos previstos en la ley”.¹¹⁹ Específicamente dispone: “Los gobiernos autónomos descentralizados participarán de al menos el quince por ciento de ingresos permanentes y de un monto no inferior al cinco por ciento de los no permanentes correspondientes al ‘Estado central’, excepto los de endeudamiento público”.¹²⁰

La potestad del Congreso de establecer sus propias estimaciones presupuestarias —“modificar, aumentar o disminuir los cálculos de ingresos, aumentar las partidas de egresos, (...) disminuirlas, eliminarlas o agregar nuevas partidas” (Art. 109, Constitución de 1929), con similar disposición en la Constitución de 1945 (Art. 128) —, se prohíbe en la Constitución de 1946 (Art. 144). En general las competencias presupuestarias del Congreso se vieron drásticamente restringidas en la reforma y codificación constitucional de 1998, lo que se reitera en la Constitución de 2008: “Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos” y “Las observaciones de la Asamblea Nacional serán sólo por sectores de ingresos y gastos, sin alterar el monto global de la proforma”.¹²¹

Existen una serie de principios presupuestarios vigentes en la Constitución de 2008, consagrados en todas las constituciones del siglo XX, algunos provenientes del siglo anterior: deberá contener todos los ingresos y egresos, no se puede cubrir gastos corrientes con endeudamiento público.¹²² Pero las anteriores constituciones no contemplaban que en el Presupuesto General

¹¹⁹ Art. 298. CRE.

¹²⁰ Art. 271. CRE.

¹²¹ Arts, 301. 135 y 295. CRE.

¹²² “Los egresos permanentes se financiarán con ingresos permanentes... Los egresos permanentes para salud, educación y justicia serán prioritarios y, de manera excepcional, podrán ser financiados con ingresos no permanentes”, “[t]oda norma que cree una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente”, “[e]l Presupuesto General del Estado... incluye todos los ingresos y egresos del sector público” (Arts, 286. 287 y 292. Constitución).

el Estado “constará el límite del endeudamiento público”, como es el caso de la actual Ley Suprema.¹²³

Existen en cambio, otros principios que estuvieron vigentes en todas las constituciones del siglo, pero fueron suprimidos en la Constitución de 1979: el presupuesto deberá necesariamente contar con una partida para el pago de la deuda pública; el Congreso deberá compensar los ingresos del presupuesto constantes en normas que derogue; el Ejecutivo deberá explicar las razones de los déficits que se produzcan; no se podrán establecer ingresos predeterminados para un destino especial; requiere previamente el informe de un órgano público específico, como el Consejo de Estado, el Consejo de Ministros o la Comisión Legislativa.

Las referencias legales al Presupuesto del Estado se encuentran tanto en la Ley Orgánica de Hacienda de 1927 como en las del año siguiente, 1928. Este título de la ley sufrió varias reformas, hasta que fue sustituido enteramente por la Ley Orgánica del Presupuesto.¹²⁴ Esta Ley fue refundida en la codificación de la Ley Orgánica de Hacienda de 1960, donde se la incluye como Título VI. La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (1977) deroga la Ley Orgánica de Hacienda y establece en su Título III el “sistema de presupuesto” en varios capítulos. La Ley de Presupuestos del Sector Público regla la materia presupuestaria desde 1992,¹²⁵ sin que esta norma haya derogado en forma expresa las provisiones presupuestarias constantes en la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. La Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público (1983)¹²⁶ contenía importantes normas presupuestarias sustantivas y adjetivas, todas ellas reemplazadas por el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Cabe destacar el desglose que realiza este Código: de entidades públicas, sometidas a diferentes trámites: dependencias y entidades, universidades y escuelas politécnicas,

¹²³ Art. 120. N° 12., CRE.

¹²⁴ DLE, N° 538. *Ley Orgánica del Presupuesto*, RO 769 del 21 de marzo de 1951: “deroga todo el Título VI de la Ley Orgánica de Hacienda, que trata del ‘Presupuesto Nacional’, reemplazándolo por un conjunto de preceptos”, BORJA Y BORJA, *Ob. cit.* (1960), p. 347.

¹²⁵ L. 18, *Ley de Presupuestos del Sector Público*, Suplemento del RO 76 del 30 de noviembre de 1992.

¹²⁶ L. 122, *Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público*, Suplemento RO 453 del 17 de marzo de 1983.

entidades financieras y organismos del Estado. En lo relativo a presupuestos municipales, la derogada Ley de Descentralización del Estado y de Participación Social,¹²⁷ que se halla en concordancia con los preceptos constitucionales, suprimió el requisito del dictamen previo del órgano de planificación.

La contratación pública ecuatoriana

La Ley Orgánica de Hacienda de 1863 que, con varias reformas, estuvo vigente hasta 1927 en el Ecuador, disponía en su penúltimo artículo que el Poder Ejecutivo, antes de la celebración de cualquier contrato, debería publicarlo por el periódico oficial o en una hoja suelta “y todo contrato que se celebre sin este requisito será nulo”.¹²⁸ La Ley Orgánica de Hacienda expedida en 1927 crea la Dirección de Suministros en el Ministerio de Hacienda, para encargarse “de adquirir y suministrar a los Departamentos y Oficinas los materiales que se necesiten para el uso del gobierno” (Art. 62) y exige al Poder Ejecutivo el requisito de licitación para todo contrato que exceda de cierta cuantía (Art. 268).¹²⁹ En 1958 se dispone “la intervención propia del Contralor para la celebración de contratos que entrañen egresos de fondos públicos, y asimismo en materia de licitación”.¹³⁰ A la Ley Orgánica de Hacienda de 1863, le suceden otras en 1927 y 1928, como se ha visto, con algunas semejanzas, anotándose también diferencias determinadas. La codificación de esta Ley, de 1960, contempla el requerimiento, existente hasta la actualidad, de contar con una partida presupuestaria y disponibilidad de fondos, previo a la celebración de un contrato que exija egresos de fondos públicos (Arts. 64 y 65). En esta Ley se exige la licitación para todo contrato que exceda de doscientos mil sucres y la publicación de las bases aprobadas por la Junta de Licitaciones en el Registro Oficial o en los periódicos del lugar (Arts. 377-379). También establece ciertas autorizaciones a cargo del Consejo de Estado. Una Ley de Licitaciones se expide en 1964 y otra el año siguiente. Después

¹²⁷ L. 27. *Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social*, RO 169 del 8 de octubre de 1997, Art. 16.

¹²⁸ *Ley Orgánica de Hacienda*, Colección de leyes y decretos dados por el Congreso Constitucional de 1863. Imprenta Nacional, Quito, 1864. p. 225.

¹²⁹ BORJA Y BORJA, *Ob. cit.* (1960), pp. 325 y 331.

¹³⁰ *Ibidem*, pp. 348-349.

de sucesivas reformas se promulga la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas en 1974 que sufrió varias modificaciones hasta la expedición de la Ley de Contratación Pública. Fue reformada en múltiples ocasiones y se sustituyó con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de 2008.

En 1989 se había expedido una legislación específica para estudios, la Ley de Consultoría, que fue derogada por la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que también contempla los contratos de consultoría.

Además de las normas propias de los bancos Interamericano de Desarrollo (BID) y Mundial (BM) que norman los contratos financiados por estas instituciones, así como normas específicas internas que aplican unas cuantas instituciones públicas, existen varias leyes sobre contrataciones especiales, como las de explotación, explotación y transporte de petróleo, sujetas a la Ley de Hidrocarburos, y otras disposiciones legales y reglamentarias específicas.

La Ley de Modernización, además de las concesiones de servicios públicos a que también se refiere la Constitución, amplía la posibilidad de contrataciones para aplicar sus disposiciones a todas las figuras contempladas en las leyes ecuatorianas, entre las que se deben considerar incluidas, en primer lugar, las provisiones del Libro Cuarto, del Código Civil, sobre los contratos. Además, existen normas específicas para los contratos que pueden celebrar diferentes entidades y dependencias del Estado de: aprovechamiento forestal, servicios ocasionales, endeudamiento público, venta de valores y negocios fiduciarios, sociedad y arrendamiento mercantil, etc. El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones¹³¹ autoriza distintas “formas contractuales de acuerdo a la ley” en la “delegación” “de la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros”.¹³²

Sobre la disposición de bienes del Estado, desde el siglo XIX ha correspondido al Congreso Nacional la “enajenación” o la “aplicación de usos públicos” de los bienes nacionales y “arreglar su administración”, como por ejemplo la Constitución de 1906.

¹³¹ SRO N° 351, del 29 de diciembre de 2010.

¹³² Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Art. 100.

Posteriormente se ha facultado al Congreso para “decretar” o “autorizar” la enajenación o hipoteca de los bienes del Estado. La Constitución de 1946 dispuso que la venta de bienes muebles se debía someter a lo dispuesto por la ley. La Constitución de 1967 dispuso que correspondía al Senado autorizar “la enajenación o gravamen de los inmuebles”.¹³³ La Constitución de 1979 suprime tales atribuciones del Congreso y otorga a la Contraloría competencias para “controlar los ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos”. La Constitución de 2008 define la Contraloría General del Estado como “un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos” (Art. 211).

La evolución del concepto de entidad pública y de personalidad jurídica de derecho público ecuatoriano

El Código Civil de Andrés Bello, adoptado por Ecuador con ciertas modificaciones en 1861, contempla los “establecimientos públicos costeados por el Estado” con personalidad jurídica de Derecho Público. Originalmente la figura del “establecimiento público” fue concebida y utilizada sólo para personificar jurídicamente los hospicios, hospitales y otras casas de asistencia. Desde fines del siglo XIX la corriente de los servicios públicos descentralizados adapta en Francia esta figura clásica del establecimiento público para sus requerimientos específicos de tener una personalidad jurídica separada de la del Estado. Así, VEDEL, caracteriza este último tipo de establecimiento público afirmando que es “un servicio público erigido en persona pública o incluso, al contrario, una persona pública especialmente constituida para la gestión de un servicio público”.¹³⁴ Pero en Ecuador, la figura administrativa del establecimiento público continúa aplicándose durante el siglo XIX a los establecimientos de beneficencia exclusivamente. Los principales servicios públicos se establecen como “direcciones” sujetas jerárquicamente al ministerio determinado. Por ejemplo,

¹³³ BORJA Y BORJA, *Ob. cit.*, (1979), t. II, pp. 55-56.

¹³⁴ VEDEL, GEORGES y PIERRE DEVOLVÉ, *Droit Administratif*, 12ª edición actualizada, Presses Universitaires de France, París, 1992, t. 2, p. 602.

en la Ley de Régimen Administrativo Interior de 1898, “Correos y Telégrafos” era un “ramo” correspondiente al Ministerio de lo Interior (Art. 18).

El Banco Central del Ecuador se constituye inicialmente como una persona jurídica de derecho privado, sometida a la legislación mercantil. En efecto, la “Ley sobre fundación de un Banco Central” de 1925 dispone: “Establécese una Compañía Anónima que se denominará Banco Central del Ecuador, y practicará operaciones de emisión, giro, depósito y descuento”. También se declara que “el Banco Central es una Institución de derecho privado”.¹³⁵ Es uno de los primeros ensayos gubernativos para establecer unidades administrativas descentralizadas funcionalmente. La figura de la personalidad jurídica de derecho privado otorgaba al Banco Central la independencia necesaria para desempeñar el papel de rector de las políticas monetarias, alejado de las coyunturas políticas. Pero esa misma característica conduciría eventualmente a su constitución como una entidad de derecho público, aunque con carácter de “autonomía”. Es interesante remitirse a la consulta realizada por el Presidente del Banco Central a un jurisconsulto guayaquileño en noviembre de 1930, de la cuestión siguiente: “¿Pueden ser variadas, sin contar con la voluntad del Banco Central, es decir de sus socios, las condiciones sobre las cuales fue establecida esta institución, conforme a la ley de 4 de marzo de 1927?” La respuesta del profesional consultado, Dr. C. A. Arroyo del Río, posteriormente Presidente de la República, derrocado en mayo de 1944, fue que ni siquiera una ley del Congreso podría modificar sus estatutos, sin la voluntad de los socios, que eran los bancos privados del país.¹³⁶

Como se ha visto anteriormente, también se acude a la denominación de “juntas” para el establecimiento de entidades autónomas, que en forma periódica se intenta eliminar, así como cíclicamente se centralizan rentas que las diferentes legislaturas han ido descentralizando para propósitos diversos. En la creación de estas juntas no se hace referencia a su personalidad jurídica de de-

¹³⁵ DS, *Ley sobre fundación de un Banco Central*, RO 78 del 14 de octubre de 1925. Colección de leyes, decretos, acuerdos y resoluciones de la Junta de Gobierno Provisional, t. 1º, 1925. Quito, 1926. pp. 302-330.

¹³⁶ ARROYO DEL RÍO, CARLOS A., “Una consulta del Banco Central”, En: *Estudios Jurídicos*, Guayaquil, 1964. pp. 13-17.

recho público, por lo que se puede estimar que son simples entes contables o presupuestos descentralizados o desconcentrados.

Después de ensayar nominaciones jurídicamente inapropiadas como “personas jurídicas de derecho privado con finalidad social” y personas jurídicas semipúblicas (Constitución de 1967), finalmente en forma doctrinalmente correcta se determina el nombre de personas jurídicas de derecho público para todas las entidades públicas del Estado, incluyendo las empresas públicas. Por otra parte, las figuras de “economía mixta” y “compañía anónima” del derecho societario se utiliza con frecuencia en la segunda mitad del siglo, con resultados dispares. Con el fracaso del impulso privatizador de mediados de los años 90, los servicios públicos ecuatorianos se encontraron en su mayoría conformados como sociedades anónimas cuyas acciones pertenecían al Fondo de Solidaridad, suprimido por la Constitución de 2008,¹³⁷ en sociedades anónimas, principalmente de energía eléctrica y telefonía, sometidas al derecho privado, donde se entronizaron nuevas tecnocracias y se manejaron elevadas sumas de dinero, sin mayor control o regulación estatal, que es una tendencia que se revierte en la actualidad, con la fusión de Andinatel S. A. y Pacifictel S. A., en la Corporación Nacional de Telecomunicaciones EP (CNT) y la supresión del Fondo de Solidaridad, único accionista de todas las empresas eléctricas de capitales públicos. La disposición transitoria trigésima de la Constitución 2008 dispone el traspaso de estas compañías de Derecho Privado a empresas públicas, es decir con personalidad jurídica de derecho público.

Un fenómeno inédito de la Administración Pública ecuatoriana fue el súbito y desmedido incremento de la intervención estatal en el sector bancario privado a fines del siglo XX, por razones no siempre ajenas a las políticas gubernativas, con la crisis de la banca ecuatoriana. En efecto, la intervención de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) para el pago de las acreencias del público en bancos privados, determina que conforme a la legislación vigente, la extinguida AGD asumió la propiedad de estas instituciones financieras y de muchos de sus negocios vinculados, instituciones financieras que, por otra parte, continúan siendo de derecho privado en todos sus aspectos. En su momento la AGD incautó un número importante de empresas comerciales y por lo

¹³⁷ Disposición Transitoria Trigésima.

menos dos de los grandes canales de televisión del Ecuador, así como la más grande empresa de cable, incluyendo un canal noticioso. El Fideicomiso “AGD-CFN No más impunidad”, a través de la Unidad de Gestión y Ejecución de Derecho Público (UGE-DEP) maneja en el presente la totalidad de los activos señalados y las respectivas personas jurídicas.

Las empresas públicas

Las empresas de Ferrocarriles del Estado y de Abonos del Estado se constituyeron en 1946, prácticamente las primeras empresas públicas ecuatorianas. Los ferrocarriles se establecieron como empresa a raíz de la nacionalización de la empresa operadora, “The Guayaquil and Quito Railway Company”. La Empresa de Abonos se establece con un enfoque básicamente rentístico, originalmente con el nombre de Fábrica de Abonos Químicos de La Libertad y Fábrica de Abonos Orgánicos de Quito, y posteriormente como Fábrica de Abonos del Estado.¹³⁸ Esta última nunca tuvo personalidad jurídica y funcionó como una dependencia del Ministerio de Agricultura. Igualmente sin personalidad jurídica desarrolló sus actividades el “Servicio Nacional de Almacén de Libros del Ministerio de Educación Pública” (SNALME), creado en 1971. Mas, en general, las empresas públicas se crearon como personas jurídicas de derecho público. Algunas de ellas tampoco fueron verdaderas empresas —en el sentido de entidades productoras de bienes para el mercado— como la Empresa de Suministros del Estado, cuyas funciones ya se encuentran contempladas en las sucesivas leyes de Hacienda por lo menos desde 1927, donde se asigna al Ministerio de Hacienda “la vigilancia y dirección de las adquisiciones para el Estado”, ministerio donde se crea la “Dirección de Suministros” para “adquirir y suministrar a los Departamentos y Oficinas los materiales que se necesiten para el uso del gobierno”.¹³⁹ En cambio, sí responden al concepto de empresa los servicios públicos de correos, telecomunicaciones y energía eléctrica, que después de funcionar largo tiempo como dependencias ministeriales, se constituyeron como entidades con personalidad jurídica de derecho público a comienzos de los años setenta (Empresa Nacional de Correos, IETEL e INECEL),

¹³⁸ DE 1274. RO 644 de julio de 1946.

¹³⁹ BORJA y BORJA, *Ob. cit.* (1960), pp. 324-325.

época en que también se creó la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), hoy Petroecuador EP y Peroamazonas EP. En el ramo del transporte marítimo de carga y de hidrocarburos, se consideró necesario establecer las empresas Transnave y Flopec, respectivamente. El Estado también se hizo cargo de la expropiada compañía “Ecuatoriana de Aviación”, como “empresa estatal”. A comienzos de los setenta asimismo se crearon empresas con finalidades denominadas por la doctrina como suplementarias y compensatorias del mercado, principalmente la Empresa Nacional de Productos Vitales (ENPROVIT), la Empresa Nacional de Almacenamiento (ENAC) y la Empresa Nacional de Semen (ENDES). Con esta misma finalidad se crea, también a comienzos de los setenta, la Empresa Pesquera Nacional (EPNA). Con fines de captación de rentas y producción de excedentes, al estilo de la Empresa de Abonos del Estado se crearon la Empresa de Alcoholes del Estado y la Empresa Nacional de Pronósticos Deportivos (ENPRODE).

Las demás empresas constituidas principalmente en los años setenta y ochenta, denominadas “públicas” fueron en realidad de derecho privado, puesto que se constituyeron como compañía de economía mixta o como sociedades anónimas de capitales públicas, conforme las provisiones de la Ley de Compañías. Tal es el caso también de las “empresas eléctricas” de capitales públicos en todo el país y de innumerables compañías de economía mixta. Finalmente, se deben mencionar en este rubro de las empresas del Estado, compañías anónimas de empresarios privados determinadas en las cuales la institución financiera estatal Corporación Financiera Nacional adquirió participaciones por razones diversas, que vendió en los años noventa del siglo XX.

Muchas de estas empresas públicas nunca cumplieron las ambiciosas finalidades que les atribuyeron sus bien intencionados creadores y más bien se constituyeron en una pesada carga para el Estado por sus pequeñas y grandes pérdidas, además de frecuentes escándalos por elevadas sumas en negocios fallidos, como las importaciones de arroz de la extinguida ENPROVIT. Las empresas “rentísticas” no produjeron los excedentes en los montos esperados o, peor aun, también produjeron pérdidas.

Las empresas de servicios públicos y de explotación de hidrocarburos forzosamente produjeron excedentes como CEPE—y después PETROECUADOR EP—, IETEL e INECCEL, a pesar

de que ninguna de ellas llegó nunca a elaborar una contabilidad comercial ni presentar balances ni estados de ganancias y pérdidas, pero en todo caso realizaron regularmente las transferencias de fondos correspondientes al Tesoro Nacional.

En consecuencia de lo expuesto, cuando, a mediados de los noventa, la Ley de Modernización permitió la supresión de muchas de tales empresas por Decreto Ejecutivo, de hecho algunas ya eran simples membretes, como Empresa de Abonos del Estado, Empresa de Alcoholes, ENDES, ENPRODE, Empresa Pesquera Nacional (EPNA) y Empresa de Suministros. Otras fueron suprimidas después de adicionales escándalos como ENPROVIT y ENAC. Los propósitos de esta última se reeditan a partir de 2007, con la creación de la empresa pública Unidad Nacional de Almacenamiento UNA EP, adscrita al Ministerio de Agricultura (MAGAP).

La venta de la endeudada Ecuatoriana de Aviación constituyó un alivio para las arcas fiscales. Con posterioridad a su liquidación, Ecuatoriana de Aviación se vendió a una compañía aérea extranjera, que la adquirió con la finalidad de aprovechar las rutas locales -un hecho inédito a nivel continental, o tal vez mundial- con la denominación de LAN Ecuador, filial de LAN Chile.

Pero la Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, a pesar de su nombre no suministró bases legales para la privatización o concesión de los grandes servicios públicos, lo que se debía establecer en leyes especiales. Pero tampoco la ley dictada para el efecto,¹⁴⁰ concebida con el propósito de concesionar el servicio público de telecomunicaciones consiguió su propósito. Más bien, determinó que la empresa de telecomunicaciones existente al momento de su expedición se escindiera en dos compañías de derecho privado, ANDINATEL S. A. y PACIFICTEL S. A., cuyas acciones pertenecían al Fondo de Solidaridad y que se fusionaron para constituir la Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT) a fines de 2008, actualmente una empresa pública (EP). La ley equivalente para la concesión de los servicios de generación, transmisión y suministro de energía eléctrica, que suprime la empresa pública INECEL tampoco permitió en la práctica la concesión del servicio, pero sí crearon un nuevo ente regulador

¹⁴⁰ L. 94. *Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones*, RO 770 de 30 de agosto de 1995,

(CONELEC), una empresa privada de control de energía (CENACE); y, en el campo de las telecomunicaciones, la Ley estableció entes reguladores: Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (SENATEL), el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), el Consejo Nacional de Radio y Televisión (CONARTEL) y la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUPTTEL). También se crean nuevas personas jurídicas de derecho privado, en forma de sociedades anónimas, cuyas acciones pertenecieron también al suprimido Fondo de Solidaridad.¹⁴¹

La Constitución vigente conserva la posibilidad de delegar a los particulares la prestación de servicios públicos y aprovechamiento de sectores estratégicos, pero restringida “de forma excepcional... en los casos que establezca la ley”,¹⁴² lo que se encuentra reglado en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI). Por otra parte, la declaratoria de caducidad del contrato con la compañía petrolera estadounidense Occidental Petroleum (OXY) para la operación del denominado Bloque 15 y la reversión de sus yacimientos y de sus instalaciones al Estado ecuatoriano, a comienzos del año 2006, determina el requerimiento de la administración de una suerte de empresa del Estado, pero con la forma de compañía anónima, es decir sometida al Derecho Privado, sujeta al control de la Contraloría General del Estado, de capital 100% estatal, con acciones repartidas entre PETROECUADOR (80%) y PETROPRODUCCIÓN (20%). Adicionalmente al Bloque 15, PETROAMAZONAS S. A. operó los importantes campos petroleros Edén Yuturi, Limoncocha, y el ambicioso Proyecto Pañacocha. A la presente fecha, se desempeña como PETROAMAZONAS EP.

Los organismos de transparencia y control social

La Función de Transparencia y Control Social establecida en la Constitución 2008 tiene como órgano principal el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social¹⁴³ y cuenta además con

¹⁴¹ La Disposición Transitoria Trigésima de la Constitución vigente dispone la desaparición del Fondo de Solidaridad en el plazo de doce meses desde su promulgación.

¹⁴² Art. 316, *Constitución*, “Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley” (Art. 313. Constitución).

¹⁴³ Art. 207. CRE.

la Contraloría General del Estado, las Superintendencias¹⁴⁴ y la Defensoría del Pueblo.

Mientras que la Función de Transparencia y Control Social y su órgano, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social resultan instituciones nuevas en el Ecuador, se encuentran antecedentes para las superintendencias en la legislación ecuatoriana de comienzos del siglo XX.

La Ley Orgánica de Hacienda de 1927 establece que “el departamento bancario, establecido por la Ley General de Bancos de 1927, funcione como dependencia del Ministerio de Hacienda. ...” Según aquella Ley, el departamento bancario estará dirigido por el Superintendente de Bancos, y encargado de la ejecución de las leyes relativas a éstos”.¹⁴⁵ Lo mismo se ordena en la Ley Orgánica de Hacienda de 1928. Todas las constituciones desde la de 1945 determinan el nombramiento del Superintendente de Bancos por el Congreso. Las Constituciones de 1946 y 1967 califican a la Superintendencia de Bancos como un “organismo” técnico y autónomo. La Superintendencia de Bancos controló determinado tipo de sociedades, hasta la creación de la Superintendencia de Compañías, que asume competencias para el control de todas las compañías, inclusive las de economía mixta.

La Superintendencia de Telecomunicaciones se crea en 1992.¹⁴⁶ En 1995 se añade el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) y la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones (SENATEL), así como el CONARTEL; organismos todos ellos con sus propios regímenes administrativos, de personal, de remuneraciones y de contratación,¹⁴⁷ aunque estas contrataciones especiales fueron suprimidas en 2008 con la unificación que estableció la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Asimismo la Ley Orgánica de Servicio Público establece

¹⁴⁴ Art. 213. *Constitución*: “Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.”

¹⁴⁵ BORJA, *Ob. cit.*, p. 324.

¹⁴⁶ L., 184. *Ley Especial de Telecomunicaciones*, RO 996 del 10 de agosto de 1992, Art. 34.

¹⁴⁷ L., 94. *Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones*, RO 770 de 30 de agosto de 1995,

un régimen único para todos los funcionarios públicos. En 1996 se crea el Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC).¹⁴⁸

En la actualidad, “[e]l control y administración de las empresas públicas nacionales” se incluye entre las competencias exclusivas del “Estado central”.¹⁴⁹

La función pública

El número de funcionarios públicos está determinado hasta el detalle del “portero amanuense” en las sucesivas leyes de régimen administrativo del siglo XIX, por lo cual no podía incrementarse su número por simples disposiciones administrativas. A inicios del siglo XX, la entonces vigente Ley de Régimen Administrativo Interior dispone en el Ministerio de lo Interior: “un Subsecretario, cuatro Jefes de Sección, cuatro Oficiales de número, cinco amanuenses, un archivero y un portero”, que se amplía posteriormente a “un ayudante” del archivero.¹⁵⁰ No se hace referencia a la estabilidad de los empleados de los ministerios, pero expresamente se determina que sin excepción, los empleados del Consejo de Estado y del Gobernador son de libre nombramiento y remoción de su correspondiente superior (Arts. 4 y 45). La Ley Orgánica de Hacienda de 1863, sustituida por la Ley Orgánica de Hacienda de 1927, contiene provisiones sobre el empleo público; y en menor grado también contemplan provisiones sobre este tema las sucesivas leyes de Régimen Administrativo.

El primer fuerte impulso al crecimiento burocrático ocurre con la laicización educativa que ocurre en la primera década del siglo XX. La creación de variadas instituciones reguladoras en los años 20 multiplica los empleos burocráticos y el requerimiento de un desarrollo tecnocrático para el manejo de cuestiones especializadas. La “Segunda Ley Obrera”, de 1921, “que es sancionada por el Presidente Tamayo (...) determina lo que debe entenderse por obrero o jornalero, y por patrono, incluyendo al Estado y a las entidades de derecho público”.¹⁵¹ También se dictan leyes para

¹⁴⁸ *Ley de Régimen del Sector Eléctrico*, Suplemento del RO 43 del 10 de octubre de 1996.

¹⁴⁹ Art. 261. 12., CRE.

¹⁵⁰ *Ley reformativa de la Ley de Régimen Administrativo Interior*, del 20 de octubre de 1900. RO 1247. Decretos y leyes sancionados en el año 1900. Publicación anual del archivo del Poder Legislativo, Imprenta Nacional, Quito, 1901. pp. 127-129.

¹⁵¹ DÁVILA SILVA, RAMIRO, “El Sistema de Administración de Personal y Carrera Administrativa en el Sector Público Ecuatoriano”, en: *Administración de Personal y Carrera*

ciertas ramas específicas de la burocracia: en 1938 se expiden las leyes de Escalafón del Magisterio y de Servidores Públicos del Servicio Exterior de la República. Otros empleados que tienen su propia legislación son los que prestan sus servicios en las diferentes ramas de las fuerzas armadas, incluyendo la policía, así como los denominados “empleados civiles” de estas dependencias. El máximo desarrollo de la burocracia pública se produce durante las dictaduras militares de los 70, —donde se dicta una codificación de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa— en que la función pública alcanza su más alta expresión en el siglo XX, sin perjuicio de lo cual la burocracia continúa incrementándose hasta fin de siglo, con el aumento consiguiente del gasto público, con una pequeña disminución de su número por efecto los esquemas de supresiones de partidas y de “compra de renunciaciones” instaurados a comienzos de los años noventa. A pesar de lo dicho sobre el gasto público, a nivel individual las remuneraciones burocráticas decrecieron constantemente, en valores reales, desde comienzos de los 80 del siglo XX.

Un intento de legislar la estabilidad y carrera administrativa no se presentaría hasta comienzos de los cincuenta del siglo XX, con la expedición de la Ley de Carrera Administrativa, donde se someten expresamente las reclamaciones de los servidores públicos a la jurisdicción de los jueces laborales. Mas, por tratarse de un Decreto-Ley de Emergencia, sometido a la confirmación del Congreso según la Constitución de 1946 entonces vigente, fue analizado y rechazado con dictamen desfavorable, por lo que no entró en vigencia. La Ley de Carrera Administrativa aprobada por el Congreso en 1959¹⁵² tampoco tuvo aplicación.¹⁵³ La Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, se expidió en 1964, siendo codificada en 1978¹⁵⁴ con las disposiciones sobre función pública constantes en la Ley Orgánica de Hacienda que estuvo vigente hasta su derogatoria y sustitución por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en 1977.¹⁵⁵ Con posteriori-

Administrativa en América Latina, Dirección Nacional de Personal-ALAP-CLAD-ILDIS, Quito, 1986, p. 27.

¹⁵² RO 956 del 30 de octubre de 1959.

¹⁵³ DÁVILA, *Ob. cit.* p. 32.

¹⁵⁴ *Codificación de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa*, RO 574 del 25 de abril de 1978.

¹⁵⁵ RO 337 del 16 de mayo de 1977.

dad a la “Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Homologación de las Remuneraciones del Sector Público”, codificada en el 2005¹⁵⁶ se encuentra vigente la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP).¹⁵⁷ Pero el Código del Trabajo también rige las relaciones entre el Estado y sus instituciones y determinados trabajadores. En la Constitución de 1979 se instauró un complicado esquema para aplicar sea el estatuto público, sea el Código de Trabajo, según los casos, que permaneció en vigencia hasta la Ley Suprema de 2008. En las entidades que ejercían la potestad estatal se aplicó como regla el régimen administrativo y como excepción -para obreros y trabajadores manuales- el régimen laboral privado. Por otra parte, todas las demás instituciones, esto es todas aquellas cuyas funciones resultaban delegables al sector privado, aplicaron como regla general el Código del Trabajo y como excepción -para quienes ocupan cargos directivos y, en general, de jefatura- el régimen administrativo.¹⁵⁸ La norma constitucional vigente somete todo el personal público a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, con excepción de los obreros, cuyas relaciones con el Estado se rigen por el Código del Trabajo.

La Dirección Nacional de Personal se convierte posteriormente en una unidad de la Secretaría Nacional de Desarrollo Administrativo (SENDA), habiéndose trasladado a la Presidencia de la República cuando se suprimió dicha Secretaría. Con posterioridad, esta unidad se denominó Oficina de Servicio Civil y Desarrollo Institucional de la Presidencia de la República.¹⁵⁹ Tanto la Ley de Presupuestos del Sector Público, derogada, cuanto la Ley de Modernización contienen provisiones relacionadas con la disminución del número de funcionarios públicos: indemnización por supresión de puesto y compensación por separación voluntaria, respectivamente.

Las remuneraciones del sector público fueron establecidas por la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Huma-

¹⁵⁶ *Codificación 2005-008*. RO N° 16. del 12 de mayo de 2005.

¹⁵⁷ SRO 294, 6 de octubre de 2010.

¹⁵⁸ Art. 35. N° 9. de la Constitución de 1998.

¹⁵⁹ A, 10 (PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA), *Encárgase al Director de la Oficina de Servicio Civil y Desarrollo Institucional la implantación de la estructura organizacional de la Oficina de Servicio Civil y Desarrollo Institucional*, RO 93. 22 de diciembre de 1998.

nos y Remuneraciones del Sector Público (SENRES),¹⁶⁰ que sustituyó al CONAREM, para todos los empleados públicos, tanto los sometidos a las leyes administrativas cuanto a las laborales. La LOSEP dispone que estas competencias corresponden al Ministerio de Relaciones Laborales.

El denominado “Mandato Constituyente N° 2” de la Asamblea Constituyente 2007-2008 estableció una serie de restricciones en las remuneraciones y en otros importantes rubros para los empleados y trabajadores de las instituciones públicas.¹⁶¹ El “Mandato Constituyente N° 8”, sobre la “tercerización laboral” excluye de la prohibición de “tercerizar” a “los servicios técnicos especializados” para “las empresas del sector estratégico público”.¹⁶²

Centralización y descentralización

La centralización y la descentralización en la Administración Pública ecuatoriana originalmente se entienden en sentido diferente que les atribuye actualmente la doctrina del derecho público. En efecto, la descentralización actualmente se caracteriza por el manejo de políticas públicas a través de una persona jurídica de derecho público —con todas las consecuencias jurídicas que se derivan de esta figura— y sometida a la “tutela” del Gobierno central. Esta tutela se manifiesta en una serie de controles, principalmente de legalidad. En el concepto existente en el siglo XIX y comienzos del siglo XX en el Ecuador la centralización y descentralización se refiere principalmente al aspecto de la recaudación de la renta por una unidad administrativa local asignada a una obra o finalidad específica, sin que en ese momento se considere la sujeción a políticas gubernamentales —por otra parte inexistentes— de esta unidad administradora de rentas. Tómese el caso de la “Junta Especial de Saneamiento de Guayaquil”, que percibía rentas diversas, unas recaudadas por el Tesorero municipal o pagados a la Junta directamente por “los representantes o agentes

¹⁶⁰ CODIFICACIÓN 2005-008. *Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público*, RO 16. del 12 de mayo de 2005, Art. 53.

¹⁶¹ SRO N° 261. 28 de enero de 2008.

¹⁶² SRO N° 330. 6 de mayo de 2008.

vendedores residentes en Guayaquil, de fábricas, compañías o casas de comercio del exterior que efectuaren ventas por cuenta de ellas”; por los despachos oficiales de telégrafos del recargo del cincuenta por ciento sobre las tarifas ordinarias por telegramas enviados desde Guayaquil, que se entregarán mensualmente; por los “Agentes o Representantes de Compañías o Empresas extranjeras de navegación (...) por cada buque que saliera de Guayaquil”; por los seguros marítimos; por “embarcaciones cargadas”; por “empresas de tranvías”; por adicionales sobre derechos de importación de la Aduana de Guayaquil “y que el Colector de la misma, bajo su responsabilidad personal y pecuniaria, entregará diariamente a la Junta Especial de Saneamiento”; etc.¹⁶³ En contrapartida, la “Ley sobre Centralización de Rentas” de 1923 se dispone que “[e]l Fisco recaudará todas las rentas consideradas en el Presupuesto y consignará diariamente en uno o más Bancos depositarios todo el producto de la recaudación (...) Es prohibido a los Bancos depositarios entregar al Gobierno, ni a título de préstamo, los fondos de los partícipes”.¹⁶⁴ La “centralización” se contrapone a la forma de recaudar es decir a cargo exclusivamente del Fisco, a diferencia de la recaudación y entrega a cargo de las mismas oficinas donde se originan los tributos como en el caso citado de la Junta Especial de Saneamiento de Guayaquil. Las constituciones de 1929 (Art. 103), 1945 (Art. 123) y 1946 (Art. 136) contienen disposiciones que prohíben la asignación de un ingreso específico a un egreso determinado. En la reforma y codificación constitucional de 1998 se ordena en forma genérica que “todos los ingresos del sector público no financiero” estén contenidos en el presupuesto general del Estado. Es que, a pesar de la disposición constitucional, siempre se preasignaron ingresos determinados para finalidades específicas, como todavía continúa siendo el caso. La norma vigente sobre el tema establece sobre el “[d]estino de los ingresos predestinados” que “[l]as rentas con destino específico o las asignaciones calculadas sobre la base del rendimiento de los ingresos tributarios y no tributarios,

¹⁶³ DL, *Rentas para la Junta de Saneamiento de Guayaquil*, RO 60 del 13 de noviembre de 1924, Anuario de la Legislación Ecuatoriana, 1924, Publicación Oficial del Archivo del Poder Legislativo, Quito, 1925. pp. 144-147.

¹⁶⁴ DL, *Ley sobre Centralización de Rentas*, RO 57 del 10 de noviembre de 1924, Anuario de la Legislación Ecuatoriana, 1924, Publicación Oficial del Archivo del Poder Legislativo, Quito, 1925. p. 96. Art. 1.

determinados en leyes especiales, ingresarán a cuentas auxiliares específicas para cada una de esas rentas, de la Cuenta Corriente Única (...).¹⁶⁵

Así, tal “descentralización”, que en realidad consistía solamente en una disposición directa de los fondos públicos, se manifestó como una necesidad en una época de dificultades de comunicación y de penuria fiscal, donde la recaudación directa y su inversión inmediata era la única alternativa para la ejecución de obras locales. “La revolución de 1925 se propuso eliminar muchas de esas entidades que luego volvieron a multiplicarse y dieron origen a nuevos intentos de simplificación y mayor control en las épocas de dictadura militar y en la cuarta administración del Dr. Velasco Ibarra”.¹⁶⁶ Este Presidente, por ejemplo, en los años cincuenta vetaba la creación de una “junta de fomento” en los términos siguientes:

... esta serie de entidades autónomas que arrebatan al Poder Ejecutivo sus facultades legales, van creando en el País la anarquía, la confusión de facultades y van socavando el concepto de Autoridad con gravísimo daño para la República;

*Esta dispersión de fondos entregados a entidades autónomas perfectamente irresponsables es un desperdicio de los pocos dineros fiscales que tiene el País y que deberían ser empleados por la respectiva autoridad legal y constitucional sin duplicar actividades.*¹⁶⁷

En los años sesenta del siglo XX la Junta Militar que gobernaba el país, culminó el esfuerzo centralizador tributario y presupuestario. Una reforma tributaria de 1964-1965 en Ecuador incluyó la derogatoria de alrededor de 1700 impuestos locales y seccionales y prohibió la creación de esta clase de impuestos en beneficio provincial, cantonal y local. En 1971 se creó el Fondo Nacional de Participaciones con la centralización de esos recursos, para repartirlos a los antiguos beneficiarios de los impuestos derogados en 1964-1965.¹⁶⁸ La idea en todos los casos es establecer

¹⁶⁵ Ley de Presupuestos del Sector Público, Art. 7.

¹⁶⁶ LARREA HOLGUÍN, Ob. cit., (1998), p. 139.

¹⁶⁷ DL, Se crea la Junta de Fomento del Archipiélago de Colón, Objetado por el Ejecutivo, RO 984, del 1 de diciembre de 1955.

¹⁶⁸ MONCAYO, JAIME, Situación Socio-Económica y Financiera de los Municipios del Ecua-

una racionalización de los egresos presupuestarios, pero la realidad siempre fue que muchos de los ingresos se asignaban en gastos extrapresupuestarios con fines principalmente clientelar, de modo que los asignatarios, principalmente entidades públicas y del régimen seccional autónomo, cuando no cuentan con influencias o medios de presión no reciben las sumas asignadas en los presupuestos oportunamente. Esto ha determinado que se aspire a una descentralización presupuestaria y administrativa y posteriormente política. Tal consenso político se la plasmó en intenciones de la reforma y codificación constitucional de 1998 de considerar al gobierno del Ecuador como “de administración descentralizada” (Art. 1) y de asignar al Estado la impulsión del “desarrollo armónico del país” mediante “la descentralización y la desconcentración” (Art. 225), sin mayores consecuencias. En los años noventa del siglo XX se expidieron unas tres leyes que propendieron a esta finalidad: la Ley de Modernización, la Ley de distribución del 15% y la Ley de Descentralización.¹⁶⁹ La tendencia es avanzar hacia una descentralización política, lo que requería una reforma constitucional que permita a las provincias o regiones legislar sobre sectores asignados en la Ley Fundamental, sin perjuicio de la necesidad de las autonomías políticas de recaudar directamente las rentas locales. Por supuesto, que un esquema de esta naturaleza requería también una reasignación y fortalecimiento de competencias de órganos reguladores de ámbito nacional.

La Constitución 2008 otorga *nominalmente* “autonomía política” a los “gobiernos autónomos descentralizados”, asignándoles “facultades legislativas en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales” –las municipalidades siempre han tenido la potestad de dictar ordenanzas cantonales, dentro de un rango de temas, como por ejemplo planes, construcciones, tributos de cuantía fijada por la Ley. Las “regiones autónomas” se rigen por un Estatuto de Autonomía Regional que debe ser aprobado por la Asamblea Nacional, previo dictamen de la Corte Constitucional.

dor, BEDE, Quito, 1986., pp. 198-199.

¹⁶⁹ L., *Ley Especial de Distribución del 15% del Presupuesto del Gobierno Central para los gobiernos Seccionales*, RO 27 del 20 de marzo de 1997; y L., 27, *Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social*, RO 169 del 8 de octubre de 1997,

Estas disposiciones sobre descentralización se plasman en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) que, en algunos aspectos, somete a los llamados “Gobiernos Autónomos Descentralizados” a ciertas restricciones en su desempeño autónomo, normando además las competencias municipales, provinciales y de las juntas parroquiales.¹⁷⁰

Los estudios sobre la administración pública ecuatoriana

La Administración Pública ecuatoriana ha publicado regularmente documentos que describen su estructura y funcionamiento. De la última mitad del siglo XX pueden citarse: “Guía Institucional del Sector Público”. JUNAPLA. Quito, 1973; “Manual de Organización de la Función Ejecutiva Ecuatoriana”. Dirección Nacional de Personal. Quito, 1981; “Las Empresas Públicas en el Desarrollo Nacional”, Dirección Nacional de Personal. Quito, 1977; “Manual de la Función Ejecutiva. Entidades del Estado y otros Organismos del Sector Público”, Dirección Nacional de Personal, Quito, 1987; “Catastro y Organigramas de las Entidades y Organismos del Sector Público”, Contraloría General del Estado, Quito, 1990; “Catastro de Empresas Estatales”. SENDA. Quito, 1990. El órgano planificador publicó en el Registro Oficial un catastro actualizado de las unidades administrativas del Sector Público ecuatoriano con cierta regularidad.¹⁷¹ La elaboración del “Catastro de Instituciones Públicas” es actualmente una competencia del Ministerio de Relaciones Laborales.¹⁷²

En lo relativo a estudios sobre aspectos específicos de la Administración Pública ecuatoriana, existen unas pocas monografías de los años setenta y comienzos de los ochenta, realizados por el extinguido Grupo de Coordinación de Desarrollo Administrativo, de la Secretaría General de la Administración.¹⁷³

¹⁷⁰ SRO N° 303, del 19 de octubre de 2010.

¹⁷¹ El último fue: A, 0001 (CONSEJO NACIONAL DE DESARROLLO), *Expídese el Catastro de las Entidades y Organismos del Sector Público Ecuatoriano, actualizado al 31 de diciembre de 1997*, Suplemento del RO 322 del 21 de mayo de 1998.

¹⁷² LOSEP, Art. 51..

¹⁷³ GCDA, *Inventario de Cuerpos Colegiados*, Quito, 1977; GCDA, *Inventario Institucional de la Administración Pública Ecuatoriana*, Quito, 1978; GCDA, CARLOS RODRÍGUEZ P., *Evolución y Desarrollo del Sistema Administrativo Ecuatoriano*, Quito, 1978. GCDA, *La Secretaría General de la Administración Pública, (Origen y evolución)*, Quito, 1979; GCDA, *10 Problemas Básicos de la Administración Pública Ecuatoriana*, Quito, 1979; GCDA, Re-

La literatura jurídica sobre la Administración Pública ecuatoriana ha sido más bien escasa, aunque se incrementa en los últimos años. Como obras propiamente administrativas se debe citar a los siguientes autores:

Luis Tobar Ribadeneira, uno de los primeros y mejores trabajos de Derecho Público del siglo XX, “Las Personas Jurídicas en el Ecuador. Estudio especial de las de derecho público y de las de derecho privado”. Pensamiento Católico. Quito, 1956. La obra de Ramiro Borja y Borja, “Teoría General del Derecho Administrativo”, Depalma, Buenos Aires, 1985, como su nombre lo indica, no entra propiamente en la doctrina y la legislación administrativa ecuatoriana. Se ha citado un par de veces de este mismo autor en el presente estudio la erudita y detallada monografía sobre la evolución de la legislación hacendística del Ecuador, de 1960. La obra de Pío Jaramillo Alvarado, “Derecho Público Interno. Curso Universitario”, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1953, se contrae a discutir las doctrinas del siglo XIX sobre esta disciplina y sus antecedentes históricos, pero sin mayores referencias específicas al Ecuador. Son clásicos los estudios sobre la Administración Pública Española en la Real Audiencia de Quito: Alfredo Pareja Diezcanseco, “Las Instituciones y la Administración de la Real Audiencia de Quito”, 2ª edición, Universidad de Guayaquil, Colección Honoris Causa N° 4, Guayaquil, 1988; y Julio Tobar Donoso, “Las Instituciones del período hispánico, especialmente en la Presidencia de Quito”, Editorial Ecuatoriana, Quito, 1974.

Algunos de los autores contemporáneos que han trabajado en temas de derecho administrativo en los últimos años son: del autor de la presente obra de Antecedentes y Actualidad de Administración Pública ecuatoriana, Efraín Pérez: “Disposiciones Administrativas y Reglamentarias de CEPE”. Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), Quito, 1981; “Digesto de la Contratación Pública”, CEP, Quito, 1984; “La Informática en los Dictámenes Jurídicos para la Contratación Pública”, CEP, Quito, 1985, “Reseña Histórica de las Instituciones Jurídicas Galapaguenses”, CEP, Quito, 1985; “Elementos Legales y Administrativos del Manejo de Recursos Costeros”, PMRC. Guayaquil, 1988; “Propuesta de

Fortalecimiento de los Municipios y Coordinación con el Ejecutivo: Antecedentes jurídicos y financieros” (con otros coautores). GTZ. Quito, 1989; “Descentralizaciones y Autonomías” (segunda edición), 2013. La primera edición de la obra de “Derecho Administrativo” se publicó en 2006, en la misma editorial, con una reimpresión en 2007 y una nueva edición de 2009, con actualización, en prensa, 2014. Esta obra tiene sus antecedentes en el libro “El Poder Ejecutivo”, ESTADE, Quito, 2000; “Manual de Derecho Administrativo”, CEP, 2013; y “Guía Legal del Servicio Público, CEP, 2014; Mercedes Bohórquez de Sevilla es autora de: “Las Garantías en la Contratación Pública”, Edino, Guayaquil, 1992; Marco Idrobo, “La Contratación Pública” (2a edición actualizada), Quito, 1993; Luis Benalcázar y Juan Pablo Aguilar, “Guía de la Contratación Pública Ecuatoriana” (3ª edición actualizada), (CEP), Quito, 1995; Jorge Zavala Egas: “El Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva en el Ordenamiento Jurídico” CLD, Quito, 1995; “Introducción al Derecho Administrativo”, 2003, “Derecho Administrativo, Tomo I”, 2005, “Derecho Administrativo, Tomo II”, 2007, Edino, Guayaquil, “Lecciones de Derecho Administrativo”, Edilex, 2011; Herman Jaramillo Ordóñez, “Manual de Contratación Pública”, 1996; “Manual de Derecho Administrativo”, 1999; “La Justicia Administrativa. El Procedimiento y el Proceso Contencioso Administrativo”, 2003; todos ellos publicados en Loja; Ernesto Velásquez Baquerizo, “La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador”, CLD, Quito, 1995; Luis Hidalgo López, “La Responsabilidad Civil de los Empleados Públicos”, Pudeleco. Quito, 1996; Nicolás Granda Galindo, “Fundamentos de Derecho Administrativo”, Universidad Técnica de Loja. Loja, 1997; Miguel Hernández, “Descentralización. De la Teoría a la Ley Especial de Descentralización”, Universidad Católica de Guayaquil. Guayaquil, 1998; “Seguridad Jurídica. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia”, Edino, Guayaquil, 2004; Aurelio Garófalo Salazar: “Manual Teórico Práctico de Contratación Pública”, 3ª edición, Quito, 2004. También cabe citar el proyecto de Ley de procedimientos administrativos, no publicado, del recordado maestro Francisco Tinajero Villamar, Quito. Recomendable estudio es el de Alfonso Oramas, sobre “La Playa de Mar. Cuestiones Jurídicas”, Edino, Guayaquil, 2000; Patricio Secaira Durango es autor del “Curso

Breve de Derecho Administrativo”, Editorial Universitaria. Quito, 2004; Nelson López Jácome: “La Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal”, AME, Quito, 2006; Juan Carlos Benalcázar Guerrón, “Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano”, Andrade y Asociados, 2007, “La Ejecución de la Sentencia en el Proceso Contencioso Administrativo”, Novum. 2011, “Curso de Derecho Administrativo Ecuatoriano”, en preparación, CEP, 2014; Antonio Pérez: “Manual de Contratos del Estado”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008; Antonio Pérez, Daniel López y José Luis Aguilar, “Manual de Contratos Públicos”, CEP, 2010; Inés María Baldeón, Carlos Baldeón y José Luis Aguilar, “Sistema Nacional de Contratación Pública, CEAS, 2009; Patricio Cordero Ordoñez, “El Silencio Administrativo”, Universidad de Cuenca, El Conejo, 2009; Carlos Mora Beltrán, “Análisis de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento”, 2009; José Suing Nagua, “Gobiernos Autónomos Descentralizados”, CEP, Quito, 2010; Marco Morales Tobar (Coordinador), “La Nueva Organización Territorial y el nuevo Modelo de Descentralización en el Ecuador”, CEP, 2012, y Marco Morales Tobar, “Manual de Derecho Procesal Administrativo”, CEP, 2011; Marco A. Elizalde Jalil: “Teoría de la Descentralización en el Ecuador, Apuntes conceptuales sobre la descentralización en la Constitución ecuatoriana de 2008”; José Neira, “La Ineficacia del COOTAD y de la Ley derogada por aquella en materia de Regulación y Control del Mercado Inmobiliario, como Instrumento del Ordenamiento Territorial y Urbanístico”, Edino, 2014. La recopilación de jurisprudencia administrativa de Galo Pico Mantilla en: Jurisprudencia Ecuatoriana de casación administrativa, 2007. Sobre función pública se cuenta con las monografías de Ramiro Dávila Silva “El Sistema de Administración de Personal y Carrera Administrativa en el Sector Público Ecuatoriano”, en: “Administración de Personal y Carrera Administrativa en América Latina”. DNP-ALAP-CLAD-ILDIS. Quito, 1986; y los trabajos sobre el mismo tema publicados en: “La Burocracia Pública en el Ecuador”, principalmente el trabajo de Diego Hidalgo Ruales, denominado también “La Burocracia Pública en el Ecuador”, ALAP-Fundación Friedrich Naumann. Quito, 1988.

Se pueden encontrar en el Internet los trabajos realizados por

cuenta de la Procuraduría General del Estado en los años 90 del siglo XX sobre el sistema Derecho de Público en la Administración Pública ecuatoriana, así como el índice de consultas sobre derecho público y contratación pública y la Ley de Contratación Pública concordada con los respectivos dictámenes: www.estade.org.

El orden de la presente bibliografía sumaria de Derecho Administrativo ecuatoriano se desarrolla a partir de la fecha de la primera obra citada del respectivo autor, añadiendo las posteriores obras, cuando es del caso. No se incluyen artículos de revistas.

III. PRINCIPIOS NORMATIVOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO: ACTUALIDAD

1. Derecho Administrativo

El Derecho Administrativo es el Derecho de la Administración Pública, pero también de la actuación administrativa de todos los órganos del Estado, lo que incluye las funciones Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

El Derecho Civil tiene una tradición que se remonta al Derecho Romano, de aproximadamente cuatro siglos antes de Cristo. El Derecho Administrativo es reciente, de alrededor de 200 años. Se distingue principalmente del Derecho Civil en haber tenido una creación y desarrollo jurisprudencial –en Francia.

Según el Decano VEDEL: “El Derecho Administrativo es el derecho común de la potestad pública” y “El derecho privado hace figura de derecho de excepción respecto de las actividades estatales”.

Pero ya en la época del Derecho Romano se contempló la diferencia entre Derecho Público y Derecho Privado:

Derecho Público es el que respecta al estado de la cosa romana; Derecho Privado el que pertenece a la utilidad de cada cual (Institutas de Justiniano).

En el Derecho Público se contempla principalmente el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, el Derecho Financiero público, que incluye el Derecho Presupuestario y el Tributario. Aparte de estos derechos se contemplan como públicos el Derecho Penal, Laboral y, en general, el Derecho Social, que contemplan actividades de los ciudadanos, donde el Estado tiene una especial preocupación.

En los últimos tiempos han adquirido preeminencia los Derechos Humanos, de nivel supra estatal, como un Derecho Natural secularizado, en palabras de D’Ors. En la Constitución se determinan los derechos humanos como principal actividad y fin del Estado:

Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los

instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

...

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

...

9. 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.

Dentro del Derecho Administrativo se han contemplado ramas, que ahora tienen su propia autonomía, como el Derecho Tributa-

rio, el Derecho Municipal, incluyendo el Derecho del Urbanismo, con creciente importancia.

El principio más importante del Derecho Administrativo es la *competencia*.

En términos generales, se considera característica del derecho público no admitir interpretaciones extensivas o analógicas. Así se dice que en Derecho Público los órganos públicos solamente pueden desempeñar lo que está señalado de manera expresa en la norma constitucional o legal, a diferencia del Derecho privado, donde todo lo que no se encuentra prohibido, está permitido.

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. (...)

Los principios constitucionales citados se complementan en la Ley de Modernización:

Art. 18.- Requisitos legales.- Los funcionarios públicos son plenamente competentes para ejercer todas aquellas acciones que son compatibles con la naturaleza y fines del respectivo órgano o entidad administrativa que dirigen o representan. Se abstendrán, en consecuencia, de solicitar autorizaciones, dictámenes o informes que no sean los expresamente señalados en las leyes, o de exigir la presentación de documentos, la práctica de diligencias o la realización de otros procedimientos que no estén específicamente previstos para el respectivo asunto.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determina la nulidad de los actos administrativos expedidos sin competencia (Art. 59, a).

La Constitución también subraya la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se registrá por los siguientes rincipios: 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.

En cuanto a la responsabilidad del servidor público, la Constitución dispone:

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Las normas sobre el servicio público constan principalmente en la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE) y el Código del Trabajo.

2. Los recursos administrativos

En este rubro se comprenden el trámite (procedimiento) del ejercicio del derecho de petición del ciudadano, previsto en la Constitución.

En la Ley de Modernización:

Art. 28.- Derecho de petición.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

(...)

Los intereses del ciudadano frente al Estado se manifiestan en peticiones, contratos y reclamaciones, como la solicitud de autorizaciones, licencias, permisos y concesiones; la celebración de contratos; y la impugnación de actuaciones estatales. En todos estos casos, la misma normativa contempla los procedimientos.

En lo atinente a reclamaciones, la Constitución dispone:

Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

La Constitución enuncia los principios generales en para el ejercicio de la denominada vía administrativa:

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

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

(...)

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

(...)

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

La Ley de Modernización complementa sobre la motivación:

Art. 31.- **MOTIVACIÓN.**- Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo.

La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), incluye el “Capítulo VII Actividad Jurídica de las Administraciones de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y de los Procedimientos Administrativos” (Arts. 364 - 413) y dentro de este capítulo la “Sección Tercera Reclamos Administrativos”, “Sección Cuarta Procedimiento Administrativo Sancionador” y “Sección Quinta Recursos Administrativos”:

Para el desarrollo del procedimiento administrativo rigen los mismos principios que en el Derecho Penal: la necesaria tipificación, non bis in ídem, etc. Se inicia con Auto Motivado, con término probatorio de diez días. El procedimiento caduca después de 30 días sin resolución.

Los recursos son:

Reposición, ante la misma autoridad que los dictó, dentro de cinco días, con un plazo de resolución de 60 días;

Apelación, ante la máxima autoridad que dictó el acto, dentro de los cinco días, con plazo de resolución de 30 días, pasado el cual se genera la negativa presunta;

Recurso de Revisión, por causales, con plazo de resolución de 90 días.

Silencio administrativo positivo: Art. 387 (COOTAD), si no se resuelve la petición dentro del plazo para resolver. Si no hubiera plazo, será de 30 días.

Ley de Modernización:

Art. 28- La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la Función Ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE).

ERJAFE:

Recursos: reposición, apelación (quince días de término), revisión (tres años de plazo).

Art. 189.- Suspensión de la ejecución.

1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente suspenderá la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos quince días desde que la solicitud de suspensión haya sido presentada ante el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no hubiese dictado resolución expresa al respecto.

4. La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa y los efectos de ésta se extenderán a la vía contencioso - administrativa. Si el interesado interpusiera acción contencioso administrativa, la administración se abstendrá de ejecutar el acto impugnado hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud. Para lo cual, una vez interpuesta la acción contencioso administrativa, el órgano de la Administración Central se abstendrá de ejecutar el acto sobre el cual dispuso su suspensión hasta la finalización de la vía judicial.

(...)”.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE):

Recurso de Revisión, con plazo de 60 días para resolver. “responsabilidad civil culposa, de oficio o a petición del directamente afectado” (Art. 60, LOCGE).

Art. 85 (LOCGE).- Denegación Tácita.- Las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta Ley. Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la ley; sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan al respectivo servidor por incumplimiento de plazos, al tenor de lo previsto en el artículo 212 de la Constitución Política de la República.

Las alegaciones que se formulen con ocasión del proceso de auditoría, se responderán, en lo que no haya sido subsanado, en el informe de auditoría, a la fecha de su emisión, en la parte pertinente al tema que trata dicho informe.

LOSNCP:

Art. 71.- Cláusulas Obligatorias (multas) (...) Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.

Art. 103.- Del Recurso.- El recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres (3) días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante deberá expedir su resolución, de manera motivada, en un término no mayor a siete (7) días contados a partir de la interposición del recurso.

El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo de no resolverse el recurso en el término previsto en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:

Art. 66.- Recurso de Reposición.- Los actos administrativos de los diferentes niveles administrativos de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podrán ser recurridos en sede administrativa mediante el recurso ordinario y horizontal de reposición.

El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de su notificación.

...”

Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos.

...”

Art. 68.- Recurso extraordinario de revisión.- El Superintendente, los consumidores o los agentes de mercado que tengan un interés legítimo, podrá interponer recurso extraordinario de revisión, con el objeto de que el Superintendente pueda revisar los errores materiales, de hecho o de derecho existentes en los actos administrativos, aparición de pruebas o elementos posteriores o vicios existentes en los actos administrativos o resoluciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. El plazo para interponer este recurso es de 3 años desde que el acto o resolución recurrida haya quedado en firme. El recurso extraordinario de revisión se interpone sólo contra actos firmes.

...”

3. Dependencia, Desconcentración, Descentralización y Autonomía

La relación de dependencia proviene del poder jerárquico que ejerce una autoridad pública sobre el subordinado: la ministra ejerce el poder jerárquico sobre el conjunto de funcionarios de sus servicios. El poder jerárquico es un poder incondicionado: bajo reserva de no prescribir o cometer ilegalidades, el superior tiene potestad para ordenar a sus subordinados las órdenes que juzgue adecuadas; tiene siempre, salvo texto concreto, el poder de reformar o de anular las decisiones de los subalternos. En resumen, el poder jerárquico se despliega en el seno de una persona jurídica única y se refiere a las relaciones verticales del personal público.

En contraste, el llamado poder de tutela o de control, interviene en las relaciones entre el Estado y otras personas jurídicas de derecho público y establece relaciones entre ese Estado, guardián del más amplio interés general, y por ello con potestad de control, y personas de derecho público con finalidades propias y por tanto controladas para que el ejercicio de las competencias se desenvuelvan en el marco de las finalidades estatales. Según la doctrina del derecho administrativo, también se incluye la tutela o control que puede ejercer el Estado sobre “personas privadas”.

La autonomía administrativa es un aspecto de la descentralización administrativa, pero también puede surgir de la organización territorial, como los municipios y consejos provinciales: los llamados gobiernos autónomos descentralizados (GADs, en la Constitución y en el COOTAD).

La Constitución contempla: regiones (sin antecedentes en el Ecuador, concepto español, normas inaplicadas en Ecuador, gobierno autónomo descentralizado provincial, distrito metropolitano, municipal y parroquial. El COOTAD también contempla las mancomunidades o consorcios; las circunscripciones territoriales indígenas, afroecuatorianas y montubias; circunscripción territorial del ecosistema amazónico

4. Actos y hechos administrativos

ERJAFE: acto administrativo

Art. 65.- acto administrativo.- Es toda declaración unilate-

ral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.

Art. 121.- Producción y contenido de los actos administrativos.1. Los actos administrativos, normativos o de simple administración que dicte la Administración Pública Central, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido.

2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos. Sin embargo, serán elementos sustanciales del acto los siguientes:

- a. Indicación del titular del órgano;
- b. Indicación de la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular para expedirlo;
- c. Indicación clara de los fundamentos de hecho y las normas aplicables al caso, así como su relación; y,
- d. Indicación de los actos de simple administración, informes, estudios o actos de trámite que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto.

COOTAD: Sección Primera Actividad Jurídica

Art. 364.- (...) Potestad ejecutiva.- Se entenderá por acto administrativo toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.

Simple acto de la administración (acto interlocutorio), informe o dictamen y acto interorgánico o interadministrativo (al interior de la administración). Son actos que no afectan subjetiva ni directamente ni modifican una situación jurídica del ciudadano.

Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado

Sección 3 De los Recursos en Sede Administrativa y Jurisdiccional

Art. 65.- Legitimidad, ejecutividad y ejecutoria.- Los actos admi-

nistrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación.

Notificación

En todos los casos la notificación al habitante del país es requisito indispensable para la validez de todo acto administrativo.

Silencio administrativo

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 31: Silencio administrativo negativo:

“... Se entenderá haber negativa si transcurrieren treinta días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo, haya dado resolución alguna, salvo el caso que la ley señale un plazo especial.”

Ley de Modernización:

Art. 28.- “Derecho de petición.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. (...) En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado (...)”

Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado:

Art. 23.- Autorización por silencio administrativo.- Transcurrido el término previsto en el artículo 21 sin que se haya emitido la resolución correspondiente, la operación se tendrá por autorizada tácitamente. La autorización por silencio administrativo producirá en todos los casos los mismos efectos legales que la auto-

rización expresa, sin que se requiera petición adicional alguna por el o los operadores económicos involucrados, quienes podrán continuar con la operación de concentración notificada.

Jurisprudencia

Requisitos para la validez del silencio administrativo positivo:

1. Que la petición vaya dirigida a un órgano competente;
2. Que cumpla los requerimientos de un acto regular;
3. Que se presente la copia de la solicitud de la carta de certificación.

(Los tribunales contenciosos lo ejercitarán en trámite ejecutivo equivalente a la tramitación de una sentencia ejecutoriada)

5. El Servicio Público (Función pública)

Son servidores públicos todos aquellos que trabajan en la función pública en situación de dependencia, incluyendo los designados por votación popular. Están sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Público; y al Código del Trabajo, para los trabajadores manuales y obreros.

Constitución

Art. 229.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.
...

LOSEP

Art. 4.- Servidoras y servidores públicos.- 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.

Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.

LOEP

Art. 18.- Naturaleza Jurídica de la Relación con el Talento Humano.- 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 de las empresas públicas.

La prestación de servicios del talento humano de las empresas públicas se someterá de forma exclusiva a las normas contenidas en esta Ley, a las leyes que regulan la administración pública y a la Codificación del Código del Trabajo, (...)”.

LOCGE

Art. 41.- Órdenes superiores.- Ningún servidor, funcionario o empleado de las instituciones del Estado, podrá ser relevado de su responsabilidad legal alegando el cumplimiento de órdenes superiores, con respecto al uso ilegal, incorrecto o impropio de los recursos públicos de los cuales es responsable. Los servidores públicos podrán objetar por escrito, las órdenes de sus superiores, expresando las razones para tal objeción. Si el superior insiste por escrito, las cumplirán, pero la responsabilidad recaerá en el superior. Esta disposición se aplicará en armonía con lo dispuesto en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (actualmente Ley Orgánica del Servicio Público –LOSEP).

- -Responsabilidad administrativa culposa
- -Responsabilidad Civil Culposa
- -Indicios de Responsabilidad Penal

Art. 85.- Denegación Tácita.- Las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta Ley. Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la ley; sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan al respectivo servidor por incumplimiento de plazos, al tenor de lo previsto en el artículo 212 de la Constitución Política de la República (actualmente Constitución de la República).

Las alegaciones que se formulen con ocasión del proceso de auditoría, se responderán, en lo que no haya sido subsanado, en el informe de auditoría, a la fecha de su emisión, en la parte pertinente al tema que trata dicho informe.

LOSEP

“Título III Del Régimen Interno de Administración del Talento Humano; Capítulo 1 De los Deberes, Derechos y Prohibiciones

Art. 22.- Deberes de las o los servidores públicos.- Son deberes de las y los servidores públicos:

...

d) Cumplir y respetar las órdenes legítimas de los superiores jerárquicos. El servidor público podrá negarse, por escrito, a acatar las órdenes superiores que sean contrarias a la Constitución de la República y la Ley;”

6. Contratación Pública. LOSNCP y otros contratos del Estado

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Establece el Servicio Nacional de Contratación Pública (SER-COP) y el requisito del Plan Anual de Contrataciones (PAC) en las instituciones públicas, así como el uso obligatorio de documentos modelo precontractuales.

Aplica todas las instituciones públicas, con excepción de las empresas públicas (EP) que hayan celebrado convenios con otras empresas públicas o mixtas, que hayan establecido normas específicas para sus contrataciones en lo referente al “giro del negocio”. Con las instituciones internacionales de crédito y cooperación se aplica lo acordado en los convenios específicos.

Contempla el Registro Único de Proveedores (RUP), la habilitación, calificación y requisitos de la presentación de las ofertas, así como la adjudicación y contratación de las diferentes clases de contratos, las garantías, reajustes de precios y las modificaciones contractuales. Finalmente regla la terminación de los contratos, las reclamaciones respectivas y las controversias.

Según su cuantía los contratos de consultoría son: contratación directa, lista corta, concurso público y licitación. Las clases de contratos son: compras por catálogo, subasta inversa, licitación (según el monto), cotización, menor cuantía, ínfima cuantía, precio fijo, de emergencia, inmuebles, arriendo, feria inclusiva.

Además, en el Reglamento se establecen procedimientos especiales para adquisición de fármacos, seguridad interna y externa del Estado comunicación social, asesoría y patrocinio jurídico, consultas puntuales y específicas obra artística, literaria o científica, repuestos o accesorios, proveedor único, transporte de correo, instituciones financieras y de seguros del estado, empresas mercantiles del Estado y subsidiarias, giro específico del negocio, sectores estratégicos y seguros.

Otras normas

Adicionalmente, se encuentran referencias a contrataciones a otras normas en la Ley de Hidrocarburos, Ley Orgánica de Planificación y Finanzas Públicas (fideicomiso, deuda pública, cuasi contratos), la Ley Orgánica de Servicio Público (contratos civiles de servicios profesionales), Reglamento Sustitutivo de Bienes Públicos (de la CGE), Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones –COPCI (Contratos de delegación de servicios públicos).

7. Áreas estratégicas, servicios públicos y empresas públicas

El tema de las áreas estratégicas en la Constitución está vinculado con la cuestión del Mercado y de la prestación de los servicios público por parte de las Empresas Públicas.

Las áreas estratégicas son tanto bienes del dominio público como actividades monopólicas, que se confunden en la Constitución.

Mientras el espectro radioeléctrico y el petróleo del subsuelo pertenecen al dominio público del Estado, las telecomunicaciones y el transporte de petróleo son *actividades* vinculadas con el dominio público que el Estado, de hecho, las puede efectuar monopólicamente o delegarlas a los particulares.

El ejercicio de estas actividades estratégicas se desarrolla generalmente en forma monopólica, sin competencia, por medio de empresas públicas y mixtas, así como de la economía popular y solidaria. Se contempla en forma excepcional la participación de la empresa privada.

La Regulación se establece como forma de control en las diferentes clases de mercados: mercado laboral, mercado financiero y concentración de capitales: la regulación del poder del mercado

1. Áreas estratégicas

La Constitución del 2008 determina la intervención acentuada del Estado en la economía, con énfasis en la producción y recursos nacionales. El Estado amplía el ámbito del dominio público, a través de nuevas competencias y controles sobre dominios y patrimonios diversos, que no necesariamente le otorgan la propiedad tradicional sobre los bienes involucrados.

¿Cómo llegamos al concepto de áreas estratégicas?: El suministro de bienes esenciales único en el mercado, que no tienen competencia o la tienen muy escasa, por altos costos de entrada o por la existencia de monopolios naturales, es decir que por su naturaleza admiten un solo prestador del servicio, como por ejemplo, solo puede haber una red de tendido eléctrico o telefónico en una ciudad o un barrio; aunque el progreso tecnológico modifica estas limitaciones, por ejemplo con los prestadores de telefonía celular o la energía solar.

La denominación de “sectores estratégicos” surge en el Derecho Constitucional ecuatoriano en la Ley Suprema de 1979, sin llegar a definirse, pero con ejemplos que contemplan actividades económicas de magnitud, relacionadas con el aprovechamiento del dominio público del Estado y los grandes servicios públicos. El texto constitucional citado reservaba para el manejo estatal las “empresas estratégicas definidas por ley”, de “propiedad exclusiva del Estado”; que es un concepto que se excluye en la reforma y codificación constitucional de 1998.

La Constitución actual, de 2008, amplía la frontera conceptual de lo considerado “estratégico”, abarcando las actividades y bienes

“Que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social”.

El mismo artículo enumera como “sectores estratégicos”:

1. La energía en todas sus formas;
2. Las telecomunicaciones;
3. Los recursos naturales no renovables;
4. El transporte y la refinación de hidrocarburos;
5. La biodiversidad y el patrimonio genético;
6. El espectro radioeléctrico
7. El agua; y,
8. “Los demás que determine la ley”.

En esta enumeración se conjugan:

1. Actividades relacionadas con un recurso natural no renovable (“transporte y refinación de hidrocarburos”), y
2. Bienes; y se redundo al incluir el “espectro radioeléctrico” que indudablemente se compone de manifestaciones de “la energía en todas sus formas”. Por otra parte, las “telecomunicaciones”, consisten en la utilización de medios tecnológicos en la plataforma del espectro radioeléctrico.

Se establece una administración exclusiva de un conjunto de actividades y de bienes, calificados como “estratégicos” y servicios públicos y su aprovechamiento y explotación directa por intermedio de empresas públicas, así como de “empresas mixtas” y la “economía popular y solidaria”.

En esta enumeración se debería haber incluido la generación y suministro de energía en todas sus formas, pero no consta en la Constitución, aunque sí se considera un “servicio público” el suministro de energía eléctrica.

2. Servicios públicos

A fines del siglo XIX se consideró en Francia que habían servicios esenciales que tenían que ser suministrados por el Estado en forma previsible, continua, a precios asequibles: los servicios públicos.

En Inglaterra a mediados del s. XIX se establece una regulación estatal sobre los ferrocarriles y en el siglo XX se manejan los grandes servicios a través de la figura de las “industrias nacionalizadas”.

En EE UU durante el siglo XX: la generación y distribución de energía eléctrica, telefonía fija, producción de acero, transporte y distribución de hidrocarburos, siempre a cargo de empresas privadas: las industrias reguladas (*regulated industries*).

El aspecto jurídico más importante del servicio público es la exclusividad que ostenta el Estado para su prestación directa o a través de concesionarios o delegatarios, sujetos a reglas determinadas (regulación). Por tratarse de un impedimento para el libre desarrollo de los particulares de tales actividades, la calidad de servicio público se debe declarar por una norma constitucional o legal: la *publicatio*.

3. Empresas públicas

La Constitución 2008, vigente, dispone que los sectores “estratégicos” y los servicios públicos sean manejados a través de empresas públicas. La Ley Orgánica de Empresas Públicas determina que todas las empresas del Estado existentes y las que se creen en el futuro se deberán regir por sus disposiciones.

Las principales entidades para este desarrollo son las empresas públicas y el sector comunitario de la economía. Esto es especialmente cierto en el campo de las actividades relacionadas con los sectores estratégicos y los servicios públicos, cuyas actividades productivas corresponden en régimen monopólico a las empresas públicas, aunque se contempla también la intervención de empresas “mixtas”, con mayoría de capitales públicos y, en forma excepcional, de las empresas privadas.

Así no se descarta la delegación a las empresas privadas, que opera de manera excepcional. No obstante, se determinan operaciones vedadas a los particulares, como las relacionadas con el suministro de agua.

4. Regulación y control

La regulación y el control son esquemas de encuadramiento de los mercados: principalmente financiero, laboral, concentración de capitales, prestación de servicios públicos.

El tema principal de la regulación es el precio de la provisión del servicio a los usuarios: Métodos de fijación del precio.

Adicionalmente la regulación de los mercados contempla:

- -La calidad del servicio a los usuarios,
- -La cantidad de bienes ofrecidos, y
- -Su distribución geográfica

En todo caso, son atribuciones reconocidas a los entes reguladores en el Derecho Comparado:

- -Expedición de normativas generalmente obligatorias,
- -Control de tarifas,
- -Fijación de estándares,
- -Requerimiento de audiencias previas para las concesiones y autorizaciones,
- -Cumplimiento de la normativa ambiental y
- -Aplicación de sanciones.

La regulación y control de las empresas públicas y, por extensión, de los servicios públicos, corresponde a las denominadas “superintendencias”, que integran la “función de transparencia y control social”, creada en la Constitución de 2008, con “personalidad

jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa”. Su principal función es vigilar que los servicios beneficien “el interés general”. Les compete el control de órganos públicos y de personas naturales y jurídicas “que presten servicios o desarrollen actividades de interés público”.

Las entidades relativamente autónomas de regulación y control de las telecomunicaciones y en general utilización del espectro radioeléctrico, se refunden últimamente en el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información. El control sobre las relaciones laborales de los sectores público y privado a través de las instituciones denominadas SENRES y CONADIS se fusiona en el Ministerio de Relaciones Laborales.

Las superintendencias se consideran “organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas”.

Entre las funciones atribuidas a las superintendencias se encuentra controlar que los servicios prestados

- Se “realicen con responsabilidad, transparencia y equidad”,
- Así como fomentar e incentivar la participación ciudadana y el ejercicio y cumplimiento de los derechos.
- Finalmente, le encomienda prevenir y combatir la corrupción.

En Ecuador se pueden mencionar, entre las principales instituciones relacionadas con servicios públicos: Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), el Consejo Nacional de Electrificación (CONELEC) y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

A diferencia de la esfera ampliada del control político y económico a cargo de entidades autónomas englobadas en una nueva Función del Estado, por otra parte, en el área económica, el Ejecutivo refuerza su dirección y control de entidades de regulación que funcionaban con relativa autonomía. La más importante de estas absorciones es la del Banco Central, a través del establecimiento de un Directorio que excluye la participación del sector privado y concede una mayor discrecionalidad del Ejecutivo en las inversiones del sector público financiero y no financiero.

La principal actividad sujeta a control en la Constitución 2008 es la prestación de servicios públicos, tanto de entidades públicas cuanto de personas jurídicas de Derecho Privado y particulares, principalmente desde el ángulo de los derechos de los consumidores. No solamente ejerce control sobre esta actividad el Defensor del Pueblo, sino también el “control social”.

5. Modos de gestión: pública y privada

La participación del sector privado:

El Estado podrá, “de forma excepcional”, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades relacionadas con las áreas estratégicas, en los casos que establezca la ley. Son indelegables los servicios públicos de saneamiento, abastecimiento de *agua* potable y riego que serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias. La Ley también incluye la educación y la atención de salud como servicios públicos. En ambos casos se contempla la prestación por parte de los sectores públicos y privados, sin necesidad de delegación.

“El contrato de delegación más antiguo y más extendido es el de la concesión que aplica en los tres campos principales: la concesión de ocupación de espacio público, la concesión de obras públicas, o la concesión de servicio público” (Morand-Deviller).

El COPCI contempla expresamente la delegación de los servicios públicos de:

- “Electricidad,
- Vialidad,
- Infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias”, a los que se añaden “otros”.

Los contratos aplicables en la delegación se han definido como: “concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas” (Art. 100, COPCI).

La “excepcionalidad” de la delegación se manifiesta en el requisito de su declaratoria formal que, conforme el COPCI, se expresa en un decreto ejecutivo, es decir expedido por el Pre-

sidente de la República, en las condiciones determinadas por la normativa legal. En el COPCI también se encuentra la principal figura diseñada para el apoyo a la inversión privada: el denominado “contrato de inversión”, que otorga estabilidad sobre los incentivos tributarios, con vigencia de hasta quince años, renovables, lo que es aplicable a los contratos de delegación de servicios públicos, lo que tendría que incluir el “compromiso arbitral” al que se refiere este Código.

A la fecha, se encuentran normados los términos de excepcionalidad y las condiciones de la delegación de los servicios públicos de transporte. Las primeras delegaciones efectuadas bajo estos esquemas son concesión de servicios de infraestructura y facilidades del puerto de Manta y la delegación del servicio público aeroportuario.

6. La responsabilidad objetiva del Estado

La Constitución determina la responsabilidad objetiva (“estricta”) del Estado y de los delegatarios y concesionarios en los daños causados a los particulares:

Art. 11: (...) “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 ecuatoriano abarca una mayor intervención en el mercado, especialmente en las áreas de mayor influencia y volumen económico nacional —que las denomina estratégicas— que necesariamente deben ser reguladas. Consisten en dominios y patrimonios diversos, así como actividades económicas relevantes, en especial la prestación de los servicios públicos, que los desempeña

a través de empresas públicas, pero que también puede delegarlas a empresas privadas, sometidas a regulación.

7. Conclusión

Se concluye que la Constitución 2008 establece un Estado fuertemente intervencionista, contrarrestando las débiles corrientes privatizadoras de la década de los 90 del siglo XX.

