|  |
| --- |
| CORPORACIÓN DE eSTUDIOS estade |
| DERECHO ADMINISTRATIVO I |
| ECUATORIANO  |
|  |
|  **Efraín Pérez** |
| **6/30/2008** |

|  |
| --- |
| IMPORTANTE ACLARACIÓN: Esta obra estudia el Derecho Administrativo ecuatoriano vigente a la fecha de su publicación, en agosto de 2008. Con posterioridad, la Constitución ecuatoriana de Montecristi, publicada el 20 de octubre de 2008, introdujo sustanciales modificaciones en el Derecho Público ecuatoriano,. que se encuentran recogidas y analizadas en la NUEVA EDICIÓN de esta obra de DERECHO ADMINISTRATIVO, además de nuevos capítulos sobre temas de importancia, editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, donde se puede adquirir. También se pueden solicitar ejemplares en estade@estade.org |

**INTRODUCCIÓN**

**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]](#footnote-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]](#footnote-2)**.

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, y sólo secundariamente la delimitación territorial para el gobierno fuera de Italia”**[[3]](#footnote-3)**.

***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 hoy ostenta la hegemonía mundial: los Estados Unidos.

Una constante reciente del Ecuador de fin de siglo XX y comienzos del siglo XXI ha sido la insistencia de grupos indígenas determinados de considerarse como “nacionalidades” separadas. Esto se manifiesta en el texto de la reforma y codificación constitucional realizada por la “Asamblea Constituyente” de 1998, en la Sección sobre “pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos”, que hace una venia al concepto de naciones indígenas y afroecuatorianas, sin por eso otorgarles un reconocimiento definitivo: “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible” (Art. 83). La “nacionalidad”, por otra parte, como lo señala Crossman, es algo que depende de un gobierno central**[[4]](#footnote-4)**, 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”**[[5]](#footnote-5)**. 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**[[6]](#footnote-6)**. Desde el punto de vista sociológico, Weber define la nación como “una comunidad de sentimiento que se podría manifestar adecuadamente en un Estado propio; por tanto, una nación es una comunidad que normalmente tiende a formar un Estado propio**[[7]](#footnote-7)**.

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* ***[[8]](#footnote-8)****.*

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

Los términos de “pueblo”, “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”**[[9]](#footnote-9)**. 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 verdadero Estado… Me parece que el abuso del concepto de Estado se debe a que la historia ha sido escrita en la Edad Moderna* ***[[10]](#footnote-10)****.*

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”**[[11]](#footnote-11)**; 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”**[[12]](#footnote-12)**, 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”**[[13]](#footnote-13)**. 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-políticas que hasta entonces han frenado el libre juego de los intereses individuales en su máxima extensión”**[[14]](#footnote-14)**.

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**[[15]](#footnote-15)**. 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”**[[16]](#footnote-16)**.

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, …”**[[17]](#footnote-17)**. 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”**[[18]](#footnote-18)**.

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”**[[19]](#footnote-19)**.

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**[[20]](#footnote-20)**. 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. Hyppolite 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”**[[21]](#footnote-21)**.

**¿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 llamadas 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 ley 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”**[[22]](#footnote-22)**.

Los lineamientos prevalecientes en la actualidad sobre los aspectos de la sociedad son los expresados por Parsons 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”**[[23]](#footnote-23)**; sin que 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**[[24]](#footnote-24)**.

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”**[[25]](#footnote-25)**.

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”**[[26]](#footnote-26)**, y Rousseau lo concibe como “una persona moral cuya vida consiste en la unión de sus miembros”**[[27]](#footnote-27)**. 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”**[[28]](#footnote-28)**, con lo que establece una neta división entre ciertas clases sociales y el Estado.

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* ***[[29]](#footnote-29)****.*

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”**[[30]](#footnote-30)**.

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.

**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” [[31]](#footnote-31).*

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* ***[[32]](#footnote-32)****.*

Actualmente el Estado es la estructura de un poder originario, que se ejercen 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 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, que se desarrolla jurídicamente más adelante, en el capítulo sobre “La Personalidad Jurídica” en la sección “La Personalidad Jurídica de Derecho Público”. Cabe establecer que 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 estática tiene un fundamente y un alcance puramente jurídico”.*

Existe una aparente inconsistencia en las nociones de Estado, que proviene de la inconsistencia de las diferentes nociones, 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 observa como contrapuesto o al menos como diferente que los ciudadanos. 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. 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 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 asigna también personalidad jurídica a la Administración Pública, pero hay juristas que niegan que el Estatuto –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 –ver más adelante la discusión sobre este tema en el capítulo sobre “la personalidad jurídica” y “las personas jurídicas 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.

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 existencia se manifiesta inclusive entre los animales sociales, donde el ejercicio del mando o poder se desarrolla generalmente en detrimento de los individuos más débiles. 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 comunitaria. 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 territorio 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”**[[33]](#footnote-33)**: la potestad estatal.

**La División de Poderes**

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”**[[34]](#footnote-34)**. 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”**[[35]](#footnote-35)**.

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”**[[36]](#footnote-36)**. Así, según la doctrina contemporánea, lo 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 judiciales –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 Giannini, “[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”**[[37]](#footnote-37)**. 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”**[[38]](#footnote-38)**.

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 jurídica 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 desarrollan 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**[[39]](#footnote-39)**.

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”**[[40]](#footnote-40)**. 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”**[[41]](#footnote-41)**.

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 Ejecutiva**[[42]](#footnote-42)**, 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” ecuatoriano. Pero no se conoce que otros países hispano-americanos hayan acogido este enfoque particular. Cassagne, por ejemplo, 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”**[[43]](#footnote-43)**.

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* **[[44]](#footnote-44)***.*

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 escindirse en dos poderes: un poder gubernativo en sentido restringido y un conjunto de poderes administrativos”**[[45]](#footnote-45)**.

**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 presente, Duguit denomina a uno de los tomos de su clásico “Tratado de Derecho Constitucional” como “Libertades públicas”, pero sus estudios 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, se desarrollan en el siglo XIX. El concepto de libertades públicas distingue el concepto de derechos 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**[[46]](#footnote-46)**.

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 —frente a la provincia, comuna, departamento o estado federado— 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* ***[[47]](#footnote-47)****.*

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 se la tolera ni en el orden político (…) ni en el orden social”**[[48]](#footnote-48)**. 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 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 estamental de privilegios señoriales y localistas, con una centralización de corte burocrático-represivo directamente lanzada contra el dinamismo democrático de las clases populares**[[49]](#footnote-49)**. En su reciente 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* ***[[50]](#footnote-50)****.*

**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* **[[51]](#footnote-51)**. Esta “soberanía interna” o potestad 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 la potestad 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”**[[52]](#footnote-52)**, 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 prevaleciente 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”**[[53]](#footnote-53)**.

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”**[[54]](#footnote-54)**, concibe los derechos humanos como la expresión de la autonomía moral de las personas, de naturaleza “pre-política”, que constituye un límite a la voluntad soberana del legislador**[[55]](#footnote-55)**. La noción que prevalece hoy relativa a los “derechos humanos” basados tanto moralmente 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”**[[56]](#footnote-56)**. Tal ha sido el dilema moral del derecho en la segunda mitad del siglo XX y 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**[[57]](#footnote-57)**. 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 “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* ***[[58]](#footnote-58)****.*

Es común distinguir, como lo hace la Constitución vigente, 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” se ubica entre los derechos fundamentales.

**El Derecho Público**

Las leyes que dicta el Congreso 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.

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**[[59]](#footnote-59)**.

Escriche define 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 considerada en particular e independientemente del cuerpo social* ***[[60]](#footnote-60)****.*

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**[[61]](#footnote-61)**. 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, de menores, etc.). En la actualidad deben añadirse a esta enumeración las ramas más recientes, pero no por ello menos importantes, del Derecho Ambiental 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**[[62]](#footnote-62)**.

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 irrenunciables.

Si bien estas reglas constituyen un indicio que puede ayudar a establecer diferencias entre los dos derechos, Derecho Público y Derecho Privado, se puede citar excepciones a tales reglas y por lo tanto se puede 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”**[[63]](#footnote-63)**.

**II. Historia de la Administración PÚBLICA EN EL ECUADOR**

**Introducción**

En la 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 encuentra estudios propiamente de Derecho Administrativo. 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.

**Antecedentes**

***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”**[[64]](#footnote-64)**. 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 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 réjimen, 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”**[[65]](#footnote-65)**; razón por la cual decide aplicar “literalmente” la Ley colombiana de 1925, que había regido hasta entonces en este Departamento, que hoy es Ecuador. Esta “Ley sobre organización y réjimen 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”**[[66]](#footnote-66)**. 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**[[67]](#footnote-67)**.

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**[[68]](#footnote-68)**.

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**[[69]](#footnote-69)**. 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 desde 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”**[[70]](#footnote-70)**.

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°).

Por ley de 1837 se autoriza el 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”**[[71]](#footnote-71)**.

***Las etapas de la Administración Pública ecuatoriana en el siglo XX***

**La diferenciación de Gobierno y Administración Pública**

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 la Introducción de este libro, 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**[[72]](#footnote-72)**.

Además, hay que anotar el desarrollo y existencia concomitantes de burocracias profesionales y de instituciones burocráticas presentes desde Egipto, Roma, la Iglesia Católica desde el siglo XIII, China, los Estados europeos modernos, además de las grandes empresas capitalistas**[[73]](#footnote-73)**. 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 virreinatos y cargos más importantes a miembros de la nobleza española, a lo largo del tiempo fue confiando tales posiciones a burócratas profesionales, 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”**[[74]](#footnote-74)**.

No obstante lo dicho, para entrar en el tema de la Administración Pública ecuatoriana, esto no resultaba claro para la doctrina de fines del s. 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”[[75]](#footnote-75). 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 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***[[76]](#footnote-76)**” (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**[[77]](#footnote-77)**. 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 y, por el “Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”, a fines del siglo XX**[[78]](#footnote-78)**, inspirado este último en la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas de España, citada líneas arriba. En los temas de función pública, presupuestarios y contractuales, que constaban originalmente en las sucesivas leyes orgánicas de hacienda, se tratará más adelante de las actuales leyes de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Presupuestos del Sector Público y de Contratación Pública.

Así, las instituciones político-administrativas que se encuentran vigentes en 1900 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**[[79]](#footnote-79)**, 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”**[[80]](#footnote-80)**. 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[[81]](#footnote-81). En la actualidad existen quince ministerios de Estado, a lo que pueden añadirse las dependencias con nivel ministerial Secretaría General de la Administración, Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE)**[[82]](#footnote-82)**, el CODEPMOC**[[83]](#footnote-83)** y el CODAE**[[84]](#footnote-84)**.

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 o la represas del Paute, las obras de ingeniería hidráulica de la Cuenca del Guayas y la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados (OCP).

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* ***[[85]](#footnote-85)****.*

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[[86]](#footnote-86).*

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 nacionales. 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* ***[[87]](#footnote-87)****.*

A fines del primer cuarto del siglo, 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 1998, han proliferado 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, desahucio del trabajo, responsabilidad por accidentes...*

*Esto es, sin duda, bastante hacer.*

*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 devalución 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* ***[[88]](#footnote-88)****.*

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 trasformación “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)**[[89]](#footnote-89)**.

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 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* ***[[90]](#footnote-90)****.*

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»* ***[[91]](#footnote-91)****.*

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 económicos, 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 los vigentes programas del Ministerio de Bienestar Social, así como el Desayuno escolar, instituciones como el FISE y el Fondo de Solidaridad, el Bono Solidario, bono de vivienda, PRODEPINE, etc.). El fin de siglo en Ecuador tiene como características relevantes un gran impulso político y legal hacia 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 ha producido, aunque referencias abundantes a la misma aparecen 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 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 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.

Por último, se perfila un nuevo paradigma 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 un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación (Art. 23, 6. Constitución de 1998). En todas las leyes de los 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**[[92]](#footnote-92)**. Esta tendencia se afirma con la inclusión de tipificaciones penales por infracciones a tales principios**[[93]](#footnote-93)**.

**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 Estado, constante en la Constitución colombiana de Cúcuta y 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, “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”**[[94]](#footnote-94)**.

En 1954 se crea el Tribunal de lo Contencioso Administrativo**[[95]](#footnote-95)**. 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**[[96]](#footnote-96)**. La reforma constitucional de 1992 integró estos dos tribunales en la Función Judicial, como “tribunales distritales” 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**[[97]](#footnote-97)**, en contraste con Europa, con excepción de España, donde por lo general continúa formando parte de la Función Ejecutiva.

***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”**[[98]](#footnote-98)**, lo que se encuentra elevado a categoría constitucional en la reforma y codificación constitucional de 1998, que lo autoriza para: “expedir las normas necesarias para regular … (los) procedimientos de la Función Ejecutiva” (Art. 171, 9). 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)”**[[99]](#footnote-99)**.

***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**[[100]](#footnote-100)**, 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”**[[101]](#footnote-101)**. 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 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**[[102]](#footnote-102)**. 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”**[[103]](#footnote-103)**. 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 Administración Financiera y Control (LOAFYC) y en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. La Constitución reformada y codificada en 1998 la define como “organismo técnico superior de control, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera”. Se le otorga una suerte de potestad reglamentaria exclusiva para dictar “regulaciones de carácter general para el cumplimiento de sus funciones” (Art. 211).

**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 la Ley Orgánica 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 sustituida por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, de 1977. El empleo público, como se verá más adelante, tuvo su ley específica, aunque inaplicada, desde 1952, con la Ley de Carrera Administrativa, hoy Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público. La contratación pública adquiere su cuerpo legal propio a partir de la Ley de Licitación de 1964 —en la actualidad Ley de Contratación Pública. Mas, al estudiar este tema particular se verá cómo además de los procedimientos normados por esta ley, existen múltiples leyes que regulan diferentes contrataciones. Finalmente, la Ley de Presupuestos del Sector Público, de 1993, contempla la materia presupuestaria, que hasta esa fecha se reguló conforme las normas contenidas en la Ley Orgánica de Hacienda y después en la LOAFYC y en múltiples normas reglamentarias y administrativas.

**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 informal, 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, 1°). 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**[[104]](#footnote-104)**. 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”**[[105]](#footnote-105)**. 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 impropiamente 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 suprime la referencia a la aprobación del Ejecutivo, pero encargando el “sistema nacional de planificación” a un organismo técnico de la Presidencia de la República.

La Constitución de 1979 encargó la planificación al Consejo Nacional de Planificación y convirtió esta actividad en la principal 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 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 nueva provisión constitucional dispone 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).

**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 es propiamente una ley, aunque no se la llamará como tal hasta la Constitución de 1929. La Constitución reformada y codificada en 1998 tampoco la 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**[[106]](#footnote-106)**. 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 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, C. 1929), con similar disposición en la C. de 1945 (Art. 128)–, se prohíbe en la Constitución de 1946 (Art. 144). En general las competencias presupuestarias del Congreso se ven drásticamente restringidas en la reforma y codificación constitucional de 1998, donde se impide al Congreso “incrementar el monto estimado de ingresos y egresos previstos en la proforma” (Art. 258). También se limita en esta Ley Fundamental la intervención del Congreso a la aprobación presupuestaria “por sectores de ingresos y gastos” (Art. 258). En la vigente reforma y codificación constitucional, de 1998, se determina que “[s]olamente el Presidente de la República podrá presentar proyectos de ley mediante los cuales se creen, modifiquen o supriman impuestos, aumente el gasto público o modifiquen la división político-administrativa del país” (Art. 147, C. 1998).

Existen una serie de principios presupuestarios vigentes en la Constitución de 1998 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, no podrá privarse a ningún órgano público del presupuesto necesario para cubrir sus fines. 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 determinado, 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**[[107]](#footnote-107)**. 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**[[108]](#footnote-108)**, sin que esta norma derogue 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)**[[109]](#footnote-109)** contiene importantes normas presupuestarias sustantivas y adjetivas. Cabe destacar el desglose que realiza de entidades públicas, sometidas a diferentes trámites: dependencias y entidades, universidades y escuelas politécnicas, entidades financieras y organismos del Estado. En lo relativo a presupuestos municipales, la Ley de Descentralización del Estado y de Participación Social**[[110]](#footnote-110)**, que se halla en concordancia con los preceptos constitucionales, suprime 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”**[[111]](#footnote-111)**. 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)**[[112]](#footnote-112)**. 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”**[[113]](#footnote-113)**. 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 de sucesivas reformas se promulga la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas en 1974 que, después de muchas modificaciones se sustituyó por la Ley de Contratación Pública en 1990, la cual se encuentra vigente a la fecha, también con varias reformas. En 1989 se había expedido una legislación específica para estudios, la Ley de Consultoría. Además de las normas propias de los bancos Interamericano de Desarrollo y Mundial que se aplican en los contratos financiados por estas instituciones, así como normas específicas internas que aplican unas cuantas instituciones públicas, existen leyes para contrataciones especiales, como las contrataciones petroleras, sujetas a la Ley de Hidrocarburos, Ley de Petroecuador y otras normas específicas para la contratación de la extensión del oleoducto transecuatoriano. 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, seguros, endeudamiento público, venta de valores y negocios fiduciarios, sociedad y arrendamiento mercantil, etc.

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. 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”**[[114]](#footnote-114)**. La Constitución de 1979 suprime tales atribuciones del Congreso y otorga a la Contraloría competencia para “controlar los ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos”, lo que se mantiene en la reforma y codificación vigente (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 eregido en persona pública o incluso, al contrario, una persona pública especialmente constituida para la gestión de un servicio público”**[[115]](#footnote-115)**. 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, 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”**[[116]](#footnote-116)**. 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, C. A. Arroyo del Río, posteriormente Presidente de la República, derrocado en mayo de 1944, fue que ni siguiera una ley del Congreso podría modificar sus estatutos, sin la voluntad de los socios, que eran los bancos privados del país**[[117]](#footnote-117)**. 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 derecho 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 disparejos. Con el fracaso del impulso privatizador de mediados de los años 90, los servicios públicos ecuatorianos se encuentran en su mayoría conformados como sociedades anónimas cuyas acciones pertenecen al Fondo de Solidaridad, principalmente de energía eléctrica y telefonía, sometidas al derecho privado, donde se entronizan nuevas tecnocracias y se manejan elevadas sumas de dinero, sin mayor control o regulación estatal. Un fenómeno inédito de la Administración Pública ecuatoriana es el súbito y desmedido incremento de la intervención estatal en el sector bancario privado a fines del siglo XX, por razones 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 AGD asume 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.

**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 constituyeron 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**[[118]](#footnote-118)**. 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”, 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”**[[119]](#footnote-119)**. 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), época en que también se creó la Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE), hoy Petroecuador y sus filiales. En el ramo del transporte marítimo de carga y de hidrocarburos, la Marina 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 también se crearon empresas con finalidades denominadas por la doctrina como de 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” son en realidad de derecho privado, puesto que se constituyeron en 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 determinadas en las cuales la institución financiera estatal Corporación Financiera Nacional adquirió participaciones por razones diversas, que vendió en los años noventa.

Muchas de estas empresas 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–, IETEL e INECEL, 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, de hecho algunas ya eran simples membretes, como Empresa de Abonos del Estado, Empresa de Alcoholes, ENDES, ENPRODE, EPNA y Empresa de Suministros. Otras fueron suprimidas después de adicionales escándalos como ENPROVIT y ENAC; y la venta de la endeudada Ecuatoriana de Aviación constituyó un alivio para las arcas fiscales. 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**[[120]](#footnote-120)**, 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 Y PACIFICTEL, cuyas acciones pertenecen al Fondo de Solidaridad. La ley equivalente para la concesión de los servicios de generación, trasmisión y suministro de energía eléctrica, que suprime el la empresa pública INECEL tampoco permitió en la práctica la concesión del servicio, pero sí crearon un nuevo ente regulador (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. También se crean nuevas personas jurídicas de derecho privado, en forma de sociedades anónimas, cuyas acciones pertenecen también al Fondo de Solidaridad. Para el rubro de explotación de hidrocarburos, existen variados proyectos para entregar operaciones al sector privado, pero ningún proyecto de ley se discute en el Congreso sobre ese tema al momento de escribir estas líneas, por lo que se puede afirmar con certeza que durante el año 2006 por lo menos, ninguno de esos servicios públicos ni explotación hidrocarburífera será concesionado o privatizado, a pesar de la apertura de la reforma y codificación constitucional de 1998, que dice sobre los recursos naturales no renovables que “su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley” (Art. 247).

La Ley Fundamental también dice sobre “los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias… [p]odrán prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley” (Art. 249).

Por otra parte, la declaratoria de caducidad del contrato con la compañía petrolera estadounidense OXY 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 pública para el desarrollo de una actividad específica, que se establece sin personalidad jurídica, como una unidad administrativa de Petroecuador, con un régimen especial para el manejo de tales yacimientos, determinado por Decreto Ejecutivo. Tal parece el peor de los escenarios administrativos posibles para asumir una actividad empresarial como era la de la compañía Oxy que extraía y comercializaba alrededor de cien mil barriles diarios de petróleo.

**Los organismos de control**

Ya se ha visto que la Constitución reformada y codificada en 1998 incluye a la Contraloría General del Estado entre los “organismos de control”. La reforma y codificación constitucional de 1998 contempla las “superintendencias” entre los “organismos de control” y los define como “organismos técnicos con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público, encargados de controlar instituciones de derecho público, encargados de controlar instituciones públicas y privadas, (…)” (Art. 222). 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”**[[121]](#footnote-121)**. 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**[[122]](#footnote-122)**. 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**[[123]](#footnote-123)**. En 1996 se crea el Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC)**[[124]](#footnote-124)**. La reforma y codificación constitucional de 1998 se refiere en general a “las superintendencias”, calificadas como “organismos técnicos con autonomía administrativa, económica y financiera” (Art. 222).

**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. 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**[[125]](#footnote-125)**. 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 de 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*”**[[126]](#footnote-126)**. También se dictan leyes para 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 renuncias” 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.

Un intento de legislar la estabilidad y carrera administrativa no se presentaría hasta comienzos de los cincuenta, con la expedición de la Ley de Carrera Administrativa, donde se somete expresamente las reclamaciones 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 1959**[[127]](#footnote-127)** tampoco tuvo aplicación**[[128]](#footnote-128)**. La Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, se expidió en 1964, siendo codificada en 1978**[[129]](#footnote-129)** 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**[[130]](#footnote-130)**. En la actualidad se encuentra vigente la “Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Homologación de las Remuneraciones del Sector Público”, codificada en el 2005**[[131]](#footnote-131)**. Pero el Código del Trabajo también rige las relaciones entre el Estado y sus instituciones y determinados trabajadores. En las entidades que ejercen la potestad estatal se aplica 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 son delegables al sector privado, aplican como regla general el Código del Trabajo y como excepción -para quienes ocupan cargos directivos y, en general, de jefatura- el régimen administrativo**[[132]](#footnote-132)**.

La Dirección Nacional de Personal contemplada en esta ley 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 Secre-taría. Con posterioridad, esta unidad se denomina Oficina de Servicio Civil y Desarrollo Institucional de la Presidencia de la República**[[133]](#footnote-133)**. Tanto la Ley de Presupuestos del Sector Público 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.

En la actualidad, las remuneraciones del sector público son establecidas por la Secretaría Nacional Técnica de Desarrollo de Recursos Humanos y Remuneraciones del Sector Público (SENRES)**[[134]](#footnote-134)**, que sustituyó al CONAREM, para todos los empleados públicos, tanto los sometidos a las leyes administrativas cuanto a las laborales.

**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 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.**[[135]](#footnote-135)**. 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”**[[136]](#footnote-136)**. 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, determinados en leyes especiales, ingresarán a cuentas auxiliares específicas para cada una de esas rentas, de la Cuenta Corriente Única (…)”**[[137]](#footnote-137)**.

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”**[[138]](#footnote-138)**. 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* ***[[139]](#footnote-139)****.*

En los años sesenta la Junta Militar 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**[[140]](#footnote-140)**. La idea en todos los casos es establecer 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 y 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 ha plasmado en 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). En los años noventa se expidieron unas tres leyes que propenden a esta finalidad: la Ley de Modernización, la Ley de distribución del 15% y la Ley de Descentralización**[[141]](#footnote-141)**. La tendencia es avanzar hacia una descentralización política, lo que requiere 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 requerirá una reasignación y fortalecimiento de competencias de órganos reguladores de ámbito nacional.

**Los estudios sobre la administración pública ecuatoriana**

La Administración Pública ecuatoriana ha publicado regularmente documentos que describen su estructura y funcionamiento. Del último cuarto del siglo XX pueden citarse: “Guía Institucional del Sector Público”. JUNAPLÁ. 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 ha publicado en el Registro Oficial un catastro actualizado de las unidades administrativas del Sector Público ecuatoriano con cierta regularidad**[[142]](#footnote-142)**. 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**[[143]](#footnote-143)**.

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 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: Mercedes Bohórquez de Sevilla, “Las Garantías en la Contratación Pública”, Edino, Guayaquil, 1992; Marco Idrovo, “La Contratación Pública” (2a. edición actualizada). Quito, 1993; Luis Benalcázar y Juan Pablo Aguilar, “Guía de la Contratación Pública Ecuatoriana” (3ª edición actualizada), Corporación de Estudios y Publicaciones. 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”. Edino. Guayaquil, 2003. “Derecho Administrativo”. Edino, Guayaquil, 2005; 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. También se deben mencionar la tesis de Pablo Tinajero, “La Acción de Lesividad”, PUCE. Quito, 1998. Una valiosa recopilación de jurisprudencia administrativa es la 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. Finalmente, sobre la temática del derecho administrativo, del autor de la presente obra de Derecho Administrativo, Efraín Pérez, aprovecho para citar: “Disposiciones Administrativas y Reglamentarias de CEPE”. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1981; “Digesto de la Contratación Pública”. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1984; “La Informática en los Dictámenes Jurídicos para la Contratación Pública”, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1985; “Reseña Histórica de las Instituciones Jurídicas Galapaguenses”, Corporación de Estudios y Publicaciones. 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; “Manual de Derecho Ambiental y Recursos Naturales del Ecuador”, Edino. Guayaquil, 1995; “Gestión Pública Ambiental”. BID-CONADE. 1997; “Manual de Aplicación de Normas sobre Problemas de Desarrollo Sustentable y Biodiversidad en el Ecuador”, CLD, Quito, 1999; “El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y la Constitución”, Ediciones ESTADE. Quito, 1999, “Derecho Ambiental”, McGraw-Hill. Bogotá, 2000 y “Descentralizaciones y Autonomías”, 2001. Se pueden encontrar en el Internet los trabajos realizados por cuenta de la Procuraduría General del Estado 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.

**III. Las fuentes del Derecho**

 **Administrativo**

El elemento jurídico del Estado surge con la finalidad de regular las relaciones entre los particulares y de proteger los derechos individuales e impedir la arbitrariedad del poder estatal. En “Las Leyes” Platón sostiene que “[l]a soberanía debe someterse a la ley, y sólo un Estado en que la ley misma sea el soberano absoluto, sobre los gobernantes puede hacer realmente a todos los ciudadanos verdaderamente felices y virtuosos”.

**La Constitución**

El término de Constitución en el contexto que se utiliza en la actualidad se encuentra en “La Constitución de los Atenienses” de Aristóteles. Esta obra analiza las “magistraturas” y los múltiples elementos de su estructuras y competencias**[[144]](#footnote-144)**. En términos contemporáneos se podría definir como un estudio de los órganos estatales.

Uno de los antecedentes históricos de la Constitución, desde la Carta Magna, se encuentra en las restricciones al poder ilimitado de los soberanos. Las primeras constituciones, en el sentido moderno de la palabra, fueron declaraciones de derechos como la producida en la Convención del Estado de Virginia el 12 de Junio de 1776. Posteriormente la Revolución francesa acepta la idea americana y de Francia se extiende a los demás Estados europeos y al resto del mundo**[[145]](#footnote-145)**.

En la doctrina y la práctica constitucional modernas la constitución tiene dos partes principales. La primera se denomina “dogmática” y contiene los derechos fundamentales y las libertades públicas, y la segunda se denomina “orgánica” y describe la estructura política del Estado, establece las funciones y los órganos, con sus respectivas atribuciones y deberes. Las Constituciones ecuatorianas, desde la Constitución de 1845, también añaden una parte que trata de la superioridad de la Norma Suprema sobre todas las demás normas jurídicas internas; parte a la que generalmente se denomina “Supremacía de la Constitución”.

La Constitución Política vigente, en su artículo 272, dice al respecto:

*La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos–leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.*

*Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.*

Las leyes son tan importantes en el Estado que un autor moderno afirma que toda la actividad estatal se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas: “considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se manifiesta en una serie de actos jurídicos”**[[146]](#footnote-146)**.

Por lo tanto, con independencia de las doctrinas sociológicas y políticas, en los hechos concretos, la acción del Estado se desenvuelve jurídicamente. Las relaciones con el Estado no se realizan con el Estado “sociológico” o “político” sino con la persona jurídica Estado.

**Las normas legales**

En la jerarquía de las normas, las que siguen en importancia a la constitucional, son las normas legales: las que para ostentar esa calidad, requieren haber sido aprobadas de acuerdo con el trámite establecido en la Constitución**[[147]](#footnote-147)**. Este esquema se rompe cuando el orden constitucional es vulnerado por una dictadura, que asume para sí el ejercicio de la totalidad de las funciones del Estado y gobierna a través de Decretos Supremos, con fuerza de ley en la mayoría de los casos. Cuando los temas abordados en un “Decreto Supremo” son de categoría reglamentaria, vale decir tienen el nivel de normas administrativas, se considera que tales “Decretos Supremos” no son verdaderas leyes sino normas administrativas y pueden, en consecuencia ser derogados o modificados por un Decreto Ejecutivo en un régimen constitucional.

La reforma y codificación constitucional de 1998 introduce la categoría de leyes orgánicas, como diferenciadas de las leyes ordinarias. Su principal caracterización es la mayoría necesaria para su aprobación que es de “la mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional”**[[148]](#footnote-148)**. Se caracterizan además por su contenido, es decir se someten al indicado trámite especial –y por lo tanto son leyes orgánicas– “[l]as que regulen la organización y actividades de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial, las del régimen seccional autónomo y las de los organismos del Estado, establecidos en la Constitución” (Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Comisión de Control Cívico de la Corrupción y superintendencias, incluyendo la Superintendencias de Bancos y la de Compañías); “[l]as relativas al régimen de partidos, al ejercicio de los derechos políticos y sistema electoral”; “[l]as que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección”; y, “las que la Constitución determine que se expidan con ese carácter”**[[149]](#footnote-149)**. La Constitución se refiere en otros artículos en forma expresa a las leyes orgánicas de la Función Legislativa y del Tribunal Constitucional. También dispuso que el Congreso Nacional determine qué clase de leyes deberán tener la característica de “orgánicas”**[[150]](#footnote-150)**.

Las disposiciones legales dictadas por el órgano legislativo se denominan propiamente “leyes” cuando se refieren a una materia muy general y amplia, como en el caso de la expedición de un código. Para otro tipo de normas generales se utiliza también la denominación de “decreto legislativo”. La Constitución de 1946, en su artículo 64, definía:

*Se tendrá por ley o decreto, para los legislativos, la declaración del Congreso sobre un objeto de interés común o particular, respectivamente, cuando crea, modifica, o extingue derechos, o modifique, interprete o derogue la ley.*

La Constitución de 1967 (Art. 144), decía que ley es: “la norma de carácter obligatorio y permanente que versa sobre materia de interés general”. Borja y Borja critica acertadamente este criterio de distinción entre ley y decreto según afecte los intereses comunes o particulares. La Constitución vigente se abstiene de entrar en tales definiciones. El autor que se viene de citar, añade más adelante que “las constituciones que definen los decretos revelan conceptuarlos como normas legislativas inferiores a las leyes”**[[151]](#footnote-151)**. A pesar de esto se puede afirmar que las leyes y decretos legislativos dictados de acuerdo con la Constitución vigente tienen el mismo valor jurídico, y la diferente denominación proviene más bien de la materia de que trata el respectivo acto legislativo. Así, en esta cuestión, más que a la denominación que se dé al instrumento respectivo, el nivel de la norma se manifiesta en las formalidades de su creación. El Procurador General del Estado, opina que

*(…) el Decreto expedido por la Cámara Nacional de Representantes y publicado en el Registro Oficial 181 de 21 de febrero de 1980, en realidad es una ley por el trámite que se le dio dentro de dicha Cámara (actual Congreso Nacional); por haber sido sancionado por el entonces Presidente de la República, Ab. Jaime Roldós Aguilera; y por su contenido material, que es el de normas jurídicas que tienen carácter general y de validez para todo el territorio nacional. En consecuencia, su rango es similar al de la Ley de Régimen Provincial o a cualquiera otra ley que se encuentre vigente y lo que corresponde es distinguir las materias a las que específicamente se refieren* **[[152]](#footnote-152)***.*

El texto constitucional vigente sobre los proyectos de urgencia económica dispone que el Ejecutivo los “promulgará como decreto-ley” (Art. 156).

La vigente reforma y codificación constitucional de 1998 introduce sustanciales modificaciones en el campo de la llamada “reserva de ley” del Congreso Nacional, puesto que enumera las materias que “por su importancia requieren de una ley para ser tratados, o, dicho de otra forma, sólo pueden ser regulados a través de una ley y no de otra manera”**[[153]](#footnote-153)**. Estas materias son:

1. Normar el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, garantizados en la Constitución.

2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.

3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin perjuicio de las atribuciones que la Constitución confiere a los organismos del régimen seccional autónomo.

4. Atribuir deberes o cargas a los organismos del régimen seccional autónomo.

5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a parroquias.

6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general, en las materias propias de su competencia, sin que estas puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

7. Reformar o derogar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

8. Los casos en que la Constitución determine.

La Constitución vigente también introduce a favor del Ejecutivo una reserva de iniciativa de ciertas leyes. En efecto, dice: “Solamente el Presidente de la República podrá presentar proyectos de ley mediante los cuales se creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la división político-administrativa del país” (Art. 147, C). Esto se lo debe concordar con las atribuciones del Presidente de la República de expedir “las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva”; más los reglamentos “que convengan a la buena marcha de la administración” (Art. 171, numerales 9 y 5 de la Constitución Política) y la competencia residual para aprobar tratados internacionales determinados, de aquellos que no constan en la enumeración del artículo 161 de la Constitución. El texto constitucional no lo manifiesta expresamente, pero resulta acorde con la doctrina interpretar que el “ámbito del Ejecutivo para expedir normas jurídicas generalmente obligatorias, vale decir ‘leyes materiales’, está constituido principalmente por las materias excluidas por la citada enumeración de la ‘reserva legal’ del artículo 141 y por todo lo relativo a ‘la integración’ organización y procedimientos” de la Administración Pública. A lo que se deben añadir los temas de la delegación legislativa establecida en el Art. 40 de la Ley de Modernización**[[154]](#footnote-154)** y en la Ley de Descentralización. Este controvertido tema de la delegación legislativa se tratará más adelante en esta obra, al discutir la Ley de Modernización. Baste en todo caso señalar que Chaves, en su enumeración de las normas jurídicas necesarias para implementar la reforma y codificación constitucional de 1998 incluye el “Estatuto de la Función Ejecutiva”, con la anotación de que “[s]erá elaborado y aprobado por el Presidente de la República”**[[155]](#footnote-155)**. Las normas a que se ha hecho referencia que expida el Presidente de la República, aunque no todas se pueden denominar propiamente leyes, ostentan las mismas características de estas, lo que en todo caso se aplica también a los reglamentos de ejecución de las leyes, por cuya razón los reglamentos en general son denominados “leyes materiales” por la doctrina, para contrastarlos con las “leyes formales”, es decir aquellas expedidas por el Congreso Nacional, conforme el trámite establecido. Esta es la posición que ha sostenido el Procurador General del Estado, citando la doctrina clásica administrativa:

*(…) nuestro legislador al establecer, en el Art. 5 del Código Civil, la promulgación como instancia no excluyente a la publicación y que entendida en esos términos determina el momento desde cuando está vigente la norma jurídica que, hemos de entender, se aplica a los Reglamentos Ejecutivos, siguiendo el principio jurídico de la accesoriedad y que se dicta para la correcta aplicación de la Ley; pues, jurídicamente el Reglamento goza de las prerrogativas de la Ley. En los Tribunales, a decir de Carré de Malberg, los Reglamentos tienen en principio, la misma fuerza y valor de las leyes, debiendo ser aplicados e interpretados por los jueces de la misma manera que éstas. Pero, a igual que la Ley, la obligatoriedad del Reglamento, comenta Marienhoff, depende de que las etapas de su formación se hayan cumplido satisfactoriamente, entre ellas, la promulgación***[[156]](#footnote-156)***.*

Sobre el “ámbito del Ejecutivo” en la Carta Suprema no existe una disposición expresa que excluya el “ámbito del Ejecutivo” de la intervención legislativa del Congreso, como lo hace por ejemplo la vigente Constitución francesa de 1958. Vedel cita el artículo 37 de la Carta Suprema francesa, que enuncia que las materias no asignadas expresamente al legislador “tienen carácter reglamentario”: “Así –concluye este autor– la competencia reglamentaria deviene el derecho común mientras que la competencia legislativa es la excepción”**[[157]](#footnote-157)**. Claro que en este caso hay que distinguir aquellas circunstancias en que la Constitución ecuatoriana en forma expresa autoriza al Congreso para intervenir en el ámbito del Ejecutivo, como por ejemplo, cuando dispone que “el Congreso Nacional podrá revocar el decreto (de declaración del estado de emergencia) en cualquier tiempo” (Art. 182).

Una clase sui géneris de ley fue aquella denominada Ley Especial Interpretativa, para la interpretación constitucional en caso de duda, establecida en la reforma constitucional de 1996, la cual, “una vez aprobada, se ordenará su promulgación en el Registro Oficial”, vale decir sin la necesidad de la aprobación del Presidente de la República; lo que ha sido adecuadamente rectificado en la norma constitucional vigente, que actualmente dispone que “su trámite será el establecido para la expedición de las leyes” (Art. 284).

La definición de la Carta de 1946 declara sobre los otros actos legislativos:

*El Congreso empleará las palabras “acuerdo” o “resolución” en las decisiones de mero trámite o reglamento, o para los demás actos legislativos no comprendidos en el inciso anterior.*

(El inciso anterior se refiere a leyes y decretos).

En la legislación vigente, este tema se desarrolla en la Ley Orgánica de la Función Legislativa que establece:

*Art.- 69 (tercer y cuarto inciso)*

*Se denominarán acuerdos a las decisiones que tengan el carácter de actos discrecionales o que constituyan actos meramente enunciativos o declarativos.*

*Se denominarán resoluciones a las decisiones que constituyan actos reglados y aquellos que normen asuntos de trámite* ***[[158]](#footnote-158)****.*

La definición de “acuerdo” y “resolución” parece algo confusa por estar definidas en relación a los actos reglados y actos discrecionales. Como se verá al estudiar los actos administrativos reglados y discrecionales, esta distinción ha sido descartada por la doctrina. Se podría interpretar la expresión de “carácter de acto discrecional”, como que se ha querido aludir a decisiones legislativas sobre temas no contemplados en la Constitución o las leyes. En cambio las “resoluciones” serían las decisiones legislativas sobre asuntos que sí están contemplados en alguna norma jurídica. Ahora bien, en doctrina jurídica, como se verá oportunamente, lo discrecional o reglado de una decisión no se refiere a si está o no contemplada esa decisión en alguna norma jurídica, sino a la mayor o menor “discrecionalidad” o libertad de acción que tendría la autoridad para decidir sobre el contenido de la norma o acto.

A diferencia de las leyes y decretos legislativos, los acuerdos y resoluciones legislativas no requieren de la sanción del Presidente de la República, principalmente porque no tienen alcance general. “… [L]a resolución del Congreso Nacional –ha dicho el Procurador General del Estado– no produce ni puede producir ningún efecto legal. No solo que no se puede a través de ella reformar la Constitución, sino tampoco la ley. No tiene siquiera la fuerza jurídica de un decreto, puesto que no cumple los requisitos establecidos en el Art. 69 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa. A este efecto debe tenerse presente que, de acuerdo con el inciso final del Art. 91 de la Constitución, los actos legislativos que no creen o extingan derechos ni interpreten ni modifiquen la ley, solamente tienen el carácter de acuerdos o resoluciones”**[[159]](#footnote-159)**.

La provisión constitucional sobre los tratados y convenios internacionales establece un singular ámbito de potestad legislativa para el Ejecutivo, puesto que le atribuye una competencia residual en la aprobación de instrumentos internacionales determinados, los cuales, una vez aprobados “prevalecerán sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía”. En efecto, la anterior disposición constitucional sobre esta materia otorgaba al Congreso en forma exclusiva el conocimiento de la aprobación o desaprobación de todos los “tratados públicos y demás convenciones internacionales”; mientras que el actual texto constitucional reserva para la aprobación o “improbación” exclusiva del Congreso Nacional en forma no ejemplificativa sino taxativa de, solamente los siguientes instrumentos:

*1. Los que se refieran a materia territorial o de límites.*

*2. Los que establezcan alianzas políticas o militares.*

*3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración.*

*4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley.*

*5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos.*

*6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley (Art. 161).*

Esta es la interpretación de Chaves, quien manifiesta que “solamente requerirán de la aprobación del Congreso” los convenios que aborden los temas enumerados**[[160]](#footnote-160)**. Se entiende que los demás sólo requieren la aprobación del Presidente de la República.

Los tratados legalmente ratificados por el Estado no pueden reformarse por el Congreso sin consentimiento de las demás Partes contratantes, pero pueden obviamente ser “desahuciados” por el Estado, en las condiciones establecidas en el mismo tratado o convenio. Las características citadas, atribuyen fuerza supralegal a los tratados ratificados. Lo mismo puede decirse de las “Decisiones” de la “Comunidad Andina de Naciones” (CAN), que ni siquiera necesitan de una aprobación del Congreso o del Ejecutivo. Para el efecto, las normas que contravengan este principio, se consideran inaplicables según el criterio del Procurador General del Estado, que ha manifestado que:

*Como el Art. 2° de la Decisión 282, publicada en el Registro Oficial N° 682 de 13 de mayo de 1991, prohibió, a partir del 31 de marzo del mismo año, que los países miembros establezcan nuevas franquicias arancelarias que vulneren los compromisos subregionales, y dispuso que a más tardar el 31 de diciembre de 1991 los Países Miembros dejarán de aplicar franquicias arancelarias vigentes a la fecha de la Decisión, y sin embargo se han expedido con posterioridad leyes que otorgan exoneraciones en el pago de tributos, estimo que éstas, como se manifiesta en el oficio de consulta, se opone a lo dispuesto en la Decisión 282, razón por la cual no pueden ser aplicadas.*

*Para poner en vigencia las restricciones o limitaciones de las exoneraciones previstas en la Decisión 282, considero que no es necesario, como se indica, derogar las leyes que otorgan exoneración de tributos a las importaciones, bastando limitar el beneficio tributario a los términos señalados en esa Decisión* ***[[161]](#footnote-161)****.*

La reforma constitucional de 1996, en forma sui géneris dispuso que “[l]as normas contenidas en los tratados y demás convenios internacionales que no se opongan a la Constitución y las Leyes, luego de promulgados, forman parte del ordenamiento jurídico de la República”. Esta disposición, que no está vigente en la actual Constitución, se encontraba en contraposición con la doctrina general de los tratados, los cuales, una vez aprobados, derogan a las leyes que se le opongan. La condición establecida en la indicada reforma constitucional, de que un tratado no se oponga a las leyes vigentes hizo cuestionable su aplicabilidad. Algo muy diferente es la provisión establecida en el actual texto constitucional, según el cual “[l]a aprobación de un tratado o convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma” (Art. 162), lo que está relacionado con la provisión constitucional de este mismo artículo, las normas de los instrumentos internacionales “formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

En la escala jerárquica de las normas, se encuentran a continuación de las leyes y decretos legislativos, pero con la misma fuerza que estos, aunque con limitaciones determinadas, las normas dictadas por el Presidente de la República en virtud de la “delegación legislativa”, a la que se hará referencia más adelante. La delegación legislativa faculta al Presidente a expedir normas con carácter de leyes sobre ciertas materias y dentro de los plazos determinados.

Finalmente, se llama potestad reglamentaria la facultad del Presidente de la República de expedir reglamentos “de ejecución”, “de organización” y “autónomos” (Art. 171, 5 de la Constitución) Se tratará este tema más adelante, en el apartado sobre acto administrativo y reglamento.

**Las normas administrativas**

***Introducción***

**Los ámbitos del Ejecutivo y del Congreso**

Los Arts. 7, 40 y Cap. IV de la Ley de Modernización avanzan en la dirección señalada por el Art. 171 de la Constitución y por el DS 3732 que se revisarán más adelante (La delegación legislativa). En general, la tendencia de la doctrina del Derecho Público y en especial en Ecuador se orienta hacia ampliar y determinar el campo de acción y de regulación del Ejecutivo en los asuntos de estructura y gestión pública, acorde con los requerimientos del moderno manejo administrativo. En contrapartida, la doctrina es unánime en declarar que son temas propios y exclusivos de la Función Legislativa los relacionados con la libertad, incluyendo la tipificación de penas y delitos (nulle pena, nulle crime sine lege), la propiedad, la tributación, el control de los presupuestos públicos y la ratificación de los tratados internacionales, a pesar de que los empréstitos extranjeros, siendo en rigor también convenios internacionales, no requieren de esta aprobación, lo que parece una medida conveniente. Este es el criterio acogido por la reforma y codificación constitucional de 1998, que expresamente determina los temas de la “reserva de ley”, que es la contrapartida del “ámbito del Ejecutivo” como se vio líneas arriba.

**Reglamento y acto administrativo**

***Introducción –los enfoques tradicionales sobre el acto administrativo normativo-***

Para Vedel, los actos administrativos unilaterales (que en Francia incluyen los reglamentos) se pueden clasificar según el punto de vista formal (órganos y procedimientos para su expedición) o según un punto de vista material (su contenido)**[[162]](#footnote-162)**. Dentro de ese contexto divide los actos en reglamentarios y no reglamentarios. Define los actos reglamentarios o “reglamentos” como actos administrativos generales e impersonales**[[163]](#footnote-163)**. En esto coincide con su compatriota Carré de Malberg que, a comienzos del siglo XX, afirmó: “Los reglamentos son, en la forma al menos, actos administrativos”**[[164]](#footnote-164)**.

Entrena Cuesta concluye su discusión sobre el asunto manifestando: “Nada se opone, por tanto, a que consideremos como acto administrativo todo acto de la Administración sujeto al Derecho administrativo, y por ello también el reglamento”**[[165]](#footnote-165)**. Pero añade: “es necesario, inmediatamente, distinguir entre los actos administrativos normativos y los que no contienen normas jurídicas, para subrayar igualmente las diferencias que entre ambos existen”**[[166]](#footnote-166)**.

Para hacer referencia a la América Latina, el más destacado tratadista que coincide con esta tesis es Marienhoff, que incluye entre los actos administrativos al reglamento y al contrato, considerando a este último como “acto administrativo bilateral”**[[167]](#footnote-167)**. Al contrario, afirma Díez que la doctrina distingue los actos administrativos de los reglamentos**[[168]](#footnote-168)**. En igual sentido se pronuncia Escola**[[169]](#footnote-169)** y, en general, los administrativistas argentinos contemporáneos.

En la otra posición se encuentra Fiorini, que al igual que Marienhoff, sostiene que el reglamento también es un acto administrativo, de alcance general. Fiorini expresa que “[l]a sola mención de que el acto reglamentario es acto administrativo general es reconocer su importancia, y el gravísimo equívoco en que se puede caer si se lo excluye de la noción de acto jurídico de la administración pública”**[[170]](#footnote-170)**. Hay que aclarar en este sentido que en la actualidad no se puede apropiadamente identificar “acto jurídico de la administración pública” con “acto administrativo”.

En igual sentido, Bielsa manifiesta: “Si considera de una manera general y abstracta una pluralidad de sujetos o una situación general, el acto administrativo es general. A esta última categoría pertenecen los reglamentos”. En el mismo lugar reconoce que la determinación del carácter de los reglamentos “es una cuestión controvertida”**[[171]](#footnote-171)**.

Finalmente, se debe citar a Canasi que define el acto administrativo como: “un acto voluntario del poder público, dentro de la esfera de su competencia, que tiene por objeto crear una relación jurídica exorbitante del derecho privado”**[[172]](#footnote-172)**; detallando a continuación: “Esta concepción amplia del acto administrativo abarca los actos unilaterales de la administración pública, como también los bilaterales o contractuales y también los generales o reglamentarios”**[[173]](#footnote-173)**.

***Caracterización del reglamento en el derecho positivo***

A pesar del pronunciamiento de distinguidos tratadistas de la generación anterior, se tiene que coincidir con Marienhoff en que “la discusión planteada respecto a si existen o no los actos administrativos de alcance general (la de los actos de alcance individual es unánimemente aceptada), sólo puede resolverse teniendo en cuenta el derecho positivo de cada país”**[[174]](#footnote-174)**.

En todo caso, resulta generalmente aceptado que la diferencia entre el acto administrativo y el reglamento es “de grado” –“el Reglamento crea o innova derecho objetivo, el acto lo aplica”**[[175]](#footnote-175)**.

Será entonces la legislación la que determine, por ejemplo, la característica de la concesión, sea como acto administrativo, unilateral, que es el caso de la actual concesión minera constante en la Ley de Minería del Ecuador o con características de “contrato concesión”, contemplado en la Ley de Modernización.

Las diferencias en cuanto a la impugnación del reglamento y del acto administrativo, por ejemplo, dependen también de la norma jurídica específica. Así, al lado del llamado recurso indirecto contra reglamentos, donde “[l]a impugnación no se dirige contra el reglamento, sino contra un acto administrativo dictado en su aplicación, fundándose en que las normas del reglamento no son conformes a derecho se encuentra la impugnación directa de los reglamentos”**[[176]](#footnote-176)**.

García de Enterría dedica un interesante libro a este tema específico y sobre la impugnación directa de los reglamentos dice que una de las “[n]ovedades más importantes (…) de la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 es la de la admisión normal de un recursos contencioso-administrativo directo contra Reglamentos”**[[177]](#footnote-177)**.

Se debe aceptar esta distinción por la cual se pronuncia la doctrina, sin perjuicio del principio de que a los reglamentos “supletoriamente pueda aplicársele, cuando la norma lo prevé, el régimen jurídico de los actos administrativos, en cuanto sea compatible con su naturaleza”**[[178]](#footnote-178)**.

***Distinción entre reglamento, acto administrativo y ley***

Hay que reconocer que una distinción se impone en ciertos aspectos específicos de procedimiento. Por ejemplo, con referencia a los plazos dentro de los cuales deben deducirse la impugnación en los reglamentos o actos de contenido general se determinan, por su naturaleza, de forma diferente que para el acto administrativo o actos de contenido particular.

El enfoque deviene menos claro en los casos fronterizos, que relevan de la casuística. Así, continúa Vedel: “En total, la distinción resulta bastante empírica. Pero de manera general son reglamentarios los actos que tienen un carácter normativo y aquellos que tienen por objeto la organización misma de un servicio público”, citando jurisprudencia diversa**[[179]](#footnote-179)**.

También es procedente discutir la distinción del reglamento y la ley. En efecto, se ha calificado a los reglamentos de “leyes materiales”, puesto que por su contenido y aplicación, presentan las mismas características de la ley.

Es un importante contenido del reglamento la referencia a la escala jerárquica de las normas. Esto resulta especialmente importante en la determinación de la competencia. Dromi afirma que “[e]l reglamento es fuente de competencia, jerárquicamente subordinado a la Constitución, a los tratados y a la ley, y con supraordinación respecto de los actos administrativos”**[[180]](#footnote-180)**. Para Dromi, el ámbito material del reglamento es más extenso: “En ausencia de leyes es posible dictar normas reglamentarias. Esta zona común a la regulación legal o reglamentaria comprende principalmente lo concerniente a la organización administrativa interna”**[[181]](#footnote-181)**.

Asimismo, sobre este asunto, afirma Dromi: “El principio general es que nada escapa a la fuerza de la ley, a la posibilidad de ser legislado. Sin embargo, a este principio general se le establecen dos clases de excepciones: 1) hay materia que indistintamente puede ser regulada por ley y por reglamento; 2) hay materias propias y exclusivas del reglamento”**[[182]](#footnote-182)**.

Sin duda que resulta importante, por otro lado, delimitar el ámbito del reglamento, en cuanto, por ejemplo no es posible “oponer a terceros el reglamento interno o que no requiera el requisito de publicación”**[[183]](#footnote-183)** –lo mismo puede decirse de los instructivos y de las circulares, aunque con ciertas prevenciones. Este mismo autor, al referirse al campo fundamental de la competencia reglamentaria -los aspectos específicamente organizativos- advierte que, “cuando se trata de cuestiones que, aun siendo administrativas, implican para los ciudadanos la imposición de obligaciones, o la limitación de sus derechos, entonces se entiende que el reglamento sólo ha de limitarse a ser complemento de la ley y que una norma previa con rango de tal es siempre necesaria”**[[184]](#footnote-184)**.

No obstante todo lo dicho en líneas anteriores, se puede coincidir con Vedel en que las distinciones entre ley y reglamento son más importantes que las similitudes. Así, el reglamento no puede alterar la ley, puede ser anulado por el juez por exceso de poder, puede ser objeto de excepciones de ilegalidad; y podría obligar a la administración a reparaciones**[[185]](#footnote-185)**. “En realidad —concluye el decano Vedel sobre el tema— el reglamento tiene un régimen jurídico más próximo al de las decisiones no reglamentarias que el de la ley. El acto reglamentario no es más que una variedad del acto administrativo”**[[186]](#footnote-186)**. Solamente dentro de este contexto restringido podrían aceptarse las calificaciones que hace Zavala, quien afirma que el ámbito reglamentario del Ejecutivo abarca todas las materias no reguladas por la ley**[[187]](#footnote-187)**.

Sobre el fundamento del poder reglamentario de las autoridades administrativas diferentes que el Presidente de la República, la jurisprudencia ha reconocido en Francia que “todo jefe de servicio puede tomar las medidas necesarias para el buen funcionamiento de la Administración puesta bajo su autoridad, inclusive si ninguna disposición legislativa le concede poder reglamentario”**[[188]](#footnote-188)**. Esto “se aplica particularmente a los ministros”.

Se considera que la norma constitucional que establece la Contraloría General del Estado, al atribuirle la potestad para dictar “regulaciones de carácter general para el cumplimiento de sus funciones” (Art. 211), le confiere una facultad reglamentaria, en el más estricto sentido del término. El Congreso también puede delegar a los “organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general, en las materias propias de su competencia, sin que estas puedan alterar o innovar las disposiciones legales**[[189]](#footnote-189)**. No obstante, otras autoridades también dictan normas administrativas que no tienen el ámbito del reglamento, pero que se llaman así, por extensión. Un oportuno ejemplo de esta facultad es la expedición de “reglamentos orgánicos funcionales” que tienen los ministros y los directorios de las entidades públicas, conforme las atribuciones constitucionales que otorgan a los ministros la facultad de “[e]xpedir las normas, acuerdos y resoluciones que requiera la gestión ministerial”**[[190]](#footnote-190)**. A base de lo dispuesto en la Ley de Contratación Pública, las instituciones dictan “reglamentos” para la organización del comité de contrataciones**[[191]](#footnote-191)**.

**Los reglamentos que dicta el Presidente de la República**

***Reglamentos de ejecución***

El reglamento de ejecución es aquel que dicta el Presidente de la República para la aplicación de una ley, que no puede “contravenirlas ni alterarlas” (Art. 171, 5 de la Constitución). El actual texto constitucional no establece plazo alguno para su expedición, mientras con anterioridad se fijaban tres meses, lo cual no obsta que la misma ley pueda establecer los plazos dentro de los cuales los reglamentos deben expedirse. Como se expresa en la norma constitucional, el reglamento de ejecución no podría bajo ningún concepto, ni siquiera como parte de un esquema de organización institucional o procedimental alterar los preceptos constitucionales y legales. Esto se aplica con mayor fuerza a las normas de procedimiento interno que corresponde dictar a otros órganos de la Administración Pública. El Procurador General del Estado dictaminó que se apartan de la ley las exigencias que desvirtúan los legítimos derechos constitucionales, especialmente si se tratan de derechos fundamentales como son los derechos religiosos:

*Revisado el Instructivo expedido mediante Acuerdo Ministerial No. 663‑A, ya mencionado al inicio del presente oficio, se desprende que éste contraviene lo previsto en la Ley No. 212, puesto que establece, para la aprobación de las organizaciones religiosas, una serie de requisitos que no están contemplados en la ley, por lo que no puede ser aplicado. En tal virtud, agradeceré proceder a su inmediata derogatoria, a fin de no afectar derechos de terceros con su aplicación. Al mismo tiempo, se estudiará la posibilidad de que el señor Presidente de la República expida un reglamento a la mencionada Ley No. 212, que contendrá regulaciones más precisas sobre el proceso de concesión de personalidad jurídica a las organizaciones religiosas que se establezcan en el país. Dicho reglamento deberá precautelar la vigencia de la garantía constitucional de libertad religiosa, y no vulnerar el denominado “Modus Vivendi con al Santa Sede”, suscrito y ratificado por el Ecuador, que se encuentra publicado en el Registro Oficial de 14 de septiembre de 1937****[[192]](#footnote-192)****.*

***Reglamentos autónomos***

Los reglamentos autónomos, según Dromi, son aquellos que “sin subordinarse a ninguna ley formal (…) regulan el servicio administrativo”**[[193]](#footnote-193)**, que es la clase de reglamento que introduce la reforma y codificación constitucional ecuatoriana de 1998. Sin duda que estos reglamentos autónomos, o “independientes” como los llama García-Trevijano “[s]on los más importantes, puesto que gracias a ellos marcha la Administración pública diariamente”. Podríamos decir, añade, que mientras los Reglamentos ejecutivos se dictan “en ejecución” de la Ley, los independientes se dictan “para aplicación” de la Ley”**[[194]](#footnote-194)**. Estos reglamentos de acuerdo con el enfoque de Carré de Malberg excluyen la referencia al estatuto legal del ciudadano**[[195]](#footnote-195)**.

Entre las características del reglamento autónomo, cabe destacar que “no importa una abdicación general del órgano legislativo” y resulta aplicable en “materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida”.

En Ecuador, la reforma y codificación constitucional de 1998, introdujo el “reglamento autónomo”, puesto que anteriormente el Presidente de la República estaba limitado a dictar reglamentos en el estricto sentido del término, es decir aquellos de ejecución de una ley. Así, el Presidente de la República, además de los reglamentos “para la aplicación de las leyes” (ejecutivos), dicta “los (reglamentos) que convengan a la buena marcha de la administración”**[[196]](#footnote-196)**.

***La reglamentación delegada***

Otra clase de reglamentación es la delegada o de integración, como prefiere llamarla Dromi**[[197]](#footnote-197)**. En primer lugar, se había citado a Dromi cuando recuerda que la Constitución argentina se refiere expresamente sólo a la reglamentación ejecutiva, como fue el caso de la Ley Suprema ecuatoriana hasta la reforma y codificación de 1998. Sobre la cuestión, añade este autor que los reglamentos de integración no emanan “de la facultad reglamentaria normal del Poder Ejecutivo, sino de una expresa habilitación legislativa” y continúa:

*Se trata simplemente de un poder normativo conferido singularmente para el caso concreto por el órgano legislativo a favor del órgano ejecutivo****[[198]](#footnote-198)****.*

Finalmente, en cuanto a su aplicación específica, este autor determina que: “La ley de habilitación debe ser citada expresamente en cada reglamento, determinando el contenido y la extensión de las facultades con que habilita al Ejecutivo, para impedir las delegaciones globales o indeterminadas. En síntesis, el contenido del reglamento debe estar previsto en la ley de habilitación”**[[199]](#footnote-199)**.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que la Constitución ecuatoriana delega al Presidente la atribución de “fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana”**[[200]](#footnote-200)**, que es una excepción a la reserva de ley en materia tributaria, o le encarga determinar “[e]l número de ministerios, su denominación y las materias de su competencia” (Art. 176), lo que se dijo líneas arriba se encuentra en consonancia con la atribución otorgada al Ejecutivo de regular “la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva” (Art. 171, 9). En el mismo contexto, la Norma Suprema establece que los ministros de Estado cumplirán “las demás atribuciones que establezcan las leyes y otras normas jurídicas” y según los artículos 7, 40 y 42, b) de la Ley de Modernización, el Ejecutivo tiene facultades exclusivas para dictar las normas de carácter de legislación delegada relativas a la estructura, procedimientos y competencias de las instituciones públicas. Finalmente, la Constitución**[[201]](#footnote-201)** y la “Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social” establece amplias potestades a favor del Presidente de la República y sus ministros para transferir “definitivamente” a favor de los municipios “funciones, atribuciones, responsabilidades y recursos”**[[202]](#footnote-202)**. Estas potestades para “fijar y modificar tarifas arancelarias” y para transferir competencias a las entidades del régimen seccional autónomo que se atribuyen al Ejecutivo no pueden ser otra cosa que una verdadera delegación legislativa, puesto que según la misma Constitución tanto la modificación de tributos cuanto la asignación de competencias son materias de “reserva legal” (Arts. 257 y 119 de la Constitución). Este último artículo de la Constitución dice que los órganos públicos “no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley”, es decir que solamente por ley se podrán establecer o modificar competencias o, en su defecto, por norma delegada del Ejecutivo.

Además, cabe anotar la importante delegación legislativa que hace la Ley de Descentralización a favor del Presidente de la República y sus ministros para la transferencia definitiva de competencias atribuidas al Gobierno central a favor de las entidades del régimen seccional autónomo**[[203]](#footnote-203)**, a través del sui generis sistema de la suscripción de convenios, en los que interviene, además del Presidente de la República, el Ministro de Finanzas y el ministro de la materia respectiva. Se afirma que esta potestad del Ejecutivo consiste en una “delegación legislativa” porque solamente la Constitución y la ley pueden atribuir competencias; y es precisamente atribución de competencias lo que hace el Ejecutivo a favor de una municipalidad, lo que puede hacerlo solamente por encontrarse investido de la delegación correspondiente del Congreso Nacional en la Ley de Descentralización.

***La delegación legislativa***

Una cuestión constitucional de extraordinaria importancia en el contenido de la Ley de Modernización, que no se menciona expresamente con ese nombre en su articulado, es el tema de la delegación legislativa. La delegación legislativa es la autorización que hace el Congreso al Presidente de la República para que este expida por Decreto Ejecutivo normas sobre materias reservadas a la Ley. Si bien existen unos pocos antecedentes en la legislación ecuatoriana sobre esta figura, es la primera vez que la delegación legislativa se aplica en forma tan definida en una ley ecuatoriana. A pesar de no haberse aplicado consistentemente en el Ecuador, es una institución bien conocida en otros países, en algunos casos autorizada por la Constitución, en otros casos practicada por designio de la Función Legislativa.

Las constituciones de muchos países, en vista de la praxis legislativa, han incluido expresamente la reglamentación delegada entre sus disposiciones, principalmente para limitar su alcance y contenido. Su necesidad ha parecido tan perentoria a los legisladores que en casos extremos como el de la Francia de la IVª República, el Congreso practicó la delegación legislativa aun contra mandato expreso de la Constitución. En efecto, en la Carta Suprema francesa de 1946 el artículo 13 prohibía la delegación del poder legislativo. No obstante, se vieron suceder una tras otra las leyes de “habilitación” a lo largo de la IVª República, valiéndose el legislador para el efecto de “una extensa gama de procedimientos que intentaban, por medio de artificios en la forma o en la presentación, de cambiar su verdadera naturaleza”**[[204]](#footnote-204)**. Según Vedel, “[l]as razones políticas de esta práctica (con frecuencia inconstitucional) son bien conocidas: la mala organización del trabajo parlamentario entrabando el trabajo legislativo, deseo de los diputados de transferir al Gobierno la responsabilidad de las medidas impopulares,...”**[[205]](#footnote-205)**. El Art. 38 § 1 de la Constitución francesa de 1958, dispone sobre el particular: “El Gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar al Parlamento la autorización para expedir ordenanzas por un plazo limitado medidas que normalmente son del dominio de la ley”.

En Argentina, como en todos los países donde no existió una disposición constitucional expresa hasta la reforma de 1994**[[206]](#footnote-206)**, se produjeron discrepancias entre los tratadistas sobre esta materia. Según Bielsa comentaba con mucha anterioridad a la reforma constitucional argentina: “En principio se determinan en el reglamento delegado situaciones o casos (o categorías) que el legislador ha considerado conveniente deferir al Poder administrador (...) determinar especies, reglar materias dentro de límites expresa o virtualmente señalados por la ley que delega esa determinación”**[[207]](#footnote-207)**. Canasi también se pronunció favorablemente sobre el particular con anterioridad a la reforma, reconociendo “la objeción que hacen al respecto algunos autores, siendo a su vez numerosos quienes la admiten, fundándose en diversas razones”. Pero su opinión propia sobre los reglamentos delegados era que “la Constitución no los autoriza, como ocurre con los reglamentos de ejecución, pues emanan exclusivamente de una habilitación legislativa, materia que es propia del poder legislativo, pero que razones de interés práctico autorizan a 'delegar' al poder administrador”**[[208]](#footnote-208)**.

Por otra parte, parece singularmente ilustrativa para esta cuestión la historia de la delegación legislativa en Chile. Es cierto que recién desde 1970 se incorpora a la Constitución chilena la legislación delegada. Pero en la actualización de su clásica obra “Derecho Administrativo Chileno y Comparado”, cuarta edición, de diciembre de 1992, Silva Cimma, se remonta a las famosas “Leyes Marianas” como “ejemplo típico de Decretos con fuerza de ley, (que) tienen su origen en la Ley de delegación de facultades de 31 de enero de 1837”. Es abundantísima la relación que hace este autor de la normativa legal resultante de la figura de la legislación delegada en Chile: “En virtud de estas leyes delegadas se dictaron más de mil Decretos con fuerza de ley sobre las más variadas materias” en un período de ciento treinta años. En la antigua edición de esta obra chilena, Silva Cimma claramente afirmaba en aquella época que “la Constitución Política del Estado no contiene disposición alguna que autorice esta delegación de funciones (...) en términos generales, el fruto de las delegaciones deja un saldo favorable para los intereses nacionales (…) –concluyendo que: una delegación de facultades coordinada, perfectamente reglamentada y restringida a casos precisos, trae la ventaja indiscutible de obtener que se den normas oportunas y adecuadas a la solución de los problemas que se persigue abordar”**[[209]](#footnote-209)**.

En los países donde se ha practicado la legislación delegada, se incluye la figura en la Constitución con el fin de delimitar su alcance y evitar abusos posibles. García de Enterría cita artículos de diversas cartas supremas europeas donde se alude a:

*... determinación de los principios y criterios directivos, solo por un tiempo limitado y para objetos determinados (Constitución italiana)*

*... La Ley deberá determinar el contenido, el fin y la extensión de dichas habilitaciones. (Constitución de Alemania)*

*... para la ejecución de su programa, (…) durante un plazo limitado, medidas que son normalmente del dominio de la ley. (Carta Suprema francesa)****[[210]](#footnote-210)****.*

En el caso de la norma constitucional francesa, debe notarse que la referencia es más amplia en cuanto alude a la “ejecución de su programa” (del gobierno). Por supuesto que, como lo hace notar García de Enterría, “[h]a de tratarse (…) de una autorización referida a un 'programa' determinado, no a un objeto inespecífico y vago”**[[211]](#footnote-211)**.

En esta interesante obra de García de Enterría, que se cita en los parágrafos anteriores, no obstante reconocerse el rango de ley que la delegación atribuye a la norma respectiva, este autor español se aplica en tratar de demostrar que estas normas legales así creadas están sujetas a la revisión de los tribunales administrativos. A pesar del desarrollo de su tesis con abundante doctrina y jurisprudencia, no acaba de convencer el profesor García de Enterría cómo una norma legal, aunque fuera esta delegada, podría estar sujeta a un cuestionamiento judicial establecido para la impugnación de actos y normas administrativas. En cambio García-Trevijano Fos afirma sobre este asunto: “los Decretos Legislativos**[[212]](#footnote-212)** quedan al margen de la impugnación judicial”**[[213]](#footnote-213)**. Sobre esta cuestión también se pronuncia Mairal afirmando:

*El alcance de la revisión judicial de los reglamentos depende también de que sean considerados 'legislativos' o 'interpretativos'. Los primeros se dictan en ejercicio de facultades delegadas por el Congreso, y por ello sólo se controla si dicho ejercicio se ha mantenido dentro de los límites de la delegación sin que el tribunal pueda imponer su propio criterio en cuanto al contenido del reglamento, como tampoco podría hacerlo respecto de una ley”* ***[[214]](#footnote-214)****.*

Se puede especular que no podría el Ejecutivo revocar las disposiciones expedidas en base de una delegación legislativa, porque para ello necesitaría otro pronunciamiento del Congreso. La razón de esto es que la revocación significaría justamente contradecir la expresa voluntad legislativa pronunciada en la ley delegante, cuando ella se ha manifestado expresa y positivamente sobre un asunto específico.

Tampoco podría el Ejecutivo expedir o reformar las normas pertinentes con posterioridad al plazo fijado por el Congreso, de haberse fijado un plazo dentro del cual el Ejecutivo tuviera que ejercer la delegación. En cambio, no parece que existiera ningún impedimento para reformar dichas normas dentro de los períodos establecidos por la ley delegante, siempre que esas reformas se orienten en el sentido indicado por el Congreso. En este caso, nuevamente García de Enterría se manifiesta contrario a la legalidad de una reforma por parte del Ejecutivo de una norma expedida en base de la delegación legislativa. Sin embargo, menciona que es corriente esta práctica de reformar normas delegadas en España, aunque se opone a tal costumbre.

En la Función Ejecutiva del Estado se pueden distinguir las dependencias del Gobierno central, las entidades públicas y los organismos establecidos por la Constitución. En los tres casos —dependencias, entidades y organismos— su existencia, estructura y funcionamiento —incluyendo sus competencias— están determinados en la Constitución y las normas jurídicas correspondientes. En el tema de las “dependencias”, la Constitución de 1978 introdujo un importante cambio del esquema legal clásico, al determinar, conforme la redacción actual, que “[e]l número de ministerios, su denominación y las materias de su competencia, serán determinados por el Presidente de la República” (Art. 176) y, en este punto, se adelantó radicalmente a otras constituciones sudamericanas, que todavía requieren de una ley para la creación de ministerios, como en Colombia o en Argentina, entre otros países. Zavala acertadamente manifiesta que “[e]l legislador, en nuestro Ordenamiento, no tiene límite material para intervenir mediante Ley. No existe, pues materia alguna que pueda ser reservada al Reglamento”**[[215]](#footnote-215)**. No obstante, se considera del ámbito exclusivo del Ejecutivo la competencia constitucional que le atribuye la Ley Suprema ecuatoriana para la creación de ministerios y otras asignaciones expresamente determinadas al Ejecutivo en la Constitución Política vigente, que se revisan en este apartado; por lo que no tendrían valor constitucional las intervenciones legislativas en estas materias.

Antes de la vigencia de la Constitución de 1978, un Decreto Supremo se había pronunciado en igual sentido, es decir por la delegación legislativa al Ejecutivo para la estructura de las dependencias gubernamentales, vale decir los ministerios de Estado y sus competencias respectivas. También, según la norma citada “[c]uando en los órganos de gobierno de personas jurídicas o de entidades adscritas estén Ministros Secretarios de Estado o sus representantes, también será facultad del Presidente de la República señalar los Ministros que personalmente o por representacióndeban estar en dichos órganos de gobierno”**[[216]](#footnote-216)**.

Este mandato constitucional que permite al Ejecutivo reorganizar los ministerios y las competencias correspondientes es propiamente una delegación legislativa y no una deslegalización, puesto que la misma Ley Suprema ecuatoriana establece que las competencias son las establecidas exclusivamente por la Constitución y las leyes**[[217]](#footnote-217)**, lo que no se podría cambiar si no es por una reforma constitucional.

El DS 3732 citado en el parágrafo anterior dispuso que además corresponde al Presidente de la República reformar por Decreto Ejecutivo lo atinente a la competencia de los ministerios, el cambio de adscripción de una entidad a otra distinta y la composición de los directorios de entidades adscritas**[[218]](#footnote-218)**. La aplicación de esta norma se dificultó por otros componentes de la adscripción o tutela administrativa que no fueron previstos, como por ejemplo que las leyes de creación de las entidades respectivas también establecían competencias, denominación, etc. En la práctica se vio que sin leyes complementarias para cambiar o afectar las competencias, denominación, etc. de las entidades adscritas establecidas en esas leyes, resultaba disminuida las facultades del Ejecutivo de reorganizar los ministerios o descentralizar la Administración Pública que la Constitución asigna al Presidente, confirmado en el Art. 176 de la Constitución. Como ejemplos de estas limitaciones se pueden citar los problemas derivados que determinaron que el cambio de adscripción de la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros (DINAC), del entonces llamado Ministerio de Finanzas (hoy Ministerio de Economía) al Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda tuviera que revertirse**[[219]](#footnote-219)** y que el Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias (IEOS) permaneciera en una situación ambigua durante la primera parte del régimen del Presidente Durán-Ballén, a comienzos de los años noventa, hasta que pudo remediarse la situación, gracias a la aplicación de las normas de la Ley de Modernización, que permitieron suprimir la personalidad jurídica de derecho público del IEOS y convertirlo en una dependencia del Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda.

Las referencias a la delegación legislativa al Presidente de la República en la Ley de Modernización son:

 “Delegación” a la iniciativa privada de actividades económicas reservadas al Estado (Art. 6, Ley de Modernización).

 Transferencia a entidades del régimen seccional autónomo y a las corporaciones regionales de desarrollo de “atribuciones, funciones y recursos” del Estado y sus demás entidades (Art. 7).

 Transferencia de competencias de entidades al CONAM para dirigir y ejecutar procesos de modernización de entidades “que no cumplan adecuadamente los programas establecidos” (Art. 9, c) Ley de Modernización).

 Potestad para reestructuración de personas jurídicas de derecho público, con ciertas excepciones (Art. 17 Ley de Modernización).

 Modificación de “atribuciones”, “consignadas en la Constitución y en la ley” y materia de la “reserva legal” del Art. 141, 3, conforme los Arts. 171, 5 y 9, 176 y 257 de la Constitución, en concordancia con los Arts. 7, 17, 40 y 42 Ley de Modernización.

 Expedición del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Arts. 40 y Disposición transitoria primera.

El Art. 40 de la Ley de Modernizacióndeclara de “competencia exclusiva del Ejecutivo la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos”. Por el contexto de este artículo de la Ley de Modernización, en concordancia con lo dispuesto en la Disposición transitoria primera de la Ley de Modernización, el Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva es el mismo régimen y materia que reglaba la Ley de Régimen Administrativo. En efecto, dice la citada Disposición transitoria primera de la Ley de Modernización: “Hasta tanto se expida el nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se estará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Administrativo”. Asimismo, la Constitución, al disponer las atribuciones y deberes del Ejecutivo, menciona “el estatuto jurídico y administrativo dictado por el Presidente de la República”. El “Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva” se expidió en 1994**[[220]](#footnote-220)**.

Esta provisión del Art. 40 de la Ley de Modernizaciónva dentro de la tendencia política y constitucional ecuatoriana de asignar al ámbito del Ejecutivo en forma creciente el manejo de la función administrativa. Se comentó en parágrafos anteriores cómo la Constitución vigente sustrae del ámbito del Congreso la determinación del número y conformación de los ministerios y delega esta determinación a la potestad del Presidente de la República. Así, no existe ningún inconveniente de índole constitucional ni doctrinal para que el Ejecutivo en el Ecuador regule en forma exclusiva la “estructura, funcionamiento y procedimientos” de las “dependencias y órganos administrativos”, porque esto viene a complementar las atribuciones que ya tiene en este campo el Presidente de la República.

Resulta clara la delegación que hace el Art. 7 de la Ley de Modernización al Ejecutivo para modificar “competencias” en orden a descentralizar la Administración Pública —“el Presidente de la República podrá (…) transferir a los organismos del régimen sección lo de las entidades regionales de desarrollo las atribuciones, funciones o recursos de los organismo o entidades (públicas)”. Pero, el Art. 40 atribuye al Presidente de la República la potestad de regular “la estructura, funcionamiento y procedimientos”, en concordancia con el Art. 42, a) de la misma Ley que delega al Presidente de la República dictar las normas que correspondan sobre el “ejercicio de competencias “en el sector público, además de la modificación de competencias de los ministerios, que le otorga la disposición constitucional citada (Art. 176).

Pero si con anterioridad el Ejecutivo podía regular libremente la competencia, conformación y el número de los ministerios y sus dependencias, lo que añaden los Arts. 40 y 42, a) de la Ley de Modernizacióna esas potestades —además de permitir al Ejecutivo modificar las competencias de los órganos de la Administración Pública— es que le atribuye la regulación de los “procedimientos”, lo que se confirma en la reforma y codificación constitucional de 1998. En efecto, el Art. 171, 9 dispone: “Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República: 9. (…) expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva”.

La calificación de “competencia exclusiva” del Presidente de la República no es para excluir esta competencia de otras competencias que puedan pertenecerle a otro órgano administrativo de la Función Ejecutiva, sino para excluir al Congreso de estas materias. El Art. 40 de la Ley de Modernización,en efecto, asigna esta materia de la estructuración y reestructuración administrativa al ámbito del Ejecutivo, lo que quiere decir que, según la Ley de Modernización, el Presidente de la República, por simple Decreto Ejecutivo podrá reformar el régimen jurídico administrativo de la Función Ejecutiva. Como se explicó en otro apartado, esto resulta una delegación legislativa. El intento del Congreso Nacional de cambiar en el futuro esta determinación expresada en una ley de asignar esta materia al ámbito del Ejecutivo y expedir otra ley en sentido diferente, regresando esta materia al ámbito del Congreso, resultaría inconstitucional, por encontrarse estas potestades atribuidas al Ejecutivo en la misma Constitución, como se ha visto. El significado de “órganos administrativos” resulta doctrinalmente claro, como se discute al tratar de “la teoría del órgano”. En la redacción de este Art. 40 de la Ley de Modernización se entiende que la competencia que se atribuye al Ejecutivo para “la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos” se refiere precisamente a la competencia para expedir normas que rijan las “dependencias públicas”. Pero como se explicó más arriba, el Presidente ya tenía antes algunas atribuciones en este sentido. En concordancia con lo dicho, a más de la regulación de los aspectos señalados de las dependencias estatales, el Art. 42, a) de la Ley de Modernización, en relación con el Art. 40 Ley de Modernización**,** faculta al Presidente, por Decreto Ejecutivo, a “la reestructuración administrativa” de determinadas entidades de derecho público, incluyendo: “reforma de sus directorios, cambios de su adscripción y ejercicio de competencias”, con las limitaciones establecidas en el Art. 17 §2 de la Ley de Modernización que excluye de estos cambios a las entidades consideradas autónomas en diferentes artículos de la Constitución, más otras enumeradas en el mismo Art. 17 de la Ley de Modernización.

Esta provisión del Art. 42 de la Ley de Modernización refuerza las atribuciones asignadas al Presidente por el DS 3732 de fijar la competencia de los ministerios, el cambio de adscripción de una entidad a otra distinta y la composición de los directorios de entidades adscritas. En estas tres áreas señaladas (competencia de las dependencias, adscripción de las entidades —a qué ministerio estarán adscritas— y directorios), según la errónea interpretación que hace el Art. 13 del Reglamento de la Ley de Modernización se estarían afectando a las entidades de derecho público contenidas en la letra a) del Art. 2 de la Ley de Presupuestos del Sector Público donde se incluyen al “Gobierno Central que comprende a las funciones Legislativa, Jurisdiccional y Ejecutiva, incluidas las entidades adscritas, los programas especiales, el Tribunal Supremo Electoral y el Tribunal de Garantías Constitucionales”—actualmente Tribunal Constitucional. Esto se concuerda con el antiguo numeral 1. del modificado Art. 128 (hoy 118, 1. de la Constitución), que se refería a “[l]os diferentes organismos y dependencias administrativas del Estado”.

En un sentido amplio, las funciones legislativa, ejecutiva y judicial constituyen el gobierno del Estado, pero no responde a un enfoque ortodoxo de la estructura del Estado la inclusión de las funciones legislativa y judicial como parte del “Gobierno Central”. La denominación de gobierno central más bien se identifica con el Ejecutivo, desde un punto de vista político y la denominación se establece como contraposición de “*gobierno* descentralizado”, constituido por el *gobierno* de las entidades del régimen seccional autónomo. Hay que señalar que las enumeraciones establecidas en la Ley de Presupuestos del Sector Público solo tienen validez “para efectos de esta Ley”, como dice su texto. Lo que no obsta que el Reglamento de la Ley de Modernización se remita inconvenientemente y erradamente a la clasificación establecida en la Ley de Presupuestos del Sector Público para efectos de la aplicación de la Ley de Modernización**.** También es errónea la interpretación que hace el Art. 14 del Reglamento de la Ley de Modernización de limitar las atribuciones del Art. 17 de la Ley de Modernización exclusivamente a “organismos y dependencias”, cuando resulta claro, como se ha visto, que también las personas jurídicas de derecho público, es decir “entidades públicas“, están sujetas a lo que dispone el Art. 17 de la Ley de Modernización, con excepción de las entidades que expresamente se enumeran ahí mismo, como se verá inmediatamente. Conforme las limitaciones del Art. 17 §2 de la Ley de Modernización, quedan excluidas de la posibilidad de una “reorganización” o supresión del Ejecutivo las entidades autónomas y organismos de control. “Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo las entidades cuya autonomía está garantizada por la Constitución Política de la República”, que son: 1. los consejos provinciales; 2. concejos municipales, 3. IESS, 4. Directorio del Banco Central del Ecuador y Banco Central del Ecuador; 5. Banco Nacional de Fomento; 6. Juntas de Beneficencia; 7. Corporación Financiera Nacional; 8. Banco Ecuatoriano de la Vivienda; 9. Banco del Estado; 10. Tribunal Supremo Electoral: 11. Contraloría General del Estado; 12. Procuraduría General del Estado; 13. Ministerio Público; 14. Comisión de Control Cívico de la Corrupción; 15. Superintendencias; y 16. Universidades y escuelas politécnicas. Además, en este artículo de la Ley de Modernización excluirá también de la “reorganización” o supresión a: 16. PETROECUADOR y sus filiales; 17. INECEL —actualmente suprimido; 18. EMETEL —hoy escindido en tres compañías anónimas; y, 19. En general todas las superintendencias.

La disposición citada del Art. 42 a) de la Ley de Modernización, que alude a la “reestructuración administrativa“, se encuentra en el Cap. V “De la Desmonopolización, Delegación de Servicios Públicos a la Iniciativa Privada y Privatización”, como excepción a estos procesos de desmonopolización, delegación y privatización, en cuanto la reestructuración que regula, se aplica también a “aquellas entidades e instituciones de derecho público que deban permanecer como parte del Estado”, es decir a esas entidades que serán suprimidas, fusionadas, escindidas o privatizadas solo parcialmente o que no serán privatizadas absolutamente ni sus actividades delegadas a los particulares. En otras palabras, incluso aquellas entidades que permanezcan como parte del Estado, podrán ser reestructuradas conforme las disposiciones de este Art. 42 de la Ley de Modernización**.**

***Reglamentos de necesidad y urgencia***

No se ve en cambio como posible, al menos en el Ecuador, la existencia a los reglamentos que la doctrina llama “de necesidad y urgencia”. Ellos, no obstante, fueron parte de la potestad ejecutiva en la Constitución de 1946 con el nombre de “decretos-leyes de emergencia en el orden económico” (Art. 83), que no están contemplados en las dos Cartas que le sucedieron, de 1968 y 1979. Para que puedan aplicarse nuevamente en Ecuador estos “decretos-leyes” deberán ser expresamente autorizados por la Constitución. Las diferencias de aquellas normas extraordinarias con los actuales proyectos de urgencia económica contemplados en la actual Constitución es que los “decretos-leyes de emergencia en el orden económico” podían expedirse en forma directa por el Ejecutivo con el carácter de ley, mientras que los proyectos de ley de urgencia económica deben forzosamente ser canalizados a través del Congreso Nacional.

**La deslegalización**

Una figura muy diferente que la delegación legislativa es la “deslegalización”, que consiste en que el Congreso atribuya a la potestad reglamentaria del Ejecutivo la regulación sobre una materia determinada que hasta ese momento era materia de ley. Así, esta materia deja de pertenecer al ámbito de la ley. García de Enterría define la deslegalización como:

*...la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración. A través del principio de contrarius actus, cuando una materia está regulada por una Ley se produce lo que hemos llamado más atrás una “congelación de rango” normativo que regula dicha materia, de modo que solo por otra Ley contraria podrá ser innovada dicha regulación. Una Ley de deslegalización opera como “contrarius actus” de la Ley anterior de regulación material, pero no para innovar directamente esta regulación, sino para degradar formalmente el rango de la misma de modo que pueda ser modificada en adelante por simples Reglamentos. De este modo, simples reglamentos podrán innovar y, por tanto, derogar, Leyes formales anteriores, operación que obviamente no sería posible si no existiese la Ley degradatoria previa* ***[[221]](#footnote-221)****.*

 Conforme lo establecido originalmente en el Código de Trabajo de Ecuador, el Congreso Nacional tenía atribuciones para fijar por ley el salario mínimo vital general. Mas, la reforma de 1989, “deslegalizó” esta atribución legislativa, determinando que “[e]l salario mínimo vital para todo trabajador será el que señale el Decreto Ejecutivo que al respecto se expida”**[[222]](#footnote-222)**, lo que fue modificado posteriormente, atribuyendo esta función al Consejo Nacional de Salarios (CONADES). Es decir, ya no se necesitó de una ley (se deslegalizó) para fijar salarios mínimos, bastando un disposición administrativa del Presidente de la República y posteriormente una Resolución administrativa del CONADES.

 El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), contiene materias, como la competencia para implantar los procedimientos administrativos, que son de exclusiva competencia de una ley (la reserva de ley). En efecto, la Ley Fundamental ecuatoriana dispone que “[l]as instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley”**[[223]](#footnote-223)**. No obstante, la Ley de Modernización, en concordancia con el artículo 171, 9 de la Constitución Política, delega este tema de la competencia para implantar procedimientos administrativos en forma privativa al Ejecutivo; lo que es muy diferente de una deslegalización, como se ha expresado. Así, la regulación de los procedimientos administrativos se sigue considerando materia de una ley, pero a través de la figura de la delegación legislativa se encarga al Ejecutivo la expedición de la normativa correspondiente. En consecuencia, parece más apropiado el criterio original de Zavala, según el cual el ERJAFE es una ley delegada[[224]](#footnote-224), puesto que es incuestionable que, por la citada disposición constitucional, no podría un simple reglamento versar autónomamente sobre materias, como la competencia, que según el artículo 119 de la Ley Suprema ecuatoriana solo pueden atribuirse “en la Constitución y en la Ley”. Es decir, no se puede considerar que la potestad atribuida al Ejecutivo en el Art. 170, 9 de la Constitución Política sea una simple “deslegalización”. En efecto, la norma constitucional determina que solo ella misma —la Constitución— y la ley exclusivamente pueden consignar “atribuciones”, vale decir, competencias a los órganos del poder público, por lo cual es obvio que no podría esta potestad legal y constitucional deslegalizarse; más aun si en el caso del ERJAFE este llega a regular potestades anulatorias de actos administrativos a los órganos administrativos, lo que antes resultaba atribución exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa. La anulación en sede administrativa de actos administrativos favorables constituye potencial lesión grave a los derechos adquiridos de los ciudadanos, que no podría establecerse por simple reglamento, por la norma constitucional de la reserva de ley y especialmente por el principio de la intangibilidad de los derechos y las libertades de los ciudadanos, que solamente pueden ser condicionados en su ejercicio por una ley formal. Sí es posible, en cambio, como se ha visto, que el Congreso delegue al Presidente de la República la expedición de normas con rango de ley. Pero aun en este caso, podría cuestionarse que en una norma delegada, el Ejecutivo modifique lo establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo sobre la declaratoria de ilegalidad y de anulación —inclusive de oficio— de actos administrativos. Esta grave cuestión, por tratarse del procedimiento administrativo, se estudiará con detenimiento en la segunda parte de esta obra.

**IV. la legalidad, El Órgano y la**

**competencia**

**El principio de la legalidad**

La sumisión de la Administración a la Ley se realiza en virtud del principio de la legalidad. Stassinopoulos distingue entre el principio de legalidad en sentido amplio y en sentido estricto. El principio de legalidad stricto sensu se refiere a la llamada “reserva de ley”, según la cual, existen materias específicas, determinadas en la Constitución, que pueden regularse solamente por ley formal. Por otra parte, el principio de legalidad en sentido amplio norma temas adicionales a aquellos señalados en la reserva de ley, sobre materias especiales, contempladas en normas generales de la Constitución “que consagran la separación formal u orgánica de funciones determinando las tareas que incumben a cada categoría de órganos”**[[225]](#footnote-225)**.

De una manera más genérica se pueden resumir estos principios desde un enfoque negativo y desde un enfoque positivo. El significado negativo, según Díez, implica que los actos normativos administrativos no pueden contradecir a la ley formal ni, cabe añadir, a la Constitución. Los actos administrativos no pueden contradecir las normas antes citadas y los órganos públicos no pueden obrar fuera de la competencia que tienen atribuida. Finalmente, no puede la Administración desarrollar su actuación en violación con los principios generales de Derecho. Positivamente, el principio de legalidad se manifiesta en el deber de la Administración de respetar la “reserva de ley”, debiendo intervenir en tales asuntos como la libertad, la propiedad, la tributación, las penas, solamente conforme a la ley, dentro del ámbito “de la zona denominada de reserva legal”. Corresponde a la Administración en todos sus actos “respetar los principios de justicia material”. El legislador puede habilitar la Administración para la expedición de reglamentos delegados o de actuaciones particulares determinadas. “La habilitación para los primeros no autoriza a realizar los segundos y viceversa”**[[226]](#footnote-226)**.

**La teoría del órgano**

La competencia, como se verá más adelante, se refiere básicamente a las atribuciones y funciones de órganos y entidades públicas. Estas últimas son tales por ostentar una personalidad jurídica de derecho público. En cambio, el concepto de órgano puede estar o no atribuido a una persona jurídica; pero los funcionarios de esa entidad, también son considerados como órganos, para efectos del ejercicio de la competencia.

En su estudio sobre las teorías políticas de la Edad Media, al tratar sobre la idea de la organización política, Gierke explica que “la idea de una Función del Cuerpo Entero parecía apropiada para la actividad social, donde el miembro que desarrollaba la función aparecía como un Órgano”**[[227]](#footnote-227)**.

Kelsen afirma que “la verdadera naturaleza del órgano del Estado” es un “un problema discutidísimo en la doctrina”**[[228]](#footnote-228)**. En el presente esquema jurídico del Poder Ejecutivo, no cabe entrar al debate ni al análisis de la teoría orgánica y la teoría inorgánica del Estado, que ha ocupado extensamente a los filósofos de la teoría del Estado y que son teorías que están vinculadas con el tema del órgano. Se puede resumir el problema preguntando: “¿qué cualidades deben presentar los actos humanos para ser imputados, no a la misma persona física que las realiza, sino al Estado?” Para responder esta interrogante, Kelsen subraya que “la característica específica de la actividad del órgano es la creación de la voluntad del Estado” y sin definir al órgano, propone que “[d]eberán reconocerse, así, como actividades específicas de un órgano aquellos actos que se manifiestan como la realización de la voluntad del Estado proclamada en la norma jurídica”**[[229]](#footnote-229)**. Carré de Malberg define al órgano como “los hombres que, sea individual o corporativamente, están habilitados por la Constitución para querer en nombre de la colectividad y cuya voluntad vale, por medio de esta habilitación estatutaria, como la voluntad legal de la colectividad”**[[230]](#footnote-230)**. Este autor establece dos importantes diferencias entre el órgano y el representante. En primer lugar, la representación supone dos personas distintas: la representada y la representante. En cambio, el órgano se considera parte integrante de la colectividad cuya voluntad expresa como propia. En segundo lugar, jurídicamente la representación se deriva de un contrato, mientras que “la institución y los poderes del órgano se derivan exclusivamente del estatuto orgánico de la colectividad”**[[231]](#footnote-231)**.

De acuerdo con la teoría, los órganos se clasifican en primarios y secundarios:

*Órganos secundarios son aquellos que se encuentran, con respecto a otro, en relación orgánica y lo representan de una manera inmediata. El órgano primario representado, sólo puede exteriorizar su voluntad mediante el órgano secundario, y la voluntad de éste debe ser considerada como voluntad inmediata del órgano primario.*

Así, los Parlamentos, cualquiera que sean la forma como se los elija, son órganos inmediatos, pero secundarios. Su voluntad vale como voluntad del pueblo: esto es como voluntad de órgano primario que representa**[[232]](#footnote-232)**.

Borja y Borja expresa que el Gobierno consiste en el conjunto de órganos del Estado**[[233]](#footnote-233)**. En la anterior definición están incluidos los órganos primarios y los secundarios. Si excluimos los órganos primarios, es decir el pueblo soberano, nos encontramos con una definición más precisa —pero todavía amplia— de Gobierno.

En cada Función del Estado —incluida la Función Ejecutiva con sus dependencias constituidas por la Administración Pública y los respectivos ministerios y secretarías, así como las diferentes personas jurídicas de derecho público— se encuentran funciones diversas atribuidas a una multiplicidad de “centros de competencia”, como los llama Sandulli, constituidos por las entidades y por los órganos de estas entidades. A veces, dice este autor, la competencia la ejerce un solo individuo, a veces una pluralidad de individuos que operan conjunta y unitariamente**[[234]](#footnote-234)**.

El término “órgano” de la entidad pública tiene una doble acepción, según Zanobini:

*En primer lugar, sirve para indicar los cargos (uffici) considerados en abstracto, para los cuales son nombradas las indicadas personas; secundariamente, indica esta persona considerada concretamente, esto es como sujeto que quiere y actúa por la entidad****[[235]](#footnote-235)****.*

Este enfoque parece más adecuado que la distinción que se hace con frecuencia en la doctrina entre el órgano mismo y su titular. Cassagne prefiere referirse a la unidad del órgano, considerado en su aspecto objetivo como un “centro de competencias” y subjetivamente “representado por la voluntad y capacidad necesaria de las personas físicas que desempeñan la titularidad del órgano”**[[236]](#footnote-236)**.

Estos criterios —principalmente la estrecha relación entre el concepto de órgano y de competencia, se reflejan en la provisión constitucional ecuatoriana que dispone que “[l]a soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución” (Art. 1). La consecuencia que se deriva de esta potestad es que “[n]o habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones” (Art. 120 de la Constitución).

La imputabilidad de la actuación del órgano —funcionario público o dignatario— a la Administración Pública se manifiesta en el precepto constitucional que obliga a “[l]as instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios” a “indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de sus cargos”; sin perjuicio del derecho de recobrar (repetir) de dichos órganos los montos de las indemnizaciones respectivas y de las responsabilidades penales de estos, en caso de dolo o culpa grave (Art. 20 de la Constitución).

**La competencia**

***Antecedentes***

Los principales elementos que integran la organización administrativa son la competencia y la jerarquía**[[237]](#footnote-237)**. Pero también los conceptos de competencia y de jurisdicción constituyen uno de los mayores escollos del derecho administrativo y del derecho público en general**[[238]](#footnote-238)**.

La distribución de competencias entre los varios órganos de la Administración Pública constituye una actividad básica de la organización**[[239]](#footnote-239)**. Existen dos razones fundamentales para distribuir las funciones entre el Estado y la pluralidad de entidades públicas: En primer lugar, por el principio de la división del trabajo. El otro motivo es que los claros límites de los campos de acción de las dependencias y entidades públicas constituyen una garantía para los administrados**[[240]](#footnote-240)**.

***Concepto de competencia***

La competencia es el conjunto de funciones que un agente puede ejercer legítimamente*.* Así, el concepto de “competencia” da la medida de las actividades que corresponden a cada órgano administrativo de acuerdo al ordenamiento jurídico. La competencia resulta la aptitud legal de obrar del órgano administrativo**[[241]](#footnote-241)**. Esto lo resume Laubadère diciendo que “[l]a regla de la competencia determina en primer lugar las materias que entran en la esfera propia de cada autoridad”**[[242]](#footnote-242)**. Las competencias de las instituciones públicas vienen a ser los límites dentro de los cuales han de moverse las personas jurídicas públicas y los órganos administrativos. Toda atribución de competencia representa al mismo tiempo una autorización y una limitación**[[243]](#footnote-243)**.

Por “la norma de la competencia se determina en qué medida la actividad de un órgano ha de ser considerada como actividad del ente administrativo”. Para el establecimiento de la competencia se requiere un examen analítico de las normas, puesto que “no todos los órganos pueden lo mismo, porque entonces no se justificaría su pluralidad” **[[244]](#footnote-244)**. Cuando no se observan tales criterios se incurre en un vicio legal, que afecta a la validez del acto (el vicio de incompetencia).

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha fallado sobre la materia en el sentido siguiente:

*... Estatuto Legal que en su Art. 114, en forma expresa y taxativa, en doce numerales, precisa los deberes y atribuciones del Consejo Directivo de los Colegios de Nivel Medio. En ninguno de ellos se encuentra la facultad de imponer sanción alguna, muy menos la más grave que es la de cancelación, a las docentes o personal de administración del establecimiento. Aquella potestad fue privativa de l máxima autoridad del Colegio, el Rector, por así disponerlo (el Reglamento). ... El Consejo (...) se arrogó atribuciones no contempladas ni en la Ley ni en el Reglamento, y que determinan que el acto administrativo sea nulo con las consecuencias legales de volver el asunto a su estado anterior* **[[245]](#footnote-245)***.*

En otro caso, el Procurador General del Estado dictaminó que la Junta Nacional de la Vivienda se había desviado de su objetivo específico al contratar la construcción de un edificio del Tribunal Supremo Electoral:

*Habría pues una brecha insalvable entre los objetivos que persigue el Tribunal Supremo Electoral y la Junta Nacional de la Vivienda. Esta última está en absoluta incapacidad de colaborar o coordinar sus actividades con el Tribunal en cuanto no constituye obra de vivienda la construcción del edificio para sede del Tribunal Provincial Electoral de Pichincha. No existe base legal que le obligue o le faculte a la Junta para extralimitarse de su objeto esencial. Por tratarse de normas de carácter público su inobservancia produce el efecto de objeto ilícito* ***[[246]](#footnote-246)****.*

El Estado crea las competencias en ejercicio de su potestad pública. Según García de Enterría, las potestades consisten en la posibilidad de producir efectos jurídicos y su clasificación más importante distingue las innovativas y las conservativas:

*Las primeras consisten en la posibilidad de crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas concretas, derechos, deberes, obligaciones, normas. Las segundas se ordenan a conservar, tutelar, realizar situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o extinguirlas. Ejemplo de las primeras, las tres potestades aludidas (reglamentaria, expropiatoria, de policía); de las segundas, la potestad certificante, o ciertas manifestaciones de la propia potestad de policía* **[[247]](#footnote-247)***.*

Al discutir la estructura de los entes públicos, Sandulli dice que “sus atribuciones —vale decir las tareas que están llamadas a asumir (…) — se encuentran frecuentemente repartidas (…) entre una multiplicidad de centros, caracterizados por la respectiva *competencia* (vale decir de aquella parte de las atribuciones del ente, (…), que son conferidas institucionalmente a cada uno de tales centros)… Estos centros, que pueden ser uno o más, son los órganos del ente”**[[248]](#footnote-248)**.

Se discute en la doctrina si las competencias se asignan solamente por ley formal o si también pueden atribuirse reglamentariamente. La mayor parte de los autores se inclinan por esta última tesis. Mas, la Norma Suprema ecuatoriana determina que solo la Constitución y la ley pueden asignar competencias:

*Art. 119.- Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la* ***Constitución y en la ley.***

(énfasis añadido).

Esta provisión tiene sus excepciones en las instancias en que la misma Constitución y un par de leyes delegan al Ejecutivo la facultad de atribuir competencias, como por ejemplo, cuando incluye entre las atribuciones y deberes del Presidente de la República “regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva” (Art. 171, 9.), determinar “las materias de su competencia” de los ministerios (Art. 176), además de las funciones contenidas en la Ley de Modernización (Art. 40 de la Ley de Modernización) e incluso la facultad de transferir competencias a las entidades seccionales, por convenio, que la Ley de Descentralización atribuye al Ejecutivo (Arts. 9 y 12 Ley de Descentralización).

No obstante que la denominación de “competencia” es la utilizada por la doctrina del Derecho Público, la legislación ecuatoriana emplea indistintamente una serie de términos en forma equivalente, de manera inapropiada, como son: facultades, funciones, atribuciones, responsabilidades (Arts. 9 y 12 Ley de Descentralización). La función, dice Garrido Falla, no es sino la consideración de la potestad desde el punto de vista de las atribuciones de un órgano administrativo**[[249]](#footnote-249)**, con lo que concuerda Cassagne, según el cual “[l]a función es, pues, actividad estatal genéricamente considerada”**[[250]](#footnote-250)**. Los términos facultad y responsabilidad (así como “deber”) son calificaciones de la competencia y se les debe otorgar el significado corriente que tienen en el diccionario. Por otra parte, se considera generalmente que la “atribución” es la asignación de las competencias, aunque en esto no hay concordancia de la doctrina, como lo hace notar Villalba cuando discute la relación entre “funciones” y “atribuciones”**[[251]](#footnote-251)**. Sobre la relación entre “funciones” y “materias”, dice Meilán:

*…la distribución de competencias no se hace siempre sobre materias, sino también sobre funciones, (…) y, de otra parte, resulta obvio que el ámbito de una materia no es definible a priori, ni supone una delimitación que opere a modo de compartimentos estancos que impidan cualquier comunicación y que, por si fuera poco, una materia es desplazable no solo territorialmente, sino también sectorialmente, por lo que en el primer caso ha de entrar a jugar necesariamente el criterio del interés* ***[[252]](#footnote-252)****.*

En todo caso, según Garrido hay tres tipos de competencias:

*…la atribución de competencias puede hacerse de acuerdo con un triple criterio (o, si se prefiere, existen tres clases de competencia): 1) el tipo de función (competencia funcional) que se atribuye al organismo o entidad pública de que se trate (potestad normativa; potestad ejecutiva o de gestión y potestad jurisdiccional); 2) el del tipo de materia que se atribuye al órgano (competencia ratione materiae, por ejemplo, obras públicas, aguas, montes, ferrocarriles, etc.); criterio que obviamente es combinable con el anterior, de tal forma que se puede tener en relación con los montes públicos la facultad legislativa (competencia para dictar una Ley de Montes) o, simplemente, la de gestión y administración de dichos montes o aplicación de los preceptos de la ley a los montes privados con la consiguiente intervención administrativa en los mismos; 3) en fin, del del territorio (competencia territorial) dentro del cual se ejercita la competencia atribuida* ***[[253]](#footnote-253)****.*

Sobre este mismo asunto, Real dice que “las funciones institucionales son el conjunto de actividades que basadas en una norma jurídica, deben ser ejecutadas por un órgano jurídico-institucional determinado, como son la formulación de disposiciones y actos administrativos, la planificación, la programación, la ejecución de proyectos, la supervisión central; y, la aplicación de sanción, entre otras”. En consecuencia, divide las “funciones administrativas institucionales” en: política, operativa, control y auditoría, y jurisdiccional**[[254]](#footnote-254)**.

En mi trabajo sobre la “Gestión Pública Ambiental” hice un ensayo sobre componentes de la gestión del Estado, de los que se pueden desglosar: políticas, planeación y financiamiento, normativa, estructuración institucional, potestad reglamentaria y potestad regulatoria, administración, manejo y operación, seguimiento y control, y sanción y jurisdicción**[[255]](#footnote-255)**.

La importancia que revisten estas clasificaciones es que permiten aclarar las aparentes confusiones en la descentralización administrativa, puesto que en ocasiones se transfieren algunos componentes de la descentralización, mientras que el Estado se retiene otros componentes. Lo mismo ocurre en la descentralización política del régimen autonómico de España establecido en la Constitución española de 1978, cuando se atribuye a la comunidad autónoma la potestad legislativa sobre algunos aspectos de una competencia y no sobre otros, lo que se estudiará más adelante, al discutir la normativa legal regional. Por ejemplo, existen múltiples instancias donde la Constitución española reserva para el Estado la expedición de la “normativa básica” sobre una materia, encomendando a la comunidad la legislación llamada “de desarrollo” de esa misma materia.

Así, la esencia de la descentralización administrativa es la asignación de *competencias* del Estado o del Gobierno central a otras personas jurídicas de derecho público. Estas entidades públicas pueden ser territoriales o funcionales. En consecuencia, se discuten en este apartado tanto las clases de descentralización administrativa como las competencias.

Todos los casos de descentralización consisten en la atribución de competencias determinadas a una persona jurídica diferente que el Estado mismo. Esta persona jurídica puede incluso ser de derecho privado, como se verá oportunamente.

***Competencia de los funcionarios públicos***

La Ley de Modernización afirma que “[l]os 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”. Esta afirmación parece más que lógica, acorde con la doctrina, conforme se desarrolla en la primera parte de este trabajo, pero en vista de la práctica burocrática el legislador ha juzgado necesario regular algunos de los aspectos del ejercicio de la competencia.

El artículo 18 §4º de la Ley de Modernización prohíbe a los funcionarios solicitar “autorizaciones, dictámenes o informes que no sean los expresamente señalados en las leyes”. Esta disposición legal, como muchas de este capítulo, resulta reiterativa, en este caso sobre las autorizaciones, porque el mismo concepto de autorización en el derecho administrativo requiere un texto legal que la determine. Por otra parte, los dictámenes se manifiestan en “opiniones e informes técnico-jurídicos preparatorios de la voluntad administrativa” que también requieren de un órgano competente para expedirlos**[[256]](#footnote-256)**. La doctrina sí reconoce la existencia de los dictámenes facultativos, que se dan cuando la norma no los prevé y queda en el ámbito de la discrecionalidad de la autoridad administrativa solicitarlos o no**[[257]](#footnote-257)**. Este artículo 18 §4º de la Ley de Modernización expresamente rechaza que los dictámenes “facultativos” se puedan dar en el procedimiento administrativo del Ecuador.

Puede resultar de cumplimiento más relativo la provisión del Art. 18, §4º de la Ley de Modernización, que prohíbe al funcionario público “exigir la presentación de documentos, la práctica de diligencias o la realización de otros procedimientos que no estén específicamente previstos para el respectivo asunto”. Esto puede cumplirse cuando exista efectivamente un procedimiento determinado para el trámite de que se trate, a falta de una norma de procedimiento administrativo general. En cambio, cuando no exista norma específica de procedimiento puede resultar más difícil la interpretación de qué diligencias son o no necesarias. Pero el Art. 40 de la Ley de Modernización dispone que es “de competencia exclusiva del Ejecutivo la regulación de (…) procedimientos en todas sus dependencias y órganos administrativos”.

Se podría entender que mientras ese procedimiento no se regule explícitamente, el funcionario podría utilizar una discrecionalidad más o menos amplia para establecer los documentos y diligencias razonablemente necesarios en los trámites no reglados de la Administración Pública. Pero el mandato legal realmente dispone que “solo” podrán exigirse documentos y práctica de diligencias expresamente determinadas por la norma jurídica para el caso de que se trate. En caso de no existir una norma legal o reglamentaria adecuada —una norma administrativa de un nivel inferior al Decreto Ejecutivo no sería suficiente, en vista de la potestad del Ejecutivo para regular procedimientos determinada en la Constitución (Art. 171, 9)— que expresamente los requiera, los documentos o las pruebas no se podrían exigir.

Además, tampoco podría alegarse inexistencia de norma expresa para denegar un trámite, en vista de lo ordenado en la Ley de Modernización, sobre la obligatoriedad de los funcionarios de aceptar petitorios, despachar los trámites administrativos y expedir las resoluciones correspondientes, sujeta a las sanciones de la Ley de Modernización. El límite será en este caso la competencia propia del funcionario respectivo. En todo caso resultan aplicables los procedimientos establecidos en la norma adjetiva común, el Código de Procedimiento Civil, conforme jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, citada en otra parte de este libro**[[258]](#footnote-258)**.

***El ejercicio de la competencia***

Cabe recordar sobre este respecto que la competencia establece para el órgano respectivo un deber de obrar**[[259]](#footnote-259)**. La Administración aplica la ley de oficio dice Dromi**[[260]](#footnote-260)**, quien manifiesta que:

*La demora o el no ejercicio inexcusable de la competencia constituyen faltas reprimibles, según su gravedad, con las sanciones previstas en el estatuto del empleado público u otras normas especiales, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil, penal o política en que incurriere el agente”* **[[261]](#footnote-261)***.*

Los efectos del ejercicio de la competencia son:

*Creación de obligaciones de derecho público (y eventualmente de derecho privado);*

*De obligarse y de actuar en la esfera jurisdiccional, sea judicial o contencioso administrativa, como sujeto de derecho* **[[262]](#footnote-262)***.*

No hay competencia sin texto**[[263]](#footnote-263)**. La competencia nace siempre de un texto jurídico, sea este constitucional o legal. Díez considera que el reglamento no puede ser fuente de competencia, aunque la ley de procedimientos administrativos de su país incluya a “los reglamentos dictados en (…) consecuencia (de la ley)”,ya que según él*,* “parece evidente que la fuente no puede ser otra más que la ley y en ningún caso el reglamento, ya que éste habría de dictarse para ejecutar la ley”**[[264]](#footnote-264)**. Pero Gordillo entiende que “el clásico principio de que la competencia es siempre de origen legal, (resulta un) criterio rígido y criticable”. Así, para este autor “las normas generales emanadas del Poder Ejecutivo, como primer órgano de reglamentación de la ley, pueden a su vez servir de base para la competencia delegada o desconcentrada, o de competencia para delegar**[[265]](#footnote-265)**. Lo que no pueden los reglamentos es, lógicamente, establecer competencias en superposición o contravención con lo determinado por las leyes. Así, para Villagra, el Ejecutivo “puede distribuir las funciones y competencias entre sus propios órganos sólo en ausencia de una designación legal”**[[266]](#footnote-266)**.

Según la norma constitucional ecuatoriana “[l]as instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley” (Art. 119), lo que determinaría que en el Ecuador solo puedan establecerse competencias por ley. No obstante, en instancias puntuales la misma Carta Suprema delega esta potestad al Ejecutivo, cuando, a pesar de la reserva legal determinada para la expedición de tributos (Art. 141, 1) le delega la atribución de “fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana**[[267]](#footnote-267)** o le encarga determinar “[e]l número de ministerios, su denominación y las materias de su competencia” (Art. 176), lo que se encuentra en consonancia con la atribución otorgada al Ejecutivo de regular “la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva” (Art. 171, 9). En el mismo contexto, la Norma Suprema establece que los ministros de Estado cumplirán “las demás atribuciones que establezcan las leyes y otras normas jurídicas” (Art. 179, 7), otras normas jurídicas siendo aquellas dictadas por el Presidente de la República. En cambio, existen otras competencias que la Constitución ubica en la reserva de ley, como por ejemplo:

- “El Congreso Nacional aprobará o improbará los (…) tratados y convenios (…) que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley” (Art. 161, 4).

- “La ley establecerá las competencias de los órganos del régimen seccional autónomo, para evitar superposición y duplicidad de atribuciones, y regulará el procedimiento para resolver los conflictos de competencias” (Art. 236 de la Constitución).

- “La organización, competencias y facultades de los órganos de administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas, serán reguladas por la ley” (Art. 241 de la Constitución).

De todo lo cual se deriva uno de los principales conceptos del derecho público cual es que las personas públicas estatales sólo pueden hacer aquello que les ha sido específicamente atribuido, con lo que la incompetencia vendría a ser la regla y la competencia la excepción. Esto se expresa en un principio fundamental del Derecho Administrativo, al decir de Ballbé: “quae non sunt permisæ, prohibita intelliguntur” -lo que no está permitido, se entiende que está prohibido- referido a la Administración, que se manifiesta en el principio de la juricidad**[[268]](#footnote-268)**. No debe confundirse este principio con el principio de la legalidad.

Para la asignación de competencias no caben las interpretaciones extensivas ni analógicas, según el Procurador General del Estado:

*Es principio general que en el campo del derecho público no se puede hacer sino aquello que está expresamente permitido por la Ley. No cabe la interpretación extensiva o analógica. (…) Con respecto al IESS, el artículo innumerado que se añadió al Art. 201 de la Ley de Seguro Social Obligatorio faculta expresamente a esa institución para acogerse a las disposiciones de la Ley de Mercado de Valores en las mismas condiciones autorizadas a entidades del sector privado. Pero esta facultad no consta en la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.*

*Por lo expuesto y ateniéndome a los términos de su consulta, estimo que ese Instituto no estaría facultado para acogerse a las disposiciones de la Ley de Mercado de Valores en las mismas condiciones autorizadas, como queda dicho, a las entidades del sector privado* ***[[269]](#footnote-269)****.*

En el mismo sentido ha dicho:

*En esencia, lo que sucede es que el Reglamento no ha previsto esta situación que, por analogía, se equipara a la del consorcio. Por desgracia, esta analogía en derecho público, tiene que constar expresamente* ***[[270]](#footnote-270)****.*

Pero el principio de la competencia que se trata en este apartado, no significa que todas y cada una de las actividades específicas del órgano deben estar explicitadas en un texto legal o administrativo, sino que se debe entender que la competencia también comprende todo aquello que, dentro de los límites expresamente atribuidos, resulta imprescindible o necesario para que el órgano de que se trate pueda alcanzar los fines para los cuales ha sido creado, sin que ello implique, en modo alguno, llegar a desconocer o sobrepasar la competencia asignada**[[271]](#footnote-271)**.

Sobre el mismo tema falló el extinguido Tribunal de Garantías Constitucionales, resolviendo que:

*...es inconstitucional la norma que obliga a obtener “informe favorable del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas” para obtener la concesión de una frecuencia para una estación de radiodifusión de servicio comunal, ya que naciendo la competencia de la Ley, no hay disposición legal alguna que asigne al Comanda Conjunto de las Fuerzas Armadas la facultad de intervenir en esos casos, ni siquiera los artículos 48 y 49 de la Ley de Seguridad Nacional, falta de competencia que pena el inciso tercero del artículo 74 de la Constitución* ***[[272]](#footnote-272)****.*

***La asignación de la competencia***

La Constitución atribuye al Presidente de la República la expedición de “las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva, que concuerda con la Ley de Modernización (Arts. 7, 40 y 42, b), que, como se señaló líneas arriba, establece una delegación legislativa al Ejecutivo para determinar y modificar competencias administrativas. Esta explicación tal vez valga para salvar la aparente contradicción entre los textos constitucionales sobre la competencia referidos líneas arriba y lo definido en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. La Ley de Modernización determina que “[l]os 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” (Art. 18, inciso 4°). A su vez el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) establece lo que llama “Presunción de competencia”, es decir, una especie de competencia tácita o implícita (Art. 86, ERJAFE):

*Si alguna norma atribuye competencia a la Administración Pública Central, sin especificar el órgano que deba ejercerla, se entenderá que la facultad de tramitar y resolver las peticiones o impugnaciones corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio y de existir varios de éstos, al superior jerárquico común.*

*Los órganos administrativos serán competentes para resolver todos los asuntos y adoptar todas las medidas y decisiones que los consideren razonablemente necesarios para cumplir con sus objetivos específicos determinados en la ley no obstante que dichos asuntos, medidas y decisiones no hayan sido expresa y detalladamente a ellos atribuidos.*

Lo que ha sido aplicado por la misma Procuraduría General del Estado en el caso siguiente:

*En el informe, sin embargo, no se ha hecho el análisis de los antecedentes jurídicos y administrativos que indujeron a la Procuraduría a esta contratación. En primer término, debe tenerse en cuenta que no existía ninguna limitación jurídica para que la Procuraduría la realizara y que, por el contrario, como organismo de control del Estado que es, puede y debe recurrir a todos los medios lícitos a su alcance para cumplir esta finalidad. En segundo lugar, el Ministro de Finanzas expidió previamente la resolución presupuestaria No. 70491 de 24 de abril de 1997, por la cual autorizó el aumento de créditos en el vigente presupuesto de la institución, partida No. 2600‑000‑1‑0‑00, denominada “Asesoría, Estudios, Investigaciones y Procesamiento de Datos, por la suma de S/. 200'000.000,oo (doscientos millones de sucres) para cubrir precisamente dicho egreso. En el ámbito jurídico, el contrato se fundó en lo dispuesto en los artículos 1968 y siguientes del Código Civil* ***[[273]](#footnote-273)****.*

En consecuencia de todo lo dicho, los límites de la competencia de los órganos públicos se concretan en tres principios: 1. Especialidad (cada órgano tiene que actuar dentro de su propia competencia); 2. Legalidad (los órganos deben someterse a lo determinado por la ley); y, 3. Finalidad (también es preciso que la finalidad de la actuación sea siempre de interés público)**[[274]](#footnote-274)**.

La doctrina señala en forma unánime que asignación de la competencia se ejerce en razón de la materia, del territorio, del tiempo y del grado:

- La materia establece las actividades y tareas que puede desempeñar el órgano en forma legítima.

- El territorio comprende el ámbito espacial dentro del cual se deberán ejercitar las funciones encomendadas.

- El tiempo se refiere al lapso dentro del cual el órgano puede actuar, en los casos que se establezcan plazos para este fin.

- El grado se refiere a la escala jerárquica en que se establecen los órganos. “El grado es la posición o situación que ocupa el órgano dentro de la pirámide jerárquica. El inferior está en grado de subordinación al superior”**[[275]](#footnote-275)**. En este ordenamiento, existen funciones atribuidas a un órgano, que no pueden ser desempeñadas por otro órgano superior o inferior al órgano competente. Esto tiene sus excepciones, reguladas por la doctrina, en la delegación, la avocación y otras figuras de traspaso de las competencias.

En consecuencia, para que el órgano pueda ejercer su competencia validamente deben coincidir simultáneamente todos los criterios de materia, de territorio de tiempo y de grado en el acto administrativo que dicte**[[276]](#footnote-276)**.

***El traspaso de las competencias***

La competencia debe ser expresa, como señalado, y resulta improrrogable o indelegable, así como irrenunciable. No cabría que por convenio o contrato se estipule su desempeño por otro órgano o persona, pero existen figuras jurídicas que autorizan el traspaso de las competencias. Estas se transfieren por:

Delegación.- Es el traspaso de competencias que un órgano superior hace a sus inferiores jerárquicos. Es unánime la doctrina en afirmar que la delegación solamente es posible si existe un texto legislativo o reglamentario que la establezca**[[277]](#footnote-277)**, no obstante lo cual, Dromi afirma que lo que se requiere es que no exista norma legal o reglamentaria en contrario**[[278]](#footnote-278)**. La delegación debe ser expresa**[[279]](#footnote-279)**.

La delegación que hacen los ministros de Estado a los funcionarios de sus dependencias, no obsta para que los actos de los delegados se imputen al titular del ministerio, puesto que “[s]i se delega una facultad, los actos oficiales ejecutados por funcionarios (…) tienen la misma fuerza y efecto que si los hubiera hecho el titular”**[[280]](#footnote-280)**, sin perjuicio de que los delegados asuman la responsabilidad civil y penal que en cada caso les corresponda, conforme con lo determinado expresamente por la ley**[[281]](#footnote-281)**. El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJA) se refiere a la delegación en los Arts. 55 al 59.

Avocación.- Es el ejercicio de las competencias del inferior jerárquico por el superior. Se puede ejecutar sin necesidad de una norma que lo autorice. La avocación se refiere principalmente a la participación del superior jerárquico en un procedimiento administrativo cuya competencia pertenece a un inferior. Lógicamente no podrá existir avocación cuando lo impida una norma legal o administrativa.

La figura de la avocación ha dado lugar a equívocos doctrinarios, cuando se ha interpretado que ella autoriza al superior a ejercer cualquier potestad o actividad o dictar cualquier norma de la competencia de un inferior, lo cual es una interpretación inexacta. Por ejemplo, mal podría afirmarse que por “avocación” el Presidente de la República sería competente para dictar un “Acuerdo Ministerial” o adjudicar un contrato.

Así, dice Gordillo:

*“Lo frecuente es que la ilegitimidad se produzca por la intervención de un superior invadiendo lo que es facultad del inferior y no de él, a menos que tuviera la facultad de avocación. Pero ocurre que la avocación no siempre es admisible. Ella no procede p. ej. y en primer lugar, cuando la competencia ha sido atribuida al órgano en virtud de una idoneidad específica que él tiene. Este criterio es a nuestro entender especialmente aplicable en el caso de los entes reguladores independientes previstos en el art. 42 de la Constitución nacional. En tales casos el acto ha sido en ocasiones considerado anulable, aunque parece más razonable postular directamente su nulidad”.*

Sustitución.- Dromi afirma que un superior común de dos órganos puede disponer el traspaso de la competencia del uno al otro órgano para procedimientos específicos, por razones de conveniencia.

Subrogación.- La subrogación se produce cuando la ley establece que un órgano ejerza las funciones de otro órgano ausente**[[282]](#footnote-282)**.

Ningún funcionario puede subrogar un cargo vacante definitivamente, por más de noventa días. No obstante, este plazo puede extenderse cuando se justifique suficientemente la imposibilidad de llenarlo, ha dictaminado la Procuraduría General del Estado repetidas veces**[[283]](#footnote-283)**.

**V. la personalidad jurídica**

**Antecedentes, concepto y definición de la personalidad jurídica**

El concepto de Estado moderno y su administración descentralizada se sustenta en la figura de la personalidad jurídica. En efecto, la personalidad jurídica implica necesariamente una organización autónoma y patrimonio propio, elementos principales de la unidad descentralizada o entidad.

Se atribuye al derecho romano la elaboración doctrinal del concepto de personalidad jurídica, si bien no se le dio ese nombre. En efecto D'Ors manifiesta:

*Se puede decir que las corporaciones (corpora) constituyen “personas jurídicas”. Para la mentalidad romana, solo existe personalidad jurídica en aquellas entidades activas en relaciones jurídicas, cuya permanencia no depende de la subsistencia de los actuales socios. Esto se da ante todo en el Populus Romanus, que sobrevive a pesar de la caducidad de los ciudadanos de cada movimiento histórico; su personalidad se materializa en la permanencia de una caja común y, en general, de un patrimonio público (res pública).*

*(...) las otras ciudades (civitates), que tenían una organización similar a la de la ciudad de Roma (...) también cuentan con un patrimonio, consistente preferentemente en tierras y esclavos, aparte su propia caja y, pueden actuar en la vida patrimonial a través de sus magistrados o actores; para hacer arriendos sobre fincas, obras y concesiones de servicios públicos, tomar cantidades en préstamo, aceptar legados y fideicomisos (inclusive herencias en la época post-clásica), etc.* **[[284]](#footnote-284)**

Al decir del autor citado, la doctrina de la “ficción” de la persona jurídica de la que hablan los juristas medievales (persona ficta et represaentata), tiene su origen en el Digesto, donde con frecuencia a la herencia yacente se la llama personae vice fungi.

Bien se conoce que en latín “persona” se deriva de “máscara”; esto nos trae la idea de una fachada, diferente del ser físico mismo. Y en efecto, jurídicamente expresa no forzosamente una realidad biológica, sino un centro de convergencia de obligaciones y derechos.

Fueyo distingue tres acepciones de persona: a) biológica: el hombre; b) filosófica, esto es, la persona como ser racional capaz de proponerse fines y realizarlos; y c) jurídica, vale decir, ente que es capaz de derechos y obligaciones**[[285]](#footnote-285)**. Y sobre el hombre como tal, Kelsen afirma que solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos**[[286]](#footnote-286)**.

Para Carnelutti, la persona jurídica es el punto de encuentro del elemento económico con el elemento jurídico de la situación, cuyo estudio nos revela que en tal punto a menudo se encuentra no un hombre sólo, sino más de uno. Siendo la función de la persona la conjunción del hombre con los otros hombres no hay razón alguna por la cual la personalidad deba estar limitada al hombre individual**[[287]](#footnote-287)**.

Para Kelsen, el sustrato de la llamada persona jurídica es, en cuanto objeto del conocimiento jurídico, una proposición jurídica, un complejo de normas de derecho, por medio de las cuales se regula la conducta recíproca de una pluralidad de hombres que persiguen un fin común. A veces es la personificación de un orden jurídico parcial (asociación) y en el otro extremo encontramos la personificación de un orden jurídico total, que comprende “el conjunto de los órdenes jurídicos parciales”: el Estado**[[288]](#footnote-288)**.

Ferrara, el clásico tratadista de las personas jurídicas, las definió como “asociaciones o instituciones para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho”**[[289]](#footnote-289)**.

La más sencilla y apropiada de las definiciones de persona jurídica es la de Waline, que la considera “un centro de intereses protegido jurídicamente”**[[290]](#footnote-290)**.

El artículo 40 del Código Civil ecuatoriano declara que “Las personas son naturales o jurídicas”. Define: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sean su edad, sexo o condición” (Artículo 41 del mismo Código). Y, en fin, en el Título XXX “De las Personas Jurídicas”, el artículo 564 dice: “Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

Esta definición se encuentra en el Código Civil ecuatoriano desde su primera edición, y es exactamente la misma del “Proyecto de Código Civil” de Andrés Bello, artículo 643.

La calificación de “ficticia” de la persona jurídica ha sido criticada suficientemente. Hay que recordar que el proyecto de Código Civil fue elaborado por Bello en las primeras décadas del siglo XIX, en que predominaba el criterio de los tratadistas franceses: la teoría de la ficción. Se ha visto que los estudiosos de la Edad Media trabajaron con el concepto de la “persona ficticia”, aunque limitado exclusivamente al derecho privado**[[291]](#footnote-291)**. Mas, la diferencia es que en la primera época liberal (fines del siglo XVIII y comienzos del XIX) la teoría de la ficción “sirvió abusivamente para concebir los cuerpos sociales como creación del Estado, que es posterior a ellos”**[[292]](#footnote-292)**, y para limitar la actividad de las asociaciones, especialmente las de carácter religioso.

Ahora bien, el Código Civil francés llamado de Napoleón nunca se refiere a la persona jurídica con tales palabras. Solamente cuando trató de las cosas, dijo que los bienes podían pertenecer a otros además de particulares. A la cabeza de las personas llamadas civiles, el Código Napoleón nombra siempre al Estado. Después del Estado viene la provincia. A continuación, según Laurent, vienen:

*...las comunidades, dice Savigny, tienen una existencia natural; ellas son en la mayor parte, anteriores al Estado, del cual ellas forman el elemento constitutivo. Sin duda que la existencia de las comunas es necesario, y en este sentido se las puede llamar naturales* **[[293]](#footnote-293)***.*

El Código Napoleón no usó la palabra persona jurídica o persona civil, como las llama Laurent, y cuando se refirió al Estado y otros entes dijo sencillamente, en el artículo 2227, que estaban “sometidos a las mismas prescripciones que los particulares y pueden así mismo oponerlas”.

**Naturaleza del reconocimiento legal de la persona jurídica**

Se preguntaba Laurent: “¿Quién tiene el derecho de crear estas ficciones? Preguntar esto es resolverlo; también la respuesta es unánime: sólo el legislador puede crear personas civiles”. En la práctica es lo que ocurre hoy en el derecho positivo, que determina que sólo la ley puede establecer la personalidad jurídica. Pero lo que cambia, para la doctrina, es que en la actualidad se acepta la preexistencia de la personalidad, como personalidad moral. En efecto, Larrea, por ejemplo, dice:

*...es más exacto reservar el término “persona moral” para designar a los grupos humanos antes de su reconocimiento por el orden jurídico, o considerados desde un punto de vista sociológico o filosófico, mientras que la expresión “persona jurídica” se usa con mayor propiedad para designar a la persona moral ya encuadrada en el ámbito específico del derecho, es decir en cuanto sujeto positivo de derechos y obligaciones* **[[294]](#footnote-294)***.*

Mazeaud dice que la Corte de Casación de Francia se ha sumado expresamente a la llamada tesis de la realidad técnica: “La personalidad civil no es una creación de la ley' ha sostenido; ha creído poder deducir la existencia de la personalidad moral fuera de todo texto que la confiera”. Mazeaud no se encuentra de acuerdo con esta interpretación: “No parece que estas concepciones concuerden con el sentido de la legislación reciente: si se toman en cuenta las tentativas hechas para ejercer un control previo de las asociaciones en formación y se toma en cuenta también que ahora la concesión de la personalidad jurídica a las sociedades, inclusive las sociedades civiles, está subordinada a su matriculación**[[295]](#footnote-295)**. Sin embargo, la existencia de estos criterios es un indicio de que sobre este tema todavía se discute en la doctrina y la jurisprudencia.

Lo que nadie ha discutido ha sido el aserto sobre la preexistencia de la personalidad jurídica del Estado y de las comunidades, a las que se ve que Laurent llamó “naturales”. Algunos códigos civiles, como el argentino, han distinguido, con el mismo criterio, las personas jurídicas de existencia “necesaria” -Estado, municipios y la Iglesia Católica- y las de existencia “posible”, es decir las demás, para la existencia de las cuales la doctrina y la legislación positiva contemporánea en forma unánime exigen el reconocimiento legal.

Ferrara dice que “jamás los hombres, con sus contratos y con sus organizaciones de voluntad, podrán hacer nacer una persona jurídica”**[[296]](#footnote-296)**. El reconocimiento se manifiesta por una ley (caso de las personas jurídicas de derecho público) o por un acto administrativo (cuando se trata de personas jurídicas de derecho privado). Es el legislador el que fija las condiciones para adquirir la personalidad y la forma de ejercerla de acuerdo con las diferentes categorías.

En el Ecuador, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha recordado que:

*La existencia legal de una persona jurídica sólo puede producirse en virtud de una ley o por la aprobación del señor Presidente de la República, conforme a la existencia del Art. 584 del Código Civil, disposición que está corroborada por el inciso final del Art. 587.*

El litigio se refería a la alegación que hacía el demandado sobre la inexistencia de la personalidad jurídica del demandante, en vista de haber sido aprobados sus estatutos por el Ministro de Bienestar Social y no por el Presidente de la República como dice la ley. La Segunda Sala del Tribunal Contencioso Administrativo manifestó que:

*en la práctica comúnmente observada en el procedimiento administrativo los estatutos que confieren personería jurídica a las asociaciones y corporaciones, son aprobados por los Ministros de Estado bajo el principio de la delegación* **[[297]](#footnote-297)***.*

En esto, concuerdan con Larrea que, sobre este particular dice:

*Debe observarse que en la práctica se suele aprobar los estatutos de corporaciones por medio de “Acuerdos Ministeriales”, los cuales se deben entender como verdaderos actos administrativos de los Ministros de Estado, y no del Presidente de la República, como manda la Ley. Quizá la única explicación plausible sería la de que los Ministros de Estado obran por delegación del Presidente* **[[298]](#footnote-298)***.*

Esta discusión ha quedado zanjada por lo dispuesto en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), que establece como Atribuciones y Deberes del Presidente de la República (Art. 11):

*k) Delegar a los Ministros, de acuerdo a la materia de que se trate, la aprobación de los estatutos de las fundaciones y corporaciones, y el otorgamiento de personalidad jurídica, según lo previsto en el Art. 584 del Código Civil.*

**Características de la personalidad jurídica**

Líneas arriba se citó a D'Ors, cuando este considera que la personalidad de las corporaciones en el derecho romano se materializa en su permanencia y, en general, la de un patrimonio público (res publica). Asimismo sobre las otras ciudades (civitates) dicen que pueden actuar en la vida patrimonial a través de sus magistrados o actores. En sus comentarios del código Napoleón, Laurent dice de las personas civiles: “Pueden por tanto adquirir y poseer, a continuación contratar y presentarse ante justicia. Tal es, dicen los jurisconsultos romanos, la esencia de la personalidad ficticia. Poseer y hacerse representar, he ahí, dice Savigny, lo que constituye la persona jurídica”**[[299]](#footnote-299)**.

La definición de persona jurídica en el Código Civil de Bello alude a la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente**[[300]](#footnote-300)**. Esta capacidad, sin embargo es limitada por el llamado principio de la especialidad. La primera de las facultades de la persona jurídica, y a juicio de muchos la principal, es la de tener un patrimonio propio, limitada también por el indicado principio de especialidad; y como consecuencia de todo ello, el de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Se debe pasar inmediatamente a considerar cada uno de estos cuatro atributos: capacidad, patrimonio, especialidad y representación.

Se puede decir que los elementos mencionados son todos ellos consecuencia de un concepto único: la personalidad jurídica misma. Así, Tobar expresa que “(…) tener personalidad, ser sujeto de derechos, poseer capacidad jurídica es lo mismo”. Se podría añadir: y consecuentemente poseer un patrimonio, ser representado y poder comparecer en juicio.

Para Laurent era obvio que del reconocimiento de la personalidad jurídica se seguía el reconocimiento de ciertos derechos, sin embargo que los mismos eran más limitados en las personas privadas que en las públicas, en razón de ser más específica su destinación**[[301]](#footnote-301)**. A propósito comenta Fueyo que es frecuente asimilar los conceptos de personalidad y capacidad jurídica o de goce; sin embargo, precisa: “personalidad es cualidad o aptitud, y capacidad de goce es medida de esa aptitud”. De ahí que manifiesta que la personalidad no admite grado (simplemente se tiene o no se tiene), mientras que la capacidad sí (puede ser mayor de una persona a otra)”**[[302]](#footnote-302)**. Según Mazeaud, la capacidad de todas las personas físicas es, en principio, igual y plena. Mas las personas jurídicas nunca tienen una plena capacidad, puesto que esta varía de acuerdo con su categoría, en función del principio de la especialidad**[[303]](#footnote-303)**. Para Carnelutti, la capacidad jurídica es la medida de la personalidad jurídica reconocida a cada hombre, es decir, la medida de su participación en el ordenamiento jurídico. Así, se puede concluir esta cuestión diciendo con él que si bien todos tienen idéntica personalidad, no tienen, en cambio, idéntica capacidad jurídica**[[304]](#footnote-304)**.

Cuando Laurent pasa a describir los derechos de las personas jurídicas el primero que menciona es el de ser propietarias. Sobre el tema señala que pueden adquirir y poseer; a continuación, contratar y presentarse ante la justicia; y cita a Savigny: “Poseer y hacerse representar, he ahí lo que constituye la persona jurídica”**[[305]](#footnote-305)**. Algunos autores hacen derivar la existencia de la personalidad jurídica de la circunstancia de no poderse concebir un patrimonio sin una persona**[[306]](#footnote-306)**. Sobre este punto Tobar enfatiza que la esfera jurídica (de la persona jurídica) es más amplia y contiene muchos más aspectos que la sola esfera patrimonial que queda reducida a un elemento, aunque importante, de la primera. Destaca el fin de las personas jurídicas**[[307]](#footnote-307)**. Pero se puede coincidir con el criterio de Larrea de que los derechos de las personas jurídicas son principalmente patrimoniales**[[308]](#footnote-308)**.

La principal diferencia que se encuentra en las personas jurídicas en relación con las personas físicas es que las jurídicas, a causa de sus más limitados objetivos, están impedidas de realizar actos que no estén relacionados con el objeto particular que les corresponde. Esto, aplicado por ejemplo al derecho de propiedad, significaba para Laurent que la propiedad se consideraba “vinculada” en las personas jurídicas por tener una afectación especial. A diferencia del derecho ilimitado de uso y abuso que todavía caracterizaba la propiedad de las personas naturales en aquella época, la propiedad de las personas jurídicas era considerada una función social. “Una carga que les impone obligaciones en vez de darle derechos”. La base del principio de la especialidad es la necesidad de que las personas jurídicas restrinjan su acción al círculo trazado por su objetivo propio**[[309]](#footnote-309)**, y en virtud del mismo no pueden contratar, adquirir o poseer inmuebles mas que para el fin que se les haya asignado. En consecuencia, la persona jurídica es incapaz de contratar fuera de los fines que persigue; el acto que realizaría sería nulo de nulidad absoluta, porque el principio de la especialidad es de orden público.

En legislación ecuatoriana, como consecuencia práctica del principio de la especialidad la Codificación de la Ley de Compañías en el artículo 150, número 3, dice que la escritura de fundación contendrá “el objeto social, debidamente concretado”.

Para efectos de la expresión de voluntad de las personas jurídicas los romanos aplicaban las normas generales de la representación. Sin embargo, la figura aplicable no es la del mandato. En la actualidad se considera a los representantes como órganos de las personas jurídicas, y la voluntad de los órganos se reputa la voluntad de la persona, y esta responde igual que la persona natural**[[310]](#footnote-310)**. Como la responsabilidad civil de las personas de que se está hablando es susceptible de exigirse como la de las personas naturales, se considera que pueden incurrir en culpa por medio de sus órganos y que entonces deberán reparar el perjuicio resultante. El legislador y la jurisprudencia en Francia, por ejemplo, llegan a admitir en casos determinados, la responsabilidad penal de la persona moral, es decir que puede cometer una infracción y tener culpabilidad; y puede entonces estar sujeta a sanciones diversas, desde una multa hasta la disolución**[[311]](#footnote-311)**. En fin, recordemos la expresión de Savigny, en el sentido de que la posibilidad de hacerse representar es parte de la esencia de la personalidad jurídica.

**La desestimación de la personalidad jurídica**

Antes de pasar a las conclusiones de este tema, se debe hacer una referencia breve a la figura de la desestimación de la personalidad jurídica, que se manifiesta principalmente en el derecho societario y en el derecho laboral, pero que también tiene importancia para establecer relaciones adicionales entre el Estado y las personas jurídicas de derecho público.

La desestimación de la personalidad jurídica tiene su origen principalmente en el derecho anglosajón donde a esta figura se la denomina “disregard” —desestimación. Mazeaud explica que la personalidad jurídica es utilizada para remediar los inconvenientes de la regla de la unidad del patrimonio: por ejemplo, en caso de que se desee establecer una empresa sin comprometer la totalidad de los bienes propios. Este recurso es perfectamente legítimo y justificado por muchas razones, pero así mismo se ha empleado en forma fraudulenta para perjudicar a terceros o al propio Estado. En tal caso, la desestimación —lo que llama la doctrina norteamericana “rasgar el velo corporativo”**[[312]](#footnote-312)**— tiene por objeto ir más allá de la personalidad jurídica y establecer la responsabilidad de las personas naturales que puedan haberse beneficiado con la actividad ilegal.

La doctrina en Estados Unidos razona que es legítima la constitución de la persona jurídica para conseguir la limitación de la responsabilidad, y que, de hecho, tal es la principal finalidad de su establecimiento, y que esto se aplica inclusive en el caso de la existencia de un accionista mayoritario, virtualmente como dueño de la compañía. Mas, para tal efecto es necesario que se hayan cumplido los requisitos legales y que el financiamiento inicial sea suficientemente adecuado. Por otra parte, no se admite que se establezca una persona jurídica para evadir obligaciones existentes o alguna norma legal, o para la comisión de engaños o fraudes**[[313]](#footnote-313)**.

En primer lugar existe el caso de una compañía defectuosamente constituida. El artículo 11 de la Ley de Compañías dispone:

*El que contratare por una compañía que no hubiere sido legalmente constituida, no puede sustraerse, por esta razón, al cumplimiento de sus obligaciones.*

De importantes consecuencias también resulta la situación de las compañías subsidiarias y afiliadas a una principal, lo que también se considera legal, ante la inexistencia de finalidades ilegítimas. Mas, en ocasiones, los actos de las subsidiarias o afiliadas se pueden atribuir a la compañía principal**[[314]](#footnote-314)**. La posición de la jurisprudencia norteamericana en este sentido fue alegada en Ecuador, cuando una compañía petrolera extranjera, que había ganado una licitación, intentó firmar el contrato con el gobierno ecuatoriano, no ella misma, sino a través de una subsidiaria creada especialmente para el efecto. En este caso se alegó expresamente el enfoque de la jurisprudencia norteamericana. El fondo del asunto, sin embargo es que el oferente que gana la licitación o concurso de ofertas no puede transferir**[[315]](#footnote-315)** ni ceder la ejecución del contrato a una tercera persona**[[316]](#footnote-316)**.

El derecho laboral ecuatoriano, por otra parte, en repetidas oportunidades prescinde de reconocer la separación real o ficticia de personas jurídicas diferentes, por ejemplo, en los casos de “trabajadores que presten sus servicios a órdenes de contratistas o intermediarios, incluyendo a aquellos que desempeñen labores discontinuas, participarán en las utilidades de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se realice la obra o se preste el servicio”, con las excepciones que ahí se indican**[[317]](#footnote-317)**.

Para terminar con la persona jurídica de derecho privado, se especifican las consecuencias de la aplicación de este concepto en las sociedades mercantiles, según Garrigues:

Capacidad jurídica de la compañía en las relaciones externas e internas:

a) Actúa en el tráfico como una individualidad con su propia denominación.

b) Tiene capacidad para la contratación.

c) Funciona en el comercio como comerciante.

d) Frente a los socios aparece como sujeto distinto, con derechos y obligaciones propios**[[318]](#footnote-318)**.

**Las personas jurídicas de derecho público**

***Introducción a la personalidad jurídica de Derecho Público***

El Código Civil ecuatoriano, en su artículo 566, al tratar sobre las personas jurídicas de derecho público se refiere en primer lugar a la Nación. Hoy se diría preferiblemente el Estado, que es el concepto jurídico que corresponde, por ser la Nación un concepto sociológico. El Código Civil de Napoleón menciona también en primer lugar al Estado cuando enumeran las personas jurídicas públicas (Artículo 2227). El Estado, la comuna (o municipalidad, en la legislación ecuatoriana) e Iglesia Católica tradicionalmente han sido denominados “necesarios” en oposición a las demás personas jurídicas, incluyendo las de derecho privado, a las que se llama “posibles” (Código Civil argentino). Por otra parte, el carácter de derecho público que tiene el Estado, no puede ser atribuido por ningún texto legal, que tendría que ser forzosamente posterior a la existencia del Estado.

Según Tobar Donoso, son tres las propiedades que la mayoría de los publicistas convienen en atribuir al Estado:

* La de persona moral, sujeto de derechos y obligaciones;
* La de entidad soberana o suprema en su órbita, es decir lo temporal; y,
* La de institución sujeta al orden moral y jurídico, por lo mismo que posee un fin, que es norma de su obrar y límite de sus atribuciones**[[319]](#footnote-319)**.

En la Edad Media ya se concebía a la Iglesia, así como al Estado, como un todo orgánico que, a pesar de su carácter compuesto, constituía un solo ser. En la teoría medieval la personalidad singular del Estado está repartida entre dos “sujetos” correspondientes al gobernante y a la Asamblea del pueblo, y en su conexión consiste el cuerpo político**[[320]](#footnote-320)**.

La persona jurídica Estado es representada hacia el exterior por el Jefe de Estado y se manifiesta internamente por medio de la Administración representada extrajudicialmente por el Jefe de Gobierno; ambos encarnados por el Presidente de la República en el Ecuador. “La Función Ejecutiva la ejerce el Presidente de la República quien representa al Estado en forma extrajudicial, ejerce la potestad reglamentaria y tiene a su cargo la dirección de toda la Administración Pública Central e Institucional ya sea directa o indirectamente a través de sus ministros o delegados”**[[321]](#footnote-321)**. Según la Constitución el Procurador General del Estado, tiene la representación judicial del Estado en forma exclusiva. Los Ministros de Estado por su parte, dentro de la esfera de su competencia, pueden delegar atribuciones y deberes a funcionarios o empleados de su ministerio**[[322]](#footnote-322)**.

En el Código Napoleón, en el mencionado artículo 2227, después del Estado se encontraba la referencia a los establecimientos públicos. La doctrina francesa consideraba a los establecimientos públicos como principalmente privados y los identificaba con los de utilidad pública. Entre los establecimientos públicos, Laurent enumera los hospicios y los establecimientos de beneficencia. Se debe entender que posteriormente el Estado se fue haciendo cargo más usualmente de este tipo de servicios, y de otros, llamados después servicios públicos por la doctrina.

El Código Civil ecuatoriano dice: “los establecimientos que se costean con fondos del erario”**[[323]](#footnote-323)**. La doctrina se refería más bien al término “establecimiento público”. Hoy en día se prefiere hablar de “personas jurídicas de derecho público”; tal vez en razón de que el término de establecimiento público está demasiado identificado con la noción de servicio público. En efecto, Laubadère dice: “El establecimiento público es un sistema de gestión de un servicio público”**[[324]](#footnote-324)**. Tobar Ribadeneira manifiesta que el fin de servicio público era uno de los elementos esenciales de los establecimientos públicos**[[325]](#footnote-325)**. La persona jurídica de derecho público abarca los establecimientos públicos y también otras personas jurídicas públicas no consideradas establecimientos públicos según el criterio ortodoxo administrativo. Tal es la posición adoptada por Constitución Política ecuatoriana en su artículo 118, numeral 5, que clasifica los “organismos y entidades creados por la Constitución o la ley” de acuerdo con tres criterios, según su finalidad:

- el ejercicio de la potestad estatal;

- la prestación de servicios públicos;

- actividades económicas asumidas por el Estado.

No todas las entidades públicas —es decir instituciones públicas con personalidad jurídica de derecho público— se pueden clasificar bajo algunas de estas opciones, por lo que se considera que las demás entidades públicas se encuentran ubicadas en el numeral 1. de este artículo de la Constitución, comprendidas en la “Función Ejecutiva”, porque el Derecho Público ecuatoriano no contempla “entidades” en las funciones legislativa y judicial —aunque el Consejo de la Judicatura, según Zavala “no es parte del Poder Judicial, pues no tiene potestad jurisdiccional”**[[326]](#footnote-326)**, tampoco se lo puede considerar como una “entidad pública” por carecer de personalidad jurídica y es denominado por la Constitución en forma acertada como un órgano de la Función Judicial (Art. 198). El artículo constitucional que se cita incluye a “[l]as funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial”, “los organismos electorales” y “los organismos de control y regulación”.

La Constitución de 1946, siguiendo al Código Civil decía:

*No se reconocen otras instituciones de derecho público que el Fisco, los Consejos Provinciales, las Municipalidades y los Establecimientos costeados por el Estado.*

(Artículo 192).

La Constitución de 1967 utilizó la expresión:

*Son Personas Jurídicas de Derecho Público: el Estado, los Consejos Provinciales, las Municipalidades, las Juntas Parroquiales y los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales (Artículo 255).*

La calificación de la municipalidad como persona jurídica de derecho público es muy antigua, a la par que la del Estado, y se la considera también de existencia necesaria. En Ecuador además se ha dado personalidad jurídica de derecho público a los consejos provinciales, pero su creación es relativamente reciente, del siglo XX. Últimamente, la Constitución ha reconocido a las juntas parroquiales, así como las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas (Art. 228, C).

En forma genérica se denominan “entidades públicas” o “entidades del Estado” a las personasjurídicas de derecho público.

***Los términos ente y entidad***

En la acepción 4 del Diccionario de la Real Academia, entidad significa: “Colectividad considerada como unidad”. Al tener “ente” como significado “Lo que es, existe o puede existir”**[[327]](#footnote-327)**, ambos términos expresan claramente la idea de una realidad -en este caso se debe decir personalidad jurídica- diferente de otras realidades -en este caso se debe de otras personalidades jurídicas.

Se define entonces entidad pública como una persona jurídica de derecho público por la cual se manifiesta la descentralización administrativa para el mejor desempeño de la gestión del Estado. Puede ser adscrita o autónoma**[[328]](#footnote-328)**.

***Enfoque histórico de las personas jurídicas de derecho público en Ecuador***

La Constitución vigente no utiliza el término de establecimiento público para calificar a las personas jurídicas de derecho público, pero la expresión no es ajena totalmente al Derecho Público ecuatoriano. El término establecimientos -costeados por el Estado- es utilizado por el Código Civil ecuatoriano y lo utilizó la Constitución de 1946. Este término asimismo es ampliamente utilizado por los tratadistas de derecho administrativo latinoamericanos y europeos.

Históricamente, cuando en el Ecuador no estaba claro el concepto de persona jurídica de derecho público y de descentralización, se ensayó el término de “persona jurídica de derecho privado con finalidad social o pública” para este tipo de entidades. Sin embargo de cuya denominación en las tales personas de “derecho privado” en realidad se aplicaron y se aplican todas las disposiciones del derecho público sin excepción.

Posteriormente, ante la constatación de que tales personas estaban realmente sujetas a todas las normas del derecho público, se trató de encontrar una denominación que pudiera parecer más idónea y se adoptó la denominación de “personas jurídicas semipúblicas” (Art. 256 de la Constitución de 1967).

Sobre la denominación de personas jurídicas semipúblicas dice Borja y Borja:

*Por cuanto la autonomía es una clase de descentralización estatal; si se dice que una entidad es autónoma, se está afirmando que tiene el carácter de estatal, y es incomprensible asignarle la condición de semipúblico. Esta condición se halla en pugna con la esencia del Derecho, pues pretende una posición que se halla entre el Derecho público y el Derecho privado, categorías que estriban en tal esencia, (...), sin admitir una tercera que participe de la una y de la otra* **[[329]](#footnote-329)***.*

En ambos casos —entidades de derecho privado con finalidad social o pública y entidades semipúblicas— se intentó significar una ubicación con fines similares a los del Estado, pero con actividad desvinculada de dicho Estado y de las leyes de derecho público que lo rigen. El error de esta noción es la de pretender establecer personas jurídicas con plena competencia, cuando ellas son relativamente incapaces y no tienen voluntad propia, además de estar sometidas en todos los aspectos al derecho público, independientemente de lo que diga su denominación.

Estos enfoques se aclaran con un importante pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, que establece sobre la problemática:

*Después de un amplio debate de juristas y legisladores, se ha aclarado suficientemente la cuestión jurídica y doctrinal derivada de la participación del Estado en variados ámbitos reservados con anterioridad a la iniciativa privada, que se acentuó en este siglo, particularmente en los últimos cincuenta años. Por otra parte, extensos sectores y agremiaciones ciudadanas han incrementado su participación pública y apoyo al Estado en la búsqueda del bien común, a través de personas jurídicas de derecho privado, pero con participación en los ámbitos públicos y comunitarios, como las agremiaciones, cámaras de producción, colegios profesionales, etc., que tienen su origen y sustento en una ley y que con frecuencia perciben fondos públicos establecidos en sus leyes de creación.*

*En el Ecuador, el requerimiento del Estado de actuar en el ámbito del desarrollo a través de instituciones que ejerzan con oportunidad y eficiencia sus cometidos, determinó que el legislador ecuatoriano ensayara fórmulas más o menos afortunadas. A partir de la denominación del Código Civil de “establecimientos costeados con fondos del Estado”, las entidades del Estado han sido denominadas sucesivamente por el legislador como personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública y personas jurídicas semipúblicas, hasta la Constitución actual que en forma doctrinalmente correcta las llama “personas jurídicas creadas por la ley para el ejercicio de la potestad estatal o para la prestación de servicios públicos o para las actividades económicas asumidas por el Estado y las creadas por acto legislativo seccional” (Art. 72, c).*

*La denominación de “instituciones (…) de derecho privado con finalidad social o pública” se encuentra en el Art. 195 de la Constitución de 1946. La Constitución de 1967 se refiere en el Art. 256 a “personas jurídicas semipúblicas”, pero también alude en el Art. 255 a “las personas jurídicas de derecho público” prácticamente con el mismo texto que el Código Civil. Los “establecimientos públicos” según el texto constitucional son los “creados como tales y regulados por leyes especiales”.*

*Resulta evidente lo equivocado del nombre de “personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública” aplicado a entidades públicas que, lejos de ser de derecho privado, aplican en su totalidad las normas del derecho público, sin ninguna diferencia en este sentido con las dependencias públicas. También fue en su oportunidad justamente criticado el concepto de “personas jurídicas semipúblicas”.*

*En concordancia con el enfoque constitucional vigente, las entidades públicas se crean actualmente con la denominación de “personas jurídicas de derecho público”, no obstante lo cual, las contadas instituciones públicas que fueron creadas como “personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública”, que en efecto son personas jurídicas de derecho público, han conservado su denominación, aunque su ley de creación se ha reformado tácitamente por el texto constitucional, que prima sobre cualquier otro instrumento jurídico de la República. Sobre estas personas jurídicas, dice Larrea Holguín: “Todas ellas están prácticamente asimiladas a las personas jurídicas públicas” (Derecho Civil del Ecuador. Tomo I, Cuarta Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1984. p. 455). Esta reforma se debe aplicar igualmente a la disposición del Art. 383 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC), expedida con anterioridad a la vigencia del actual texto constitucional. Compárese esa clasificación con la constante en la “Ley de Presupuestos del Sector Público”, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 76 del 30 de noviembre de 1992. El Art. 2 de esta ley acoge los conceptos doctrinales de la Constitución vigente para definir y clasificar el “sector público”, sin hacer referencia alguna a las “personas jurídicas de derecho público con finalidad social o pública”* **[[330]](#footnote-330)***.*

***Características de las Personas Jurídicas de Derecho Público***

Se menciona como principal característica de las personas jurídicas de derecho público su creación, que en todos los casos debe ser estatal, aunque anteriormente u originalmente haya funcionado como una persona jurídica de derecho privado, como fue el caso de la Junta de Beneficencia de Guayaquil. Sin duda que este elemento formal es indispensable característica de una persona jurídica de derecho público. Se dice que el Estado también crea determinados cuerpos o personas jurídicas que no por eso son de derecho público. En la norma de creación de la persona pública se debe hacer expresa alusión a su naturaleza de ser de derecho público. Asimismo puede haber personas jurídicas que en la actualidad son de derecho público, sin embargo de haber sido creadas como privadas por los particulares o sujetas al derecho privado. Mas, en tal caso, su transformación de persona privada en persona de derecho público, y su inicio como persona de derecho público debe manifestarse expresamente a través de una ley.

Igual que para las personas jurídicas de derecho privado, para las de derecho público también tiene vigencia el principio de la especialidad; con mayor importancia aun, por tratarse de los intereses de la colectividad, que podrían afectarse por la infracción de esta característica; y consiste en que tales entidades dirijan su actividad con adherencia a un fin, es decir una organización teleológicamente delimitada por los respectivos ordenamientos jurídicos**[[331]](#footnote-331)**. Se incluye también en el principio de especialidad la característica del fin de interés general a que muchos autores se refieren; en efecto, esta finalidad de interés general o particular del Estado vendrá siempre contenida en su objetivo fijado por la ley, que constituye la delimitación de la especialidad en la persona pública.

Los recursos de las personas públicas son así mismo públicos, y consecuentemente sus fondos también lo son. Y esto se aplica aun en el caso de que dichos fondos no provinieren directamente del Presupuesto General del Estado, pues bien se puede dar el caso de empresas públicas cuyos fondos provengan exclusivamente de la actividad empresarial; o como en el ejemplo de Tobar Ribadeneira los fondos que la Superintendencia de Bancos recauda de los bancos privados para su funcionamiento sin duda son fondos públicos. De ahí la importancia de la doctrina de la afectación de los bienes, ya que los mismos, a pesar de entrar a constituir el patrimonio propio de la persona jurídica pública, determinan la verdadera naturaleza jurídica de la institución**[[332]](#footnote-332)**.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no se remite a la procedencia de los fondos para su aplicación. Más bien dispone, con un criterio institucional: “Las disposiciones de esta Ley rigen para las instituciones del Estado (…)”. En lo que se refiere al control de los recursos públicos, según la citada ley, su ámbito son “todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones”. También se refiere a “las personas jurídicas y entidades de derecho privado exclusivamente sobre los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan”**[[333]](#footnote-333)**.

La existencia de potestades públicas determinadas es otra característica que se revela en las personas jurídicas públicas. En primer lugar, el constituir “actos de autoridad administrativa” las decisiones de sus dirigentes, y como consecuencia sujetos a la jurisdicción administrativa (Artículos 96 de la Constitución**[[334]](#footnote-334)** y 4 y 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Dentro de este tema, es verdad que existen ejemplos de entidades de indudable carácter público y sin embargo desprovistos de poder de imperio**[[335]](#footnote-335)**; mas, prácticamente a ninguna le faltan las siguientes prerrogativas legales, que son las mismas que tiene el Estado**[[336]](#footnote-336)**:

* Las instituciones del Estado en ningún caso pueden renunciar a la apelación. Las sentencias judiciales adversas a las instituciones del Estado se elevarán en consulta a la respectiva corte superior, aunque las partes no recurran. En la consulta se procederá como en los casos de apelación y, respecto de ellas no se aplicarán las disposiciones relativas a la deserción de recurso (Artículo 337 del Código de Procedimiento Civil);
* Sus créditos son de primera clase cuando nacen de las causas: para cobrar las correspondientes obligaciones, a sus funcionarios u empleados, sentenciados como autores, cómplices o encubridores de peculado; los derechos del Estado y de las instituciones del Estado que señala la Constitución, no contempladas en lo dispuesto por el numeral cuatro de este artículo y que consten en leyes especiales, con la prioridad establecida en favor del Banco Nacional de Fomento; (Artículo 2374, 4 y 8, del Código Civil);
* Están sometidas a las disposiciones de contratación establecidas en la Ley de Contratación Pública, con varias excepciones, especialmente relacionadas con las empresas públicas y ciertas entidades autónomas -pero entonces están sujetas a leyes específicas sobre contratación, pero no en todo caso a la contratación civil, sino en aquello que no esta normado en forma expresa.
* Están exentas de impuestos (numerales 1 y 2 del artículo 35 del Código Tributario); con excepciones determinadas expresamente en las leyes pertinentes. Por ejemplo, pagan el IVA.
* Pueden declarar de utilidad pública y expropiar bienes (Artículo 783 del Código de Procedimiento Civil), siempre y cuando su ley constitutiva u otra ley expresamente las autorice para ello y los causales de expropiación sean normados expresamente en la ley.
* Gozan de jurisdicción coactiva. El artículo 941 del Código de Procedimiento Civil habla del Estado y sus instituciones que por ley tienen el procedimiento coactivo; el Banco Central del Ecuador y a los bancos del Sistema de Crédito de Fomento, por sus créditos; al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y las demás que contemple la ley. El Procurador General del Estado ha dictaminado: “En la Ley Constitutiva de (la institución) no consta que esta institución tenga facultad para ejercer la jurisdicción coactiva, sin lo cual no podría ejercerla”**[[337]](#footnote-337)**. Así, si no consta tal atribución expresamente concedida en la ley constitutiva de una entidad, no se puede presumir que ésta puede ejercer la jurisdicción coactiva.
* Otra característica común a todas las personas públicas es que están sometidas al poder de tutela del Estado. El poder de control “pone en obra las relaciones entre el Estado, guardián del más amplio interés general, a este título controlador, y personas públicas (o privadas) con intereses propios y por lo tanto controladas”**[[338]](#footnote-338)**.

En fin, los servidores de las personas públicas están sujetos a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y las demás leyes especiales sobre función pública (maestros, servicio exterior, militares, personal civil de las Fuerzas Armadas), con excepción de los que pertenecen al sector laboral, determinado en el Código de Trabajo y aquellos funcionarios sometidos a este Código por disposición constitucional.

Se ha visto que existen ocasiones en que se “desestima” la personalidad en las personas jurídicas de derecho privado para atribuir responsabilidades o infracciones a otras personas naturales o jurídicas que se disimulen detrás de esa fachada; asimismo, en último término detrás de las personas públicas siempre se va a encontrar al Estado, “como punto último de imputación, una voluntad superior sobre la cual no hay ninguna otra”**[[339]](#footnote-339)**. En este sentido no pueden las personas jurídicas públicas estar sometidas al procedimiento de quiebra, a pesar de tener su propia personalidad jurídica y por lo tanto su patrimonio y presupuesto propios, porque se entiende que el Estado sería responsable de su pasivo en cualquier caso. De ahí que se debía considerar errónea e inaplicable la calificación que la derogada ley de creación de la Empresa de Alcoholes del Estado atribuía a esta extinguida empresa de tener su “responsabilidad limitada hasta el monto de su capital”**[[340]](#footnote-340)**. Igualmente, en cuanto a ciertos beneficios de los funcionarios o empleados públicos, no se han considerado las personas públicas como diferentes del Estado mismo y sus dependencias. El antiguo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa incluso extendió en sentencia este beneficio a quienes habían servido en empresas constituidas como compañías anónimas sujetas al derecho privado:

*La Empresa Eléctrica Quito S.A. está registrada en el catastro de las Entidades y Organismos del Sector Público Ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial 288 de 3 de octubre del año 1980 (...) se ha establecido que la Empresa Eléctrica Quito S.A. es una entidad de derecho privado con finalidad social, cuyos servidores están amparados por el artículo 9 de la Ley de Remuneraciones, especialmente en cuanto tiene relación con el reconocimiento del tiempo de servicio, ...para ser tomado en cuenta como factor de liquidación del subsidio de antigüedad en cualquier otra institución de derecho público, registrada el Catastro que se menciona* **[[341]](#footnote-341)***.*

***El Consorcio***

El consorcio generalmente carece de personalidad jurídica; mas, se encuentran casos en que sí la tiene. En el Diccionario de Derecho Romano de Gutiérrez se hace referencia bajo este término a la forma de sociedad nacida en el derecho romano antiguo por la permanencia como titulares del patrimonio hereditario -propiedad sin división- por los herederos filiifamilias al fallecimiento del pater, que se podía constituir también entre personas no ligadas por el parentesco familiar, sin integrar, de otra parte, un contrato consensual de societas**[[342]](#footnote-342)**. Por otra parte en el Black's Law Dictionary, bajo consortium se encuentra: “relación conyugal, en primer término; a continuación en “derecho civil”, “unión de destinos o haciendas (fortunes)”; también, en la ley inglesa antigua, compañía o sociedad**[[343]](#footnote-343)**. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, en su primera acepción de Consorcio dice: “Participación y comunicación de una misma suerte con una o varias personas”; y en su tercera acepción: “Agrupación de entidades para negocios importantes”**[[344]](#footnote-344)**.

En los países de tradición de derecho romano, el consorcio aparece principalmente como figura administrativa. Según Marienhoff, en el año 1904 se legislaba en Italia sobre “consorcios hidráulicos”. Sin embargo, hasta el día de hoy, el mismo autor puede decir que “lo relacionado con los consorcios administrativos aparece entre las materias más descuidadas por la doctrina de los administrativistas”. Los define como “la unión de personas jurídicas públicas entre sí, o de ellas con personas particulares, o de personas particulares entre si, para la gestión o defensa de un interés común entre ellas, que tenga caracteres de interés general”**[[345]](#footnote-345)**. Dromi, en cambio, se refiere principalmente al consorcio público, que lo define como “entes públicos no estatales, asociativos, de gestión local o regional, que cumplen actividades de realización y/o prestación de obras y servicios”**[[346]](#footnote-346)**. A los consorcios públicos atribuye este autor “personalidad, patrimonio y fines propios”**[[347]](#footnote-347)**. En Colombia, el artículo 3 de la ley 1 de 1965 decía: “Las asociaciones de municipios son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los municipios que las constituyen...”**[[348]](#footnote-348)**. En efecto, el uso del término “asociación de (…)” es tan común como el de “consorcio” para designar este concepto.

La legislación ecuatoriana usa esta figura para las municipalidades, para los centros agrícolas y en la asociación de compañías para la ejecución de un contrato público.

El consorcio de municipios de Manabí se establece por Decreto Ejecutivo en 1938**[[349]](#footnote-349)**. En la actualidad está vigente para el efecto la Ley Orgánica de Régimen Municipal**[[350]](#footnote-350)**, que en su título XII, Organismos de Asistencia y Coordinación, Capítulo I, De la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, Sección 1. De la Institución y sus fines, dice en el artículo 540: “Establécese, con carácter permanente, la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, de la cual serán socios todas las municipalidades del país. La asociación será una persona jurídica de Derecho Público, con patrimonio propio y tendrá su sede en la Capital de la República”.

El Consorcio de Centros Agrícolas de Manabí se creó por Decreto Supremo en 1937**[[351]](#footnote-351)**. En la Ley de Centros y Consorcios Agrícolas y Cámaras de Agricultura**[[352]](#footnote-352)**, los Consorcios Provinciales de Centros Agrícolas se establecían como personas jurídicas de derecho privado, con finalidad social o pública. Fue derogada por la Ley de Centros Agrícolas y Cámaras de Agricultura**[[353]](#footnote-353)**, que trata de los Consorcios Provinciales o Zonales de Centros Agrícolas (Artículo 11) sin otorgarles personalidad jurídica (artículo 1).

Sin reconocimiento de la legislación ecuatoriana, pero establecido de hecho, funcionó durante varios años el llamado “Consorcio Cepe-Texaco”, que se originó a raíz de la sustitución de CEPE en los derechos que tenía la compañía Gulf en el “Consorcio Texaco-Gulf”, originado en el convenio de operaciones denominado “Napo Joint Operation Agreement” suscrito por ambas empresas en los Estados Unidos en enero de 1965**[[354]](#footnote-354)**.

Existen constituidos también muchos consorcios privados o asociaciones de empresas, establecidos principalmente para la ejecución de obras públicas en contratos con entidades y dependencias públicas diversas.

Sobre la asociación de empresas o consorcio ha dicho la Procuraduría General del Estado:

*Se hace constar a la contraparte Contratista como “el Consorcio”, como si se tratara de una persona jurídica. Si conjuntamente se presentaron como tal, esta unión de hecho, en todo caso, tiene los efectos de solidaridad en la obligación; y, tienen que constar en el contrato como que son dos personas que asumen la obligación del contratista, como en efecto lo son* **[[355]](#footnote-355)***.*

Con estos antecedentes, se afirma que es más común encontrar el consorcio con personalidad jurídica en los consorcios públicos.

Las “asociaciones de empresa“, como un concepto más moderno, proveniente de los requerimientos de las grandes obras que necesitan el concurso provisional del aporte de capital y tecnología de empresas diversas, principalmente en áreas de exploración y explotación petrolera, química, electrónica, energía atómica**[[356]](#footnote-356)** y en general de construcción de grandes obras públicas; que siguen básicamente los lineamientos de la “joint venture“, sin personalidad jurídica, del derecho estadounidense. Sin embargo, encontramos también en la legislación moderna la concesión de personalidad jurídica a las asociaciones de empresa. Así el “Groupement d'interêt économique” en Francia, que disfruta de personalidad jurídica**[[357]](#footnote-357)**. En España se podía constituir como sociedad anónima, cuyos miembros mantienen su propia personalidad y libertad de mercado**[[358]](#footnote-358)**.

La legislación varía sobre el tema de un país a otro, pero se debe retener las principales características del consorcio, que se mantienen inalterables en las múltiples aplicaciones del concepto:

* Es un ente de gestión de actividades en beneficio de los objetivos o fines propios de los consorciados**[[359]](#footnote-359)**;
* Los participantes conservan su propia identidad tanto económica como jurídica, pero se sujetan a una dirección más o menos unitaria para efectos del asunto materia del consorcio**[[360]](#footnote-360)**;
* Puede constituirse sin capital, como sucede en el caso del “Groupement d'intérêt économique”**[[361]](#footnote-361)**;
* No existe necesariamente puesta en común de elementos patrimoniales**[[362]](#footnote-362)**;
* Generalmente carece de finalidades de lucro partible, lo que no quiere decir que carezca de incentivo económico**[[363]](#footnote-363)**.

El consorcio no es una simple asociación ni tampoco una sociedad. El Código civil italiano lo definía como los “contratos entre varios empresarios, que ejercen una misma actividad económica o actividades económicas conexas, y que tengan por objeto la regulación de dichas actividades mediante una organización común (...)”**[[364]](#footnote-364)**.

En la legislación ecuatoriana, el consorcio no constituye persona jurídica y por lo tanto no puede tener “representante legal”. En este sentido dictaminó la Procuraduría General del Estado: “no procede el poder que, en el acta de constitución del consorcio, se hace a favor del ingeniero FRM. Por lo anotado, el contrato deberá ser firmado por todos y cada uno de los representantes legales de las compañías que integran el consorcio, obligando a la compañía en forma mancomunada y solidariamente entre todos los que integran el consorcio renunciando orden y excusión o debidamente representados por un apoderado con poder especial, conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 6 de la Ley de Compañías**[[365]](#footnote-365)**.

Las reforma y codificación constitucional de 1998, conservó en el Derecho Público ecuatoriano el importante criterio del consorcio público para los municipios y consejos provinciales. Dice el texto correspondiente: “Las provincias, cantones y parroquias se podrán asociar para su desarrollo económico y social y para el manejo de los recursos naturales”**[[366]](#footnote-366)**, donde antes se refería a “los consejos provinciales y los concejos municipales”. La actual referencia a circunscripciones territoriales antes que a corporaciones públicas permite especular si cabrían consorcios parroquiales, cantonales o provinciales independientes de los consejos provinciales y concejos municipales respectivos. Por otra parte, en la Ley de Descentralización y la Ley de Régimen del Distrito Metropolitano de Quito denomina “mancomunidades“, a actividades de “gestión común de programas, proyectos y servicios a ejecutarse en forma conjunta” sustituyendo el tradicional nombre de asociación o consorcio para este objeto, sin tomar en cuenta la necesaria distinción entre los términos “consorcio” y “mancomunidad”. Según Albi las mancomunidades, “[u]na vez creadas, adquieren la naturaleza de verdaderas entidades de carácter territorial, con personalidad propia, con competencia peculiar, con categoría idéntica… a las del propio municipio. Las mancomunidades no son modos de gestión, sino entidades municipales”**[[367]](#footnote-367)**. Para Jordana de Pozas “la Mancomunidad supone la existencia de bienes, generalmente de bienes inmuebles, que pertenecen a la personalidad jurídica formada por los pueblos que a tal fin se unen”. También el régimen de mancomunidad se aplica a “los estudios y proyectos o para regir servicios públicos” mientras que la “asociación” tiene “aplicaciones más variadas. Los Municipios pueden asociarse entre sí. Pueden hacerlo con otros entes territoriales, por ejemplo, con la Provincia o con el mismo Estado. Finalmente, pueden asociarse con personas de Derecho Privado”**[[368]](#footnote-368)**.

**VI. El gobierno y la administración pública**

Una cierta doctrina española y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de España intenta formalizar las diferencias entre Gobierno y Administración Pública, que son mucho más evidentes en regímenes parlamentarios que en los presidenciales. En efecto, estas funciones de gobierno y de administración concurren dentro del Poder Ejecutivo, hasta el punto en que se ha hablado de funciones separadas. Por otra parte, también en España el término de administración pública se lo concibe como aplicable a diferentes grupos de instituciones públicas: en primer lugar se alude a la “administración general del Estado” que, al decir de González y González es una expresión que “carece de tradición” en el derecho español**[[369]](#footnote-369)**. Al lado de esta administración pública se ubican en España a las “administraciones públicas” institucionales, autonómicas y locales. La legislación española concede personalidad jurídica a la Administración Pública y lo mismo hace —con dudosa potestad legal— el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en el Ecuador, a lo que se aludió al principio de esta obra. No se conoce de otro país, sea de tradición jurídica romano napoleónica o no que haya adoptado este sistema en Latino América o en otro continente. Por otra parte, la reforma y codificación constitucional de 1998 no acoge el esquema de la personalidad jurídica de la Administración Pública y continúa asignando la representación judicial del Estado —y no de la Administración Pública— al Procurador General del Estado. Como consecuencia de su particular enfoque, la legislación administrativa española se refiere a las “administraciones públicas” adjudicándoles personalidad jurídica a ellas: Parada alude al Art. 3**.**4 de la Ley española citada, que dice que “cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única” y comenta que es “una regla que, a la vista de la proliferación de los Entes institucionales, en sus variadas fórmulas públicas y privadas, no deja de ser una escandalosa inexactitud; porque realmente, cada Administración pública, la estatal y la de cada una de las Comunidades Autónomas y de los Entes locales, no constituyen una persona jurídica única sino una constelación de personas jurídicas”**[[370]](#footnote-370)**. En todo caso, hay que reconocer el intento de la doctrina y legislación española de superar la confusión existente sobre los imprecisos términos de gobierno y administración pública. Parece adecuado distinguir entre la Administración del Estado “constituida por órganos jerárquicamente ordenados”, para utilizar la expresión de la Ley española (es decir, en el Ecuador, el Jefe del Ejecutivo, los ministerios y sus unidades administrativas, sin personalidad jurídica) y la “administración pública institucional”, constituida por todas las entidades con personalidad jurídica (incluyendo las entidades adscritas, las autónomas y las empresas públicas con personalidad jurídica de derecho público); y finalmente la Administración Pública seccional, integrada por las municipalidades y consejos provinciales, así como las respectivas empresas municipales, con personalidad jurídica de derecho público. Cuando se haga referencia en esta obra a la Administración Pública sin más, se deberá entenderse que se alude al conjunto de estas “administraciones”. La referencia al Gobierno se puede aplicar a las potestades exclusivamente gubernativas del Ejecutivo y de las entidades del régimen seccional autónomo, y la expresión de “Gobierno central” en forma exclusiva se debe entender referida al gobierno del Ejecutivo. El Gobierno seccional comprendería la potestad política de los alcaldes, prefectos, concejos municipales y consejos provinciales.

Así, el Estado se entendería integrado por el conjunto de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El Poder Ejecutivo resultaría conformado por el Gobierno Central, la Administración del Estado, la Administración Pública institucional y el Gobierno y la Administración Pública seccional. Pertenecen a un área indeterminada por lo doctrina los organismos de control y el Tribunal Supremo Electoral, aunque recientemente se especuló con la introducción de un “poder controlador” en la Ley Suprema.

**El Presidente y el Vicepresidente de la República**

El Poder Ejecutivo tiene actividades que van más allá de las labores puramente administrativas. Locke, en su segundo Tratado de Gobierno, asignaba al “poder ejecutivo” la tarea de ejecutar las leyes. Para lo relacionado con la guerra y la paz, las ligas, alianzas y tratados con las comunidades exteriores, el autor inglés establecía la necesidad del poder federativo**[[371]](#footnote-371)**. Estos dos “poderes”, ejecutivo y federativo, forman parte de las facultades del Presidente de la República en la Constitución ecuatoriana.

En doctrina jurídica el Presidente es: co-legislador y ejecutor de las leyes, jefe del Estado, jefe del Gobierno y jefe de la Administración Pública, conductor de la política internacional en su calidad de jefe del Estado, representante legal extrajudicial de la persona jurídica Estado y Comandante en jefe del ejército y la policía, es decir de la fuerza pública**[[372]](#footnote-372)**. No obstante lo dicho sobre la representación legal del Estado, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) establece: “La Función Ejecutiva la ejerce el Presidente de la República quien representa al Estado en forma extrajudicial (...)” (Art. 5), porque la Constitución y en concordancia con ella, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado designa al Procurador General del Estado como “el representante judicial del Estado”**[[373]](#footnote-373)**.

El Presidente de la República es la más alta autoridad de la Administración Pública que se compone de dependencias y entidades del gobierno central. La Constitución Política reserva la denominación de “organismos” a determinadas instituciones sobre cuyas características se discute más adelante, pero que no se encuentran bajo la órbita jerárquica del Ejecutivo. La potestad del Presidente sobre las dependencias y entidades públicas no es igual en todos los casos. El Presidente tiene un “poder jerárquico” sobre la acción de las dependencias; un “poder de tutela” sobre las entidades. Además la Constitución y las leyes conceden al Ejecutivo un poder de co-nombramiento de los titulares y de aprobación y ejecución de los presupuestos de los organismos de control del Estado. Sobre las entidades del Régimen Seccional Autónomo, el Presidente mantenía una cierta tutela, a través del extinguido Consejo Nacional de Planificación y del Ministerio de Finanzas y Crédito Público (hoy Ministerio de Economía y Finanzas), sobre la formulación de sus presupuestos y sobre la expedición de los tributos que la Constitución y las leyes atribuyen a esas entidades, lo que no está contemplado en el texto constitucional vigente**[[374]](#footnote-374)**, asimismo la vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal suprime la potestad de correspondía al Ministro de Gobierno, de ser órgano superior de apelaciones de determinadas atribuciones municipales.

***El Vicepresidente de la República***

Por su parte, el Vicepresidente de la República, reemplaza al Presidente de la República en caso de falta definitiva o temporal de este. No se considera como falta temporal del Presidente de la República “la ausencia del país por asuntos inherentes al ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de lo cual, el Presidente podrá delegar determinadas atribuciones al Vicepresidente de la República”**[[375]](#footnote-375)**. En general, “[c]uando no reemplace al Presidente de la República ejercerá las funciones que este le asigne”**[[376]](#footnote-376)**. Esto, por supuesto, permite al Presidente de la República delegar áreas enteras de actividad al Vicepresidente de la República. Por tratarse de otra dependencia del Estado, la Vicepresidencia no tiene personalidad jurídica y, para la celebración de sus contratos, requiere de la autorización correspondiente del Presidente de la República, por Decreto Ejecutivo**[[377]](#footnote-377)**.

***La función de ejecutar las leyes***

En el concepto de ejecución de las leyes, que corresponde al Presidente, se puede encontrar, según Vedel:

*La publicación de las leyes y la notificación de sus disposiciones en el órgano oficial (Registro Oficial) —aunque la reforma y codificación de 1998 restó en forma inane esta propia competencia al Ejecutivo, por un antecedente circunstancial;*

*El recurso a la coacción para asegurar la ejecución;*

*La ejecución de las leyes mediante la realización de las tareas que ellas mismas confían al Gobierno;*

*La ejecución de las leyes en su sentido más lato: el mantenimiento del orden público y el funcionamiento de los servicios públicos* ***[[378]](#footnote-378)****.*

El Presidente de la República, como se ha visto más arriba, tiene facultades para la expedición de tres tipos de disposiciones: la reglamentación de las leyes (reglamentos ejecutivos); la legislación delegada; y la expedición de las normas para integrar y organizar la administración, lo que incluye la determinación de los procedimientos administrativos.

**Los ministros de Estado**

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) enumera los ministerios de Estado en el Art. 16 y los ordena en una forma inusual, porque tradicionalmente el orden en que se ha dispuesto la lista de los ministros de Estado es conforme a la fecha de la creación de su ministerio. Este orden se encuentra enlistado en el Reglamento de Ceremonial Público.

En la actualidad los ministerios de Estado son los fijados por el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva**[[379]](#footnote-379)**, reformado en 2002.

Además de los ministerios y las secretarías, también ha tenido un status cuasi ministerial desde su creación las dependencias que con sucesivas denominaciones se han ocupado de asuntos indígenas y afro-ecuatorianos, órgano denominado en la actualidad Secretaria Nacional Ejecutiva del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, (CODENPE)**[[380]](#footnote-380)**. Además, deben considerarse: el Consejo Nacional de Desarrollo del Pueblo Montubio de la Costa Ecuatoriana y Zonas Subtropicales de la Región Litoral, CODEPMOC**[[381]](#footnote-381)**; y el Consejo de Desarrollo Afroecuatoriano, CODAE**[[382]](#footnote-382)**.

Por último, debe señalarse la existencia de la Secretaría General del Consejo de Seguridad Nacional, entre otras adicionales instituciones públicas.

***La base legal de los ministerios de Estado y sus competencias***

La Ley de Régimen Administrativo, parcialmente sustituida por la Ley de Modernización, contemplaba la existencia y fijaba las funciones de “nueve ministros de Estado que se denominarán: de Gobierno, de Relaciones Exteriores, de Educación, de Obras Públicas, de Economía, de Fomento, de Defensa Nacional, de Previsión Social y Trabajo y del Tesoro”. Estos ministerios modifican sus denominaciones, se escinden y se fusionan por sucesivas leyes, hasta la expedición de la Ley Suprema de 1978.

En la actualidad, el Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva es la norma que sustituye a la Ley de Régimen Administrativo. A diferencia de esta, el “Estatuto” no fija en forma expresa las funciones de los ministerios de Estado**[[383]](#footnote-383)**. La Constitución y Ley de Modernización del Estado en efecto delegan al Ejecutivo la determinación de las competencias en la Administración Pública; es decir que atribuye su normativa al ámbito del Ejecutivo, incluyendo el tema de la competencia de los ministerios**[[384]](#footnote-384)**. Pero incluso las demás competencias -o funciones-, como por ejemplo aquellas fijadas en leyes para diferentes órganos públicos diferentes de los ministerios, pueden ser modificadas por el Presidente de la República, en virtud de la delegación legislativa de los Arts. 171, 9 de la Constitución y 40 de la Ley de Modernización. Esta última atribuye al Ejecutivo facultades exclusivas para “la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos”. Por otra parte, son de cumplimiento obligatorio para los ministerios —y para las demás instituciones públicas del Ejecutivo: 1) los objetivos nacionales permanentes en materia económica y social; 2) las metas de desarrollo a corto, mediano y largo plazo; y 3) los lineamientos de la inversión.

Así, los ministerios de Estado no tienen fijadas sus competencias en una norma específica, equivalente a la derogada Ley de Régimen Administrativo, con excepción de aquellos ministerios creados por el Ejecutivo desde 1979, cuyas funciones se establecen en el decreto ejecutivo correspondientes. Pero, como se anotó líneas arriba, la mayor parte de los ministerios establecidos en la Ley de Régimen Administrativo citada, sufrieron modificaciones por leyes los fusionaban o escindían. En todo caso, esas leyes no modificaron expresamente a los ministerios de Gobierno, Relaciones Exteriores y de Educación. Pero múltiples leyes, les imponen obligaciones y responsabilidades. Por otra parte, conforme a la Constitución vigente, el Presidente fija atribuciones a los ministerios no solamente en el decreto ejecutivo de su creación, sino también que esas funciones y responsabilidades van modelándose continuamente con la expedición de los demás decretos ejecutivos, puesto que según la Norma Suprema corresponde a los ministros “[f]irmar con el Presidente de la República los decretos expedidos en las materias concernientes a su ministerio”. Por último, en este tema de las fuentes de las competencias de los ministerios, según el ERJAFE, los reglamentos orgánico-funcionales de los ministerios, dictado por los mismos ministros, también fija sus competencias válidamente.

Son fuentes de competencias y obligaciones de los ministerios de Estado:

1) Las leyes que les atribuyen facultades y deberes;

2) El Decreto Ejecutivo de creación del ministerio respectivo;

3) Los lineamientos de la oficina de Planificación;

4) Los decretos ejecutivos suscritos por los ministros respectivos conjuntamente con el Presidente de la República, que fijan y establecen competencias determinadas.

5) Los reglamentos orgánicos funcionales dictados por los mismos ministros, para el desempeño de sus actividades propias.

**El Gabinete**

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) formaliza la figura del “Gabinete”, apelativo con la que se ha conocido tradicionalmente a la reunión del conjunto de los ministros de Estado más un número determinado de funcionarios y titulares de dependencias, entidades e incluso en algunas ocasiones organismos del Estado. El Gabinete está presidido por el Presidente de la República y el ERJAFE lo denomina “el órgano asesor del Presidente”. Además del Vicepresidente de la República y los ministros, el indicado Estatuto dice que “podrá ampliarse con otras autoridades de la Función Ejecutiva” —que se lo denomina el “gabinete ampliado”.

*Art. 18.‑ Gabinete‑ El Gabinete es el órgano asesor del Presidente de la República, quien lo preside. Está integrado por el Vicepresidente de la República, por los ministros de Estado y por los secretarios generales de la Administración y de la Presidencia.*

*Cuando lo considere necesario el Presidente de la República, el Gabinete podrá ampliarse con otras autoridades de la Función Ejecutiva.*

***Los “frentes”***

La Ley de Seguridad Nacional establece como “frentes de acción” de la seguridad nacional, extendido en general a los demás ámbitos de la política del Ejecutivo**[[385]](#footnote-385)**, los siguientes: externo, interno, económico y militar (Art. 18, LSN). El esquema de los “frentes” no es considerado en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Además, el Reglamento de la Ley de Seguridad Nacional, desvirtúa el enfoque de la Ley que considera los frentes desde una perspectiva ministerial, y los entroniza alrededor de “direcciones”. Sin embargo, con anterioridad y con posterioridad a la expedición del Estatuto, el Ejecutivo siguió ubicando a los nuevo ministerios en frentes determinados**[[386]](#footnote-386)**, pero en los últimos años solo se encuentran referencias al llamado “frente social” de ministros, que ha permanecido como un órgano semi-formal de la Administración.

Según la citada norma legal, [e]l Frente externo está constituido por el Ministro de Relaciones Exteriores; [e]l Frente Interno (…) por los Ministerios de Gobierno y Policía, de Educación Pública y Deportes, de Trabajo y Bienestar Social (actualmente Trabajo y Acción Social) y de Salud Pública. Su dirección corresponde al Ministro de Gobierno”; [e]l Frente Económico está constituido por los Ministerios de Finanzas, de Recursos Naturales y Energéticos, de Agricultura y Ganadería, de Comercio, Industrias e Integración y de Obras Públicas y Comunicaciones. Su dirección corresponde al Ministro de Finanzas; y, finalmente [e]l Frente Militar está constituido por el Ministro de Defensa Nacional y el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas”**[[387]](#footnote-387)**.

**Cuerpos colegiados**

Los cuerpos colegiados no son precisamente dependencias o unidades administrativas al interior de la Administración Pública, sino conjunto de funcionarios públicos o representantes de sectores privados, que son titulares de dependencias y entidades diversas y se reúnen en estos órganos en forma regular para el cumplimiento de los fines para los que han sido creados. Los cuerpos colegiados son parte de la Administración Pública. En el más alto nivel de los cuerpos colegiados se encuentran los consejos nacionales conductores de políticas o de alta asesoría del Ejecutivo, los cuales son: el Directorio del Banco Central, la Junta Bancaria y el Consejo de Seguridad Nacional. Estos consejos son unidades pluripersonales y, en tal calidad, forman también parte de los cuerpos colegiados. Pero no sólo los Consejos son cuerpos colegiados. Existían en 1977 alrededor de ciento cincuenta cuerpos colegiados interinstitucionales en Ecuador**[[388]](#footnote-388)**, que realizaban funciones de orientación, integración y coordinación de una o más entidades**[[389]](#footnote-389)**. En la actualidad deben haber muchos más cuerpos colegiados, aunque bastantes de ellos se encuentran inactivos y otros han desaparecido. Por otra parte, a raíz de las actividades de delegación de actividades y servicios públicos, aparecen cuerpos colegiados o consejos de regulación y control como la Superintendencia de Telecomunicaciones, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), denominados todos ellos como “superintendencias” en la Constitución. Pero estos se diferencian de los arriba nombrados en que estas entidades reguladoras y superintendencias tienen personalidad jurídica de derecho público, mientras que los “cuerpos colegiados” propiamente dichos carecen de personalidad jurídica.

No se debe confundir a los cuerpos colegiados con los directorios de las entidades del Estado —aunque estos últimos, en estricto sentido, también son cuerpos colegiados.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) establece algunos principios aplicables a los cuerpos colegiados en el rubro: Del Funcionamiento de Órganos Colegiados (Arts. 44-50).

**Entidades públicas**

En consonancia con lo expuesto en las páginas anteriores, las Entidades Públicas o Entidades del Estado son personas jurídicas de derecho público establecidas por ley para el cumplimiento de fines del Estado, como entes descentralizados de la Administración Pública. En razón de su personalidad jurídica de derecho público funcionan con un directorio y un presupuesto propio y están sujetas a la tutela del Estado. Están sometidas a todas las normas de derecho público, salvo que en forma expresa su ley constitutivo u otra ley establezca que se le aplique una normativa especial.

Históricamente las entidades públicas han sido llamadas: establecimientos que se costean con fondos del erario (Código Civil, Art. 566), instituciones de derecho público e instituciones de derecho privado con finalidad social o pública (Constitución de 1946, Arts. 187 y 195) y establecimientos públicos, personas jurídicas semi-públicas y entidades autónomas de finalidad social o pública (Constitución de 1967, Arts. 255 y 256).

Desde el punto de vista de su mayor o menor latitud de acción frente a la Administración Pública se clasifican en autónomas o adscritas. Lo cual es una denominación equívoca, puesto que existen entidades llamadas autónomas que también están “adscritas” a algún ministerio. A su vez, las entidades llamadas adscritas, también tienen un mayor o menor grado de “autonomía”.

Las entidades públicas o entidades del Estado reciben denominaciones variadas, denominaciones que no influyen en su naturaleza jurídica. El más común de los nombres que reciben es el de Instituto (Instituto de Desarrollo Agrario, Instituto Nacional de Patrimonio Cultural), pero también se denominan “Comisión“ (Comisión de Estudios para el Desarrollo de la Cuenca del Guayas –CEDEGÉ– pero la Comisión Cívico Control de la Corrupción es un “organismo de control”); “Centro“ (Centro de Reconversión Económica del Azuay, Cañar y Morona Santiago - CREA, “Fondo” (Fondo de Solidaridad), Fondo de Inversión Social de Emergencia - FISE **[[390]](#footnote-390)**, “Corporación” (Corporación Financiera Nacional, Corporación Reguladora del Manejo Hídrico de Manabí -CRM). Recuérdese que la enumeración que hacía anteriormente la Constitución de entidades autónomas incluía a Bancos, como el Banco de Fomento y Banco del Estado que, por supuesto, son también entidades financieras públicas o entidades del Estado.

**Entidades financieras**

Son entidades financieras del Estado: el Banco Central del Ecuador, el Banco Nacional de Fomento, la Corporación Financiera Nacional, el Banco del Estado, el Fondo de Solidaridad, la Junta Nacional de la Vivienda, el Banco Ecuatoriano de la Vivienda y el Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas. La Superintendencia de Bancos es un organismo de control que también controla las entidades financieras. Nótese que todas las instituciones financieras se mencionan en el texto constitucional vigente y se encontraban en la enumeración de entidades autónomas que hacía la Norma Suprema, con excepción de la Junta Nacional de la Vivienda y el Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas. También se encuentran enumeradas —con excepción del Fondo de Solidaridad, cuya creación es posterior a la expedición de esta ley— en el Art. 2 la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público, donde se establece que sus presupuestos serán aprobados por el Directorio del Banco Central, aprobación a la que también está sujeto el Fondo de Solidaridad.

**Empresas públicas**

Una clase importante de entidad pública son las Empresas Públicas o Empresas del Estado que, en el Ecuador, tienen las mismas características jurídicas que las demás entidades públicas, con la única diferencia que en su presupuesto incluyen una partida de ingresos, generalmente denominada “ingresos de la actividad empresarial” -sin que la existencia de una partida de ingresos sea una característica exclusiva de las empresas públicas, porque existen unas pocas entidades públicas que no son empresas que tienen una partida de “ingresos” por rubros diversos. No se encuentra una característica de orden jurídico de derecho público que distinga a una empresa pública de otra entidad pública y la diferencia tiene que encontrarse —antes que en alguna característica jurídica— en la finalidad de la empresa pública, que es de producir bienes para el mercado y, por supuesto, en las propias leyes que las rigen expresamente.

Algunas de las empresas públicas ecuatorianas tienen regímenes especiales de contratación (PETROECUADOR), pero también existen entidades públicas que no son empresas que tiene su propio régimen de contratación (el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social). Igual cosa ocurre con la “autonomía”: algunas empresas públicas son autónomas y algunas entidades públicas que no son empresas son también autónomas.

Debido a la importancia que revisten las empresas públicas en el manejo de recursos naturales y la prestación de servicios públicos, se las estudia separadamente en la segunda parte de esta obra. Sin embargo, cabe reafirmar que la mayor parte de sus características jurídicas es compartida por las demás entidades públicas o entidades del Estado que no son empresas públicas.

También existen empresas cuyos capitales pertenecen al Estado, pero que están sometidas al régimen de derecho privado establecido en la Ley de Compañías, sea como Compañías Anónimas de capitales públicos exclusivamente, como compañías anónimas de participación mayoritaria estatal o, finalmente, como Compañías de Economía Mixta o compañías mixta. Esta clase de empresas no se deben considerar propiamente como “empresas públicas”, porque si bien su capital es público -o mixto- en cambio no están sometidas al derecho público sino al derecho privado. Su denominación apropiada es: “compañías anónimas de capitales públicos” y “compañías de economía mixta” o simplemente “compañías mixtas”. La denominación genérica para estas compañías y para las empresas públicas es de: “empresas estatales“.

Sobre la aplicación de normas de derecho público a empresas constituidas como compañías de capitales públicos ha dictaminado el Procurador General del Estado:

*El hecho de que las Empresas Eléctricas a las que se refiere la consulta, constituidas al amparo de la Ley de Compañías están enumeradas en el Catastro de las entidades y organismos del sector público, no implica cambio en la naturaleza jurídica de las mismas, como lo evidencia, sin lugar a equívocos, la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.*

*Al reiterar el criterio mantenido por esta Procuraduría, las Empresas Eléctricas como compañías anónimas que son, están regidas por la Ley de Compañías, Código Civil y de Comercio, entre otros, y por supuesto, por los estatutos en los que se contemplan: la denominación, objeto y capital social, de la Junta General de Administradores, derechos y obligaciones de los accionistas, representación legal, etc., etc.*

*Se concluye por tanto que las Empresas Eléctricas del país, no se hallan comprendidas dentro del ámbito de la Ley de Presupuestos del Sector Público* ***[[391]](#footnote-391)****.*

No obstante, las sociedades anónimas de capitales públicos y las compañías de economía mixta están sometidas a controles de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado.

**Organismos del Estado**

En el Derecho Público ecuatoriano se denominan organismos a las instituciones, principalmente de control, que la Constitución agrupa bajo ese nombre en el Título X “De Los Organismos Del Estado” que son: Contraloría General del Estado Procuraduría General del Estado, Ministerio Público, Comisión de Control Cívico de la Corrupción y las superintendencias. No obstante, la Constitución Política guarda muy poco rigor en la utilización del término de organismo, utilizándose en todo su texto en forma intercambiable con la palabra “entidad”. Así, por ejemplo, el artículo 118, 3 alude a “[l]os organismos de control y regulación”, pero el 123 se refiere a las “entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación”; en el artículo 118, 4, se lee: “las entidades que integran el régimen seccional autónomo”, y el artículo 141, 4 llama organismos del régimen seccional autónomo a estas instituciones. Asimismo, en otras leyes, como la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control se encuentra “el uso indistinto de los términos ‘organismo’ y ‘entidad’ como sinónimos”**[[392]](#footnote-392)**. Una aplicación más rigurosa del término reservaría esta denominación solamente para las instituciones de control y de regulación del Estado.

En todo caso, los “organismos” de control son parte del Estado, pero no integran propiamente la Administración Pública, ni el Gobierno central.

**Las entidades del régimen seccional autónomo: municipalidades y consejos provinciales**

En la actualidad, los municipios tienen al igual que el Estado, un territorio, “súbditos” y un poder independiente, al menos en teoría, aunque presupuestaria y tributariamente hayan estado sujetos a la Administración Pública**[[393]](#footnote-393)** y todavía reciben la mayor parte de sus rentas a través de transferencias que les hace el Ministerio de Finanzas. Sus máximas autoridades son de elección popular y tienen el poder de cargar tributos, tasas y otros derechos sobre los particulares. Pero se distinguen del Estado en que el municipio no posee el “imperium” originario sino derivado del Estado. Todo “imperium” de un municipio es derivado, incluso aquellos derechos de soberanía que se le han dado como derechos propios. Los derechos de soberanía de los municipios no son nunca derechos originarios. Su territorio es, al propio tiempo, territorio del Estado, sus súbditos, súbditos del Estado y su poder está sometido al del Estado**[[394]](#footnote-394)**.

La Constitución Política vigente, Capítulo 3 “De los gobiernos seccionales autónomos”, Título XI “De la Organización Territorial y Descentralización”, dice que: “Los gobiernos seccionales autónomos serán ejercidos por los consejos provinciales, los concejos municipales, las juntas parroquiales y los organismos que determine la ley para la administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas”, lo cual es evidentemente erróneo en lo que respecta los “concejos municipales“ porque estos son el órgano legislativo de la persona jurídica pública “municipalidad”. Así, apropiadamente debería decir: “los consejos provinciales y las municipalidades”.

En cambio, el texto constitucional determina correctamente que “[c]ada cantón constituirá un municipio” (Art. 234). En efecto, el “municipio” es el ámbito territorial donde se asienta la persona jurídica de derecho público municipalidad. El gobierno municipal se ejerce por medio del Alcalde y del concejo municipal o cantonal, presidido por el Alcalde.

Se hizo referencia líneas arriba a la lejana raigambre histórica de los municipios, lo que no es el mismo caso que los consejos provinciales, que fueron creados en el Ecuador recién por la Constitución de 1929.

Los consejos provinciales y los municipios constituyen personas jurídicas de derecho público. Dice el artículo 2 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal:

*Cada Municipio constituye una persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio y con capacidad para realizar los actos jurídicos que fueren necesarios para el cumplimiento de sus fines, en la forma y condiciones que determinan la Constitución y la Ley.*

La autonomía del régimen seccional se encuentra limitada, de acuerdo con este artículo por la Constitución y las leyes. También se encuentra limitada su autonomía administrativa, presupuestaria y legislativa por la función ejecutiva. En efecto, sus rentas son asignadas por el Ministro de Finanzas del antiguo Fondo Nacional de Participación (FONAPAR), denominado Fondo de Desarrollo Seccional (FODESEC)**[[395]](#footnote-395)**, manejado por el Banco del Estado. En fin, a las municipalidades y a los consejos provinciales, por su característica de constituir personas jurídicas de derecho público que actúan con relativa autonomía, apropiadamente se las denomina: “entidades del régimen seccional autónomo”. Por otra parte, en los últimos años se han suprimido determinadas acciones de tutela administrativa a la cual estaban sometidos los cabildos:

*Los incisos segundo y tercero del Art. 16 de la Ley de Descentralización del Estado y de Participación Social, publicada en el Registro Oficial No. 169, de 8 de octubre de 1997, determinan que, en ningún, caso el CONADE, las entidades del sector público o las organizaciones empresariales, laborales, sociales, universidades y escuelas politécnicas emitirán dictámenes, informes, calificaciones, restricciones o aprobaciones, respecto de proyectos, planes y demás actividades de las entidades del régimen seccional autónomo.*

*La Constitución Política de la República, en sus Arts. 149 literal b) y 155 literal b), prescribe que los concejos municipales gozan de autonomía funcional, administrativa y económica en sus respectivas circunscripciones territoriales, en las que ejercerán su facultad normativa mediante la expedición de ordenanzas; potestad que también les atribuye el Art. 64 de la Ley de Régimen Municipal.*

*Las ordenanzas de carácter administrativo que expidan los concejos municipales no requieren, para su aprobación, del informe previo de ningún organismo o entidad; deben sujetarse, por tanto, al trámite que establece el Capítulo VII, del Título II, de la Ley de Régimen Municipal* ***[[396]](#footnote-396)****.*

La reforma y codificación constitucional de 1998 ratificó que los municipios y consejos “gozan de plena autonomía” y que “en uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras”**[[397]](#footnote-397)**, por lo cual las municipalidades no requieren de autorización ni dictamen previo alguno para estos efectos.

**La función pública**

El Presidente de la República maneja la administración a través de la burocracia estatal. “Es obvio que técnicamente el gran Estado moderno es absolutamente dependiente de una base burocrática. Mientras mas grande es el Estado, y mientras más es o se convierte en un Estado de gran poder, más incondicionalmente tal es el caso”**[[398]](#footnote-398)**. La comunicación y el poder en la burocracia funciona jerárquicamente: “Poder y comunicación han fluido en una forma ordenada desde lo más alto de la pirámide hasta su base”**[[399]](#footnote-399)**. El poder jerárquico es un poder incondicionado: el superior puede dar a sus subordinados las órdenes que juzgue convenientes, bajo reserva de no prescribir o cometer ilegalidades**[[400]](#footnote-400)**.

***La normativa legal del funcionamiento de la burocracia estatal***

Las disposiciones legales que enmarcan la actuación de la burocracia en el Ecuador son: en primer lugar, la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público y su reglamento. A continuación, y en virtud de lo dispuesto por la Constitución acerca de los regímenes laborales en el sector público, el Código del Trabajo.

La Constitución establece como regla general que el personal público se regirá por “las leyes que regulan la administración pública”, vale decir la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa**[[401]](#footnote-401)**. No obstante, los obreros de estas instituciones se someten al Código del Trabajo. Esta regla general, sin embargo, se aplica solamente en las instituciones del sector público que ejerzan “actividades que no puedan delegar al sector privado, ni éste pueda asumir libremente”. En cambio, en las instituciones públicas que ejerzan actividades que sean delegables en forma “total o parcial” por el sector privado “las relaciones con sus trabajadores se regularán por el derecho del trabajo, con excepción de las funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o equivalentes”, que se sujetan a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (Art. 35, 9 de la Constitución):

*9. (...)*

*Las relaciones de las instituciones comprendidas en los numerales 1, 2, 3 y 4, del Art. 118 y de las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal, con sus servidores, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública, salvo las de los obreros, que se regirán por el derecho del trabajo.*

*Cuando las instituciones del Estado ejerzan actividades que no puedan delegar al sector privado, ni éste pueda asumir libremente, las relaciones con sus servidores, se regularán por el derecho administrativo, con excepción de las relacionadas con los obreros, que estarán amparadas por el derecho del trabajo.*

*Para las actividades ejercidas por las instituciones del Estado y que pueden ser asumidas por delegación total o parcial por el sector privado, las relaciones con los trabajadores se regularán por el derecho del trabajo, con excepción de las funciones de dirección, gerencia, representación, asesoría, jefatura departamental o equivalentes, las cuales estarán sujetas al derecho administrativo.*

Adicionalmente, la contratación colectiva del Estado con sus trabajadores se desarrolla más detalladamente en el capítulo “La normativa jurídica del mercado”, “3. Los mercados y el Estado”, “El mercado de trabajo”.

Adicionalmente, en el Ecuador tienen regímenes especiales de personal: el magisterio nacional, regido por Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, a cargo del Ministerio de Educación y Cultura, el personal militar y el personal civil de las Fuerzas Armadas, a cargo del Ministerio de Defensa, conforme a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas y Ley Orgánica de la Fuerzas Armadas;los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, sujetos a la Ley de Servicio Exterior; y los empleados judiciales, cuyo régimen consta en la Ley Orgánica de la Función Judicial, donde se establece la carrera judicial.

Los nombramientos pueden ser: “regulares” y “provisionales”**[[402]](#footnote-402)**. La Ley también contempla el contrato de servicios ocasionales**[[403]](#footnote-403)**.

Ningún funcionario electo por votación popular, está sujeto a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa ni a ninguna de las leyes mencionadas líneas arriba**[[404]](#footnote-404)**.

La mayor parte de las dependencias, entidades y organismos del ejecutivo tienen además sus propios reglamentos de personal, que deben de conformarse, evidentemente, a lo establecido en la Ley.

Las municipalidades gozan de la potestad de establecer sus propios regímenes de personal o, en su defecto, adoptar las regulaciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (Art. 174 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal)

***Las remuneraciones de la burocracia estatal***

Por otra parte, el régimen de salarios del sector público tiene su base legal también en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa; esta norma jurídica comprende:

*Art. 104.- Remuneración mensual unificada.- Establécese la remuneración mensual unificada, la misma que resulta de dividir para doce la suma de todos los ingresos anuales que el dignatario, autoridad, funcionario, servidor y trabajador, tenga derecho y que se encuentre presupuestado.*

*En esta remuneración mensual unificada no se sumarán aquellos ingresos que correspondan a los siguientes conceptos:*

*a) Décimo tercer sueldo o remuneración;*

*b) Décimo cuarto sueldo o remuneración; y,*

*c) Viáticos, subsistencias, dietas, horas suplementarias, extraordinarias, encargos y subrogaciones.*

A esta lista cabe añadir: movilizaciones, dietas y beneficio por jubilación, constantes en la misma ley.

***Funcionarios de libre remoción del Ejecutivo***

En contraposición con los funcionarios públicos, trabajan en la Administración Pública las autoridades políticas, que son de libre nombramiento y remoción del Ejecutivo. Ellos son principalmente: “…los ministros de Estado,…los jefes de las misiones diplomáticas y demás funcionarios que corresponda”**[[405]](#footnote-405)**. Por su parte, los principales directivos de las entidades públicas son nombrados y removidos libremente por los directorios conformados principalmente por representantes del Ejecutivo, conforme a las respectivas leyes de creación. En general, se consideran de libre nombramiento y remoción del Ejecutivo: sus ministros, directores y gerentes a los Directores departamentales y asesores institucionales.

Según el Art. 92 la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, se encuentran excluidos de la carrera administrativa:

*Art. 92.- Servidores públicos excluidos de la carrera administrativa.- Excluyese de la carrera administrativa:*

*a) Los servidores protegidos por la Ley de Servicio Exterior;*

*b) Los funcionarios que tienen a su cargo la dirección política y administrativa del Estado, los ministros, secretarios generales y subsecretarios de Estado; el Secretario Nacional Técnico de Recursos Humanos y Remuneraciones, los titulares y las segundas autoridades de las instituciones del Estado; los titulares de los organismos de control y las segundas autoridades de estos organismos; los secretarios generales; los coordinadores generales; coordinadores institucionales; intendentes de control; los asesores; los directores, gerentes y subgerentes que son titulares o segundas autoridades de las empresas e instituciones del Estado; los gobernadores, los intendentes, subintendentes y comisarios de policía; los jefes y tenientes políticos, que son cargos de libre nombramiento y remoción;*

*c) Los mencionados en el Art. 5 de la presente ley; y,*

*d) Los que ejerzan funciones con nombramiento a período fijo por mandato legal.*

*El servidor o funcionario público de carrera administrativa que de cualquier modo o circunstancia ocupare uno de los puestos previstos enceste artículo, salvo que lo desempeñe por encargo o subrogación, perderá su condición de carrera y podrá ser libremente removido.*

***Traslados de funcionarios***

La Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa define el traslado como “el movimiento de un servidor público de un puesto a otro vacante, de igual clase y categoría a de distinta clase pero de igual remuneración”**[[406]](#footnote-406)**. En general, se prohíbe el traslado de los servidores al interior de la institución donde trabajan, para lo cual se requiere previamente un informe del departamento de personal respectivo y la reforma al distributivo de remuneraciones que corresponde al Ministro de Economía y Finanzas. La Ley dice que se podrá “autorizar el cambio administrativo entre distintas unidades de la entidad sin que implique modificación presupuestaria y siempre que se realice por necesidades institucionales, por un período de hasta 10 meses en un año calendario, observándose que no se atente contra la estabilidad, funciones y remuneraciones del servidor”. Para la validez del traslado se requiere que el nuevo puesto tenga igual remuneración que el anterior, que el candidato satisfaga las condiciones del nuevo puesto y que el funcionario acepte por escrito, cuando la nueva posición se encuentre fuera del domicilio civil del servidor**[[407]](#footnote-407)**.

**La Iglesia Católica**

Dromi incluye entre las instituciones de derecho público a la Iglesia**[[408]](#footnote-408)**. Marienhoff considera a la Iglesia una persona jurídica pública, mas no estatal, es decir que no integra la organización jurídica de la Nación**[[409]](#footnote-409)**. Para Larrea Holguín, la personalidad jurídica de la Iglesia participa de la categoría de derechos de las públicas y privadas, y constituye una categoría especial, de personas jurídicas que se pueden llamar “eclesiásticas”, “de derecho especial”. Se debe concordar con la propuesta de este último autor, de que, por haber desaparecido la antigua definición constitucional de “persona jurídica de derecho privado con finalidad social o pública”, se aplique este término para definir la caracterización jurídica de la Iglesia Católica en el Ecuador**[[410]](#footnote-410)**.

**VII. dependencia, adscripción,**

**DESCONCENTRACIÓN y autonomía en el derecho público ecuatoriano**

**Antecedentes**

La relación de dependencia proviene del poder jerárquico que ejerce un jefe sobre el subordinado: el ministro 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 el derecho de dar a sus inferiores las órdenes que juzgue adecuadas; tiene siempre, salvo texto concreto, el poder de reformar o de anular las decisiones de sus subordinados**[[411]](#footnote-411)**.

En resumen, el poder jerárquico se despliega en el seno de una persona jurídica única y se refiere a las relaciones de jefe a subordinado.

Por otra parte, según estos autores, 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 derecho a ejercer control, y personas de derecho público con intereses propios y por tanto controladas. En su descripción Vedel también incluye la tutela o control que puede ejercer el Estado sobre “personas privadas”**[[412]](#footnote-412)**.

Los conceptos de descentralización, autonomía decisoria, responsabilidad y control son esenciales en la teoría moderna de administración de la gran empresa privada contemporánea que se sintetiza en “autoridad descentralizada y control centralizado”**[[413]](#footnote-413)**.

**La dependencia administrativa**

El poder jerárquico administrativo se manifiesta al interior de una persona jurídica de derecho público, sea esta el Estado o las entidades públicas. Por tal razón, las instituciones administrativas existentes en el Ejecutivo, que son básicamente los ministerios y sus unidades administrativas, se denominan “dependencias” todas ellas. Así, un ministerio de Estado es una dependencia igual que lo es una subsecretaría o una dirección o departamento de un ministerio. En forma genérica, las dependencias existentes al interior de una institución cualquiera de la Administración Pública se denominan “unidades administrativas”. Todas las dependencias del Estado forman parte de la Administración Pública, a su vez integrante de una sola persona jurídica: el Estado, representado legalmente en forma extrajudicial por el Presidente de la República. Los ministros, no obstante, pueden intervenir en representación de su dependencia respectiva, como delegados del Ejecutivo. Además, los ministros “son competentes para el despacho de todos los asuntos inherentes a sus ministerios, sin necesidad de autorización alguna del Presidente de la República, salvo los casos expresamente señalados en leyes especiales.”**[[414]](#footnote-414)** Por tratarse el Estado de una persona jurídica única, se manejan con un solo presupuesto, aprobado por el Congreso: el Presupuesto General del Estado. En el Presupuesto del Estado se encuentran desglosados los presupuestos de los diferentes ministerios. Sin embargo, al interior de las instituciones, sean estas dependencias o entidades públicas, pueden constituirse unidades administrativas como “entes contables” que se manejan con su presupuesto propio, es decir con relativa autonomía, por supuesto dentro del Presupuesto General del Estado.

**La adscripción**

Las personas jurídicas de derecho público están relacionadas con el “Gobierno central” por medio de la relación de tutela.

En el Ecuador, la forma jurídica más utilizada para el control o tutela de los órganos descentralizados es la llamada adscripción. “Administrativamente, la adscripción podría ser considerada como un grado de descentralización, donde la institución matriz u organismo central, ejerce ciertos controles sobre la “entidad adscrita”**[[415]](#footnote-415)**.

En el Ecuador, la adscripción es un grado del poder de tutela, que, como se vio, es muy distinto del poder jerárquico. En efecto, se dijo, el poder de tutela no relaciona a un superior con sus subordinados, sino a un inspector o controlador (autoridad de tutela) con aquellos que se encuentran bajo su control. Por consiguiente, el poder de tutela es un poder condicionado, ya que no se presume el control, sino que se ejerce únicamente en los casos y forma previstos por la ley. Asimismo, no conlleva la posibilidad de dar órdenes directas, sino señalar políticas y realizar el control de las actividades determinadas en la ley.

Para efectos de la presente obra, se define la relación de tutela como el grado de descentralización administrativa de una entidad que se manifiesta en su capacidad patrimonial, presupuestaria, contractual y de manejo de personal. Tal autonomía está limitada por la existencia de un directorio presidido por un ministro de Estado o un delegado del Presidente de la República, que ejerce sobre la entidad tutelada un conjunto de poderes -los que constituyen propiamente la tutela. Está limitada también por el control de organismos públicos determinados, sin perjuicio del control político que ejerce el Congreso sobre todos los órganos del Poder Ejecutivo.

***Antecedentes del término de “adscripción”***

No es muy común en el derecho administrativo el término “adscripción”. En el Diccionario deDerecho Romano de Gutiérrez, se lee bajo “adscripticii”:

*Situación o estado intermedio entre la libertad y la esclavitud, en el que se encuentran en el derecho del bajo imperio las personas vinculadas a la tierra por una relación de colonato, y que permaneciendo jurídicamente libres no podían separarse del terreno al que se hallaban adscritas con obligación de cultivarlo* **[[416]](#footnote-416)***.*

Aplicando el concepto a la realidad administrativa, se puede decir que las entidades adscritas se encuentran en una situación o estado intermedio entre la autonomía y la dependencia. En España, se denomina “adscripción” la vinculación de una “entidad autónoma” con un ministerio**[[417]](#footnote-417)**.

Como se dijo al tratar de la descentralización, la tutela administrativa es uno de sus elementos más importantes. Según el Art. 1730 del Código Civil, el Estado y las instituciones públicas se asimilan en cuanto a la nulidad de sus actos o contratos, a las personas que están bajo tutela o curaduría.

***La tutela***

El origen de la denominación de “tutela” viene del derecho francés: en el siglo XIX se afirmó que “es necesario que los contratistas y empresarios que traten con los municipios sepan que lo hacen con incapaces”; asimilando así la figura de la tutela de los incapaces del Código Civil a las entidades del Estado**[[418]](#footnote-418)**. Esta concepción, aplicada a todas las personas jurídicas, es recogida por Andrés Bello y por el Código Civil ecuatoriano, que en su Art. 1463, sobre el tema de la incapacidad relativa dice: “Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas”.

La definición clásica de tutela proviene de Maspetiol y Laroque, para quienes la tutela “es el conjunto de poderes limitados concedidos por la ley a una autoridad superior sobre los agentes descentralizados y sobre sus actos con el fin de proteger el interés general”**[[419]](#footnote-419)**.

Como se explica más adelante, para Vedel la delicada diferencia entre el poder jerárquico y la tutela es importante.

La contraparte de la relativa “independencia” de las entidades públicas y de las empresas públicas son los controles que sobre ella ejercen las tres funciones del Estado por medio de la tutela. El control es consustancial con la existencia de la entidad pública y de empresa pública. Así, para Garrido Falla “[b]astará el examen de la naturaleza de las relaciones o vínculos que le ligan a la Administración pública de que se trate: si estos son de naturaleza jerárquica o de los que la doctrina conoce con el nombre de tutela, estamos en presencia de un ente encuadrado en la organización estatal”**[[420]](#footnote-420)**. En el mismo sentido, Martín Mateo dice: “es sólo esta idea del control la única que nos puede poner sobre la pista de la existencia de una empresa pública”**[[421]](#footnote-421)**.

Las empresas públicas estructuradas como dependencias públicas y no como personas jurídicas están sometidas al poder jerárquico y no a la tutela estatal. Empezando por los controles que ejerce la Administración Pública, de nuevo hay que distinguir entre la empresa pública que es una dependencia de la administración, de aquella que es una entidad, es decir que tiene personalidad jurídica de derecho público. La empresa pública en dependencia -sin personalidad jurídica- se asimila para sus controles a las demás oficinas del Estado, en donde el jefe o autoridad máxima respectivos ejercen su poder jerárquico. Algo diferente ocurre en las empresas públicas que son entidades, con personalidad jurídica propia; puesto que en estas el control de la administración asume un procedimiento diferente: la tutela administrativa.

La tutela sobre la “adscripción” se manifiesta por el control a través de:

* La integración de los directorios (que aprueban los presupuestos y los reglamentos, nombran a los altos directivos, autorizan gastos que exceden de cierta cantidad);
* El control de personal que pueda organizar la SENRES;
* El organismo técnico de la planificación de la Presidencia de la República y el Ministerio de Economía y Finanzas (que aprueban y priorizan los proyectos de inversión y califican la estructuración presupuestaria);
* La Contraloría General del Estado (en el examen del uso de los fondos públicos y dictámenes sobre los contratos institucionales);
* La Procuraduría General del Estado (en la obligación de remitirle los contratos celebrados y de dictaminar en los contratos públicos; así como someterse a los dictámenes obligatorios que expida la Procuraduría General del Estado).

Pero dentro de estas limitaciones, las entidades tienen más amplia discrecionalidad en la gestión de su cometido y capacidad para dictar sus propias disposiciones administrativas.

Debe añadirse que en las entidades adscritas que funcionan como empresas públicas se nota una tendencia a integrar sus directorios con miembros del sector privado, principalmente de corporaciones profesionales, laborales o del sector productivo.

Los autores clasifican los instrumentos de control desde diferentes puntos de vista. Una de las más extensas clasificaciones es la de Dromi, que manifiesta:

*Intentando tipificar las modalidades de control de la función administrativa, desde los más diversos ángulos y criterios, podríamos formular los siguientes:*

*a) Por la actividad: 1) control administrativo; 2) jurisdiccional, y 3) político-legislativo.*

*b) Por la oportunidad: 1) control preventivo; 2) concomitante; y 3) represivo.*

*c) por el objeto: 1) de personas, y 2) de actividades.*

*d) por la localización orgánica: 1) controles horizontales (intraorgánicos y extraorgánicos), y 2) verticales****[[422]](#footnote-422)****.*

Ver más adelante en la segunda parte de esta obra el desarrollo del tema del control

**La desconcentración**

La figura de la personalidad jurídica de derecho público, con su relativa autonomía administrativa y financiera, es el instrumento básico de la descentralización administrativa y también para la descentralización política. En cambio, la desconcentración administrativa se produce al interior de la misma persona jurídica de derecho público, sea esta el Gobierno central del Estado o una entidad de derecho público.

La administración del Estado moderno se facilita a través de estas figuras de la “descentralización” y de la “desconcentración”. La desconcentración consiste en la delegación de importantes poderes decisorios que se hace a favor de determinados agentes del poder central (gobernadores, por ejemplo) con los cuales mantiene el Ejecu­tivo una relación jerárquica. La descentralización, en cambio, transfiere poderes a órganos con personalidad jurídica de derecho público —distintos de los simples agentes del poder central y, por lo tanto, sin relac­ión de jerarquía con el Presidente de la República o con alguno de sus agentes.

Cuando se utiliza el término descentralización en este apartado, así como en el resto de la presente obra, se debe entender que se alude a la llamada “descentralización administrativa” por la doctrina. El Derecho Público ecuatoriano, incluyendo la Ley Fundamental, entiende la “descentralización” en tal sentido. La “descentralización política”, por otra parte, conlleva el traspaso de potestades públicas de legislación e incluso de jurisdicción a personas jurídicas de derecho público de índole territorial, como regiones o provincias. Tal es la descentralización que se produce en el procedimiento autonómico español y la descentralización regional italiana, Estados que, no obstante, se continúan considerando Estados unitarios. En el caso del Estado federal, se entiende que los estados miembros ostentan originalmente tales potestades de legislación y de jurisdicción. Por supuesto, que la descentralización política necesariamente supone también una descentralización administrativa.

En la discusión vigente en el Ecuador sobre la descentralización y la desconcentración se ha debatido abundantemente sobre los aspectos macro-políticos de este esquema político y administrativo. Pero tal vez, antes que escoger entre “autonomías”, “federalismo”, “regiones” o cualquier otra denominación, el tema de fondo es: En el ámbito de descentralización política, la división de las materias legislativas entre el Congreso Nacional y las legislaciones provinciales o regionales, lo que debe incluir las materias sujetas a “leyes-marco” y “leyes de bases” (ver más adelante estos conceptos); y en el ámbito de la descentralización administrativa cabe preguntarse ¿Cuáles son las operaciones específicas que se van a manejar localmente? ¿Cuáles de estas operaciones se pueden manejar más adecuadamente a través de la descentralización y cuáles a través de la desconcentración? Además, en el debate se descuida un aspecto fundamental que es de la formulación de políticas, planificación y financiamiento. De otra manera, si las políticas son formuladas centralizadamente, se van a manifestar a través de proyectos y programas con los consecuentes financiamientos específicos, que pueden o no operarse en forma descentralizada o desconcentrada. El porcentaje más alto de los ingresos del Estado, incluyendo de los préstamos internacionales se pre-asignan en forma centralizada.

En este apartado no se entrará en la interesante discusión macro-política de análisis de figuras como la “autonomía”, el “federalismo”, etc., que relevan más bien del derecho político y constitucional. Por otra parte, en el apartado sobre “autonomía” también se establece la distinción entre la “autonomía administrativa”, llamada sencillamente “autonomía” en el Derecho Público ecuatoriano y también conocido como “autarquía” en la doctrina administrativa. Asimismo, se analiza el aspecto operativo de cómo funcionan las asignaciones en la distribución de los fondos del Estado, especialmente aquellos que se van a manejar en forma centralizada. Pero ahí lo más importante es la formulación misma de las políticas y de su planificación, que necesariamente determinará la asignación de los recursos. En el nivel de la formulación misma, resulta procedente la descentralización y la desconcentración, aunque los recursos mismos finalmente se manejen centralizadamente.

Como se manifestó líneas arriba, la desconcentración implica la delegación de competencias al interior de una dependencia o entidad pública. El instrumento legal para llevar a cabo la desconcentración es la delegación a través de acto administrativo de la máxima autoridad institucional, siempre que la norma aplicable lo permita**[[423]](#footnote-423)**. Conforme a la doctrina jurídica, examinada en otro apartado, la delegación también puede tener su antecedente jurídico en un reglamento que la autorice, pero en ningún caso se puede simplemente presumir, sino que tiene que estar expresamente señalada, salvo los casos en que se encuentra ordenada por el legislador en forma general, como por ejemplo para la desconcentración y descentralización conforme las leyes de Modernización del Estado, de distribución del 15% del presupuesto del Estado y de Descentralización.

La delegación se puede llevar a cabo en la misma ubicación geográfica de la oficina principal, para un asunto determinado, o la desconcentración puede tener lugar para una región geográfica diferente, en cuyo caso la autoridad podría delegar la totalidad de su competencias para que sean ejercidas en ese ámbito geográfico. Dentro de las competencias que se pueden desconcentrar está también la de adjudicar contratos, lo que está reglado en la Ley de Contratación Pública. La más amplia de las desconcentraciones obviamente es la desconcentración presupuestaria, que se produce con el establecimiento de los “entes contables“, que permite a una unidad administrativa así conformada, ser titular de activos, pasivos y patrimonio —en un sentido restringido.

El Art. 34 de la Ley de Modernización declara que la finalidad de la desconcentración “es transferir funciones, competencias, tributos y responsabilidades administrativas y de gestión tributaria del gobierno central a sus propias dependencias provinciales”. El concepto de “dependencias provinciales” incluye también las unidades administrativas de nivel provincial existentes en la capital de la República. La denominación de “gestión tributaria” se debe entender básicamente referida a la colección de tributos. La definición de la Ley de Descentralización es más tímida sobre este concepto también, puesto que limita la desconcentración al interior de las mismas dependencias, mientras que la Ley de Modernización concibe la transferencia desde “el gobierno central”, es decir considera la transferencia entre diversas dependencias —o ministerios o unidades administrativas de estos. Tampoco incluye la Ley de Descentralización la “gestión tributaria” que consta en la Ley de Modernización.

Como en muchas de las provisiones del Cap. III, sobre los procedimientos administrativos, este Cap. IV “De la descentralización y desconcentración” de la Ley de Modernización, en cuanto regula la desconcentración, norma aspectos que son esencialmente de índole administrativa, que no requieren en general de una norma legal para implementarse —excepto los mecanismos de la “gestión tributaria” que no podrían implementarse con simples medidas administrativas. Pero este capítulo, más que autorizar la desconcentración del Estado y sus entidades —que se puede hacer sin necesidad de una ley— establece en forma imperativa su obligatoriedad para la Administración Pública. Así, el Art. 35 de la Ley de Modernización ordena: “(…) Cuando la importancia económica o geográfica de la zona o la conveniencia institucional lo requiera, los máximos personeros de las instituciones del Estado dictarán acuerdos, resoluciones u oficios que sean necesarios para delegar sus atribuciones. “Más fuerza aún tiene la expresión del Art. 37 de la Ley de Modernización: “(…) están obligados a establecer un mecanismo por medio del cual las inscripciones en tales registros se puedan realizar sin afectar su validez en las oficinas que dichas entidades u organismos deban tener en las diferentes provincias del País”.

La sanción por incumplimiento de estos imperativos presumiblemente sería la determinada en el Art. 9, c) de la Ley de Modernización, acorde con la cual, los directivos de “los entes que no cumplan adecuadamente con los programas establecidos”, perderán su competencia en tales áreas a favor del CONAM, previo Decreto Ejecutivo del Presidente de la República. Todo lo cual se reitera en la Ley de Descentralización, añadiendo sanciones como las establecidas en el Art. 8 de esta ley. Estas provisiones apenas han sido cumplidas en las dependencias y entidades públicas.

El Art. 34 de la Ley de Modernización citado no elabora sobre el alcance del término “gestión de recursos tributarios” que ahí se utiliza. Una interpretación orientada hacia una radical descentralización podría incluir la facultad de las unidades administrativas desconcentradas de efectuar las autorizaciones de entrega de fondos de cuentas auxiliares de la Cuenta Única correspondientes, a favor de las dependencias y entidades públicas locales. Esta actividad incluiría un agudo factor de complicación de la contabilidad de los recursos públicos, porque la información simultáneamente deberá centralizarse en el Banco Central matriz y en el Ministerio de Finanzas, pero con los actuales niveles de la gestión informática su implementación es teóricamente factible, pudiendo inclusive ingresarse la información respectiva en un sitio Internet, para el conocimiento “en tiempo real” de las instituciones involucradas, incluidas las dependencias del Ministerio de Finanzas.

Las instituciones donde se puede aplicar la desconcentración están determinadas por el Art. 35 de la Ley de Modernización son “las instituciones del Estado”, donde cabe incluir a los ministerios, las entidades públicas y los organismos de control determinados en el Título X de la Constitución (Arts. 211-223).

Como se acaba de ver, la Ley de Contratación Pública se refiere a la desconcentración cuando dispone que “[l]os Ministros de Estado y los representantes legales de las entidades del sector público podrán delegar la celebración de los contratos a funcionarios de la entidad o dependencia a su cargo o de entidades u organismos a ella adscritos, o bien a funcionarios del servicio exterior o de otras entidades del sector público, según el caso, si los contratos deben celebrarse en un lugar en el que la entidad contratante no tenga oficinas permanentes”**[[424]](#footnote-424)**, en concordancia con el Art. 8 de la misma ley que equivocadamente se refiere a las “Subsecretarías Regionales con Presupuesto Descentralizado”, cuando más apropiada hubiera sido la expresión “presupuesto desconcentrado”. Igual observación se puede hacer de la frase “departamentos con descentralización en el manejo económico” del Art. 10 de la Ley de Contratación Pública.

Conjuntamente con la delegación, fundamental elemento de la desconcentración administrativa es la desconcentración presupuestaria y la potestad de seleccionar y nombrar el personal. El ente contable funciona como una unidad administrativa pero con presupuesto y contabilidad propios, al interior del Estado o de una entidad, sin necesidad de tener una personalidad jurídica propia.

Es indispensable para la delegación correspondiente que la autoridad que delega ostente legalmente las competencias respectivas, porque no resulta procedente la delegación de competencias de las que el órgano carece. Esto se expresa con claridad en el dictamen del Procurador General del Estado cuyos criterios se reproducen extensamente:

*Es evidente, pues, que el Presidente no delegó al Jefe de la Zona de Seguridad de Manabí la ejecución de tareas que no le competen a la Función Ejecutiva, como es la realización de exámenes a los estados financieros de las entidades públicas de la provincia y el consiguiente establecimiento de responsabilidades administrativas, civiles o penales.*

*En este ámbito, el artículo 103, literal ñ) de la Constitución Política de la República, le otorga al Presidente de la República la atribución de declarar el estado de emergencia nacional y asumir, total o parcialmente, las facultades extraordinarias que en este parágrafo se indica; pero, en ningún caso, consta la de suspender el funcionamiento de los organismos de control del Estado, como es el caso de la Contraloría General del Estado, o de otras instituciones o dependencias del sector público.*

*Lo dicho queda plenamente corroborado por lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley de Seguridad Nacional, que dispone que el Presidente de la República solo podrá delegar el ejercicio de las facultades extraordinarias previstas en la Constitución a las autoridades civiles y militares que él precise para el efecto. Ya se indicó que entre estas facultades el Presidente no puede interferir en el desenvolvimiento de otras funciones o entidades del Estado que gozan de autonomía, garantizada por la misma Constitución en su artículo 76.*

*El artículo 143 de la misma Constitución establece, además, que corresponde a la Contraloría “controlar los ingresos, administración, custodia, gasto e inversión de los recursos y bienes públicos, dictar regulaciones para el cumplimiento del control y dar asesoría en las materias de su competencia”, y que la vigilancia de la Contraloría “se extenderá a las entidades de derecho privado respecto a los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público en lo relativo a su correcta utilización”. Estos preceptos se encuentran amplia y exhaustivamente desarrollados en la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.*

*En consecuencia, el estado de emergencia y la declaratoria de zona de seguridad no le autorizan ni al Presidente de la República ni a las autoridades militares el ejercicio de funciones que la Constitución y la ley les asignan a otros organismos o autoridades del Estado, y cualquier intervención en este sentido constituye arrogación de funciones, de acuerdo con lo previsto en el inciso tercero del artículo 74 de la Constitución, que genera en quienes cometan esta violación responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal.*

*De lo expuesto se concluye que la Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los Cantones de Jipijapa, Paján y Puerto López, no está obligada a permitir, por ningún concepto, la intervención en sus actividades del Jefe de la Zona de Seguridad de Manabí o de sus delegados, sobre todo para fines de control de sus recursos económicos ‑tanto más cuanto que ya la Contraloría General del Estado se encuentra realizando, en cumplimiento de sus funciones, este cometido* ***[[425]](#footnote-425).***

No obstante lo observado, el Procurador también ha opinado que la Ley de Modernización es suficiente antecedente legal para cualquier delegación que se haga con fines de desconcentración, como se adelantó líneas arriba:

*A propósito de la delegación de atribuciones, se me ha remitido una copia certificada del informe presentado por la Asesoría Jurídica de la Comisión (de Tránsito) fundamento en el Art. 35 de la Ley de Modernización del Estado, (Ley Especial), precepto según el cual las entidades del sector público establecidas en el Art. 128 (actualmente 72) —Art. 118 de la reforma y codificación constitucional de 1998— “sin perjuicio de lo que dispongan sus leyes constitutivas o las que rijan sus actividades, deberán a través de sus máximos personeros y cuando la importancia económica y/o geográfica de la zona lo amerite, dictar los acuerdos o resoluciones que sean necesarios para delegar sus atribuciones. En estos acuerdos o resoluciones se establecerá el ámbito geográfico donde los funcionarios delegados ejerzan sus atribuciones”.*

*Mi opinión concuerda con la manifestada por la Asesoría Jurídica de la Comisión en el sentido de que, al tenor de lo previsto en la disposición transcrita, cabe la delegación de atribuciones, criterio aplicable tanto al caso del Subsecretario de Obras Públicas como del Comandante del Regimiento de Policía N° 2 Guayas* ***[[426]](#footnote-426)****.*

**La autonomía**

A una independencia más amplia -para redundar se podría decir: a una más amplia autonomía- se la llama “autonomía” en la Constitución ecuatoriana. Hay que distinguir entre entidades y empresas autónomas que forman parte de la Administración Pública o del Gobierno central; mientras que por otra parte, gozan también de autonomía, según la Constitución, sin formar parte de la Administración Pública central o del Gobierno central: las entidades del régimen seccional autónomo, el Banco Central, los organismos de control y supervisión (superintendencias), incluyendo el Tribunal Supremo Electoral; así como las universidades y politécnicas públicas, la Casa de la Cultura, Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y el Registro Oficial —aunque este último se podría considerar “adscrito” al Tribunal Constitucional.

El anterior texto constitucional enumeraba expresamente determinadas entidades autónomas, sin efectuar esta distinción entre pertenecientes y no pertenecientes al Gobierno central. Constaban en la enumeración del anterior texto constitucional las siguientes entidades autónomas: Banco Nacional de Fomento, Juntas de Beneficencia, Corporación Financiera Nacional, Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Banco del Estado, las corporaciones de fomento económico regional y provincial. También se incluía al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, cuyos fondos son distintos y separados de los fondos de la Administración Pública, que, precisamente por su amplia autonomía, se encuentra necesariamente sometido a la tutela del Estado. Esta lista de “entidades autónomas” del Ecuador, se podría complementar con otra lista contenida en la Ley de Modernización, que enumera las entidades públicas que no pueden ser modificadas por los poderes legislativos que el Congreso delega al Ejecutivo a través de dicha Ley de Modernización (Art. 17):

*... las entidades cuya autonomía está garantizada por la Constitución...*

Las entidades de fomento económico regional en el Ecuador -a los que se refería el anterior texto constitucional, eran:

1) Comisión de Estudios de la Cuenca del Guayas (CEDEGE);

2) Junta de Recursos Hidráulicos, Fomento y Desarrollo de los cantones de Jipijapa, Paján y Puerto López;

3) Subcomisión Ecuatoriana para el aprovechamiento de las cuencas Puyango-Túmbez y Catamayo-Chira (PREDESUR);

4) Centro de Reconversión Económica del Azuay, Cañar y Morona Santiago (CREA);

5) Corporación Reguladora del Manejo Hídrico de Manabí (CRM);

6) Instituto de Colonización de la Región Amazónica Ecuatoriana (INCRAE);

7) Instituto para el Ecodesarrollo Regional Amazónico;

8) Instituto Nacional Galápagos (INGALA);

9) CORSINOR;

10) CORSICEN;

11) CODERECH; Y,

12) CODELORO.

Estas instituciones en su desenvolvimiento legal no eran tan autónomas como afirmaba el texto constitucional. Así PREDESUR es una “dependencia” es decir ni siquiera es propiamente una entidad -no tiene personalidad jurídica**[[427]](#footnote-427)**. CREA, CRM, INCRAE, CODELORO, CORSINOR, CORSICEN y CODERECH están adscritas al Ministerio de Agricultura y Ganadería. No obstante su adscripción al Ministerio de Agricultura, en el directorio del CREA actúa una minoría del Gobierno central, por lo que el Ejecutivo no ejerce un control en el verdadero sentido de la palabra, por lo menos no a nivel de directorio. Quedan, pues, como autónomos:

1) CEDEGE

2) Junta de Recursos Hidráulicos y Obras Básicas de los cantones de Jipijapa, Paján y Puerto López.

El máximo grado de autonomía en el Ecuador, después de las municipalidades y los consejos provinciales, lo tienen las universidades públicas, dice la Constitución sobre el tema:

*Las universidades y escuelas politécnicas públicas y particulares serán personas jurídicas autónomas sin fines de lucro, que se regirán por la ley y por sus estatutos, aprobados por el Consejo Nacional de Educación Superior.*

*Como consecuencia de la autonomía, la Función Ejecutiva o sus órganos, autoridades o funcionarios, no podrán clausurarlas ni reorganizarlas, total o parcialmente, privarlas de sus rentas o asignaciones presupuestarias ni retardar injustificadamente sus transferencias (Art. 75).*

Estas instituciones, por la forma como integran sus directorios, nombran sus directivos, aprueban sus presupuestos, administran sus recursos y manejan su personal, se las podría llamar en realidad autónomas. En el uso de los fondos públicos, sin embargo, también están sujetas al control de la Contraloría General del Estado.

***Características de la “autonomía” de las entidades autónomas***

En el derecho privado, la voluntad de las personas jurídicas se expresa por el cuerpo que la ley designa para el efecto, llámese este: junta de socios o de accionistas de compañías, “sala” de las corporaciones, colección de individuos de las fundaciones. En el caso del Estado o de las entidades del régimen seccional autónomo, la voluntad de estas entidades públicas es la voluntad de sus autoridades (Presidente de la República, o alcaldes) elegidas por voluntad popular, única fuente de la soberanía (Art. 1 de la Constitución).

Por su parte, los actos de voluntad de los particulares son reconocidos en la Constitución entre los derechos de la persona, que por su calidad de individuos son los únicos que tienen voluntad autónoma, pero jamás podría darse la existencia de voluntad autónoma en una persona jurídica sea esta persona de derecho privado o de derecho público.

Así, ¿Qué clase de persona jurídica de derecho público sería aquella, que —sin tener voluntad autónoma, como se ha visto— funcionando con fondos públicos y al amparo de las leyes de derecho público, no esté sometida a un control de los representantes de la soberanía popular?

La denominación de autonomía, entendida en el sentido que le atribuye Borja y Borja —“es una clase de descentralización estatal; si se dice que una entidad es autónoma, se está afirmando que tiene el carácter de estatal”— es más apropiada cuando se entiende en su correcta acepción y no se interpreta como independencia de todo control, autoridad o tutela. En el derecho público ecuatoriano, como se ha visto, se denomina “adscripción” una cierta medida de control o de tutela de la Administración Pública y del Estado, más estrecha que la que se ejerce sobre la “autonomía” —que, no obstante su nombre, está igualmente sujeta al control de la Administración Pública pero en un grado menor —en el caso de las entidades autónomas de la Administración Pública. Las otras entidades autónomas están sujetas al control de sus cuentas y a las leyes generales de personal, de contratación y de manejo de personal que aplican a todo el sector público, con las excepciones que expresamente establezcan sus leyes de creación u otras leyes, así como al control político del Congreso Nacional.

Por lo tanto se encuentra que en las entidades autónomas se aplican todas las leyes del derecho público ecuatoriano —salvo excepciones legales expresas—, que sus directorios —en los casos de entidades autónomas de la Administración Publica— están integrados en su mayoría por representantes del Ejecutivo y que dichos directorios aprueban los presupuestos, nombran a los altos directivos, autorizan los gastos por encima de ciertos cupos y dictan sus reglamentos internos.

Por otro lado, todas las entidades y empresas autónomas están sujetas a las leyes Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Orgánica de Administración Financiera y Control, y Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Mas, no todas ellas están sujetas al control que ejercen la Contraloría General del Estado o la Superintendencia de Bancos, para el cumplimiento de estas leyes. ¿Quién controla en tales casos la aplicación de dichas leyes? El control lo realizan las mismas entidades a través del llamado “control interno”. En otros casos, como la contratación petrolera que realiza PETROECUADOR, no aplica la Ley de Contratación Pública sino sus propias leyes específicas.

La autonomía de PETROECUADOR se manifiesta en la existencia de regímenes propios de personal. La existencia de un régimen propio de personal, al que se refieren unas pocas leyes de creación de entidades públicas, no excluye la sujeción institucional a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Por su parte, la Superintendencia de Telecomunicaciones “no estará sujeta a las leyes de contratación pública, de servicio civil y carrera administrativa, de consultoría. Para tales efectos se regirá por los reglamentos que expida el Presidente de la República”**[[428]](#footnote-428)**.

El extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo se pronunció sobre el tema de la autonomía así:

*A criterio de la Sala constituye grave error pretender que el Tribunal Supremo Electoral no es autónomo en materia financiera, si la autonomía se ha de considerar, conforme lo enseñan los tratadistas, como la facultad de resolver en última instancia y sin apelación sobre una materia dada, autonomía que se encuentra consagrada en la Ley de Elecciones, Art. 17. Lo que ocurre es que la autonomía debe ser ejercida con arreglo a las Leyes Vigentes para cada caso, sin que se pueda justificar la violación de tales normas a título de que el organismo que las aplica resuelve el asunto en última instancia y sin apelación, pues tal conducta no puede calificarse como autónoma sino como arbitraria* ***[[429]](#footnote-429)****.*

La Procuraduría General del Estado también se ha manifestado sobre los alcances de la autonomía al dictaminar:

*El artículo segundo de la Ley de Presupuestos del Sector Público que trata del ámbito de aplicación, dispone que sus disposiciones rigen para los diferentes organismos y dependencias administrativas del Estado, a excepción de los organismos y empresas previstas en el Título V, Sección III de la Constitución Política, esto es de las instituciones que conforman el Régimen Seccional Autónomo. Esta es la única excepción. Por tanto, las disposiciones de la Ley ibídem rigen para el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, institución creada por Ley, para los fines enumerados en el artículo segundo de la misma (...). La Ley contiene como todas las que se dictan, expiden y publican, un mandato de cumplimiento obligatorio, y bajo este contexto los funcionarios del Banco, han de prestar atención a las peticiones que han sido formuladas al amparo del artículo 100 del Reglamento (de la Ley de Presupuestos del Sector Público), sin que para negarlas o restringirlas pueda recurrirse a la facultad discrecional que, en este caso no se halla prevista ni reglada* ***[[430]](#footnote-430)****.*

En cambio, no cabría que por una simple disposición administrativa, aunque sea un Decreto Ejecutivo, se restrinjan las potestades de una entidad autónoma:

*“El BEV ejerce el control debido, entre otros asuntos, en relación con el pago de horas extraordinarias de trabajo del personal requerido, limitándolas a un máximo de treinta horas mensuales, en casos de necesidad”.*

*“El Decreto Ejecutivo 262, publicado en el Registro Oficial N° 59 de noviembre 1 de 1996, en su Art. 14, expresa claramente que el pago de dichas 30 horas mensuales, se lo hará hasta por un período de tres meses”.*

*Ud. consulta “si debería cumplir la disposición del Decreto Ejecutivo 262 citado, que vendría a entorpecer el mejor accionar del BEV, o bien si en virtud de nuestra autonomía, ¿podría el BEV continuar utilizando, en horas extraordinarias, ya que no puede hacerse en otra forma, los servicios de quienes deben cerrar y arquear la Tesorería?”*

*La autonomía del Banco Ecuatoriano de la Vivienda está consagrada en el Art. 76 de la Constitución Política de la República, en consecuencia la entidad debe regirse por su Ley especial.*

*Conforme han señalado los abogados del BEV, el mencionado Decreto Ejecutivo “trata de modificar y limitar la Ley”, criterio válido, toda vez que un decreto ejecutivo no puede alterar la ley y, menos aún, apartarse de la Constitución. En ese sentido se ha pronunciado la Procuraduría al absolver consultas similares* ***[[431]](#footnote-431)****.*

Sobre la autonomía, en el tema presupuestario, también se ha pronunciado el Procurador General del Estado:

*...el Presupuesto General del Estado incluye a las entidades autónomas destinadas a la atención de los servicios públicos, como es el caso de EMETEL y otras, sin que ello afecte a su autonomía (que no es independencia), traducida en su organización y funcionamiento. (...) Por lo expuesto, considero que, en lo referente a estos puntos, EMETEL y las demás entidades comprendidas en el sector público están sometidas a las disposiciones legales pertinentes, sin perjuicio de la autonomía de que gozan para su organización y funcionamiento, según la Constitución Política de la República* ***[[432]](#footnote-432)****.*

Sobre el mismo tema, de sujeción a la Ley de Presupuestos, manifiesta también el Procurador General del Estado:

*La Constitución de la República, por disposición de su Art. 137 (Hoy Art. 272), prevalece sobre cualquier otra ley, aunque sea especial. Las leyes constitutivas de EMETEL, FLOPEC y TRANSNAVE, son especiales en las materias que regulan; sin embargo, no pueden prevalecer ni estar en contraposición al precepto constitucional invocado (actual Art. 259 de la Constitución)****[[433]](#footnote-433)****, el mismo que es normado por la Ley de Presupuestos del Sector Público.*

*Al respecto, el tratadista Alfredo Pérez Guerrero, en su obra Fundamentos del Derecho Civil Ecuatoriano, cuarta edición, pág. 350, al comentar el actual Art. 39 del Código Civil expresa: 'Sienta aquí el legislador un principio demasiado general, y que, por lo mismo, admite excepciones. No es posible que una ley especial anterior subsista cuando la intención evidente y clara del legislador sea contraria, aunque expresamente no se diga que la ley especial se deroga'.*

*Por otra parte, cabe considerar que la legislación no es un conjunto de leyes dispersas e inconexas, sino una unidad que debe guardar armonía entre todas ellas y conformidad con los preceptos constitucionales. De aquí que, EMETEL, FLOPEC y TRANSNAVE, dada su naturaleza jurídica de empresas estatales, son entidades públicas que están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Presupuestos del Sector Público, pues sus leyes constitutivas secundarias deben guardar conformidad con la Ley suprema del Estado* ***[[434]](#footnote-434)****.*

La Ley de Modernización no permite al Presidente de la República aplicar su potestad de supresión, fusión, escisión y transformación de entidades públicas en las entidades autónomas enumeradas diferentes artículos constitucionales. Pero dentro de esta Ley se contemplan acciones que deben aplicarse en toda clase de instituciones, sean autónomas o no, sin perjuicio que son sus mismas autoridades las que deben ejecutarlas, sin que sea posible que otros órganos públicos intervengan:

*Respecto a las opiniones vertidas en su comunicación sobre la participación del Banco Central de Ecuador en los procesos de modernización, es bueno tener presente que la ley de la materia establece que las normas de ella y, específicamente, las que se refieren a dichos procedimientos, atañen al Estado y a las entidades y organismos del sector público, así como a las personas jurídicas creadas por ley para el ejercicio de la potestad estatal o para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades públicas asumidas por el Estado.*

*En consecuencia, con las salvedades que la Ley de Modernización determina, sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento para todo el sector público, según prescribe el artículo 2 de dicho cuerpo legal.*

*En lo que concierne a la descentralización y desconcentración defunciones, la Ley de Modernización involucra a todo el sector público, sin perjuicio de las normas específicas que obligan únicamente a determinadas instituciones. Tal es el caso del supuesto previsto en el artículo 40 de la indicada Ley, que se refiere a la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de las dependencias del Ejecutivo.*

*Dentro de las modalidades de modernización, según el artículo 43 de la Ley de la materia, se prevé la venta de bienes del sector público y el destino de los recursos que se obtengan de tal enajenación (artículo 62 Ley de Modernización), antes analizado, que en la letra d) hace expresa referencia a las instituciones financieras públicas* ***[[435]](#footnote-435)****.*

Sobre la autonomía de las municipalidades se pronunció el Tribunal de Garantías Constitucionales:

*Que todo régimen seccional autónomo se funda o en una delegación de poder expresa que el Estado hace en favor de ellos, como la contenida en el literal b) del artículo 149 de la Constitución, o tácita, cuando la Constitución al atribuir autonomía a ciertos órganos del sector público, se les confiere implícitamente facultades sin las cuales no se entendería la autonomía, como la de dictar normas que permitan que esos órganos reglen las materias y las actividades para las cuales fueron creados;*

*Que ese poder legislativo tiene como límites las Constitución y la ley;*

*Que la autonomía admite el control constitucional de los actos administrativos, así como el control fiscal de ellos; en cambio obsta que una institución distinta al órgano autónomo se pronuncie sobre la conveniencia de aquellos;*

*Que el “orden público admite gradaciones en lo referente a la dimensión e intensidad del interés público garantizado dentro de la esfera de la competencia, cuyos límites legales delegados no pueden ser rebasados por los municipios, todo exceso de ellos, dentro del tope que le es propio tornaría en ilícita dicha actividad policial, y como consecuencia sería inconstitucional” por lo cual no es admisible que los municipios a través de ordenanzas puedan imponer penas no previstas expresamente en la ley, ni sobrepasarlas, pues rebasarlas significaría que los municipios gozan de un poder legislativo ilimitado, de igual categoría que el de la función legislativa, con competencia para modificar las leyes y la Constitución* ***[[436]](#footnote-436)****.*

**Conclusión**

Se concluye en la necesidad de distinguir las nociones de dependencia, adscripción, desconcentración y autonomía que se encuentran en el Derecho Público ecuatoriano.

La dependencia proviene del poder jerárquico que ejerce un jefe sobre el subordinado. Es un poder incondicionado: el superior puede dar a sus subordinados las órdenes que juzgue convenientes, siempre que al hacerlo respete la legalidad y la ejecución de la actividad ordenada se encuentre entre las obligaciones del subordinado.

Dentro del Estado y de la Administración Pública, se encuentran las personas jurídicas de derecho público, que constituyen las “entidades públicas”, las mismas que por tener una personalidad jurídica distinta de la del Estado, aunque bajo la tutela de este, tienen ya un principio de autonomía, que puede ser mayor o menor, según las leyes que las regulan. Estas entidades, con facultades más o menos autónomas, están bajo la tutela de un ministerio o del Presidente de la República, por lo cual se denominan “adscritas”, además de la tutela que ejercen sobre ellas los organismos de control y el Congreso Nacional. Las demás entidades cuya “autonomía” se garantiza, según la Constitución son las del régimen seccional autónomo (municipalidades y consejos provinciales), los organismos de regulación y control, así como las universidades. Una vez nombrado, el máximo directivo de la entidad pública se encuentra sometido al poder de tutela o control y no a la jerarquía del poder central. La diferencia está, según Vedel, en que el poder jerárquico es un poder incondicionado: bajo reserva de no prescribir o cometer ilegalidades, el superior puede dar a sus subordinados las órdenes que juzgue convenientes. El superior tiene siempre, salvo texto contrario, el poder de reformar o de revocar las decisiones de sus subordinados. Por el contrario, la autoridad de control es diferente, ya que no pone en relación un superior con sus inferiores, sino que se trata de un controlador (la autoridad de control) y sus controlados (los órganos de la persona pública bajo control).

La relación de tutela es una relación de vigilancia, diferente de la relación de dependencia que es de jerarquía. La mayoría de las entidades públicas y empresas públicas ecuatorianas son una clase de entidades adscritas, aunque también existen empresas públicas consideradas como “entidades autónomas”, como se ha visto.

**VIII. Las Descentralizaciones**

**Introducción**

***Antecedentes históricos de la centralización***

Históricamente, la formación del Estado moderno requirió de un centralismo fuerte para conseguir su unión y consolidación y, cuando estas se han logrado, evitar su desintegración. Es un proceso que se produjo en la mayoría de los Estados modernos. Acerca de este proceso en España dice Beneyto: “(el Conde-Duque de) Olivares quiso imitar la política de Richelieu y aconsejaba al monarca que reduj­ese sus reinos ‘al estilo y leyes de ‘Castilla”. Según recono­ció ya “Oliveira-Lima”, el Conde-Duque parece fascinado por la idea de la centralización.

En importante documento que presentó el Conde Duque de Olivares en los primeros días del reinado de Felipe IV, se puede leer:

*Tenga V.M. por el negocio mas importante de su Monarquía el hacerse Rey de España. Quiero decir, señor, que no se conten­te V.M con ser Rey de Portugal, de Aragón, de Valenc­ia, Conde de Barcelona, sino que trabaje y pien­se, con consejo maduro y secreto, por reducir estos reinos de que se compone España al estilo y leyes de Castilla sin ninguna diferencia (...)* ***[[437]](#footnote-437)****.*

Servant-Schreiber analiza tal fenómeno como ocurrió en Francia:

*La centralización francesa fue en sus tiempos una buena cosa; en la época de la penuria. Ya sabemos que cuando la cantidad total de bienes producidos es inmutable, el único medio de que una persona o una colectividad mejoren su suerte es dominar, hacer la guerra, anexionarse esclavos o territorios. En el seno de la penuria sólo el acceso a la potencia abre las puertas de la abundancia, la guerra es entonces productiva* ***[[438]](#footnote-438)****.*

Paralelamente a esta tendencia, se encuentra un fortalecimiento de los Municipios, que desde temprano “reaccionan contra las intromisiones de la realeza y consiguen de los monarcas que se comprometen a mantener su libertad”**[[439]](#footnote-439)**. En América, con la lejanía del poder central se incrementa la tendencia: el cabildo español es trasplantado al Nuevo Mundo, donde “en los cabildos abiertos cobra su expresión más pura y genuina la raigambre democrática y popular de la administración local”**[[440]](#footnote-440)**. Muchos Cabildos americanos fueron cunas de los primeros movimientos independentistas**[[441]](#footnote-441)**.

En el debate ecuatoriano sobre la descentralización se ha repetido sin mayor sustento histórico que el dominio español sobre las colonias y particularmente sobre la Audiencia de Quito se caracteriza por un fuerte centralismo. En realidad, lo contrario es cierto: “cada una de las funciones del gobierno (español) se había dividido, deliberadamente, entre varios organismos. Aunque el virrey sí ejercía un considerable poder de fiscalización en Quito, la propia audiencia podía apelar directamente a Madrid. Y Madrid sí tomo partido con Quito en contra de Lima respecto de varias cuestiones”. En “la naturaleza de la burocracia española, (…) varios órganos desempeñaban las mismas funciones”, lo que fue parcialmente determinado por el Rey Felipe II, quien, “a pesar de haber sido el primer rey burócrata de la época moderna (…) elaboró un intrincado sistema de frenos y equilibrios que caracterizó a la administración española”, a pesar de los empeños de Olivares. Así, en lo concerniente al gobierno español en América y especialmente en la Audiencia de Quito “[l]a dilución de la responsabilidad y autoridad fue la expresión de dos axiomas del gobierno colonial. Varios magistrados u órganos compartían los mismos poderes, pero, y lo que era lo más importante, prevalecía el principio conciliar, ejemplificado especialmente por el Consejo de Indias, las audiencias y la hacienda. En pocas palabras, la administración imperial española conformaba un gobierno por juntas”**[[442]](#footnote-442)**. Según Haring,

*dos principios (…) fueron características del gobierno imperial de España en América: una división de autoridad y de responsabilidad, y una profunda desconfianza por parte de la corona de las iniciativas de los funcionarios coloniales. (…) La única centralización real se encontraba en el rey y su consejo en España. El gobierno imperial español era uno de los frenos y contrapesos; lo que no se ha conseguido en muchos estados constitucionales modernos con la división de poderes, legislativo, judicial, ejecutivo, sino con una división de autoridad entre diferentes individuos o tribunales ejercitando los mismos poderes. Nunca hubo una clara línea de demarcación entre las funciones de las diferentes entidades gubernamentales lidiando con los problemas coloniales. Al contrario, se determinó voluntariamente un amplio margen de superposiciones para impedir a los funcionarios alcanzar algún prestigio personal o dedicarse a prácticas corruptas o fraudulentas* ***[[443]](#footnote-443)****.*

***La centralización del Estado en Ecuador***

Así, no es de extrañar que la Administración Pública ecuatoriana se haya caracterizado por su dispersión hasta entrado el siglo XX. Adicionalmente, las décadas de los cuarenta y los cincuenta vieron multiplicarse en el Ecuador las autonomías administrativas y sobre todo presupuestarias legalmente establecidas. Velasco Ibarra justificaba, en los años cincuenta, su veto a la ley de creación de una “junta de fomento”, afirmando que:

*(…) 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* ***[[444]](#footnote-444)****.*

La Junta Militar que gobernó el Ecuador a comienzos de la década de los ochenta culminó el esfuerzo centralizador tributario y presupuestario. Una reforma tributaria de 1964-1965 en Ecuador incluyó la derogatoria de alrededor de 1.700 impuestos locales y seccionales y prohibió la creación de esta clase de impuestos en beneficio provincial, cantonal y local. En 1971 se creo el Fondo Nacional de Participaciones con la centralización de esos recursos, para repartirlos a los antiguos beneficiarios de los impuestos derogados en 1964-1965**[[445]](#footnote-445)**.

La centralización administrativa ecuatoriana recién se alcanzó en forma incompleta a mediados de los años setenta. Tal vez por ese motivo, el debate sobre la modernización que se inicia a comienzos de los años noventa, postergó el planteamiento legislativo de una descentralización administrativa y de una autonomía política para el cuatrienio 1997-2000. Desde el punto de vista jurídico, sin duda que la Ley de Modernización, de 1993, contiene referencias a la descentralización en sus artículos 1, b) y 5, b); y la hace operativa en su artículo 7, pero la aplicación de esta norma para el desmantelamiento del INERHI en 1994 y la descentralización de sus actividades de construcción de obra física que se asigna a las corporaciones regionales de desarrollo**[[446]](#footnote-446)** constituye un hecho aislado, pronto revertido por las tecnocracias, programadas por décadas de esfuerzo centralizador. Las leyes de distribución del 15% y descentralización se dictaron en 1997**[[447]](#footnote-447)**, sin que se hayan aplicado mayormente hasta la fecha. Esta última ley no fue reglamentada hasta el año 2001. Por otra parte, su enfoque más que de descentralización administrativa y menos aun descentralización política, es principalmente fiscalista. Asimismo, se incorporan en la reforma y codificación constitucional de 1998 referencias variadas a la descentralización, pero siempre de descentralización administrativa. El artículo primero de la Ley Suprema dice que el Gobierno es “de *administración* descentralizada”, donde antes de la reforma y codificación constitucional de 1998 decía simplemente que el Ecuador era “descentralizado”, sin más calificativos. Asimismo, una serie de competencias que se habían atribuido con anterioridad a las municipalidades, que comportaban una amplia descentralización en aspectos determinados, se suprimieron en esta Constitución.

**Antecedentes de la descentralización**

***Concepto político de la descentralización***

John Kenneth Gailbraith define las condiciones y alcances de la administración cada vez más autónoma de la “tecnocracia”**[[448]](#footnote-448)**; y, en fin, Naisbitt manifiesta:

*La centralización continuó floreciendo mientras la industrialización cobraba creciente impulso en el vigésimo siglo.*

*(…)*

*El crecimiento de la descentralización coincide con la declinación de la industria. El mecanismo industrial norteamericano fue probablemente la más grande fuerza centralizadora de la historia. El esquema mecánico de la sociedad industrial requirió enorme centralización: de trabajo, material, capital e instalación.*

*(…)*

*Las sociedades agrícolas y las de información son descentralizadas.*

*(…)*

*La política descentralizadora viene con el inicio del fracaso de las estrategias centralizadoras para efectuar el cambio social****[[449]](#footnote-449)****.*

Todo esto, sin olvidar que descentralización implica siempre una autoridad supervisora, responsable a su vez ante la voluntad popular.

Duguit consideraba que la existencia y el desarrollo de la descentralización probaba sus criterios sobre la decadencia de la noción del poder público y de la indivisibilidad de la soberanía**[[450]](#footnote-450)**. En realidad en nada interfiere el ejercicio de la soberanía con que el legislador autorice derogaciones al régimen general y adopte fórmulas de organización administrativa o financiera que se aproximan generalmente a los métodos practicados por las empresas privadas**[[451]](#footnote-451)**. Aun en el caso de la descentralización municipal, el Estado se guarda el ejercicio del control de legalidad de los actos del ente descentralizado.

El término de “descentralización” evoca la idea de una independencia o autonomía. En derecho público italiano, el significado del término “ente” subraya la idea de su autonomía. Así, se redunda con la expresión de “entes autárquicos”: “enti autarchici”**[[452]](#footnote-452)**. La doctrina establece la distinción entre “autonomía” y “autarquía”. A decir de Fiorini, no se debe confundir autarquía con autonomía, puesto que la autarquía es una institución política que no tiene que ver con la organización administrativa, pues es la potestad de autocreación de un orden jurídico, como lo es una Nación, una provincia o una región**[[453]](#footnote-453)**. Pero la mayoría se inclina por la interpretación contraria, es decir atribuyendo a la autonomía una connotación política de autorregulación y reservando el término “autarquía” para el ejercicio de la mayor o menor descentralización administrativa. Cassagne dice que

*(…) la distinción entre 'autonomía' y 'autarquía' vincúlase con las dos formas de descentralización conocidas: la política y la administrativa'. En su acepción etimológica, la autonomía constituye una forma superior de descentralización política en cuanto traduce el reconocimiento a la entidad autónoma de la facultad de darse sus propias normas fundamentales e implica una potestad normativa originaria.*

*La autarquía consiste en la atribución que tienen las personas públicas estatales de administrarse por sí mismas, lo cual no es óbice para que, en sentido lato, se consideren las mismas como componentes del Estado.. Es un concepto eminentemente administrativo****[[454]](#footnote-454)****.*

En concordancia con este autor, Giannini dice que “así como la legislación se prolonga en entes con autonomía normativa diversos que el Estado, así la administración (actividad) en igual modo se prolonga con la autarquía”**[[455]](#footnote-455)**.

Esta distinción entre “autonomía” y “autarquía” es absolutamente necesaria en España, en vista del proceso autonómico de ese país, donde la autonomía se entiende principalmente en su acepción de “autonomía política”. En su obra sobre el Estado autonómico, el autor español Ferrando Badía establece la distinción entre autarquía y autonomía diciendo que “mientras la primera se caracteriza por el ejercicio de la potestad reglamentaria, la autonomía se caracteriza por el ejercicio de la potestad legislativa”**[[456]](#footnote-456)**. Pero ni siquiera en España, la distinción entre ambos términos se encuentra plenamente establecida, puesto que la vigente Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, reformada por la Ley General Presupuestaria (texto refundido de 1988) se refiere a los “organismos autónomos”, definidos como: “entidades de Derecho público creadas por la Ley, con personali­dad jurídica y patrimonios propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cum­plimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administra­ción de determinados bienes del Estado, ya sean patrimoniales o de dominio público” (Art. 2), que es una definición que guarda concordancia con la utilización del término de autonomía en el Derecho Público ecuatoriano. En cambio, el vocablo autarquía no se utiliza en la terminología administrativa ecuatoriana.

En el Ecuador, como se vio en el capítulo anterior, se usan tradicionalmente las expresiones de entidad autónoma y entidad adscrita para dos matices de relación entre personas jurídicas de derecho público y la Administración Pública.

Con tales antecedentes se puede concretar que las “entidades” tanto autónomas como adscritas (estas últimas son llamadas “establecimientos públicos” en el derecho administrativo francés y establecimientos del Estado en el Código Civil de Andrés Bello) han sido creadas como un procedimiento de la descentralización por servicios (para ser consecuentes con el concepto moderno de gestión del Estado se debería decir que la descentralización es: “un procedimiento de la gestión descentralizada”). Los establecimientos públicos son “servicios” dotados de personalidad jurídica de derecho público, a través de los cuales el Estado realiza parte de sus actividades de gestión.

La descentralización es un instrumento administrativo indispensable. La descentralización estatal tiene su equivalente en la descentralización administrativa de la organización de empresas privadas**[[457]](#footnote-457)**.

***La descentralización de las competencias administrativas y la autonomía administrativa***

En este tema de los conceptos del Derecho Administrativo, como en otras ramas jurídicas, hay que tener presente la observación de Giannini al referirse a la “autonomía” y a la “autarquía”:

*Tenemos aquí dos vocablos inventados por la doctrina, de los cuales casi todos los autores quieren “precisar” el sentido. La realidad es que tratándose de nociones abstractas, se hace mucha espesura de cuestiones puramente abstractas; siendo aquí necesario considerar la sustancia, que a veces es algo más bien simple* ***[[458]](#footnote-458)****.*

El concepto fundamental en la discusión sobre descentralizaciones y autonomías es la *competencia*, que se estudia en otro apartado de la presente obra.

Los órganos de la Administración Pública están dotados de competencias específicas, que deben ejercer en el marco de sus atribuciones, so pena de que sus actos adolezcan del vicio de incompetencia. Las comunidades locales, por sus orígenes, que se reputan anteriores a los del Estado, han llegado a asumir competencias variadas otorgadas constitucionalmente por el Estado. Es el primer tipo de descentralización: la atribución de potestades a personas jurídicas locales y regionales, que por tal razón se denomina “descentralización territorial”. Históricamente posterior es la “descentralización funcional”, por la cual el Estado delega a personas jurídicas de derecho público funciones —es decir conjuntos de competencias— especiales. Esta suma de entidades públicas se denomina “Administración Pública Institucional”, para distinguirlas de la Administración Publica llamada “central”**[[459]](#footnote-459)**.

También es posible la descentralización de competencias a personas jurídicas de derecho privado, pero de capitales públicos: en primer lugar sociedades anónimas de capitales públicos y compañías de economía mixta, contempladas en la Ley de Compañías o establecidas en leyes especiales. Finalmente, se considera que la delegación a personas jurídicas determinadas para la prestación de servicios públicos, bajo el control y regulación estatal es también una forma de descentralización. En todos los casos mencionados de delegación y transferencia de competencias a entidades públicas, el Estado se reserva la llamada “tutela”, que consiste en el conjunto de controles sobre diferentes aspectos de la actuación de los órganos descentralizados: en primer lugar, el control jurisdiccional, el control de legalidad, el control de uso de fondos, etc. Por otra parte, las entidades de derecho privado, sea de capitales públicos, privados o mixtos, que prestan servicios públicos están sujetas a la “regulación” estatal en el desempeño de sus actividades.

Así, la descentralización consiste en atribuir a personas jurídicas territoriales o funcionales, competencias de la Administración Pública central, lo que no obsta para que los órganos descentralizados tengan que actuar en cumplimiento estricto de las normas legales de su régimen o creación, en virtud del llamado “principio de especialidad”**[[460]](#footnote-460)**, además de las normas genéricas de derecho público aplicables a las entidades públicas. La descentralización está contemplada tanto en la Ley Suprema cuanto en la legislación ecuatoriana, pero en todos los casos que en estas normas se hace referencia a “descentralización”, se entiende en el derecho público ecuatoriano que se refiere a la “descentralización administrativa”. Lo mismo ocurre, como se verá más adelante, con el término de “autonomía”, que también se emplea desde hace muchos años en la Constitución y las leyes ecuatorianas, para significar un grado mayor de independencia entre las entidades públicas que, de todas maneras, por el mismo hecho de ser personas jurídicas de derecho público, necesariamente tienen su presupuesto propio y una atribución de darse sus propias normas de administración interna. En todo caso, el mayor o menor grado de autonomía administrativa no comporta en absoluto que la entidad respectiva pueda prescindir de las normas específicas y generales que reglan la acción de las personas jurídicas de derecho público.

Existen diferentes funciones en las que se puede manifestar la descentralización, como por ejemplo la descentralización democrática, etc. La llamada “descentralización democrática” ocurre cuando se atribuye a los pobladores locales la potestad de elegir a los órganos personales que los van a conducir. Por ejemplo, a diferencia del Ecuador, en Colombia tiene apenas unos pocos años la figura de los órganos municipales elegidos por votación popular. En contraste, Pedro Carbo podía escribir en 1883:

*En 1810, el vecindario de Guayaquil, haciendo uso de la pequeña facultad que las leyes coloniales le daban para nombrar sus alcaldes y regidores, y apreciando el espíritu patriótico, liberal y progresista de Rocafuerte, lo nombró de alcalde ordinario de la ciudad* ***[[461]](#footnote-461)****.*

**Elementos de la descentralización**

El concepto de descentralización —entiéndase descentralización administrativa— tiene como componentes la competencia administrativa y la existencia de personas jurídicas de derecho público diferentes de la persona jurídica Estado. La descentralización consiste en la transferencia de competencias de la administración central a personas jurídicas de derecho público —los entes de la “administración indirecta”. En cambio, si la transferencia de competencias no se hace a “entes” o “entidades públicas” —es decir a instituciones con personalidad jurídica de derecho público y por tanto susceptibles de tener un patrimonio propio— sino que se hace a oficinas o unidades administrativas del Gobierno central, llámense estas subsecretarías, cuerpos colegiados**[[462]](#footnote-462)**, direcciones, o en general “unidades administrativas”, lo que se produce es una desconcentración y no una descentralización, como se vio anteriormente. Como se expresa líneas arriba, la desconcentración es una técnica de organización que consiste en delegar importantes poderes de decisión en agentes del poder central ubicados la cabeza de las distintas circunscripciones administrativas o de los diversos servicios**[[463]](#footnote-463)**.

Como se ha visto en el apartado correspondiente, una consecuencia de la personalidad jurídica del ente o la entidad (y de la empresa pública) es la existencia de presupuesto y fondos propios; fondos que, sin embargo, se consideran igualmente fondos públicos. Así mismo, es obvio que otro elemento que se va a encontrar siempre es la existencia de un objetivo o fin específico que es el mismo por el que la entidad ha sido creada.

En fin, en la descentralización siempre se encuentra la existencia del control de tutela que ejerce el Estado sobre la entidad descentralizada, y que puede establecer mayor o menor sujeción de la entidad al Estado en general y a la Administración Pública en particular; desde el caso de las llamadas “adscritas”, pasando por las “autónomas” determinadas en la Constitución hasta las universidades, en un grado de menor a mayor independencia del poder de tutela del Estado, en el Ecuador.

**Clases de descentralización**

Se ha hecho referencia a la descentralización local y territorial –básicamente el gobierno municipal—, que son históricamente más antiguas. Existe, por otra parte, la descentralización técnica o por servicios, que es una concepción teórica posterior. En la descentralización se encuentran “personificaciones” parciales de la Administración, “pues cada entidad tiene a su cargo una parte de la actividad administrativa: por eso se habla en estos casos de descentralización por ‘servicios’”**[[464]](#footnote-464)**.

Se han intentado establecer adicionales clasificaciones: Garrido Falla, en España ha calificado de *descentralización funcional* la que se produce cuando el Estado encomienda a un ente público institucional, ya no la prestación de un servicio concreto, sino toda una función estatal. Pero, en general, la doctrina considera que la descentralización por servicios, que se estudiará a continuación, no es muy diferente de la descentralización funcional.

Para Fraga existe la llamada *descentralización por colaboración*, cuando la administración impone o autoriza a organizaciones privadas su colaboración, haciéndolas participar en el ejercicio de la función administrativa**[[465]](#footnote-465)**.

Finalmente, la empresa estatal puede adoptar la figura de compañía (anónima o mixta), sujeta al derecho privado o se puede manifestar como persona jurídica de derecho público —la empresa pública**[[466]](#footnote-466)**. La creación de la empresa estatal (tanto compañías de propiedad del Estado, sujetas al derecho privado como empresas públicas, sujetas al derecho público) es una forma de descentralización de la actividad empresarial del Gobierno central. Para todos los efectos jurídicos de derecho público, la *empresa pública* —a la que se refiere la segunda parte de esta obra —es una entidad de derecho público y tiene todas las características de la entidad de derecho público —con ciertas excepciones que se mencionarán oportunamente.

Una distinción importante entre las entidades descentralizadas territoriales —por ejemplo, los municipios y los consejos provinciales— y las entidades descentralizadas por servicios o funcionales, es que en las primeras los ciudadanos interesados eligen a las máximas autoridades de la entidad, mientras en el segundo caso, los designa el Estado a veces directamente, otras veces a través de representantes. Aunque se encuentran ciertas entidades descentralizadas en que no solamente el Estado designa los representantes, sino también que otros grupos tienen la capacidad de manifestarse, especialmente a través del nombramiento de un número determinado de los miembros de los directorios o juntas directivas.

Sobre el particular dice Duverger:

*Una noción pura de la descentralización por servicios supondría que los jefes de los servicios sean elegidos por los administrados o por los funcionarios de los servicios. Al contrario, incluso dotado de poderes propios importantes, un jefe de servicio nombrado por el poder central sería “desconcentrado” y no descentralizado. Por ejemplo, los rectores, nombrados por el ministro, serían autoridades desconcentradas. En cambio, los decanos, elegidos por sus colegas, serían autoridades descentralizadas. Pero, en la práctica, no se hace mucha distinción, porque es muy difícil en el plan técnico asegurar la elección de los jefes de servicios por los administrados. En consecuencia, existe la tendencia a considerar que hay descentralización por servicios desde el momento que un servicio tiene una gestión autónoma, desde el momento en que el jefe del servicio tiene poderes de decisión* ***[[467]](#footnote-467)****.*

Cabe recordar que la referencia a un Rector universitario nombrado por el Ministro corresponde al esquema universitario francés, pero no al sudamericano, donde son los profesores, estudiantes e incluso empleados universitarios quienes eligen al Rector.

En el mismo capítulo, Duverger se refiere también a tipos de descentralización, considerando como “formas tradicionales”: concesión de servicios públicos y establecimientos públicos (entidades, con personalidad jurídica de derecho público). Como “formas modernas” de descentralización de servicios considera: las sociedades de economía mixta, los organismos privados de interés público, las empresas públicas nacionalizadas y los servicios públicos corporativos de economía dirigida**[[468]](#footnote-468)**.

***La descentralización territorial***

Según la doctrina tradicional, los Estados pueden ser unitarios o federales. Las realidades políticas del siglo XX añaden a esta clasificación: el Estado regional (Italia) y el Estado autonómico (España). La descentralización y la centralización administrativa son opciones de administración principalmente en el Estado unitario. “Se distingue corrientemente la descentralización territorial y la descentralización por servicios (o funcional)”, dice Vedel, “la primera se sustenta en una base geográfica y culmina en la creación de personas jurídicas cuya competencia se determina en relación a un determinado territorio (por ejemplo, la comuna)**[[469]](#footnote-469)**. En efecto, desde principios del siglo XX Carré de Malberg aclara suficientemente que las figuras de *Selbstverwaltung* (auto-gobierno) y de descentralización administrativa no son aplicables al Estado miembro de un Estado Federal, “porque el Estado miembro no se administra en virtud de leyes o autorizaciones del Estado federal: mas su administración se funda sobre su propia potestad y voluntad. No será necesario entonces hacer intervenir aquí la idea de auto-administración o de descentralización, sino más bien la de autonomía”**[[470]](#footnote-470)** —debiendo aquí entenderse autonomía *política*. Es decir, las figuras de descentralización y autogobierno son aplicables solamente a los Estados unitarios.

En aquel momento de la discusión, en el Derecho Público francés se estudia principalmente las características del gobierno comunal o provincial en sus relaciones con la soberanía estatal. Así, Carré de Malberg, citando a Hauriou, manifiesta que “la posesión de derechos de potestades públicas forma precisamente la característica de las personas administrativas descentralizadas”, y se pregunta más adelante: “¿Cómo es posible que una comuna, una provincia, puedan administrarse ellas mismas con una potestad de dominio, sin que el Estado del cual dependen, pierda por tanto su carácter unitario?”**[[471]](#footnote-471)**. La respuesta es que “(…) las facultades municipales provienen, desde el punto de vista de su eficacia en derecho positivo, de la voluntad del Estado que, consagrando esas facultades naturales, las convierte en derechos propiamente dichos”**[[472]](#footnote-472)**.

***La descentralización por servicios o funcional***

**Establecimientos públicos**

La otra clase de descentralización, es la llamada de servicios o funcional, que históricamente aparece con posterioridad a la descentralización territorial. Vedel dice que la descentralización funcional tiene una base técnica, que se manifiesta asignando una actividad determinada a una persona jurídica, bajo la forma de establecimiento público (por ejemplo, la Universidad)”**[[473]](#footnote-473)**. El establecimiento público consta en el Código Civil de Andrés Bello como persona jurídica de Derecho Público**[[474]](#footnote-474)**. En esa época —a comienzos del siglo XIX— el establecimiento público estaba constituido por hospitales, hospicios y en general casas de beneficencia, mantenidas por el Estado. Por ejemplo, se conoce un informe oficial de 1812 redactado por un Hippolyte de Colins sobre el Hospicio Charenton-Saint-Maurice, cerca de París, a cargo del Ministerio del Interior, donde el célebre Marqués de Sade fue condenado a pasar los últimos días de su vida**[[475]](#footnote-475)**.

**Los servicios públicos personificados**

El desarrollo del servicio público suministra un decidido impulso a la descentralización en el derecho administrativo francés del siglo XIX, como lo manifiesta a comienzos de siglo XX Duguit: “el aumento del número de servicios públicos implica una descentralización cada vez más grande de tales servicios”, añadiendo más adelante que “[l]a forma más nueva y al mismo tiempo más progresiva de descentralización es evidentemente la denominada descentralización *funcional* (“functionariste”). Ella ha recibido un comienzo de aplicación en el servicio público de enseñanza superior por la creación de universidades administradas por los profesores mismos bajo el control de la autoridad superior. Este sistema se extenderá ciertamente en el próximo futuro a diversos servicios públicos de orden técnico”**[[476]](#footnote-476)**. Finalmente, se desarrollan como establecimientos públicos actividades públicas tan variadas como la empresa pública de extracción de carbón mineral (Charbonnages de France), la institución para la economía energética o la Ópera de París. “Esta es la razón, afirma Laubadère, por la cual ciertos autores subrayan que el uso del establecimiento público está desprovisto de significación propia. De la calificación de establecimiento público solamente se deduce la existencia de una persona jurídica pública distinta del Estado o de las colectividades territoriales, a la cual se le reconoce una cierta independencia financiera”**[[477]](#footnote-477)**.

La denominada “crisis” de la noción del servicio público, sobreviene con las realidades del manejo empresarial del Estado que se inicia con las nacionalizaciones inglesas y francesas posteriores a la segunda guerra mundial. La doctrina francesa intentó encajar esta nueva realidad en el antiguo esquema con la denominación de “servicios públicos industriales y comerciales”. En todo caso, el surgimiento del Estado empresarial requiere de otras figuras jurídicas para la administración de las unidades productivas, para lo cual se acude a las sociedades anónimas sometidas al derecho privado, pero conservando sus capitales en manos del Estado o en asociación con los particulares, en empresas mixtas.

**Las entidades autónomas**

Dentro del ámbito del derecho público, para similares efectos, principalmente empresariales del Estado, se acude también a las “entidades autónomas”, es decir personas jurídicas de derecho público con presupuesto propio pero que están sujetas a la “tutela” del Estado. Estas figuras son indudablemente también de descentralización administrativa.

***La descentralización a entes reguladores***

Finalmente, un fenómeno reciente surge en los países de la Unión Europea últimamente, en coincidencia con una práctica tradicional en los Estados Unidos: “El principio comunitario de separación de funciones de regulación y de explotación de actividades económicas de servicio público impone quitar a los operadores nacionales la actividad de regulación, a favor, frecuentemente, de nuevas instituciones independientes”**[[478]](#footnote-478)**. Garrido Falla denomina este esquema como “la nueva descentralización funcional”, señalando su origen en la doctrina alemana, en los “organismos (literalmente, *espacios*) que, estando dentro del Poder Ejecutivo, se encuentran libres de control gubernamental (…). También nuestro ordenamiento positivo, con mayor o menor éxito, se ha preocupado de garantizar una determinada independencia en relación con estas y otras similares entidades. Empero, a mi juicio, el precedente de estas organizaciones independientes esta curiosamente en el Derecho anglosajón, (…) el origen del Derecho administrativo norteamericano se encuentra precisamente en la creación de las llamadas “Comisiones independientes”, la primera de las cuales (Interstate Commerce Commission), surgió en 1887”**[[479]](#footnote-479)**.

La autonomía administrativa de estos órganos, denominados “superintendencias” y “Contraloría” en Ecuador, no significa que ellos no deban estar sometidas a las normas de organización y el control de legalidad del Derecho Público. De hecho, la mayor o menor autonomía administrativa que significa la descentralización administrativa, tiene su contraparte necesaria en este tipo de controles de legalidad. En efecto, afirma Garrido Falla que el control es precisamente la característica de la persona jurídica de derecho público: “Bastará el examen de la naturaleza de las relaciones o vínculos que le ligan con la Administración pública de que se trate: si estos son de naturaleza jerárquica o de los que la doctrina conoce con el nombre de tutela, estamos en presencia de un ente encuadrado en la organización estatal”**[[480]](#footnote-480)**.

**Descentralización en la historia del Ecuador**

El término “descentralización” no es una novedad en la doctrina del Derecho Público ecuatoriano. El publicista ecuatoriano Matovelle distinguía en la segunda mitad del siglo XIX:

*(…) centralización. Se designa con esta palabra aquel sistema de administración en que el manejo de todos los intereses y negocios sociales, está confiado únicamente al jefe del gobierno, de cuya voluntad dependen todos los demás agentes de la administración.*

*Descentralización, es el sistema opuesto al anterior, es decir, aquel en que los negocios propios de las diversas localidades, se administran por sus autoridades especiales, dependiendo éstas de la superior, nada más que en cuestiones nacionales* ***[[481]](#footnote-481)****.*

Desde tal perspectiva, se podría decir que desde el siglo XIX se esbozó el concepto de “descentralización” en el Ecuador. Basta por ejemplo, revisar las sucesivas leyes de “Régimen Administrativo Interior”, donde el Gobernador provincial ostenta amplias facultades, incluyendo el mando militar, lo que resulta absolutamente necesario en una época de grandes dificultades para el transporte y la comunicación entre la capital de la República y las capitales provinciales.

No obstante, desde el punto de vista de la doctrina jurídica administrativa actual, en realidad las competencias que las leyes de régimen administrativo interior del Ecuador asignaban al Gobernador no eran una descentralización sino una *desconcentración*, que, al decir de Vedel es “una técnica de organización que consiste en trasladar importantes poderes de decisión a los agentes del poder central ubicados a la cabeza de las diversas circunscripciones administrativas o de los diversos servicios”**[[482]](#footnote-482)**, mientras que la descentralización transfiere las competencias a otras entidades públicas.

Otra clase de “descentralización” que siempre existió en la República ecuatoriana es la recaudación local y directa de rentas específicas para obras y fines determinados por parte de “juntas” y otras unidades administrativas locales. En mi reciente monografía sobre la “Administración Pública ecuatoriana en el siglo XX”**[[483]](#footnote-483)**, cito el ejemplo siguiente:

*Tómese el caso de la “Junta Especial de Saneamiento de Guayaquil”, que percibía rentas diversas, unas recaudadas por el Tesorero municipal o pagadas a la Junta directamente por “los representantes o agentes 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.* ***[[484]](#footnote-484)***

Aunque estas “juntas” no tenían propiamente personalidad jurídica asignada por ley, se manejaban con autonomía suficiente para considerarla una especie de descentralización. Pero en un país como el Ecuador de aquella época, sin políticas públicas formalmente expresadas ni una planificación de actividades y con transportes y telecomunicaciones incipientes, más que una verdadera descentralización tal manejo constituía una verdadera disipación de las potestades y de los fondos estatales. Pero también se podría argüir que tales rentas no pertenecían al Gobierno central, puesto que se establecían por encima y adicionalmente a los tributos ordinarios que se pagaban en las demás provincias del Ecuador.

Así, se puede distinguir en la historia jurídica del Ecuador, especialmente durante el siglo XX, un sucesivo ciclo de centralización y de dispersión. La “Ley de Centralización de Rentas” de 1908, afirmaba en su considerando que “el abuso de la Descentralización de Rentas es la causa principal del desequilibrio del Erario, lo que origina un continuo descrédito del Gobierno”**[[485]](#footnote-485)**. En todo caso se dispone que las asignaciones legalmente establecidas en el presupuesto se calculen en cantidades de sucres y no como cuotas de rentas. Larrea critica esta dispersión “del ramo fiscal, en el que se multiplican los impuestos locales y con destino preciso para ciertas obras de interés reducido”**[[486]](#footnote-486)**. Asimismo dice sobre el desarrollo de la administración pública de comienzos del siglo XX:

*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* ***[[487]](#footnote-487)****.*

En esta etapa de la historia del Ecuador en los albores del siglo XXI, se ha considerado que resultan suficientemente claros los parámetros de los objetivos nacionales y las competencias establecidas en las diferentes leyes, lo que permitiría que, sin desmedro del manejo unitario del Estado, las provincias y las regiones cumplan con las metas de corto, mediano y largo plazo, en forma directa y recaudando y manejando por sí solas un porcentaje de los recursos fiscales de índole nacional generados localmente. Para esto se requiere no solamente que se traspasen competencias a las provincias y regiones, sino que también se le atribuya la potestad de crear, establecer y definir las competencias mismas a través de las correspondientes leyes y sus reglamentaciones. Esta última cuestión se la tratará más adelante.

**IX. Las autonomías**

**El concepto de autonomía en el Derecho Público ecuatoriano**

Pero los autores citados líneas arriba se quedan cortos en su definición de autonomía, especialmente cuando en forma generalizada dicen que es la potestad para dictar su normativa propia. Por lo menos en el Ecuador, esta no es una característica que pueda servir para diferenciar las entidades públicas autónomas de otras no llamadas “autónomas”. En primer lugar, los ministerios, que son dependencias y no entidades, están autorizados para dictar “las normas, acuerdos y resoluciones que requiera la gestión ministerial”, sin que eso los convierta en autónomos. Claro que hay que convenir que ellos actúan en representación del Presidente de la República. Por otra parte, todas la entidades públicas, sean o no calificadas legalmente como autónomas, dictan su propia normativa *interna*, como son reglamentos orgánicos funcionales, de personal, de contratación, etc. Existen entidades que sí expiden normativa que se aplica más allá del ámbito interno institucional: las municipalidades y los consejos provinciales dictan ordenanzas sobre materias legalmente adjudicadas, que establecen mandatos generalmente obligatorios sobre los habitantes del territorio municipal o provincial; la Contraloría dicta “regulaciones de carácter general para el cumplimiento de sus funciones” (Art. 211 de la Constitución); el directorio del Banco Central expide “regulación con fuerza generalmente obligatoria” (Art. 263 de la Constitución). Pero otras entidades consideradas también como autónomas limitan su normativa al régimen interno institucional. En consecuencia, parece más acertado el análisis de Entrena que incluye la posibilidad de dictar normas como *uno* de los sentidos del término autonomía, pero que también enumera otros dos sentidos: la propiedad de los entes administrativos menores de constituir su propio ordenamiento, que solo podrán ser normas *internas*. En la otra acepción, Entrena define la autonomía como “capacidad general de autodeterminación”**[[488]](#footnote-488)**, que es una característica que refleja más adecuadamente las propiedades que en mayor o menor grado ostentan las entidades públicas consideras “autónomas” por el Derecho Público ecuatoriano.

Sobre los límites de la *autonomía* la Corte Suprema ha determinado:

*SEGUNDO.- Es verdad que por disposición constitucional las universidades gozan de autonomía (Art. 75 de la Constitución Política del Estado), concordante con lo anterior el Art. 5 de la Ley de Universidades y Escuelas Politécnicas reconoce y garantiza la autonomía universitaria y el Art. 1 de los estatutos de la Universidad Central del Ecuador ratifican que la institución es una persona jurídica autónoma de derecho público, pero no por ello se va a malinterpretar esta autonomía. En consecuencia, es menester analizar el alcance de esta autonomía, y para ello se debe razonar en el sentido de que el Estado Ecuatoriano como tal es el soberano, y mediante su ordenamiento jurídico en la más alta cúpula está la Constitución Política y luego en segundo orden las leyes vigentes, las cuales en una u otra forma conceden diversas autonomías entre ellas a las universidades y escuelas politécnicas, pero sin lugar a duda tales facultades no les constituyen en organismos soberanos, o sea que pueden imponer sus voluntades al margen de la normatividad vigente en Ecuador. Entonces es indispensable señalar los límites de la autonomía, la cual consiste en la facultad de decidir en última instancia y sin apelación sobre los asuntos que le conciernen. Mas, tal facultad de decisión siempre estará sometida al marco legal vigente, ya que no existe en el estado de derecho institución alguna, por alta que ésta fuera que pueda adoptar decisiones válidas al margen de lo que ordena la ley. Si bien es cierto que el H. Consejo Universitario de la Universidad Central es la máxima autoridad de este organismo autónomo, mas por ello de ninguna manera está autorizado para adoptar resoluciones al margen de lo que dispone la ley, a la cual, en ejercicio del principio de legalidad, se halla sometido. En consecuencia jamás puede adoptar decisiones válidas que vulneren los derechos establecidos por la Constitución y las leyes y menos pretender absurdamente que tales decisiones modifiquen o reformen las disposiciones constitucionales legales y reglamentarias de vigencia obligatoria* ***[[489]](#footnote-489)****.*

**Las entidades autónomas en general**

El concepto de descentralización administrativa está ligado íntimamente al de autonomía administrativa. La figura de la autonomía administrativa está suficientemente desarrollada en el Derecho Público ecuatoriano y consiste en la característica de una entidad pública a la cual se han descentralizado competencias determinadas expresamente en una ley, sometida a la tutela del Gobierno central, con objetivos que pueden ser de formulación y de implementación de políticas públicas, ejecución de obras y prestación de servicios, que realizan su propio manejo de personal, presupuestario y contractual. Su presupuesto es diferente del presupuesto general del Estado. El Ejecutivo no ejerce un poder de jerarquía sino de “tutela” sobre estas entidades públicas, principalmente a través de su directorio institucional, en la supervisión de sus actividades. Adicionalmente, la autonomía no exime a la entidad pública autónoma de la sujeción a las normas constitucionales y jurídicas nacionales y a los controles de legalidad ejercido por organismos especializados de control del Estado. Asimismo, sus personeros son designados por el Ejecutivo o por el Congreso, o por ambos conjuntamente en los casos de ciertos organismos y por los directorios en las entidades que forman parte de la llamada descentralización institucional, y por tanto sujetos a los controles políticos correspondientes. Finalmente, la expresión de sus actividades se manifiesta a través de “actos administrativos”, sometidos al control judicial de su legalidad. El texto constitucional vigente determina que “[l]os actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley”**[[490]](#footnote-490)**. El hecho de ostentar personalidad jurídica y por lo tanto manejar su propio presupuesto, es suficiente para considerar que todos las entidades públicos diferentes del Estado tienen mayor o menor autonomía administrativa, aunque su ley de creación no los califique como “autónomos”. Sin embargo, las entidades públicas consideradas autónomas por la Constitución y por sus leyes de origen gozan generalizadamente de mayor margen de independencia que las demás entidades públicas.

**Entidades autónomas contempladas en los textos constitucionales y legales**

La Constitución vigente alude a entidades autónomas del sistema nacional de salud (Art. 45), el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (Art. 58), la Casa de la Cultura (Art. 65), las universidades y escuelas politécnicas (Art. 75), la Defensoría del Pueblo (Art. 96), la Contraloría General del Estado (Art. 211), el Tribunal Supremo Electoral (Art. 209), la Procuraduría General del Estado (Art. 214), el Ministerio Público (Art. 217), la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (Art. 220), superintendencias (Art. 222), los gobiernos seccionales autónomos (Arts. 228-237), el Fondo de Solidaridad (Art. 250), entidades autónomas de regulación del transporte terrestre, aéreo y acuático y de las actividades aeroportuarias y portuarias (Art. 252), el Banco Central del Ecuador (Art. 261) y el Registro Oficial (Disposición transitoria cuadragésima tercera).

En el texto constitucional anterior a la reforma y codificación vigente, constaba una enumeración ejemplificativa de entidades a las cuales se garantizaba la autonomía de:

*(…) los consejos provinciales, concejos municipales, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Banco Central del Ecuador, Banco Nacional de Fomento, Juntas de Beneficencia, Corporación Financiera Nacional, Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Banco del Estado, del Tribunal Supremo Electoral, la Procuraduría General del Estado, el Ministerio Público, las corporaciones de fomento económico regional y provincial, los organismos de control y las universidades y escuelas politécnicas* ***[[491]](#footnote-491)****.*

Finalmente, el Art. 17 de la Ley de Modernización designa las entidades que no pueden ser reorganizadas por el Ejecutivo, sino solamente por una ley formal:

*… se exceptúan de lo dispuesto en este artículo las enti­dades cuya autonomía se garantiza en (…) la Constitución Política de la República.*

Estas entidades, además de otras a las que se asigna la calidad de autónomas en sus leyes de origen, como por ejemplo INIAP**[[492]](#footnote-492)**, etc., ostentan diferentes clases de autonomía. En primer lugar cabe distinguir dentro de las entidades autónomas a las entidades del régimen seccional autónomo, donde se produce el “autogobierno” propiamente dicho, que Entrena Cuesta prefiere llamar “democracia”**[[493]](#footnote-493)**, en cuanto sus autoridades son elegidas por la voluntad de las poblaciones de sus respectivos ámbitos regionales. Asimismo, las entidades seccionales autónomas poseen una limitada potestad legislativa para normar a través de “ordenanzas” en forma generalmente obligatoria en materias tributarias locales y ciertas otras materias determinadas en sus leyes respectivas de organización, así como aprueban sus presupuestos sin revisión ni aprobación de ningún otro órgano estatal. Sería inconstitucional una ley del Congreso que normara sobre estas materias reservadas a las entidades del régimen seccional autónomo. La Constitución**[[494]](#footnote-494)** y la Ley de Descentralización**[[495]](#footnote-495)** facultan al Ejecutivo para transferir definitivamente a las entidades seccionales autónomas competencias sobre materias enumeradas, a través de la suscripción de convenios. En contraparte, deben rendir cuentas de su gestión**[[496]](#footnote-496)**, pero en los términos y alcances determinados en forma expresa a la ley. Por ejemplo, están sujetas a las leyes Orgánica de Administración Financiera y Control y de Contratación Pública, pero pueden establecer su propio régimen de personal.

La segunda clase de entidades autónomas son los llamados “organismos de control” por la Constitución: Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado, Ministerio Público, Comisión de Control Cívico de la Corrupción y las superintendencias**[[497]](#footnote-497)**. Algunas de ellas, principalmente las superintendencias, tienen su propio régimen de personal y de contratación, dictado por el Ejecutivo, pero otros se sujetan a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y la Ley de Contratación Pública. Los presupuestos de estas entidades son aprobados por el Directorio del Banco Central o por Presidente de la República, conforme lo determinado en la Ley**[[498]](#footnote-498)**. Las máximas autoridades de estos organismos son nombradas por el Congreso o por el Ejecutivo, o por ambos conjuntamente. En esta clase de entidades autónomas también se deberían incluir otras mencionadas en la Constitución como el Tribunal Supremo Electoral, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y las universidades y escuelas politécnicas, también con amplio margen de autonomía, aunque solamente las universidades y escuelas politécnicas, de todas las nombradas en este grupo, designan a sus propias autoridades y aprueban sus presupuestos propios, sin participación externa, pero siempre bajo el control de la Contraloría General del Estado.

Finalmente, existen las entidades que conforman la denominada administración pública institucional**[[499]](#footnote-499)**. A algunas de las cuales sus leyes de origen y otras leyes les atribuyen la calidad de “autónomas”, como Petroecuador, por ejemplo. Todas ellas están sometidas a un Directorio, con amplias potestades de supervisión, cuyos miembros son designados en forma mayoritaria por el Ejecutivo o por sus órganos dependientes. El Congreso no tiene injerencia en estas designaciones. La mayor o menor amplitud de su autonomía está determinada por sus propias leyes, sin que la mera expresión de que una entidad es “autónoma” derive algún efecto de esa misma expresión ni nada que no esté autorizado en forma expresa en la normativa legal correspondiente. En el caso de Petroecuador, su ley de creación determina que tendrá su propio régimen de contrataciones, aprobado por el Presidente de la República, y de personal, pero su presupuesto es aprobado por el Congreso Nacional como las demás entidades de la administración publica institucional, con excepción de las llamadas entidades financieras (Banco del Estado, Banco de Fomento, Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, Fondo de Solidaridad, etc.), cuyos presupuestos son aprobados por el Directorio del Banco Central, conforme lo determinado en la Ley de Regulación y Control del Gasto Público.

**Las competencias transferibles son las mismas en la descentralización o en la autonomía**

No existe ninguna clase de distinción entre las competencias que se traspasan o que se asumen por las provincias y regiones, sea en las descentralizaciones sea en las autonomías. Las diferencias entre descentralizaciones y autonomías más bien estriban en el cuerpo político que crea las atribuciones y ejecuciones de esas competencias. ¿Quién crea y quién reglamenta la competencia? ¿Quién determina el órgano que las debe ejecutar? En el “federalismo de ejecución”, por ejemplo, incluso las competencias establecidas por el gobierno federal pueden ser ejecutadas solo por el gobierno estadual.

Existen toda clase de combinaciones entre quienes crean la competencia y quienes la ejecutan. Esto incluye la posibilidad de la delegación: es posible delegar competencias de ejecución del gobierno central al gobierno regional o local; pero también lo contrario es posible, es decir la delegación de la ejecución del gobierno regional o local al gobierno central. Lo mismo ocurre con el tema tributario.

**El desglose de las materias de la descentralización**

La cuestión menos controvertida de la descentralización administrativa o de la autonomía política, es el desglose de las materias que van a manejarse centralizadamente y de las que se van a manejar a nivel provincial, regional o local. Las materias que son de exclusiva competencia estatal y que no son transferibles constan enumeradas en la Constitución ecuatoriana vigente**[[500]](#footnote-500)**.

La reforma constitucional ecuatoriana de 1996 atribuyó a las municipalidades amplias competencias sobre temas variados, que constituyeron un importante avance en la descentralización administrativa del Ecuador, pero que fueron suprimidos en la reforma y codificación constitucional de 1998. La Junta Cívica de Guayaquil propuso reincorporar el mismo texto de facultades municipales en su ante-proyecto de reformas constitucionales. El listado de competencias transferibles que consta en la Ley de Descentralización, de 1997, es de menor alcance que el de la reforma constitucional de 1996, que se ha citado. Las competencias enumeradas en la Ley de Descentralización se contraen principalmente a tareas de planificación, construcción y control, pero siempre como competencias sujetas a la determinación y reglamentación del gobierno central.

El anteproyecto de reformas constitucionales para la descentralización propuesto por la Junta Cívica de Guayaquil enumeraba regímenes “autonómicos” en: seguridad ciudadana, seguridad social, protección integral de grupos vulnerables, salud y educación, tributación, servicios públicos, presupuesto financiado con un porcentaje de impuestos generados en la provincia. La propuesta de Manabí integraba: materias de exclusiva competencia de la legislación provincial, de competencia nacional, que el Estado podrá delegar a la provincia; y de competencia exclusiva e indelegable del “Estado Central”; pero estas enumeraciones no se expresan en el texto del ante-proyecto de reformas constitucionales presentado por esta provincia. El “anteproyecto” del CONAM enumeraba las siguientes competencias “transferibles al ejecutivo provincial”:

a. Ordenamiento territorial;

b. Educación en el nivel básico y medio;

c. Salud pública en primero y segundo nivel;

d. Vialidad de segundo y tercer orden;

e. Tránsito y transporte intercantonal;

f. Agricultura y ganadería;

g. Recurso Agua (manejo de cuencas hidrográficas);

h. Riego;

i. Servicios públicos provinciales;

j. Turismo;

k. Seguridad social;

l. Control y prevención de la contaminación del medio ambiente**[[501]](#footnote-501)**.

Greffe estima que son transferibles las competencias en: manejo de suelos; urbanismo y patrimonio cultural; el litoral, puertos y vías acuáticas; acción sanitaria y social; pesca, programas de vivienda; educación; formación profesional; actividades culturales y agricultura; y medio ambiente**[[502]](#footnote-502)**.

En fin, contrástense estas atribuciones con el alcance de las competencias provinciales en Italia:

*Art. 14: Funciones.*

*1) Corresponden a la provincia las funciones administrativas de interés provincial que atañen a zonas intercomunales o a todo el territorio provincial en los siguientes sectores:*

*a) defensa del suelo, tutela y valorización del ambiente y prevención de calamidades;*

*b) tutela y valorización de los recursos hídricos y energéticos;*

*c) valorización de los bienes culturales;*

*d) vialidad y transportes;*

*e) protección de la flora y de la fauna, parques y reservas naturales;*

*f) caza y pesca en aguas internas;*

*g) organización del escurrimiento de los residuos a nivel provincial; relevamiento, reglamentación y control de descargas y desagües de aguas, de emisiones atmosféricas y sonoras;*

*h) servicios sanitarios de higiene y profilaxis pública, atribuidos por la legislación estatal y regional;*

*i) deberes conexos a la instrucción secundaria superior y artística y a la formación profesional, comprendida la infraestructura escolar, atribuidos por la legislación estatal y regional;*

*j) la recopilación y elaboración de datos, asistencia técnico‑administrativa a los entes locales* ***[[503]](#footnote-503)****.*

Independientemente de la elaboración y diseño de la lista correspondiente, para una descentralización adecuada en el Ecuador, sea administrativa o política, se requiere una reforma constitucional, que por lo menos comprenda el desglose de las materia de las competencias y los niveles de competencia que puede asumir la Provincia y las que habrá de retener el Estado, lo que deberá proyectarse en las diferentes instancias en las cuales el texto constitucional se remite expresamente a la expedición o reforma de una ley. Se han redactado por lo menos tres listas de diferentes autores ecuatorianos sobre las normas y cuerpos legales ecuatorianos que deben expedirse o reformarse para cumplir con las disposiciones constitucionales de 1998.

***La descentralización por delegación de servicios a los particulares***

Como se estudió en otra parte de esta obra, en doctrina, la “descentralización” se produce a favor de otras “entidades” —instituciones con personalidad jurídica—, vale decir, creadas por ley. Cabe recordar que la descentralización, esto es el traspaso de competencias a entidades de derecho público, puede ser “territorial” (ejercicio de funciones en regiones determinadas, o en provincias o cantones, corporaciones regionales de desarrollo, consejos provinciales, municipalidades y juntas parroquiales), o “funcional” (traspaso de funciones especializadas a entidades con ámbito nacional, como ANDINATEL y PACIFICTEL para las telecomunicaciones o PETROECUADOR para la diferentes aspectos de la explotación de hidrocarburos). En cambio, las dependencias, o sea los ministerios de Estado y sus unidades administrativas, esto es, sin personalidad jurídica, pueden “desconcentrarse” —al interior de las mismas instituciones— sin necesidad de una ley, solo a base de un Decreto Ejecutivo o de una reforma en el respectivo Reglamento Orgánico Funcional.

Por supuesto que lo dicho sobre la descentralización en este apartado y en el resto de esta obra se debe entender aplicable a la denominada “descentralización administrativa” por la doctrina. En efecto, tanto la Constitución Política como las leyes de Modernización y de Descentralización, se refieren a la descentralización administrativa. Esta es diferente, en doctrina, de la “descentralización política” que implica la transferencia de potestades estatales de legislación e incluso de jurisdicción a favor de estados miembros (aunque teóricamente los estados miembros de una federación tienen propiamente la potestad legislativa y jurisdiccional *ab initio*) o de regiones o provincias, consideradas “autónomas”—tomando la autonomía en su sentido político. Pero la “autonomía política“ no es una figura que se determine en el Derecho Público ecuatoriano ni por lo tanto en la Constitución Política, lo que no quiere decir que no se pueda configurar en el futuro, para lo cual, sin embargo, se requerirá de una reforma constitucional. El Art. 1 de la actual Ley Suprema determina que el Estado ecuatoriano es “de administración descentralizada”, a diferencia del texto anterior que lo definía como “unitario” y “descentralizado”. Se ha querido ver un menoscabo a las pretensiones descentralizadoras en esta precisión que hace el texto vigente, pero en realidad es poco lo que podría quitar o añadir una simple referencia constitucional a la “descentralización”, puesto que para esta descentralización se constituya como una “descentralización política” su necesaria contraparte sería la reforma de los títulos de la Ley Fundamental sobre legislación y jurisdicción, sin lo cual las simples menciones a “descentralizaciones” o incluso “autonomías territoriales” resultan absolutamente inconducentes.

Según el Art. 225 de la Constitución vigente el Estado impulsará el desarrollo armónico del país mediante la descentralización y la desconcentración.

Un vistazo superficial a la estructura del Estado ecuatoriano de hoy, permite apreciar un grupo de dependencias y entidades públicas con ámbito nacional que por razones diversas están incapacitadas para desarrollar sus atribuciones a nivel regional, las ejercen en forma parcial e ineficiente o incurren en costos exagerados, con perjuicio del cumplimiento de los fines del Estado.

La descentralización es uno de los principales mecanismos jurídicos para el cumplimiento de la racionalización, eficiencia y simplificación administrativas, tal como lo manifiesta el Art. 7 Ley de Modernización**.** Este artículo define cuál es su propia finalidad: “para llevar a cabo los proceso mencionados en los literales a) y b) del Art. 5” de la Ley de Modernización**.** Estos literales precisamente aluden a la “racionalización y simplificación de la estructura administrativa y económica del sector público” y “la descentralización y desconcentración de las actividades administrativas y recursos del sector público”.

El artículo 7 de Ley de Modernización del Estado, permite que muchas de las “actividades y recursos del sector público” de entidades y dependencias nacionales pasen a ser ejercidos por “los organismos del régimen seccional o las entidades regionales de desarrollo“. La Constitución trata de las municipalidades y consejos provinciales en el Título XI “De la Organización Territorial y Descentralización”. En cambio, la reforma y codificación constitucional de 1998 se aparta de los textos anteriores al no mencionar a las corporaciones regionales de desarrollo, que establecían su autonomía. La legislación posterior a la Ley de Modernización, especialmente la Ley de Descentralización, en su Art. 3, contempla una descentralización exclusivamente orientada a las municipalidades y los consejos provinciales, como se discutió en el apartado relativo a la descentralización, en la primera parte de esta obra. En efecto, el concepto de descentralización contenido en este cuerpo legal la limita a “los Gobiernos Seccionales Autónomos”, sin considerar la descentralización funcional ni la territorial que corresponde a las corporaciones regionales de desarrollo.

Lo que permite la Ley de Modernización es la transferencia de “atribuciones, funciones o recursos”. Por su parte la Ley de Descentralización alude a la transferencia definitiva de “funciones, atribuciones, responsabilidades y recursos” (Art. 3). Tal vez hubiera sido más apropiado referirse directamente a “competencias” antes que a “atribuciones” y “funciones” o “responsabilidades”, porque “competencia” es el vocablo técnico jurídico que engloba: “facultades”, “atribuciones”, “funciones”, etc.

En la primera parte de este libro se definía: “La competencia es el conjunto de funciones que un agente puede ejercer legítimamente”. Así el concepto de “competencia” da la medida de las actividades que corresponden a cada órgano administrativo de acuerdo al ordenamiento jurídico. La competencia resulta la aptitud legal de obrar del órgano administrativo**[[504]](#footnote-504)**. Esto lo resume Laubadère diciendo que “[l]a regla de la competencia determina en primer lugar las materias que entran en la esfera propia de cada autoridad”**[[505]](#footnote-505)**.

Uno de los principios de la competencia es que esta se atribuye expresamente por norma constitucional, legal o delegada —si bien la atribución de competencia por vía reglamentaria es a veces discutida en la doctrina, como se vio en el apartado correspondiente. También se ha citado la Constitución ecuatoriana, donde se establece que la competencia en el Ecuador solo puede ser establecida en la Constitución y la ley (Art. 119).

En todo caso, cuando la competencia se atribuye legalmente a la Administración Pública o una entidad del Estado, se requiere de otra ley para traspasar esa competencia a otra entidad pública. Entonces, el punto de fondo de este artículo de la Ley de Modernización es que se autoriza al Ejecutivo —por medio de una delegación legislativa— a reglar esta materia de índole legal mediante un Decreto Ejecutivo, como se ha insistido unas pocas veces más arriba. Por tratarse de una delegación legislativa, la transferencia de competencias se produce obviamente también sobre competencias atribuidas por ley al Estado o sus entidades. La forma y grado que asuma esa transferencia queda a la discreción del Presidente de la República, porque no hay ninguna alusión a estos detalles ni en este Art. 7 u otro de la Ley de Modernización. En cambio, la descentralización determinada en la Ley de Descentralización se configura necesariamente a través de convenios (Arts. 12 y 13 de la Ley de Descentralización).

Por forma y grado se quiere significar si la transferencia es subsidiaria, en cuanto también pueda ejercerla —aunque sea parcialmente— la entidad que ostenta originalmente la competencia; si es parcial, en cuanto ciertos aspectos de la competencia se atribuyen a una o más entidades regionales o seccionales y otros los reserva la entidad originaria para sí; o si finalmente el traspaso de competencias es completo a una o varias entidades regionales o seccionales, sin reservarse nada la entidad originaria para sí.

Adicionalmente, el Art. 7 de la Ley de Modernización alude a “recursos“. Los recursos son principalmente: humanos, económicos y financieros. El Art. 37 de la Ley de Modernización alude a los traslados de recursos humanos “para atender las necesidades de las respectivas zonas geográficas”.

Sobre este punto, la Constitución establece el principio de que “no podrá haber transferencia de competencias sin transferencia de recursos equivalentes, ni transferencia de recursos, sin la de competencias”.

El traspaso de recursos económicos —principalmente bienes muebles e inmuebles— a las entidades regionales o seccionales, o a cualquier otra entidad pública, está prevista en el Reglamento General de Bienes del Sector Público y en la Ley de Contratación Pública, cuando tratan de la permuta, del comodato y la donación. No obstante, cuando tales transferencias se produzcan en el marco de las leyes de Modernización o de Descentralización, no necesariamente deberán someterse a los procedimientos detallados en el indicado Reglamento o en la Ley de Contratación Pública. En cuanto a los recursos “financieros”, ellos son los constantes en los respectivos presupuestos, sea el Presupuesto General del Estado o en los presupuestos institucionales. También sería una potestad del Ejecutivo y de los directorios institucionales en su caso, suprimir, crear, aumentar y disminuir partidas de diferentes entidades públicas, sujetándose a las reglas comunes para ello constantes en la Ley de Presupuestos del Sector Público y su reglamento, disposiciones generales de Ley anual de Presupuesto General del Estado, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC), resoluciones del Ministro de Finanzas y regulaciones del Directorio del Banco Central. Por lo que se puede decir que sobre los citados recursos existen normas más o menos apropiadas para la descentralización con anterioridad a la vigencia de la Ley de Modernización**.**

Por tanto, no se puede interpretar que la Ley de Modernizaciónse refiere solamente a este tipo de recursos (humanos, económicos y financieros), sino también y especialmente a los derechos, tasas y tributos que las diferentes instituciones pueden colectar y percibir.

Antes de la vigencia de la de la Ley de Modernización no existían en el Ecuador normas jurídicas que permitieran instrumentar el traspaso a las entidades regionales y seccionales la potestad de recaudar ese tipo de recursos —derechos, tasas y tributos, si bien ello estaba autorizado por el Art. 156 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que dispone: “Las funciones de determinación y recaudación de los recursos financieros de las entidades y organismos que no forman parte del Gobierno Nacional serán descentralizadas en cada uno de ellos, con excepción de los recursos que provengan directamente del Ministerio de Economía y Finanzas”. En consecuencia, la Ley de Modernización faculta al Presidente a determinar por Decreto Ejecutivo asuntos tales como: que las municipalidades colecten ingresos como los correspondientes al impuesto al valor agregado (IVA), de establecimientos turísticos y otros que juzgue convenientes.

En consecuencia de todo lo expresado, nótese que el texto del Art. 7 Ley de Modernizaciónautoriza el traslado de competencias de y entre entidades regionales y seccionales, pero el Ejecutivo requerirá para ello la autorización de la entidad del régimen seccional autónomo involucrada, lo que se manifestará en un convenio, de acuerdo a lo previsto en la Ley de Descentralización. En efecto, solo podría libremente el Ejecutivo afectar las competencias de una corporación regional de desarrollo, pero no de una municipalidad o consejo provincial, sin el consentimiento de estas entidades seccionales. Este mecanismo constituye otra instancia de delegación legislativa al Presidente de la República, puesto que claramente determina la misma Constitución en otro artículo que “[l]a ley establecerá las competencias de los órganos del régimen seccional autónomo” (Art. 236), mientras que la Ley de Descentralización, en concordancia con el Art. 226 de la Constitución, le delega al Ejecutivo la potestad de determinar en un convenio, conjuntamente con la entidad del régimen seccional autónomo involucrada, estas competencias.

Una limitación importante que tiene el Presidente de la República para esta transferencia de competencias, como se ha visto, son las competencias que corresponden a las entidades autónomas determinadas en la Constitución a las que se refiere el Art. 17 de la Ley de Modernización, cuyas competencias que no son susceptibles de transferencia, por lo menos conforme a la Ley de Modernización, sin perjuicio de que si lo puedan ser conforme el citado Art. 226 de la Constitución en concordancia con lo establecido en la Ley de Descentralización.

Las demás funciones susceptibles de traspaso del Estado y sus entidades a favor de las entidades regionales o seccionales que enumera el Art. 30 § 3 del Reglamento de la Ley de Modernización, son todas ellas diferentes clases de competencia: “facultades, deberes, obligaciones”, sobre los que no cabe mayores comentarios. Hay que detenerse, en cambio, sobre la referencia a: “procedimientos administrativos“, resolución de “conflictos administrativos”, “hacer cumplir dichas resoluciones o la expedición y otorgamiento de títulos o certificados”. Aunque parecen tareas de mayor relevancia, todas entran en el ejercicio de la competencia.

Se incluyen todos los elementos del procedimiento administrativo, incluyendo trámite de reclamaciones y expedición de actos administrativos que asignan permisos, concesiones, autorizaciones y los respectivos “títulos o certificados”; imposición de sanciones, incluyendo multas, decomisos, declaración de caducidad, etc. Por ejemplo, si se asignara a las corporaciones de desarrollo regional algunas de las competencias del Instituto de Desarrollo Agrario (INDA), podrían estas, conforme al trámite determinado por la ley, proceder a la tarea fundamental de “titulación” de tierras que hubieren sido adjudicadas por ese instituto y ordenar la inscripción de los respectivos títulos en el Registro de la Propiedad respectivo.

En el caso de sanciones administrativas, se entiende que la entidad que tiene la potestad de sancionar también tiene la potestad de hacer ejecutar las sanciones, incluyendo, por ejemplo, el ejercicio de la vía coactiva, siempre que tenga esta jurisdicción atribuida por la ley. Todo lo cual, deberá necesariamente estar asignado en forma expresa, sin que puedan aplicarse ninguna de las atribuciones descritas solamente por analogía o que pueda asumirse que existe una transferencia tácita de competencias. En el caso de la jurisdicción coactiva, esta es atribuida exclusivamente por ley y sin una delegación legislativa expresa de la Ley de Modernización, sería improcedente que por la vía del Decreto Ejecutivo se concediera la jurisdicción coactiva a una dependencia o entidad. Pero se ha citado en otra parte de esta obra el dictamen del Procurador General del Estado, según el cual se puede traspasar esta competencia en el marco de la descentralización contemplada por la Ley de Modernización:

*Entre las atribuciones del Instituto, constaba la de ejercer la jurisdicción coactiva para la recaudación de los valores correspondientes al uso de las aguas. En vista de ello y de las disposiciones transcritas considero que el Consejo Nacional de Recursos Hídricos, a través de la Secretaría General, puede delegar a las corporaciones regionales de Desarrollo el ejercicio de dicha jurisdicción para el cobro de los valores que se le adeudaren, más los respectivos intereses* ***[[506]](#footnote-506)****.*

El Art. 32 del Reglamento de la Ley de Modernizaciónestablece el desarrollo de un “plan de descentralización del sector público” a cargo del CONAM, con las oficinas de planificación y de personal de la Presidencia de la República, que incluye la definición de las competencias existentes en el sector público y el desglose de las competencias que deban traspasarse, señalando las prioridades y plazos para el efecto. Esto deberá incluir los necesarios proyectos de decretos ejecutivos. En este contexto, la Ley de Descentralización, se remite a “programas de desconcentración” (Arts. 26, 27 y 47 —Disposición General Única).

Las tareas que las entidades nacionales podrían trasladar a las regiones, a través de los municipios, consejos provinciales y corporaciones de desarrollo son, por ejemplo: el INDA, la titulación de tierras, autorización de fraccionamiento o parcelaciones; el Consejo Nacional de Recursos Hídricos, la adjudicación de concesión de derechos de aprovechamiento de aguas, el cobro de tasas y tarifas, resolución de conflictos; Ministerio de Turismo, la aprobación de tarifas turísticas, licencias anuales de funcionamiento, cobro de certificados de registro, licencias anuales de funcionamiento, imposición de multas, cobro de los impuestos; el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda la contratación de obras, administración de sistemas de agua potable y alcantarillado; la Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo las funciones que ahora tienen a las “oficinas de planificación y programación” y de los comités de desarrollo, así como los establecidos en la Ley de Descentralización, como antecedentes para la programación presupuestaria; el Servicio de Rentas Internas, el cobro y administración del IVA. También se debe descentralizar el sistema de licencias ambientales contemplados en la Ley de Gestión Ambiental, así como todas las atribuciones del Ministerio del Ambiente, que se deben trasladar a la región costera, refundidas con las competencias actualmente correspondientes a la Subsecretaría de Recursos Pesqueros, en una Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Costeros. Un examen más detenido seguramente alargará este listado.

Las nombradas instituciones que ceden sus competencias todavía tendrían importantes funciones que cumplir, principalmente reguladoras, formuladoras de políticas y planificadoras, dejando la ejecución de obras y cobranza de tasas, derechos y tarifas a los municipios, consejos provinciales y corporaciones regionales de desarrollo, así como las dependencias regionales desconcentradas, que se encuentran en mejores condiciones para llevar a cabo estas tareas. Este Cap. IV “De la Descentralización y Desconcentración” de la Ley de Modernización complementa y viabiliza la descentralización de la justicia administrativa y fiscal de la reforma de la Constitución en 1992, que crea los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia**[[507]](#footnote-507)**, que está definitivamente consagrado en el ordenamiento constitucional vigente.

Sobre los aspectos específicos de los procedimientos, la reforma constitucional ordenó que las nuevas demandas sean presentadas en los tribunales distritales, en su respectiva jurisdicción**[[508]](#footnote-508)**, jurisdicciones que fueron oportunamente señaladas**[[509]](#footnote-509)**. Esto se prestó a una aparente confusión. Para aclarar la cuestión de los trámites contencioso-administrativos, la Corte Suprema también resolvió que “[e]l Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, competente para conocer las demandas previstas en la Ley, será el del lugar en donde se origina el reglamento, acto o resolución de los Organismos mencionados en el Art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, objeto de la impugnación” y que “[t]ambién será competente el Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo del lugar en donde ha generado efecto el reglamento, acto o resolución de laAdministración”**[[510]](#footnote-510)**.

En tal contexto, el Art. 38 de la Ley de Modernización confirma suficientemente tal esquema en una forma incontrovertible, al disponer que “[e]l administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejercejurisdicción en el lugar de su domicilio”.

**X. La Descentralización Política**

**La potestad legislativa como esencia de la descentralización y la autonomía política**

Una vez esclarecido el alcance puramente administrativo que tienen en el derecho positivo ecuatoriano los términos de descentralización y de autonomía, cabe examinar la descentralización y la autonomía de índole política. Será útil recordar que la característica de la descentralización administrativa consiste en la transferencia que el Estado hace de competencias propias, atribuyéndolas a personas jurídicas de derecho público —entidades públicas— para cuyo ejercicio le concede grados variables de autodeterminación. En uso de su autonomía administrativa la entidad descentralizada, sea esta funcional o territorial, tiene la más amplia discrecionalidad para cumplir y aplicar las leyes por las cuales han sido creadas y las normas generales del derecho público. Por otra parte, carecen facultades para emprender actividades no contempladas específicamente en dichas normas.

En cambio, la característica de la autonomía política es la posibilidad de determinar y diseñar sus propios objetivos y metas, es decir crear sus propias competencias, establecer tributos propios, tipificar infracciones e imponer sanciones a los transgresores. Es lo que Carré de Malberg llama “la competencia de la competencia”**[[511]](#footnote-511)**. Para expresarlo simplemente, la autonomía política consiste en “determinar su competencia, exclusivamente en virtud de su voluntad, es decir de fijar libremente por sí mismo las tareas que desea cumplir”. Debe aclararse, no obstante, que, a comienzos del siglo XX, cuando este publicista hacía tal afirmación, solo habían tres realidades estatales: el Estado unitario, el Estado federal y la confederación de Estados; aunque esta última no puede considerarse propiamente un Estado. El Estado regional italiano surge recién en 1947 y el Estado de las autonomías español se concreta en la Constitución de 1978, aunque con antecedentes en la Constitución de 1931. En efecto, el autor francés citado se estaba refiriendo a la potestad estatal, sea esta del Estado unitario o del Estado federal, pero también de los estados miembros de este último**[[512]](#footnote-512)**. Estas potestades de fijarse las propias competencias pueden ser atribuidas por el Estado a las regiones o provincias, en los Estados llamados “compuestos”, como el “Estado regional” italiano o el Estado de las autonomías, de España. A fines de la década de los cincuenta Zanobini se refirió a la autonomía -política- como “potestad de expedir normas jurídicas atribuida a instituciones diversas que el poder legislativo”, calificando las leyes regionales, originadas en la Constitución italiana de 1947, como representando “la más profunda innovación del nuevo ordenamiento en el campo legislativo”**[[513]](#footnote-513)**.

***¿Reparto de competencias o reparto del poder?***

Pero no se debe confundir este reparto de competencias con una “división del poder” como se ha afirmado equivocadamente, incluso por prestigiosos administrativistas, aunque en un sentido figurado: no se trata de “una reasignación de los poderes del Estado”, ni es apropiado decir que “a la clásica división de las funciones judicial, ejecutiva y legislativa, la descentralización añade la división del poder entre niveles de gobierno”**[[514]](#footnote-514)**. La potestad estatal es una sola pero se puede decir que existe un poder legislativo, un poder gubernativo, un poder jurisdiccional, etc., poderes que no pueden dividirse en absoluto. Sí existe, en cambio, una división de funciones que ejercen uno o más poderes en forma predominante. El constitucionalista español Álvarez Conde dice que “el federalismo puede ser considerado como un sistema en el cual el Gobierno central de un Estado divide o reparte con los Gobiernos de las colectividades que lo forman las diversas competencias constitucionales (legislación, jurisdicción y administración)”, advirtiendo, eso sí, que “hay muchos tipos de federalismo”**[[515]](#footnote-515)**. Así, la función judicial ejerce el poder jurisdiccional pero este poder es ejercido también por la función legislativa. Esto lo ha explicado oportunamente Carré de Malberg: “(…) la limitación de la potestad estatal en cuanto a los objetos sobre los cuales se puede ejercer, no implica absolutamente una división de la potestad en sí. (…) La verdad es que el Estado posee una potestad completa desde que conserva íntegramente las diversas funciones del poder (…) Si uno de estos tres poderes existiera solo en beneficio de una sola colectividad, entonces sería verdad decir que esta colectividad no posee más que un fragmento de la potestad estatal. … Sin duda, existe *reparto de competencias* (…)”**[[516]](#footnote-516)**. La Pergola expone adecuadamente la relación entre ambos conceptos:

*Es sabido que la técnica de la distribución de competencias es el problema central de la autonomía y, en todos los Estados modernos descentralizados, como el nuestro (Italia), tiene un significado en definitiva análogo al de la separación de poderes: si la separación de poderes es garantía del individuo, la distribución de competencias es garantía de la autonomía territorial* ***[[517]](#footnote-517)****.*

Los autores que tocan este aspecto se refieren a diferentes participaciones y relaciones entre el gobierno central y los gobiernos autónomos o estaduales en una *separación vertical de poderes.*

***Diferencia principal entre federalismo y autonomía***

Ahora bien, es el momento de afirmar que la distinción entre el Estado federal y el Estado (unitario) regional italiano y el Estado (unitario) de las autonomías español, se sustenta más en su origen histórico que en los mayores o menores poderes que puedan ostentar los Estados miembros del Estado federal o las regiones y comunidades autónomas. El Estado federal se origina en la voluntad de Estados soberanos de unirse en una federación, acordando la soberanía y determinadas potestades a ese Estado federal. En efecto, se afirmó del término “autonomía” que su mera enunciación no le atribuye por sí misma características específicas a la entidad así calificada, sino que esas características deben provenir del contenido de su ley de creación. Asimismo, la expresión genérica de estado miembro de un Estado federal, no significa forzosamente que tal estado miembro ostentará las mismas facultades que un estado de los Estados Unidos de América, de la República Federal Alemana o de los Estados Unidos de Brasil, sino que necesariamente habrá que estudiar las constituciones respectivas para establecerlo con certeza. Por eso se dice que “[e]n la práctica, la extensión y naturaleza del poder de decisión ejercido por las subdivisiones estatales (lower tiers) varía ampliamente de un país al otro tanto en países federales como unitarios y puede cambiar de vez en cuando. En los casos extremos, algunos países nominalmente federales (por ejemplo, Venezuela) pueden ser considerablemente menos descentralizados que países nominalmente unitarios (por ejemplo, Colombia)”**[[518]](#footnote-518)**. Así, acertadamente Carré de Malberg manifiesta que “[e]s cierto que puede existir de hecho mayor descentralización en un Estado unitario que en un estado federativo”**[[519]](#footnote-519)**.

**El federalismo en la historia del Ecuador**

Por eso, en el Ecuador contemporáneo resultaría anacrónico —por lo menos desde el punto de vista de la doctrina constitucional— el establecimiento de un Estado federal, puesto que por definición un Estado federal se estructura a base de la unión de Estados soberanos que se reúnen y ceden su soberanía y parte de sus competencias al Estado federal. Sí hubiera sido apropiado, por lo menos doctrinalmente hablando, que Guayaquil se integre a Colombia en 1822 como un estado miembro de un Estado federal. Recuérdese que entre el 9 de octubre de 1820 y el 24 de mayo de 1822, Guayaquil fue materialmente —a falta de declaración formal— un Estado soberano, es decir no estuvo sujeto a la Corona española ni a ningún otro Estado (“Art. 1°. La Provincia de Guayaquil es libre e independiente; su religión es la católica; su gobierno es electivo; y sus leyes las mismas que regían últimamente en cuanto no se opongan a la nueva forma de gobierno establecida”). El denominado “Reglamento Provisorio Constitucional”, con los principios del gobierno de la provincia, es en efecto una Constitución, que en veinte artículos contiene los lineamientos del Gobierno provincial y local, la judicatura y las garantías y derechos ciudadanos**[[520]](#footnote-520)**. En cuanto a su territorio, estaba compuesto por toda la Costa ecuatoriana, con la excepción de Esmeraldas; y su población era de alrededor de 70000 habitantes. De esta época dice Luis Alberto Sánchez: “Guayaquil titubea sobre su futuro destino; además hay muchos que preferirían verla convertida en ciudad-libre, como las hanseáticas”**[[521]](#footnote-521)**. La anexión que impone Bolívar de la Provincia de Guayaquil al Departamento de Ecuador de la República de Colombia, provoca reacciones divididas entre los miembros del gobierno independiente de Guayaquil, aunque después se reconciliaron con el Libertador. Recuérdese, por ejemplo, que la redacción del “Canto a Junín”, que exalta la figura de Simón Bolívar, del Guayaquileño Olmedo, es posterior a la incorporación de la Provincia de Guayaquil a Colombia. En la misma línea de pensamiento, debe citarse la primera Constitución del Ecuador**[[522]](#footnote-522)**, que se autotitula “Constitución del Estado del Ecuador en la República de Colombia” y su Art. 2 que declara: “El Estado del Ecuador se une i confedera con los demás Estados de Colombia para formar una sola nación con el nombre de REPÚBLICA DE COLOMBIA”**[[523]](#footnote-523)**. Por otra parte, la composición misma de los miembros del primer Congreso Constituyente de 1830 reflejan una composición federal, puesto que cada uno de los tres departamentos de Quito, Guayaquil y Cuenca está representado por un número igual de siete diputados, a pesar de la diferencia de poblaciones entre ellos; composición que es considerada por Gándara como un “error fundacional”**[[524]](#footnote-524)**. En contraste, Larrea estima que sí “se justificaba en ese momento fundacional”**[[525]](#footnote-525)**. En vista de los antecedentes narrados, la representación paritaria, con visos semi-federales, quizá era el expediente más político para conseguir la participación de Cuenca y Guayaquil a esta Constituyente, sin necesidad de fundar la República del Ecuador como un Estado Federal. El publicista Trujillo opinó en la Asamblea Nacional de 1998: “personalmente creo que en 1830 el Ecuador debió ser un Estado federal, pero ya no lo fue”**[[526]](#footnote-526)**. En esta sesión de la Asamblea de 1998, otro representante afirmó: “No por algo, históricamente, en Cuenca fue donde vivió y escribió el más grande ideólogo del federalismo ecuatoriano, don Benigno Malo. Y no es tampoco por accidente que en Loja existió el único estado federal”**[[527]](#footnote-527)**. “[E]l 13 de mayo de 1830 (…) se suscribe el Acta por la que el Distrito del Sur se separa de la Gran Colombia”. Coronel y Campaña resumen la circunstancia política del momento de la independencia:

 *El departamento de Guayaquil se separó el 19 de mayo y el departamento del Azuay resolvió formar un Estado independiente con los de Quito y Guayaquil, el 20 de mayo* ***[[528]](#footnote-528)****.*

Vicente Rocafuerte, con anterioridad a 1830, durante su estadía en Londres, como encargado de negocios de México, “empezó a escribir una obra con el título de ‘Cartas de un americano sobre las ventajas de los Gobiernos Republicanos federativos’”, porque, al decir de Pedro Carbo, previó “la imposibilidad de que la República de Colombia conservara la integridad de su territorio, … deseoso de que existiera bajo el sistema federal, en lugar de disolverse”**[[529]](#footnote-529)**.

La disparidad de criterios sobre la representación se evidencia desde las discusiones iniciales del Primer Congreso Constituyente del Ecuador en 1830:

*(dijo el Presidente señor José Fernández Salvador, diputado de Pichincha)… que la representación debía ser en razón de la población, y que proponía, o que se arregle de este modo, o que las contribuciones sean iguales; contestó el Señor Marcos, que era extraño se tocase una cuestión que más tendía a mirar por los intereses locales, cuando la voluntad de los pueblos era formar una unión irrevocable y sincera, mucho más cuando el Departamento de Guayaquil sufragaba con exorbitancia los gastos del Estado. Replicó el Señor Presidente, demostrando que las obligaciones debían ser proporcionadas a los derechos, y que por tanto, los Departamentos debían contribuir con igualdad, supuesto que lo era su representación. El Señor Olmedo, defendiendo el artículo, como miembro de la comisión, manifestó que las contribuciones debían ser proporcionadas a la población y sus rentas naturales; pero que esta justa proporción en nada se oponía* ***a la igualdad de la representación que había sido la condición expresa del pacto de los tres Departamentos****. Que aunque ese cierto que en otros pueblos la población ha sido la base de la representación y de las contribuciones públicas; pero que nuestras circunstancias políticas y locales no nos permiten por ahora seguir esa rigurosa simplicidad de organización. El Señor Veintimilla expuso, que el Azuay se había incorporado con la calidad de igualdad de derechos en los Departamentos, y que se oponía a la proposición de una representación desigual* ***[[530]](#footnote-530)****;*

(negritas añadidas)

Asimismo, el tema del centralismo surge desde el comienzo en las discusiones de la primera Constitución ecuatoriana:

*(…) observó el Señor Presidente, que la facultad que se concedía al Gobernador de Manabí para nombrar los empleados de la aduanilla que debía establecerse, le parecía irregular, respecto a que su nombramiento debía pertenecer al Gobierno. El señor García, apoyando el proyecto, indicó, la conveniencia de que el Gobernador haga estos nombramientos, porque ninguna otra autoridad podía conocer mejor la aptitud y méritos de los que pudieran obtenerlos* ***[[531]](#footnote-531)****.*

Paladines comenta los enfoques de “El Quiteño Libre” a comienzos de la República. Manifiesta que parte de sus análisis se centraron en el fraccionamiento, provincialismo y falta de unidad que la división territorial imperante había causado al país ya desde su anexión a la Gran Colombia” y cita: “El pequeño Estado del Ecuador con su medio millón de habitantes parece que consta de otros tres Estados independientes: cada uno de ellos con todo el aparato, todo el gasto y las rivalidades de tres naciones separadas. (…) Un Estado así constituido jamás formará una verdadera nación”. Asimismo, en “El Quiteño Libre” se lee: “Deseamos con ansia que el Congreso venidero ambicione la gloria de principiar la época en que en el Estado no haya más que ecuatorianos”**[[532]](#footnote-532)**.

La representación igualitaria de los tres departamentos se mantuvo en las Constituciones de 1835, 1843, 1845, 1851 y 1852, modificándose finalmente en la Constitución de 1861**[[533]](#footnote-533)**. La oportunidad para este giro decisivo fue la entrada victoriosa en Guayaquil del Gobierno provisorio integrado por Gómez de la Torre, Carvajal y García Moreno y la influencia que desplegó el General Flores en la Convención constituyente, con “la extremada sagacidad que había adquirido con los años” que le valió “su encumbramiento a Presidente de la Convención, que dirigió con su conocido tacto político”. El resultado del nuevo sistema representativo fue “una preponderancia de los diputados de la sierra”; aunque Larrea Holguín ha criticado en esta misma Ley Suprema la terna elegida por la población provincial que se imponía al Presidente de la República para designar Gobernadores de las provincias. “Probablemente —dice este jurista— se incurrió en este error, por espíritu de imitación a lo que sucedía en varios países de América Latina, que optaron por formas federales o parecidas”**[[534]](#footnote-534)**, pero resultaba una magra compensación por la modificación radical el sistema de representación. En todo caso, fue un esquema que no se repitió en otras constituciones.

Sobre este mismo tema, Paladines dice: “… [P]or 1856, Benigno Malo, bajo el seudónimo de Jorge Washington, había expresado en una larga serie de artículos las ventajas e inconvenientes, así como también las condiciones que un sistema descentralizado debía reunir. En su opinión, la autoridad central debía coexistir y equilibrar sus facultades y poder con los gobiernos municipales, sin inmiscuirse ni interferirse mutuamente, para lo cual, lo que correspondía a la nación en cuanto tal, debía estar en manos del poder central: ejército, relaciones exteriores, correos, moneda, aduanas, etc. Los gobiernos provinciales debían ocuparse de los problemas que afectaban en forma concreta y directa a su región: caminos, instrucción, servicios sociales (…). Un justo medio o equilibrio entre federalismo radical y centralismo absorbente se creyó ser la fórmula para un desarrollo armónico de las fuerzas centrífugas y centrípetas que se hacían presentes en el país intentando desbordarlo”**[[535]](#footnote-535)**.

Todavía en 1883, Pedro Carbo, escribía:

*La primera de esas reformas es, la de cambiar nuestro actual sistema de Gobierno central con el federal, que considero como el más perfecto, i que existe con el más feliz éxito desde hace siglos en Suiza; que viene funcionando admirablemente, hace más de una centuria en los Estados Unidos de Norte América, i que se ha adoptado i viene practicándose con más o ménos regularidad en los Estados Unidos de Colombia, en Venezuela, en Méjico i en la República Arjentina. El sistema federal, que tanto contribuye al desarrollo de la prosperidad general, como resultado del gobierno propio de los pueblos, es por otra parte el que menos se presta a los abusos i al despotismo de los malos mandatarios, a causa de la independencia que a cerca de ellos conservan en parte los funcionarios del Estado. Si ese sistema hubiera existido entre nosotros, o cuando menos hubiera habido la amplia descentralización administrativa que yo propuse en la Convención de Ambato, conforme a la cual los Gobernadores i Jefes Políticos debían ser elejidos directamente por los pueblos, no hubiera el ex-Dictador Veintemilla encontrado ajentes tan dóciles i sumisos para hacerse cómplices de su inicua traicion a las instituciones, que el mismo había jurado sostener. Esta dura lección debe hacemos meditar el medio de impedir que se repita un atentado semejante, que tantos infortunios ha causado a los pueblos* ***[[536]](#footnote-536)****.*

Larrea comenta sobre la opción de establecer el Ecuador como un Estado federal en vez de un Estado unitario: “La tentación del federalismo debió ser grande, tanto por los numerosos ejemplos de países americanos, como por el aislamiento geográfico de varios sectores de la patria”**[[537]](#footnote-537)**. Sobre otras épocas en que se ha contemplado la opción federal, este mismo autor dice:

*Sí se han producido movimientos jurídicos tendientes a una mayor descentralización y en algunos casos éstos han lindado con un larvado federalismo, como sucedió en 1835 y en 1861, al establecer las Constituciones la elección de ternas presentadas por asambleas locales para el nombramiento de Gobernadores y hasta de Jefes Políticos cantonales. Este sistema, dos veces ensayado con pésimos resultados, debilitaba excesivamente el Gobierno central, politizaba exageradamente a los pueblos y no contribuía a la unidad sino a la disgregación nacional.*

*Las graves crisis políticas, sobre todo las de 1859 y de 1883 produjeron también el fenómeno del establecimiento de gobiernos locales, pero estos tuvieron carácter esencialmente transitorio, hasta superar las situaciones anárquicas, y no pretendieron consolidar una descentralización total del poder político****[[538]](#footnote-538)****.*

También dice este jurista que “Alfaro tenía ideas federalistas, pero desde que estuvo en el poder gobernó con sentido de unidad nacional y con un centralismo más acentuado que en períodos anteriores”**[[539]](#footnote-539)**.

Melva Lozano Véliz ha destacado la publicación de “El Federalista” en Guayaquil, en 1883, a cargo de Emilio Estrada Carmona; y, de nuevo, en 1933 la publicación bimensual de “El Federalismo”, dirigido por José E. Collat**[[540]](#footnote-540)**. Consultando la fuente citada por Lozano, se encuentra que uno de los números de “El Federalista” “informaba sobre los resultados de una asamblea de municipios, en la que se había llegado a votar por la instauración de un gobierno federalista en nuestro país, para lo cual, era menester una profunda reforma a la Constitución décimo tercera vigente entonces desde 1929. El doctor Julio Tobías Torres, hombre público cuencano, jurisconsulto y catedrático de la Universidad del Azuay, había asistido en representación del Concejo Municipal de Cuenca para expresar su adhesión a las ideas federalistas”**[[541]](#footnote-541)**.

En la actualidad, se puede afirmar que la opción federal no se discute ni se propugna por ningún grupo político o de la sociedad civil del Ecuador, a pesar de manifestaciones aisladas**[[542]](#footnote-542)**.

**El Estado autonómico español y las propuestas ecuatorianas**

La actualización del debate sobre la descentralización en todo el mundo desde la década de los ochenta, apunta principalmente a la descentralización administrativa. En Francia se ha visualizado como “el problema fundamental de la descentralización” “[l]a repartición de competencias entre diferentes niveles de colectividades y de la administración” Son indudablemente interesantes las experiencias del federalismo alemán y belga, así como otras experiencias europeas**[[543]](#footnote-543)**. Pero en el Ecuador la experiencia y el modelo autonómico español son los que han despertado mayor interés y expectativas. Así, por ejemplo, el proyecto sobre la organización territorial del Estado en comunidades o regiones autónomas, presentado a mediados de 1991 por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil, fue “inspirado en la legislación española”**[[544]](#footnote-544)**. El artículo sobre competencias copia literalmente el texto respectivo de la Constitución española de 1978.

Pero tanto este proyecto de descentralización cuanto los esquemas diseñados con posterioridad no avanzan hacia la esencia de la verdadera autonomía política, cual es, como se ha visto, el asumir “la competencia de la competencia”, lo cual solamente es posible en el momento en que las provincias o regiones autónomas asumen, en materias y ámbitos previamente delimitados en la Constitución, la potestad legislativa que les permite formular y definir las competencias. Las variadas referencias en el texto constitucional ecuatoriano reformado y codificado en 1998 consideran exclusivamente la descentralización administrativa consistente en una transferencia de competencias a las entidades del régimen seccional autónomo, en la línea de la Ley de Descentralización de 1997, forma de descentralización que permanece mayormente inaplicada hasta la fecha. Una de las razones para esta falta de aplicación de la Ley es que se sustenta en un esquema que necesita del acuerdo de la Administración Pública acerca de los temas y del alcance de la descentralización, así como de creación de partidas presupuestarias y transferencia de fondos; y por lo tanto se sustenta en la exclusiva voluntariedad de funcionarios de nivel intermedio del Ejecutivo.

**Las opciones del ejercicio legislativo de las comunidades autónomas**

El sistema español permite a la Comunidad autónoma asumir la potestad legislativa para expedir normas con rango de ley del Congreso en materias determinadas en el Art. 148 de la Constitución española, las que pertenecerán en forma exclusiva a la Comunidad autónoma, dentro del ámbito establecido, lo que se deberá concretar en el Estatuto correspondiente. Asimismo, se definen las competencias que permanecen como exclusivas del Estado (Art. 149 de la Constitución). Sin esta potestad legislativa, es decir sin la atribución de “la competencia de la competencia” no existe una verdadera descentralización política ni autonomía política. Pero, además, algunas de estas competencias comprenden la expedición de la normativa básica o las bases generales de la legislación que expide el Estado, que autorizan a las comunidades autónomas a expedir la legislación “de desarrollo” en estas materias reservadas al Estado, encuadradas en la legislación básica o de bases generales dictadas por las Cortes (Parlamento). Sobre estas materias reservadas al Estado todavía es posible para las Cortes el disponer la delegación legislativa a favor de las Comunidades autónomas, que permite a estas expedir normas delegadas con rango de ley sobre las indicadas materias. Finalmente, también es posible que el Estado transfiera o delegue a las Comunidades, mediante ley orgánica, “facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado” (Art. 150 de la Constitución española).

***La normativa provincial***

La discusión jurídica se debe ilustrar también desde la perspectiva de los planteamientos políticos en el Ecuador, que han abundado en los últimos años. ¿Se puede encontrar algo en común entre las diferentes alternativas ofrecidas para la descentralización y la autonomía? La principal característica de los proyectos de descentralización y de autonomía ecuatorianos es que, independientemente de como se autocalifiquen, sus efectos jurídicos constituyen a lo más una desconcentración y una descentralización administrativa con especial énfasis en las rentas fiscales. En efecto, para una descentralización política, es decir para una verdadera autonomía política, resulta indispensable una potestad legislativa del mismo nivel que las leyes formales que expide el Congreso Nacional, lo cual, obviamente, tiene que ser debidamente desglosado y delimitado por materias específicas para evitar las superposiciones. La ausencia de un desglose y delimitación de la normativa provincial origina la crítica y fundamentada oposición al “Anteproyecto de Ley Orgánica de Régimen de Autonomía Provincial” del CONAM**[[545]](#footnote-545)**; si bien, por otra parte, este “anteproyecto” establece que las normas provinciales “no podrán contravenir lo dispuesto en la Constitución y leyes nacionales”. Es decir que cualquier norma provincial podría ser legalmente derogada por el Congreso Nacional.

Este desglose y delimitación de la normativa de la comunidad o de la región es, en todo caso, la esencia del proceso autonómico español y del Estado regional italiano, todavía considerados como Estados unitarios. Cualquier descentralización o autonomía políticas también requiere de una clara regulación y control centrales. Ninguno de estos elementos se delinea nítidamente en las propuestas adelantadas que se han podido examinar. En algunas de las otras propuestas de descentralización se incluye la referencia a una potestad normativa regional, pero se deberá entender que esa normativa será de índole reglamentaria, aunque se la denomine legislativa, puesto que no se adelantan los proyectos de reforma constitucional necesarios para que esta potestad se pueda ejercer en concatenación con la potestad legislativa del Congreso Nacional.

La propuesta de Fuerza Ecuador era interesante y razonable, pero adolecía de la misma característica de la mayor parte de las propuestas, que la constituía en efecto como una descentralización administrativa, puesto que expresamente manifestaba: “El gobierno central mantiene su competencia en (…) legislación”. Así, según el esquema descrito “[e]l gobierno nacional mantiene su competencia en la política exterior, las Fuerzas Armadas, la seguridad nacional, el comercio externo, la legislación e interpretación de la Constitución y demás tareas de carácter nacional”. No se encontraban referencias a un cuerpo normativo provincial o algo similar. No obstante, algunos de sus enfoques necesariamente suponían la potestad normativa de nivel legislativo. Así, cuando proponía en la recaudación de tributos que los entes seccionales “podrán (…) no cobrarlos para imponer una menor carga tributaria a su población. Igualmente (…) podrán recaudar impuestos adicionales en sus jurisdicciones”**[[546]](#footnote-546)**, lo que no se podría llevar a cabo sin una previa reforma constitucional que así lo determine en razón del artículo constitucional sobre la reserva de ley, que enumera las materias que solamente podrán ser normadas por una ley formal del Congreso Nacional (Art. 141 de la Constitución). Como se desarrolla más adelante, la descentralización administrativa atribuye a personas jurídicas de derecho público territoriales o funcionales el desempeño de las competencias previamente establecidas legalmente y reglamentadas en su ejecución por el Presidente de la República. Así, la característica básica de tales competencias es que son establecidas y modificadas exclusivamente por ley formal del Congreso o, por delegación, por el Ejecutivo. Por otra parte, es obvio que en un régimen de autonomía o descentralización política una reforma tributaria no necesariamente debería venir de un parlamento provincial y podría perfectamente expedirse por el Congreso Nacional, a solicitud de la provincia, pero con una evidente disminución de la discrecionalidad local. No obstante estas observaciones, se debe recordar lo afirmado unas pocas veces en esta obra, que la potestad de establecer tributos locales no necesariamente forma parte de un régimen de autonomías o incluso de federalismo; puesto que se ha citado el ejemplo de los Länder de la República Federal alemana, que no tienen potestad para legislar sobre el IVA, sino solamente a recaudarlo para distribuirlo en proporciones determinadas con el Estado federal (Estado 70%/Länder 30%). Schultze explica que

*(…) característico del Federalismo en la RFA es, en primer lugar, la diferenciación funcional según tipos de competencias, y no, la distribución según áreas de trabajo y campos políticos, (…) Esto tiene especial importancia en materia de economía del Bund y los Länder. La legislación tributaria y, en consecuencia, la competencia de decisión sobre los ingresos públicos se encuentran en manos del Bund. Los Länder y municipios, en cambio, tienen la competencia para la mayor parte de los gastos públicos* ***[[547]](#footnote-547)****.*

Un proyecto de reforma constitucional para habilitar la descentralización que se presentó el año 1999 en el Congreso Nacional ecuatoriano contemplaba desde el punto de vista técnico jurídico, los requerimientos constitucionales y legales de la descentralización y autonomía política y administrativa de este país**[[548]](#footnote-548)**. El esquema de este proyecto, se afirmaba en su motivación, se ha tomado básicamente del proyecto de reforma constitucional de la comisión llamada de “los notables”, en el Gobierno del Presidente Sixto Durán-Ballén. No obstante, en este proyecto la “normativa” provincial tiene un alcance apenas un poco más que reglamentario. Por otra parte, las propuestas manabitas son bastante amplias, pero no suficientemente concretas. Por ejemplo, se puede aprovechar el ensayo que hacen de enumeración de materias y competencias que se reservan para la legislación provincial o regional. Pero hay confusión política inconveniente cuando se propone un consejo de desarrollo provincial en que se juntan indiscriminadamente miembros de elección provincial, funcionarios del gobierno central y miembros de la sociedad civil (Declaración de Manabí). Hay otra propuesta que se planteó para introducir en la Ley Fundamental la referencia a una “autonomía territorial”. No obstante, como se ha observado, la mera expresión de una “autonomía territorial”, sin ninguna elaboración, es inconducente sin la referencia explícita en el texto constitucional de sus alcances operativos y principalmente legislativos. Lo mismo se puede decir de la propuesta de la Junta Cívica de Guayaquil y del proyecto del PRE, que consiste esta última en reformar el Art. 224 de la Constitución para añadir la referencia a “comunidades e instituciones autónomas”, sin más.

**XI. Estructura jurídica de la**

**autonomía política**

**“La pluralidad de los ordenamientos”**

Uno de los temas más relevantes de la autonomía política es “la pluralidad de los ordenamientos jurídicos” que coexisten dentro del territorio estatal, como lo hace notar García de Enterría**[[549]](#footnote-549)**. Tal es una lógica consecuencia de la implantación del Estado de las autonomías, del Estado regional y, por supuesto, el antecedente mismo del Estado federal. En España esta realidad conlleva el reconocimiento de las “administraciones públicas”, frente a la tradicional figura de la “Administración Pública” única. La “Administración Pública” española y la “Administración autonómica” pueden concurrir en el mismo territorio autonómico con diversas competencias o con las mismas competencias ejercidas en niveles diferentes (planificación, administración, sanción, etc.), sin perjuicio de las potestades de los entes reguladores, como se vio anteriormente. En Europa cualquiera de estas realidades estatales, sea autonómica española, regional italiana o federal alemana, se complementa con la normativa de la Unión Europea, que tiene la misma fuerza obligatoria que cualquier otra ley formal, sea nacional o autonómica, regional o estadual. Lo citado suma por lo menos cuatro grupos de ordenamientos legales que se pueden ejercer dentro del mismo territorio en España, sin contar con la normativa municipal. Así, se tiene normativa: 1.Nacional; 2. Autonómica; 3. Regulatoria; y, 4. Europea.

**El sistema de ordenamientos jurídicos en una autonomía política**

Todo sistema político donde coexiste la “pluralidad de ordenamientos” a que se refiere Garcia de Enterría**[[550]](#footnote-550)**, citado en apartado anterior, contempla las materias de la: **1**. exclusiva legislación regional; **2**. exclusiva legislación estatal; **3**. legislación compartida en niveles complementarios; y **4.** el papel de la normativa básica del Estado. También le corresponde pronunciarse sobre: **5**. la normativa que prevalece en los campos no determinados por la Constitución, ni leyes orgánicas o estatutos correspondientes. Como complemento a esta cuestión cabe establecer quién —el Gobierno central o la región— tendrá la competencia para *ejecutar* las leyes nacionales al interior del territorio regional, autonómico o estadual. Adicionalmente, cabe analizar las figuras de: **6**. la delegación legislativa y, **7**. la delegación administrativa contempladas en la doctrina del Derecho Público. Así, inclusive en el ámbito de exclusiva competencia estatal, es posible que el Congreso delegue a la provincia la expedición de la ley respectiva —la delegación legislativa. En la delegación administrativa, que es la constante en la legislación ecuatoriana actual, el Ejecutivo transfiere –definitivamente– o delega –temporalmente– competencias propias a las entidades del régimen seccional autónomo**[[551]](#footnote-551)**, lo que se podría aplicar tanto para la provincia autónoma como para la municipalidad. También, cabe señalar que los ordenamientos pueden estatuir: **8**. que sea el Estado mismo el que ejecute sus normas propias en el territorio autónomo, pero también puede suceder que esta aplicación corresponda al gobierno autónomo o que, al contrario, la región atribuya al Estado su ejecución. Por último: **9**. la unidad nacional exige enfoques globales en fundamentales aspectos, que superen la diversidad regional, para lo cual se requiere la uniformidad de objetivos en áreas determinadas. El sistema de armonización se manifiesta normas que corrigen las discrepancias de las leyes regionales en materias que requieren una uniformidad estatal, así como en “directrices” que diseñan finalidades, corriendo por cuenta de las diferentes regiones la implantación de las medidas que juzguen adecuadas para alcanzarlas: es la técnica de las “directrices” de la Unión Europea.

**Consecuencias jurídicas de la pluralidad de ordenamientos**

La “pluralidad de ordenamientos”, para ser tal

*implica que cada uno se mueva en un ámbito propio. Ello no excluye, (…), la existencia de ciertas relaciones interordinamentales, cuyo esclarecimiento preciso constituye una de las cuestiones más delicadas de esta materia, pero tales relaciones se traban justamente a partir de una separación previa, de una sustantividad inicial* ***[[552]](#footnote-552)****.*

***Los sistemas de listas***

La designación de materias que se asignarían a la normativa provincial, a lo que se hizo referencia en el apartado anterior, puede establecerse alternativamente en los llamados sistemas de una lista, de dos listas o incluso de tres listas.

**Sistema de una lista**

En el sistema de una lista, se enumeran sea las materias de competencia exclusiva, sea del cuerpo descentralizado o autónomo, sea de competencia exclusiva del Estado, asumiéndose que en ambos casos, la otra parte es competente para legislar en todas las materias no enumeradas. La lista de materias de exclusiva competencia estatal es el esquema que se perfila en la discusión ecuatoriana sobre las autonomías, puesto que la norma constitucional dispone que,

*Las competencias del gobierno central podrán descentralizarse, excepto la defensa y la seguridad nacional, la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales, la política económica y tributaria del Estado, la gestión de endeudamiento externo y aquellas que la Constitución y convenios internacionales expresamente excluyan* ***[[553]](#footnote-553)****.*

Sobre estas competencias, denominadas “regalistas”**[[554]](#footnote-554)** por la doctrina, existe un consenso generalizado entre los actores del debate ecuatoriano. En cuanto a la descentralización, repetidas veces la Norma Suprema ecuatoriana en forma expresa dispone la descentralización.

**Sistema de dos listas**

Sin embargo, como se ha observado al discutir las diferentes propuestas en el Ecuador, la mayor parte de los proyectos sobre descentralización, al tiempo que reconocen las materias reservadas al Estado, también adelantan materias que serían de exclusiva competencia provincial, como es el caso de la Ley de Descentralización.

**Legislación compartida sobre la misma materia en niveles complementarios**

En el Ecuador, como en muchos otros países, las competencias de la municipalidad y la administración pública, tienen áreas de manejo exclusivo de cada uno de ellos, pero también existen muchas instancias de concurrencia en variadas materias. En el cuadro de más abajo se reproduce un diseño comparativo de competencias exclusivas de la municipalidad, exclusivas del Gobierno central y de competencias compartidas y superpuestas**[[555]](#footnote-555)**.

En el análisis de la competencia que se desarrolla al inicio de este trabajo se establece que la competencia se puede ejercer en diferentes niveles, llamados funcional, material y territorial por Garrido. La competencia funcional se refiere a las diferentes potestades que se atribuyen: normativa; ejecutiva o de gestión y jurisdiccional**[[556]](#footnote-556)**. Real divide las “funciones administrativas institucionales” en: política, operativa, control y auditoría, y jurisdiccional**[[557]](#footnote-557)**. En mi trabajo sobre la “Gestión Pública Ambiental” hice un ensayo sobre componentes de la gestión del Estado, de los que se pueden desglosar: políticas, planeación y financiamiento, normativa, estructuración institucional, potestad reglamentaria y potestad regulatoria, administración, manejo y operación, seguimiento y control, y sanción y jurisdicción**[[558]](#footnote-558)**. Posteriormente he pensado que a esa lista se debe añadir: educación y capacitación, e información y consulta. Los estudios del CONAM sobre la descentralización contemplan seis atribuciones dentro de las competencias: Políticas (incluye la expedición de todas las normas, estandarizaciones y reglamentos); Control; Planificación; Financiamiento; Operación (lo que se puede realizar a través de “tercerización”, concesión, privatización, empresa pública, empresa mixta, cogestión) y construcción de infraestructura.

Meilán define las “competencias concurrentes” como aquellas que

*(…) se ejercen de modo exclusivo por la Comunidad Autónoma y por el Estado sobre unas mismas materias y que exigen, obviamente, una delimitación de cuál es el ámbito en el que una y otra ejercen con exclusividad sus respectivas competencias* ***[[559]](#footnote-559)****.*

Bermejo cita una sentencia del Tribunal Constitucional español relativa al conflicto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma que ilustra el nivel de aplicación concurrente de las normas respectivas dentro del mismo espacio físico del territorio autonómico:

*(...) la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, como ya ha declarado este Tribunal (STC 113/1983, FJ 1). Esta concurrencia es posible cuando, recayendo sobre el mismo espacio físico, las competencias concurrentes tienen distinto objeto jurídico. Así, en el presente caso, la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de actividad que afecta al espacio físico que abarca un puerto. La competencia de ordenación del territorio y urbanismo (sin que interese ahora analizar la relación entre ambos conceptos) tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial. No cabe excluir, por tanto, que en un caso concreto puedan concurrir en el espacio físico de un puerto de interés general, en este caso el de Bilbao, el ejercicio de la competencia del Estado en materia de puertos y el de la Comunidad Autónoma en materia urbanística. Pero esta concurrencia sólo será posible cuando el ejercicio de la competencia de la Comunidad Autónoma no se interfiera en el ejercicio de la competencia estatal ni lo perturbe* ***[[560]](#footnote-560)****.*

Tómese también el llamado “federalismo funcional”, como el existente en Alemania, donde

*(…) la división, prácticamente, no se hace por materias políticas, sino principalmente por funciones en el proceso político. En este sistema de “federalismo funcional” (como también ha sido llamado) la mayoría de las funciones legislativas son de la competencia de la federación, mientras que casi todas las demás funciones estatales son de la competencia de los Länder* ***[[561]](#footnote-561)****.*

**Distribución de competencias entre instituciones públicas del Gobierno central e institucional y los municipios**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Competencias privativas del municipio | Competencias compartidas entre el municipio y las demás instituciones públicas (Generalmente los municipios y las instituciones del gobierno central o funcional actúan en forma concurrente y superpuesta) | Competencias del gobierno central o de entidades públicas |
| Planificación, control de construcciones y zonificaciones de uso de suelos urbanos y urbanizables, incluyendo lotizaciones de tierras rurales, así como protección de patrimonio arquitectónico urbano | Permisos y autorizaciones para actividades que tienen consecuencias en el saneamiento comunitario: manipulación de alimentos, higiene, efluentes industriales y domésticos,  | Normativa y regulación de salud pública |
| Tránsito y transporte terrestre | Transportación pública | Ordenamiento del tránsito motorizado |
| Servicios públicos locales de saneamiento comunitario: Agua potable y alcantarillado; Recolección y disposición de desechos urbanos; cementerios | Control de higiene y sanidad en venta de alimentos preparados y establecimientos de turismo |  |
| Ornato y áreas verdes urbanas y suburbanas | Estudios de impacto ambiental | Declaratoria y manejo de áreas protegidasObras regionales de infraestructura sanitariaCarreteras y caminos intercantonalesFijación de estándares ambientales nacionalesAdjudicación de aguas públicas |
| Construcción y regulación de Mercados |  | Infraestructura y servicios de SaludInfraestructura de educación pública |
| Permisos para explotación de canteras |  | Permisos y concesiones para explotación de recursos naturalesPermisos para la prevención de incendios –cuerpos de bomberosInfraestructura Terminales de transportación (muelles, terminales terrestres y aéreos) |

**Normativa básica del Estado**

La Constitución española determina en una lista las competencias que pueden asumir, para ejercer en forma exclusiva, las Comunidades Autónomas y en otra lista las materias de competencia exclusiva del Estado (Arts. 148 y 149). Comentando la enumeración sobre las materias atribuidas exclusivamente al Estado, Garrido hace notar el uso de ciertos términos en la determinación de competencias exclusivas del Estado: “regulación de condiciones básicas que garanticen la igualdad”, “legislación (mercantil, penal, laboral, civil, sin perjuicio de las …(“de las especialidades”; “de la ejecución”; “de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan”), “bases de las obligaciones contractuales”; “bases y coordinación de la planificación”, “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social”, “bases del régimen jurídico de las administraciones públicas”; “legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”; “legislación básica sobre protección del medio ambiente”; “legislación básica sobre montes (bosques)”; “bases del régimen minero y energético”; “normas básicas del régimen de prensa (…) sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas”, “Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas (…) en el marco de lo que disponga una ley orgánica”; son todas expresiones que denotan la atribución regional de expedir una normativa complementaria de esa legislación “básica” estatal **[[562]](#footnote-562)**. En estos casos “[s]e trata de enunciar una competencia normativa estatal que no agota la regulación de la respectiva materia, sino que prevé una participación ulterior de las Comunidades Autónomas en tal regulación mediante las normas que (…) se llaman (…) normas “de desarrollo”**[[563]](#footnote-563)**. García de Enterría subraya la diferencia que entre “legislación básica”, “bases”, “normas básicas” de la llamadas “Leyes de bases” (“Ley marco”, artículo 150. 1 de la Constitución española). Las primeras —legislación básica, bases, etc.— son desarrolladas por la Comunidad Autónoma. Esta puede dictar las leyes correspondientes incluso en ausencia de la norma básica estatal. En cambio las “Leyes de bases” o “leyes marco” establecen una delegación legislativa a favor de las comunidades que permite a estas dictar una legislación delegada sobre una materia reservada al Estado, y que la Comunidad Autónoma puede expedir en virtud de esa delegación estatal.

Este tema de la legislación básica resulta de superlativa importancia para el diseño y la implantación de una descentralización política en el Ecuador, porque constituye la estructura dentro de la cual la descentralización política o la autonomía se encuadrarían en el contexto del Estado unitario. Más adelante se desarrollan las condiciones de ejecución del Gobierno central y los controles y regulación como requisitos indispensables de una descentralización que conserve y refuerce la unidad y fines del país; esto se manifiesta en: 1. el diseño de sistemas adecuados de leyes bases - leyes de desarrollo, como necesaria complementariedad de los ordenamientos estatal y regional; 2. regulación y control estatal; y, 3. desconcentración de poderes efectivos del gobierno central.

Así, según García de Enterría,

*El problema específico es cómo han de articularse esos dos frentes, (normativa estatal y normativa comunitaria) articulación que se organiza sobre la atribución respectiva a los dos centros políticos de un contenido diverso de la regulación global de que se trata: al Estado, lo «básico», a la Comunidad Autónoma el «desarrollo de tal regulación básica»****[[564]](#footnote-564)****.*

Según este autor, cuyos lineamientos se aprovechan extensamente en la presente sección, el papel de la normativa básica es de establecer “el marco de una política global”, en palabras de una Sentencia del Tribunal Constitucional español citada, lo cual no obsta para que la Comunidad Autónoma despliegue un amplio margen de diversidad en el contenido y orientación de su legislación “de desarrollo”. Lo que se persigue es una homogeneidad global de la totalidad de los ordenamientos legales internos de cada una de los territorios autónomos, para la consecución de finalidades comunes a todo el país. Pero esta unidad de criterios que se persigue no se debe traducir en unas bases excesivamente detalladas, sino que deben permitir un adecuado margen para la normativa regional complementaria, en función de los diferentes requerimientos locales. Mas, se pone el ejemplo de temas como la conservación del medio ambiente, cuya legislación básica limita el desarrollo normativo y solamente autoriza la expedición de leyes complementarias para una mayor o más estricta protección. La falta de expedición de la normativa básica no obsta, en todo caso, para que la Comunidad Autónoma expida la legislación correspondiente; no obstante, si con posterioridad se expide una ley base sobre la materia, esta predomina sobre la ley regional en los aspectos precisamente básicos. Las provisiones de las leyes regionales que contradigan la normativa básica nacional serían tácitamente —o expresamente— derogados, mientras que conservarían su vigencia las provisiones de desarrollo en lo que no contradigan la ley básica nacional.

Sobre la naturaleza de la legislación básica, Aragón comenta una sentencia del Tribunal Constitucional español:

*La legislación básica se caracteriza por establecer los criterios fundamentales que aseguren la unidad normativa indispensable del sector o la actividad objeto de regulación: «las bases manifiestan los objetivos, fines y orientaciones generales sobre todo el Estado exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros». Negativamente las bases establecen un tope que el legislador autonómico no puede traspasar: «lo básico constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas dentro del ejercicio de sus competencias» (STC 25/1983)****[[565]](#footnote-565)****.*

Se han identificado tres aspectos de naturaleza y grados diversos en el contenido de la legislación básica nacional en su relación con las leyes autonómicas de desarrollo:

En primer lugar se encuentra, como se manifestó líneas arriba el interés global de la sociedad entera. También puede ocurrir que el tema no sea de aquellos que pueda regularse adecuadamente por una región solamente o que la pluralidad de los ordenamientos regionales lleve a contradicciones entre sí o la normativa de una región pueda interferir los derechos de otra región.

En segundo lugar, el llamado “círculo de encuadramiento” define el ámbito en que se puede desenvolver la legislación regional complementaria.

Finalmente, el “círculo de suplencia” comprende las disposiciones que se expiden para el caso que la región no expida sus normas de desarrollo o para su aplicación en las regiones que carecen de facultad legislativa**[[566]](#footnote-566)**.

La potestad reglamentaria de la Comunidad Autónoma, que coexiste en su ámbito propio con la potestad reglamentaria del Ejecutivo nacional, se manifestará en reglamentos de la ley de desarrollo que se deban aplicar conjuntamente con el reglamento nacional de la ley base.

**Competencia en campos no determinados en la Constitución**

La norma constitucional española para estos casos, de suficiente claridad como para relevar los comentarios, es la siguiente:

*Art. 149. (…)*

*3. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de la Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no está atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.*

**Delegación legislativa**

En las materias privativas del Estado, enumeradas en la Constitución española, es posible la delegación legislativa que hacen las Cortes, conforme la siguiente provisión de esa Norma Suprema española:

*Art. 150. 1. Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas.*

*(…)*

La aplicación de esta norma se da en el supuesto de competencias exclusivas del Estado, como se ha señalado anteriormente; lo cual es muy diferente de las otras competencias en que existe una competencia repartida en diferentes niveles entre el Estado y la Comunidad Autónoma en el complemento de leyes básicas —leyes de desarrollo. La “ley marco” respectiva autoriza a la Comunidad Autónoma a dictar leyes en las competencias atribuidas al Estado, aunque dentro de los lineamientos trazados en el citado instrumento.

**La delegación administrativa**

En este otro caso, también se trata de materias que han sido reservadas por la Constitución española en forma exclusiva al Estado, pero que puede encargarlas a la región por transferencia o delegación de competencias. Se debe confrontar este enfoque con el adoptado en la Ley de Descentralización del Ecuador, donde todas las competencias “descentralizables” necesitan de un “convenio de transferencia de funciones” o para “la delegación de funciones”, de naturaleza definitiva y temporal, respectivamente, para ser asumidas por los municipios; instrumentos que apenas han sido utilizados. La Ley ecuatoriana citada sigue las interpretaciones según las cuales “se ha pretendido que la transferencia sería irrevocable, en tanto que la delegación es esencialmente revocable”. En efecto, el Art. 9 de la Ley de Descentralización dice: “La Función Ejecutiva transferirá definitivamente”; y el 13: “(…) la Función Ejecutiva podrá (…) delegar por el tiempo que fije el convenio”. Pero, según GArcía de Enterría “[l]a tesis es absurda, porque una transferencia irrevocable implicaría una alteración del orden constitucional de competencias, lo que es inaccesible a una Ley ordinaria u orgánica”. Álvarez Conde se pronuncia en igual sentido afirmando que “ello implicaría incidir en el orden constitucional de competencias, lo que le esta vedado tanto a las leyes orgánicas como ordinarias”, estimando que “la distinción (…) radica en el hecho de considerar a la primera como una auténtica técnica de descentralización, ya que la transferencia se realiza directamente por la norma, no siendo revocable más que por otra norma; mientras que la segunda es un supuesto de delegación intersubjetiva, ya que ‘el traspaso posibilita que la norma sea realizada por la Administración delegante en base a consideraciones de oportunidad’ (T.R. Fernández), pudiéndose revocar en cualquier momento”**[[567]](#footnote-567)**. Claro que esto no es aplicable al Ecuador, porque precisamente la normativa constitucional se refiere a la posibilidad de que “[l]as competencias del gobierno central podrán descentralizarse, excepto la defensa y la seguridad nacionales, la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales, la política económica y tributaria del Estado, la gestión de endeudamiento externo y aquellas que la Constitución y convenios internacionales expresamente excluyan”**[[568]](#footnote-568)**. El texto constitucional ecuatoriano no distingue sobre la calidad de definitiva o temporal de la descentralización, lo que es precisado por la norma legal, que se refiere a una transferencia definitiva y a una delegación temporal. Leguina aclara adecuadamente estas figuras administrativas definiendo *transferir* como “ceder competencias enteras de naturaleza normativa y de ejecución” y *delegar* como “atribuir todas o algunas de las facultades de ejecución o gestión de servicios estatales”. En cambio, es obvio que no cabría ninguna delegación, ni provisional ni definitiva, de las competencias que esta disposición constitucional reserva en forma exclusiva para el Estado, pero no habría ningún obstáculo para que una reforma constitucional sí lo autorice. Según Leguina “el concepto de materias y competencias intransferibles o indelegables está directamente vinculado a las nociones de soberanía y de unidad del Estado”.

Recuérdese lo analizado en líneas anteriores, donde las Comunidades Autónomas, “podrán *asumir*” en los Estatutos las competencias determinadas en la Constitución y también otras competencias que no les hayan sido atribuidas expresamente ni a las comunidades ni al Estado. Así, este apartado se refiere a otras opciones para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer competencias que hayan sido señaladas como exclusivas del Estado, las cuales, sin embargo, se podrán transferir o delegar a las Comunidades mediante Ley orgánica:

*Art. 150. 1 (…)*

*2. El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.*

En todo caso, tómese en cuenta que no se autoriza la delegación a las Comunidades Autónomas de cualquiera de las competencias que corresponde en forma exclusiva al Estado, sino solamente de aquellas “que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación”. También se ha observado que no se podrían transferir competencias o materias completas, sino solamente “facultades”, esto es “aspectos parciales de la ordenación o la gestión de una materia”. Pero, con esta salvedad, todas las materias exclusivas del Estado tienen aspectos o facultades susceptibles de transferencia o delegación. Así, el autor que se está citando se pronuncia sobre este tema:

*(…) ello es perfectamente posible, y aun normal en los sistemas federales y regionales, en las titularidades vinculadas más directamente a la soberanía, como relaciones internacionales (… citemos, por ejemplo, los convenios transfronterizos entre entes territoriales de distintos Estados, o la ejecución de Tratados Internacionales, aun sobre la responsabilidad última del Estado), defensa y fuerzas armadas ( … fórmulas de colaboración territorial con las fuerzas armadas, o la articulación como auxiliares de las policías autónomas, etc.); no hay, pues, materias de suyo indelegables, susceptibles de enunciarse en una lista y más bien todas admiten, en principio, la posibilidad de una colaboración autonómica que no afecte a la titularidad y responsabilidad última del Estado sobre la misma; (…)****[[569]](#footnote-569)****.*

***Ejecución local de la normativa estatal***

La contrapartida de la coexistencia de los ordenamientos nacional y regional es la facultad que los estatutos autonómicos atribuyen en España a la Comunidad Autónoma para la ejecución de las leyes básicas y su contenido de desarrollo, con prescindencia de la Administración Pública central. En el mismo sentido, Stein observa que en Alemania “las leyes federales suelen ser ejecutadas en su mayoría, por autoridades de los Länder” (estados federados), a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos donde “las leyes de la Unión suelen ser ejecutadas, normalmente, por autoridades de la Unión, y las leyes de cada uno de los Estados, por autoridades de cada uno de ellos”**[[570]](#footnote-570)**.

También corresponde a la Comunidad Autónoma la ejecución de las leyes de competencia exclusiva del Estado, reservándose este último aspectos claves administrativos en estas materias como la planificación, la reglamentación, la vigilancia y el control del cumplimiento; para todo lo cual, evidentemente, el Estado puede establecer su propia organización en el territorio autonómico. La supervisión que hace el Estado del cumplimiento de la ley estatal por parte de la Comunidades, es la clase de control denominado de legalidad, para distinguirlo del “control de mérito” o de oportunidad. En esta línea institucional también se debe citar a La Pergola, según el cual

*Cuando se discute el reajuste de las estructuras administrativas estatales, se plantea el problema de regionalizar los entes del Estado. Se dice que nos encontramos ante una opción importante: dejar estos entes al Estado, es decir dejarlos sin modificar, o regionalizarlos. Pues bien, la experiencia de los Estados federales nos enseña que hay una tercera solución, la de crear entes mixtos del Estado y las Regiones* ***[[571]](#footnote-571)****.*

En España, en el “nivel convencional” las “relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas” permiten “crear mediante el correspondiente acuerdo de institucionalización de órganos de colaboración con funciones de coordinación según los casos sobre materias en que exista una interrelación competencial”; así como entrar en “convenios de colaboración” y “realización de planes y programas conjuntos”**[[572]](#footnote-572)**.

**Leyes de armonización y directrices**

La Constitución española, ha reservado al Estado la competencia exclusiva de bases y “coordinación” en economía, investigación científica y técnica y sanidad**[[573]](#footnote-573)**. Para este propósito los principales instrumentos con los que cuenta son las “directrices” y la planificación. El autor que se sigue en este apartado cita la definición de directrices constante en el Art. 189 del Tratado de Roma, que en este caso se aplica en las relaciones entre el Estado y las regiones: “las directrices obligan a todo Estado miembro a quien van dirigidas en cuanto a los resultados que deberá alcanzar, si bien será de la competencia de cada país la forma y los medios”.

La Constitución española determina que “[e]l Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a las competencias de éstas, cuando así lo exija el interés general”. El Tribunal Constitucional español ha señalado las condiciones sobre la intervención estatal a través de leyes de armonización, conforme el comentario de Aragón:

*Si bien normalmente la armonización afectará al ejercicio de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, las leyes de armonización podrán ser utilizadas en el caso de las competencias compartidas cuando se aprecie que el sistema de distribución de competencias, desde la diversidad de regulaciones de las Comunidades, produzca «una desarmonía contraria al interés general de la Nación» (STC 76/1983)****[[574]](#footnote-574)****.*

**La relación Gobierno Central, entidad reguladora y administración autónoma**

Se encuentra un equivalente de este esquema que consagra al Ejecutivo nacional como co-legislador provincial, en el Estado regional italiano. La Constitución italiana atribuye el control preventivo de la legislación regional al comisario de Gobierno, que la aprueba en forma tácita o expresa; o la reenvía al Consejo para su reforma o cancelación. La causal contemplada en la Norma Suprema italiana considera esta posibilidad cuanto el proyecto de ley “exceda la competencia de la región o esté en contraste con los intereses nacionales o con los de las demás regiones”. Pero el Consejo puede insistir y aprobarla por la mayoría de sus miembros**[[575]](#footnote-575)**.

Pero más usual es la participación del Estado, a nivel de Ejecutivo, en el ámbito provincial para: el ejercicio de las competencias provinciales de los órganos de la Administración Pública central e institucional en el territorio provincial; la determinación de políticas públicas nacionales, de ejecución provincial; la coordinación de planes y programas que abarquen dos o más provincias; la fijación de estándares y normativas. Más adelante se discutirán las competencias de seguimiento, regulación, control y sanción que corresponde a diferentes órganos públicos sobre las actividades de las administraciones autónomas, que se encuentran a cargo, básicamente, del Ejecutivo, los entes reguladores, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

Según un informe del CONAM, son funciones del nivel nacional:

***Unidad política del estado:*** *El nivel nacional tiene la función principal de conservar la unidad política del estado ecuatoriano. Dentro de esta función, el gobierno nacional debe proveer las pautas que den coherencia a la actividad del estado en todos los niveles de la administración pública.*

***Función de regulación:*** *Esto es, el gobierno nacional está a cargo de dictar, regir y formular las políticas y normas sectoriales nacionales bajo las cuales se acogen todas las políticas y normas emitidas por los gobiernos subnacionales.*

***Garantía de los accesos a los servicios y bienes públicos:*** *El gobierno nacional debe asumir el rol subsidiario que lo obliga a suplir falencias subnacionales en la provisión y prestación de bienes y servicios públicos; en caso de que las entidades de los gobiernos subnacionales no tengan la capacidad de atender las necesidades de la población de manera eficaz y eficiente mediante la entrega de estos bienes y servicios.*

***Competencias de interés nacional (desarrollo nacional, a más de las exclusivas):*** *El gobierno central tendrá bajo su responsabilidad competencias de interés nacional; para lo cual procurará buscar el concurso de los gobiernos subnacionales en la ejecución de éstas****[[576]](#footnote-576)****.*

En cuanto a las competencias de la Administración Pública central e institucional, se debe recordar que en el actual esquema constitucional todas “[l]as competencias del gobierno central podrán descentralizarse”, con las excepciones ahí establecidas**[[577]](#footnote-577)**; lo que se deberá entender obviamente también aplicable a un esquema de autonomías políticas. Pero la autorización constitucional y la posible reforma de su texto para incorporar la descentralización política en ningún caso podrá establecer un rígido marco y la necesaria asunción de la provincia de todas las competencias descentralizables.

Este importante tema tampoco ha sido considerado en las propuestas de descentralizaciones y de autonomías. Álvarez Conde opina que “el problema fundamental que presentan los Estados políticamente descentralizados reside en la articulación de fórmulas, reales u efectivas, de cooperación entre el Gobierno central y los Gobiernos de las distintas entidades descentralizadas”**[[578]](#footnote-578)**.

Así se visualizan por lo menos las siguientes instancias de participación del Gobierno central en las provincias, inclusive aquellas que accedan a una descentralización o autonomía política en los términos que fije la Constitución:

En primer lugar, como se ha visto, no todas las provincias obligatoriamente deberán acogerse a una descentralización política; y las que se acojan lo podrán hacer selectivamente y en forma progresiva, de modo que en cualquiera de las opciones abiertas por una reforma constitucional el Estado central mantendrá siempre una mayor o menor extensión de competencias del Gobierno central aplicables en el territorio provincial, competencias que podrá ejercer en su plenitud.

También conservará el Gobierno central sus competencias plenas en el territorio provincial en los ámbitos que la Constitución considera indelegables, no obstante la colaboración y coordinación que para su ejercicio pueda acordarse con las provincias descentralizadas o autónomas.

Las dependencias del Ejecutivo también tienen una participación en las materias que asuma un gobierno provincial autónomo, en la determinación, aplicación y el seguimiento de las políticas públicas sobre esa materia dictadas por el Estado a nivel nacional; esto es especialmente cierto de la normativa y estandarización, que requieren un tratamiento uniforme en todo el territorio nacional, como parámetros ambientales, unidades de pesos y medidas, normas de sanidad, calificaciones de categorías de establecimientos de turismo, etc.

Tanto una Ley Orgánica de Descentralizaciones y Autonomías como los estatutos correspondientes podrán establecer materias en las cuales el Estado se reserva el diseño de las políticas, lineamientos y marcos básicos, dentro de los cuales se tendría que desenvolver la legislación regional. En estas áreas todavía corresponderá a dependencias del gobierno central en la provincia la tarea de coordinación, colaboración y control.

Los organismos de control y regulación se convierten en el Ecuador y en la doctrina del Derecho Público latinoamericana y europea en un estamento diferente de la Administración Pública, que actúa con independencia del gobierno central. Estos entes, con amplias competencias de regulación, control y sanción supervigilan la prestación de servicios públicos, la protección de los mercados, la defensa de los consumidores, etc., funcionan con independencia del Gobierno central y extienden también su competencia al territorio de las regiones autónomas. En la actualidad, en la Unión Europea, estos entes de regulación son la base del control de los servicios públicos prestados por empresas privadas y se modelan en las comisiones reguladoras estadounidenses, donde funcionan con independencia de la Administración Pública desde el siglo XIX.

La Constitución ecuatoriana define a las “superintendencias” como “organismos técnicos con autonomía administrativa, económica y financiera y personería jurídica de derecho público, encargados de controlar instituciones públicas y privadas, a fin de que las actividades económicas y los servicios que presten, se sujeten a la ley y atiendan al interés general”**[[579]](#footnote-579)**. Corresponde a la ley señalar las actividades que requieran del control y vigilancia de una superintendencia. En general, la doctrina atribuye la posibilidad de este control y vigilancia principalmente a las actividades de prestación de servicios públicos, sean suministrados por instituciones públicas o privadas. Al lado de estos “entes reguladores” de reciente desarrollo en la legislación y la doctrina, se encuentran los tradicionales organismos de control: Superintendencia de Bancos y Superintendencia de Compañías, así como Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado, el Ministerio Público y la Comisión de Control Cívico de la Corrupción. En un régimen de descentralización y autonomías, estos organismos desempeñan un rol acentuado que permite la uniformidad en el territorio nacional del cumplimiento estricto de las normas para las prestaciones de servicios públicos y el control de legalidad.

**La descentralización tributaria**

Las discusiones sobre descentralización y autonomías en el Ecuador se contraen al tema fiscal casi exclusivamente. Desde el punto de vista doctrinal esta discusión podría considerarse ociosa, a pesar de su gran importancia, puesto que cualquier esquema de descentralizaciones y de autonomías se define por las asignaciones de competencias y por las atribuciones de ejecución de la normativa jurídica nacional. En cambio, en la cuestión de rentas, existen Estados unitarios donde un alto porcentaje de las rentas se transfieren a las instancias locales, o donde se recaudan los tributos nacionales en el nivel local y se transfieren posteriormente al Gobierno central, sin que cualquiera de estos esquemas prejuzgue sobre la atribución y ejecución de las competencias respectivas.

Como se discute más adelante, la cuestión de fondo en el debate fiscal será: ¿Qué cantidad de dinero se atribuirá a cada provincia?, independientemente de dónde se genera esa renta y de quién la recaude. La aplicación de un esquema de autonomías políticas ¿significará que algunas provincias empiecen a recibir menores rentas que la que actualmente reciben? Esto podría ser el caso de la provincia de Pichincha, puesto que los servicios que actualmente se prestan a través de oficinas públicas en la ciudad de Quito, perderían su razón de ser con las transferencias de esos servicios a las provincias respectivas. Si ese llega a ser el caso, se debería cuantificar esa disminución, que se traduciría básicamente en pérdida de puestos de trabajo, y compensarlas apropiadamente; para lo cual es necesario despojarse de los prejuicios y transparentar las cifras correspondientes. Tal vez podría ocurrir un caso de estos en la provincia del Guayas, aunque no contemos con un ejemplo en estos instantes de la discusión. Pero no se podría admitir que cualquier esquema de descentralización o de autonomías disminuya las rentas de las demás provincias.

La mayor parte de las argumentaciones contra las autonomías consisten en diseñar metodologías variadas para medir los ingresos tributarios provinciales, que demuestran que a lo más tres provincias y a lo menos una sola —la provincia de Pichincha— son “autofinanciables”. En los principales estudios realizados en este contexto se define la “autonomía” como la posibilidad de “autofinanciamiento” y retención de la totalidad de las rentas generadas en cada provincia. Por supuesto que esto es equivocado. Por su parte, se define como “autofinanciamiento”: que el monto de recaudación tributaria provincial sea superior a la cantidad de fondos que recibe del gobierno central, a través de las transferencias presupuestarias Así, según estos esquemas, la implantación de las autonomías equivaldría a condenar a la miseria a la mayor parte de las provincias del Ecuador, especialmente aquellas más desposeídas. Es significativa la cita de un artículo de prensa en un reciente libro sobre descentralización:

*Se podría decir que la descentralización perdió protagonismo porque las cifras le quitaron piso. Es que Los Ríos, provincia donde ya se hizo la inconsulta consulta, recibe 34,23 veces más de lo que tributa; Cotopaxi 15,09. Solo Guayas y Pichincha, siguiendo esta lógica, son provincias viables que podrían vivir con las rentas que generan casa adentro. Azuay, Imbabura. Tungurahua, Manabí tendrían que hacer un buen esfuerzo para llegar al equilibrio. Corriendo estos velos nos encontramos que el tema ha sido asumido con enorme demagogia. Nos hemos acostumbrado al facilista discurso que ha mirado al Estado central como la fuente de las rentas. Ese Estado hoy está quebrado, no aguanta más****[[580]](#footnote-580)****.*

Ojeda resume estos puntos de vista diciendo que

*(…) los datos e informaciones que han salido a la luz pública relacionadas con el origen de los ingresos y de los tributos con los que aporta la ciudadanía a los presupuestos de los gobiernos locales, ha llamado a los políticos a la prudencia puesto que ello revela que, en la mayoría de los casos, las propuestas no han sido elaboradas en base de información sólida y datos económicos y tributarios locales y nacionales. Esto podría ser visto como un potencial debilitamiento de los reclamos autonómicos que centran sus planteamientos en el aumento de las transferencias de recursos desde el Gobierno Central, lo cual posiblemente ha motivado que algunos grupos bajen el perfil de la discusión y consideren estratégico no atizar el fuego del debate, porque de lo contrario se podría cuestionar la consistencia y viabilidad práctica de las propuestas autonómicas, muchas de ellas construidas sin mayor fundamento técnico-económico* ***[[581]](#footnote-581)****.*

Como toda metodología, cada una de las utilizadas en los estudios de fuentes aparentemente opuestas a una genérica autonomía concebida de esta manera, se sirve de parámetros subjetivos; parámetros que coinciden en incrementar los ingresos considerados nacionales y de la provincia de Pichincha, en detrimento de los ingresos de las demás provincias. Existe por lo menos un estudio proveniente de instituciones de educación superior de Guayaquil, que alega que las cifras de los indicados estudios son erróneas**[[582]](#footnote-582)**. En realidad, el tema de las cifras mismas no reviste mayor importancia y deberán poderse transparentar con relativa facilidad y los errores, de existir efectivamente, ser rectificados, en vista del prestigio de las entidades y autores quiteños que las han publicado. Más, los problemas de fondo son de índole diversa, básicamente de naturaleza política. En efecto, el aspecto descollante de las metodologías es el acuerdo sobre los parámetros mismos de los cálculos respectivos. Esto también parecería factible de consensos apropiados. En efecto, se ha insistido, con razón evidente, en que las rentas provenientes de importaciones a través del puerto de Guayaquil sean atribuidas no a la provincia del Guayas exclusivamente, sino a las diferentes provincias que realizan las importaciones. Pero entonces lo mismo deberá hacerse con las cantidades retenidas por concepto del IVA que declaran las empresas en la provincia de su domicilio. La razón de esto es que el IVA, como otros impuestos incluyendo el ICE, lo pagan los consumidores y resulta que las compañías lo que hacen es retenerlos y pagarlos en la ciudad de su domicilio. Así por ejemplo, el estudio de Albornoz, citado en este libro, calcula como “no divisibles” y por lo tanto no imputables a provincia alguna aquellos tributos relacionados con la importación de bienes; y destaca el problema de atribuir el IVA o el impuesto a la renta a una provincia, cuando sus contribuyentes son de las demás provincias. Finalmente, su estudio descuenta la tributación del IVA y la renta de las provincias vecinas pagada en las provincias de Pichincha y Guayas y las atribuye a la provincia respectiva; pero mantiene en cada provincia, incluyendo Pichincha y Guayas, la cantidad pagada por concepto de IVA y del impuesto a la renta. Esta metodología tiene el efecto indudable de atribuir mayores rentas a Pichincha y menores al Guayas de lo que podría corresponder con otras metodologías, como por ejemplo, la propuesta por el sapiente hacendista quiteño Riofrío Villagomez a mediados del siglo pasado, según el cual el parámetro más justo para medir las contribuciones tributarias provinciales debería ser el “sacrificio tributario” de cada provincia:

*(…) Cuando se cree que en los cuadros de la Contraloría, que llevan el título de “Recaudaciones Por Provincias”, se está dando el aporte real de ellas para el Presupuesto de Operación del Estado, tampoco se polemiza al advertir que esos cuadros no contienen otra cosa que los ingresos de Caja que se han efectuado en un lugar, y no el sacrificio tributario de los habitantes de cada Provincia.*

*El propósito de este trabajo se limita, pues, a efectuar una adecuada distribución de esas cifras básicas o primarias de los indicados cuadros, de acuerdo con el sacrificio tributario en cada Provincia, por ende, la verdadera aportación al antedicho Presupuesto, advirtiendo que no se trata de cifras absolutas, con un valor 100 por 100 exacto, sino de cifras relativas, que se aproximan aceptablemente a la realidad, con un error que no excederá de 10%.*

*Para que un trabajo de esta naturaleza tenga valor aproximado aceptablemente a la realidad, es preciso optar por dos criterios fundamentales:*

*a) El personal o del domicilio de los consumidores, para los impuestos indirectos al consumo, pues hemos de admitir que tales tributos no los soportan las personas que, operando como agentes de retención, lo abonan al Fisco y lo cargan luego a los consumidores, quienes son los sujetos reales de la obligación tributaria.*

*b) La situación de los bienes y de los negocios, para otros impuestos como los que afectan a la renta, capital en giro, herencias, etc. De esta manera podremos establecer satisfactoriamente la incidencia de la contribución, ya que no nos interesa sino relativa y primariamente el lugar de la consignación de tales impuestos* ***[[583]](#footnote-583)****.*

En todo caso, es obvio que sería demasiado difícil encontrar metodologías que reflejen con exactitud lo que rindan el impuesto a la renta de cada compañía desglosado por provincia, puesto que esto implicaría que esta compañía introduzca complicados sistemas contables que consideren los “centros de costos” provinciales; por lo que talvez el impuesto a la renta se debe considerar en efecto un impuesto “nacional” no atribuible a provincia alguna. Pero en cambio no será difícil efectuar el cálculo provincial en el caso del IVA. También se ha observado que un gran porcentaje de las empresas que constan entre los llamados “grandes contribuyentes” son compañías extranjeras que hacen negocios en todo el Ecuador pero que, por obvias razones, se han domiciliado en la ciudad capital.

El análisis de las cifras tributarias en el Ecuador revela que el IVA es el ingreso tributario de mayor rendimiento, seguido por el impuesto a la renta —que es una proporción que se juzga inadecuada por la doctrina tributaria, puesto que el IVA es un impuesto regresivo, debiendo ser el impuesto a la renta proporcionalmente mayor, lo que no ocurre en el Ecuador.

En el contexto de la doctrina tributaria, dentro del Estado unitario las alternativas fiscales son: 1. Determinación nacional; 2. Determinación local; 3. determinación nacional y fijación de excesos a nivel local; 4. Determinación de impuestos propios a nivel local. Cualquier esquema de descentralización administrativa y de autonomía política podría acudir a una de estas opciones o a una combinación de las mismas. El problema de nuevo es de índole política y, finalmente, económico, puesto que va a parar en último término a la interrogante: ¿Qué cantidad o porcentaje del rendimiento tributario se reserva la provincia o región y que cantidad o porcentaje se margina el Gobierno central?, y también ¿qué cantidad o porcentaje del presupuesto del Estado recibirá la provincia o región y qué cantidad se retendrá el Gobierno central?

Hay que aclarar que en la actualidad en el Ecuador los impuestos son íntegramente de determinación nacional. Es decir, solo el Congreso Nacional puede determinar impuestos, incluso locales. Debe recordarse que los municipios solamente recaudan sus impuestos propios, pero no pueden crear nuevos impuestos ni pueden fijar los rangos de la cuantía de aquellos atribuidos por la ley, sino conforme los parámetros previamente establecidos en la misma ley —por ejemplo, los impuestos prediales y el procedimiento para su modificación. Las tasas también son tributos y pueden fijarlas libremente las municipalidades, de nuevo dentro de los parámetros establecidos en la ley. En efecto, las tasas no son de libre manejo por las entidades públicas, puesto que la potestad de atribuirlas corresponde exclusivamente a la ley, la que determina también los parámetros para la determinación de sus cantidades. Por supuesto que los parámetros para calcular las tasas pueden modificarse por ley e incluso atribuir su cálculo a las entidades que las cargan, pero la tasas mismas, por tratarse de un tributo, forman parte de la “reserva de ley” establecida en la Constitución.

Dentro de cualquier esquema de descentralización administrativa la “reserva de ley” permanece en manos del Congreso Nacional para la fijación tributaria, sin perjuicio de aplicar la provisión vigente que permite delegar a los órganos locales y provinciales su recaudación. La autonomía política podría o no conservar la “reserva de ley” existente para efectos tributarios, pero también podría la Constitución autorizar a los órganos normativos provinciales y locales la fijación de sumas adicionales para uso local exclusivamente; para lo cual se requiere obviamente una reforma a la Ley Suprema ecuatoriana. Finalmente una autonomía política más avanzada podría atribuir a los órganos normativos regionales la creación de tributos internos, sin limitación alguna.

Nótese que son cosas diferentes: 1. La creación de tributos; 2. Su recaudación; 3. Su utilización.

La recaudación podría realizarse por parte del Gobierno Central para repartir una parte del producto o todo el producto al Gobierno Provincial o los Gobiernos Locales o repartirlos con otras entidades públicas funcionales y territoriales.

En el caso de utilización local del tributo, la ley podría asignar previamente el destino de los tributos recaudados localmente — (por ejemplo, para educación), o podría atribuir absoluta libertad para invertir tales recursos en los fines que juzguen autónomamente los órganos políticos locales. Por supuesto, también se podrían diseñar opciones intermedias entre estos dos extremos. Obviamente, también es una opción, la recaudación y depósito de los tributos en una cuenta que reserve porcentajes determinados para el gobierno nacional y los Gobiernos Municipales.

**XII. El acto administrativo**

**Introducción**

Los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones o potestades constitucionales o legales, en la esfera de su jurisdicción y competencia expiden actos jurídicos de derecho público, o sea, actos administrativos**[[584]](#footnote-584)**. En consecuencia, el concepto de acto administrativo es uno de los más importantes del Derecho Público porque a través de estos actos se manifiesta la voluntad de la Administración del Estado. Esta relevancia del acto administrativo en el Derecho Público se ha ido afirmando con la disminución de la importancia destacada que se atribuía a la noción del “acto de gobierno” y de otras actuaciones no justiciables de la Administración Pública —en contraposición al acto administrativo—, lo que se discutirá más adelante.

Acto administrativo es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata, afirma Gordillo**[[585]](#footnote-585)**.

En términos casi iguales, siguiendo literalmente a Dromi**[[586]](#footnote-586)** se define en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: “Actos administrativos normativos: Son toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”. La diferencia con Gordillo estriba en que el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) dice “en forma directa”, en vez de “en forma inmediata”. El uso del término “directo” es utilizado por Dromi en concordancia con Cassagne**[[587]](#footnote-587)**, siguiendo un par de leyes de procedimiento administrativo de su país, quien los llama así porque [l]os efectos jurídicos del acto administrativo son directos; surgen de él mismo, no están subordinados a la emanación de un acto posterior”**[[588]](#footnote-588)**. Según Cassagne, esta referencia a “directos” tiene la ventaja de excluir las actuaciones y “los actos preparatorios de la voluntad administrativa”**[[589]](#footnote-589)**. Se contraponen con actos que tienen, según Dromi, “efecto jurídico indirecto o mediato”, concluyendo sobre ellos más adelante que “no son actos administrativos por carecer de la señalada inmediatez”. Pero es claro que “indirecto” no es sinónimo de “mediato”. Por tal razón, Díez, por ejemplo, prefiere definir estas características como “efectos jurídicos directos e inmediatos”. Por otra parte, otros tratadistas argentinos no entran en esta discusión**[[590]](#footnote-590)**. Tampoco se refieren a este punto la doctrina administrativa europea. Por último, el proyecto del profesor Tinajero, al referirse al acto administrativo tampoco utiliza el apelativo “directo”**[[591]](#footnote-591)**.

Para concluir con las definiciones, modernamente se evita en lo posible entrar a ellas al redactar normas jurídicas, especialmente cuando tales definiciones están sujetas a corrientes circunstanciales o limitadas geográficamente o temporalmente, susceptibles de cambios conceptuales, como sin duda es la noción de acto administrativo.

Como dice Laubadère, no es cierto que una noción tan fundamental en Derecho Administrativo como es el acto administrativo tenga una definición única y cierta**[[592]](#footnote-592)**. Así, contra la definición generalmente aceptada del parágrafo anterior, que abarca “la función administrativa” de todos los poderes del Estado, esto es, también la Función Legislativa y la Judicial; Díez afirma que solamente el órgano ejecutivo puede dictar actos administrativos**[[593]](#footnote-593)**. Por su parte, otros autores pueden cuestionar el enfoque de los “efectos jurídicos individuales”, porque estiman que los reglamentos, que producen “efectos jurídicos generales”, también son actos administrativos. Para Laubadère, por ejemplo, “[l]a distinción de actos reglamentarios e individuales, sin embargo, no es absoluta y su puesta en vigencia encuentra ciertas dificultades”**[[594]](#footnote-594)**. Otros autores, como Marienhoff consideran que el acto administrativo también se puede dar en forma bilateral, a diferencia de la definición que se ha adelantado, que se limita a las declaraciones unilaterales. Así, según este autor y los que lo siguen, el contrato administrativo también sería un acto administrativo, pero de índole bilateral: “Todo contrato administrativo es, substancial y esencialmente un acto administrativo bilateral”**[[595]](#footnote-595)**. El mismo Gordillo manifiesta que “en un concepto amplio de acto administrativo estarían comprendidas las tres hipótesis (acto bilateral, acto unilateral general y acto unilateral individual)”**[[596]](#footnote-596)**. También Bocanegra cita un concepto amplio de acto administrativo: “es todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo”**[[597]](#footnote-597)**, aunque él mismo es partidario de un concepto mucho más restringido. Mas adelante se desarrollarán estos conceptos del reglamento y del contrato, en todo caso íntimamente relacionados con el acto administrativo.

Los actos administrativos pueden revocarse por la misma autoridad que los expidió, siempre que no afecten derechos de terceros. El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva denomina “extinción” del acto la revocatoria que hace la autoridad que lo dictó, revocatoria que procede por razones de oportunidad y de legitimidad, sin perjuicio de la declaratoria de “nulidad” de oficio y a petición de tercero, sin límite de tiempo, novedad cuestionable introducida en el Ecuador en 2002. Esta novedad, traída del derecho español, se aparta de la doctrina tradicional que dispone que cuando el acto administrativo afecta derechos de particulares, la revocatoria se deberá solicitar al Juez contencioso administrativo. Si el acto administrativo concierne derechos adquiridos de los ciudadanos, pero se considera que lesiona los intereses públicos procede la acción de lesividad**[[598]](#footnote-598)**.

**Antecedentes y derroteros del acto administrativo**

***Orígenes del acto administrativo***

La doctrina del Derecho Público coincide en ubicar el origen de la noción de acto administrativo en Alemania y en Francia, pero especialmente en este último país, puesto que, por lo menos a nivel doctrinal, el principio de la separación de poderes se elabora en Francia. Recuérdese el *dictum* de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, según el cual una sociedad donde no está determinada la separación de los poderes carece de Constitución**[[599]](#footnote-599)**. Antes de la Revolución, dice Mayer en su *Derecho Administrativo Alemán*, la noción de acto administrativo era completamente desconocida. Pero se debería matizar esta última afirmación, puesto que sin duda existían actuaciones de las autoridades, pero en tanto no se sometían a un juzgamiento externo o interno de la misma Administración Pública resultaba innecesario distinguirlas o identificarlas jurídicamente. Tal vez en este sentido afirma Carré de Malberg que Rousseau ya había dicho que el acto administrativo no es más que “una voluntad particular, un acto de magistratura, un decreto”**[[600]](#footnote-600)**. Según Díez, estos actos se denominaban “actos del rey o actos del fisco” y sí estaban sujetos a una revisión de tipo jerárquico —en sede administrativa, como se diría hoy. Hauriou se refiere al “principio de los recursos jerárquicos, merced a los cuales las autoridades superiores podían revisar los acuerdos de las inferiores, y en su caso, modificarlos o decretar su anulación”**[[601]](#footnote-601)**.

La transformación de estas nociones en antecedentes de “operaciones” y “actos de administración” se remonta a las leyes francesas de 16-24 de agosto de 1790 y de 16 fructidor del año 3, que “prohibía a tribunales federales el conocimiento de operaciones de los órganos administrativos”, de “conocer actos de administración, de cualquier especie que ellos sean”**[[602]](#footnote-602)**. Citando a Bandeira de Mello, Díez manifiesta que el órgano francés de gobierno “declaraba que por acto de administración se debía entender los ejecutados por orden del gobierno, por sus agentes inmediatos sometidos a su fiscalización y con fondos proporcionados por el Tesoro nacional”**[[603]](#footnote-603)**, en 1795**[[604]](#footnote-604)**.

Jellinek cuestiona el criterio de Mayer, según el cual Alemania tomó el concepto de acto administrativo de Francia:

*Este concepto no procede de ningún modo, como afirma O. Mayer (…), del Derecho Administrativo francés, sino que más bien se ha formado de una manera independiente, en la ciencia alemana, pues la definición francesa del acto administrativo, como decisión de la autoridad, no es aceptada por nosotros. No hay duda alguna de que es necesario abarcar con un concepto común todas las actividades exteriores de la administración, y considerar al acto de autoridad como incluido en aquellas actividades* ***[[605]](#footnote-605)****.*

Escriche define en 1838 los “actos administrativos” del derecho español como:

*Las decisiones, providencias o hechos que cualquiera autoridad administrativa o agente del Gobierno toma o ejecuta en desempeño de sus funciones. Los jueces no deben mezclarse de modo alguno en las operaciones de las autoridades administrativas, ni tomar conocimiento de sus actos, porque los poderes de la administración están separados y son independientes de los tribunales de justicia* ***[[606]](#footnote-606)****.*

Pero hay que concordar con Fernández de Velasco en que “lo jurídicamente interesante no estriba en averiguar dónde aparece en primer término, sino cómo aparece y por qué”**[[607]](#footnote-607)**.

Originalmente todas las actuaciones del Poder Ejecutivo se denominan genéricamente como “actos administrativos”. Con el desarrollo de la jurisprudencia administrativa y de la doctrina, la legislación va estableciendo necesarias distinciones, que se desarrollan de diferente manera en los países del sistema del Derecho Público. Las principales razones de la distinción del acto administrativo de otras actuaciones de la administración provienen de dos constataciones elementales: 1. Existen actuaciones de la Administración Pública que afectan exclusivamente situaciones jurídicas individuales y subjetivas, mientras que otras acciones públicas aplican en forma general al conglomerado de los ciudadanos (acto administrativo – reglamento); 2. Existen actuaciones administrativas que son de naturaleza unilateral, es decir que no requieren del asentimiento del ciudadano afectado (acto administrativo y reglamento), en cambio, hay otras manifestaciones que requieren del asentimiento del particular para surtir efectos jurídicos (contratos).

No obstante, no resulta erróneo, afirma Gordillo, (aceptar una definición amplia de acto administrativo) “pero implica alejarse de la realidad del lenguaje cotidiano, en cuanto por su excesiva amplitud no permite obtener consecuencia alguna de ello ni aplicar directamente las diferencias específicas (…)”**[[608]](#footnote-608)**.

La doctrina administrativa sudamericana, principalmente argentina, acogida en la mayor parte de los demás países de la región, establece actualmente una neta diferencia entre las declaratorias del órgano público que afectan única y exclusivamente situaciones jurídicas individuales de un ciudadano o de un conjunto determinado y determinable de ciudadanos (actos administrativos); y las declaratorias públicas que se aplican en forma generalizada a todos los ciudadanos o a un amplio conjunto de ciudadanos (reglamento). Este enfoque ha sido adoptado en Ecuador, en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), que hace suya la definición de *acto administrativo* de Dromi**[[609]](#footnote-609)**, como se vio líneas arriba. Más adelante, se revisarán las nociones de acto administrativo de autores administrativos de otros países de América Latina, los cuales, en su mayoría, concuerdan con el enfoque argentino contemporáneo.

En España, dice García de Enterría, “[n]o sería correcto, (…), explicar el Reglamento como un simple acto administrativo general. (…) El reglamento no es un acto administrativo general”**[[610]](#footnote-610)**. El derecho administrativo francés, en cambio, conserva la denominación de acto administrativo también para los reglamentos, que entran dentro de la categoría de “actos administrativos unilaterales ejecutorios reglamentarios”, para distinguirlos de los actos que afectan situaciones subjetivas individuales. Las “decisiones ejecutorias”, según Morand-Deviller, pueden ser individuales o reglamentarias”**[[611]](#footnote-611)**. Las “decisiones ejecutorias individuales” son equivalentes a nuestro acto administrativo, tal como definido en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y, en general, como se conceptúa el acto administrativo en la doctrina administrativa sudamericana.

A pesar de la tradición administrativista francesa, todavía se discuten las afinaciones del concepto del acto administrativo y de la “decisión ejecutoria”. Según Vedel:

*Las ambigüedades de las decisiones ejecutorias o, más exactamente, de la expresión “decisiones ejecutorias” se deben por una parte a que es utilizado para designar objetos diferentes y, por otra parte, a que es utilizado como sinónimo de acto administrativo unilateral* ***[[612]](#footnote-612)****.*

Así, el término “ejecutorio” en Francia se aplica, sea al momento que el acto entra en vigor —lo que incluye también los contratos—, cuanto “para calificar el acto, para identificar su naturaleza o, al menos, su carácter”. Vedel cita el famoso “Manual de Derecho Administrativo” de Maurice Hauriou, donde define la decisión ejecutoria como necesariamente contemplando la ejecución de oficio y considera que es una expresión sinónima de “actos administrativos unilaterales”. Pero a partir de la duodécima edición (1992) de su conocida obra, Vedel modifica su criterio, estableciendo una importante diferencia entre “decisión ejecutoria” y “acto administrativo unilateral”. En efecto, dice, la diferencia estriba en que la decisión ejecutoria *modifica* una situación de derecho o de hecho anterior, lo que no ocurre con el acto administrativo unilateral, tal como se lo concibe en Francia**[[613]](#footnote-613)**.

Los italianos denominan *provedimmento* a los actos administrativos que afectan derechos subjetivos individuales de un solo ciudadano, distinguiéndose así de otros *atti amministrativi*, como por ejemplo, los llamados por el Estatuto ecuatoriano (ERJAFE) “simples actos de la administración”, que no vinculan a los particulares. Asimismo, en Italia los reglamentos se consideran actos normativos.

También existen en la doctrina del Derecho Administrativo variadas manifestaciones de los órganos públicos que no responden a las características del acto administrativo, como son las actuaciones arbitrarias, sin sustento legal, las omisiones y los retrasos en proveer los requerimientos de los ciudadanos. La doctrina, la jurisprudencia y la legislación han determinado que estas acciones también son justiciables, a pesar de no ser propiamente actos administrativos y las han calificado con diferentes denominaciones, como *vías de hecho*, *omisiones, silencio administrativo negativo presunto* y *silencio administrativo positivo presunto, meros pronunciamientos administrativos,* etc., a los que han atribuido diferentes efectos legales.

Bocanegra Sierra contrasta la referencia al “acto administrativo” en la Ley Jurisdiccional de España de 1956, con el uso del vocablo “actuación” en la vigente Ley de 1998 de ese país y cita las posibles pretensiones que el ciudadano puede plantear en el contencioso administrativo del derecho alemán:

*Por lo que se refiere a peticiones de condena, existen dos variantes:*

*La pretensión de que se condene a la Administración a dictar un determinado acto administrativo.*

*y la pretensión dirigida a que la Administración realice una determinada prestación o a que cese una actividad administrativa concreta.*

*Por último, como pretensión de carácter declarativo se reconoce la**posibilidad del ejercicio de una acción dirigida a la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o a que se declare la nulidad de un acto administrativo* ***[[614]](#footnote-614)****.*

El tema de fondo es que no toda manifestación del órgano administrativo será necesariamente un “acto administrativo”, sino solamente aquellas declaraciones que modifiquen el estatus jurídico de algún ciudadano, aunque generalmente se consideran también como actos administrativos a las certificaciones y constataciones, que no alteran derechos subjetivos. Ha sido necesario establecer la noción de “hecho administrativo”, para significar cualquier manifestación del órgano administrativo sujeto al Derecho Administrativo que no modifica una situación jurídica individual.

***El acto administrativo y las funciones del Estado***

Mayer sustenta el criterio de que “[c]on la nueva estructura del poder público (el acto administrativo) llega a ser, súbitamente, un resultado de la separación de los poderes”[[615]](#footnote-615). Quizá con la finalidad de ilustrar este punto es que asimila el acto administrativo a la sentencia: “El acto administrativo representa para la administración el correlativo necesario de las sentencias de los tribunales; él es indispensable a fin de que la organización administrativa tenga igual valor desde el punto de vista jurídico. Por ello es que insistimos desde el principio, con gran energía, sobre el carácter equivalente del acto administrativo con relación a la sentencia”[[616]](#footnote-616).

Resulta interesante la tentativa de identificar un concepto jurídico equivalente en las tres funciones del Estado: sentencia – ley – acto administrativo. Pero, esta comparación no es tan acertada porque en la Administración Pública de hoy tanto o más importantes que el acto administrativo son los reglamentos y los contratos. Aunque hasta hace poco se pudo sostener que todos ellos eran actos administrativos —actos administrativos unilaterales, generales y bilaterales— hoy la doctrina tiende a enfocarlos separadamente, aunque con algunas diferencias según los países, como se verá más adelante.

Por otra parte, dentro de la Función Legislativa, sin duda la actividad más importante del Congreso es la expedición de leyes, pero cobra una gran importancia su potestad fiscalizadora o para aprobar tratados y presupuestos, incluyendo el Presupuesto del Estado y la designación de órganos públicos, así como los nombramientos de jueces y otros magistrados y, en general, de altos órganos del Estado. También se acepta el día de hoy que dentro de la Función Legislativa también se expiden actos administrativos, como por ejemplo el nombramiento de funcionarios.

García de Enterría contrasta este enfoque que atribuye a cada función un acto específico, con el criterio que se encuentra en Duguit, seguido por Jèze, que más bien hace un análisis abstracto de las diferentes clases de actos jurídicos que puede expedir el Estado, que los clasifica en: 1. acto normativo; 2. acto jurisdiccional; 3. acto subjetivo; y, 4. acto condición. Según esta escuela, los actos subjetivos y los actos-condición serían los típicos actos administrativos, mientras el acto normativo correspondería a la Función Legislativa, y el acto jurisdiccional el típico de la Función Judicial.

En “[o]tra segunda dirección pretende caracterizar el acto administrativo por las notas de autotutela que en sí contiene”, continúa García de Enterría. La reciente monografía de Bocanegra Sierra sobre el acto administrativo sería inspirada, “con algún matiz”, en la corriente iniciada por Mayer y los alemanes de identificar el acto administrativo de la Función Ejecutiva con la sentencia de la Función Judicial, “como acto que decide autoritariamente la situación jurídica del súbdito en un caso individual”. La otra corriente dentro de esta “segunda dirección” de autotutela, sería según García de Enterría “la teorización de una ‘decisión ejecutoria’ como el acto administrativo prototípico, que parte de Hauriou y que se mantiene aún en la doctrina francesa”; calificando “esas concepciones como notoriamente imprecisas”**[[617]](#footnote-617)**.

Es verdad, decía Stassinopoulos que “[e]l acto administrativo determina el derecho en el caso individual; ocurriendo lo mismo en la decisión jurisdiccional”; pero añadía la necesidad de distinguir en qué se diferenciaban ambas nociones. Así, acude a la diferencia entre la estricta sujeción del juez a la ley, en contraste con el poder discrecional de la autoridad administrativa. Estos conceptos del siglo XIX ya se habían atenuado en la época en que Stassinopoulos hacía estas comparaciones –en la década de los cincuenta del siglo XX. Pero hoy día se encuentra abandonada definitivamente la noción de que el juez lo que hace es aplicar estrictamente la ley, especialmente con la constatación de los amplios vacíos de esta. Por otra parte, el ámbito de la discrecionalidad de la administración se encuentra extremadamente restringido. En cambio, mantiene su validez la observación del autor que estamos citando de que la Administración puede actuar de oficio, mientras que el juez solamente puede intervenir a petición de una de las partes; no obstante que, observa, frecuentemente la Administración está prohibida de actuar por su cuenta. Para concluir, afirma que el verdadero criterio de la distinción entre la sentencia y el acto administrativo es que

*(…) la función ejecutiva, que se orienta a la satisfacción de las necesidades cotidianas del público, se manifiesta en el acto administrativo, que es una manifestación jurídica extremadamente elástica, revocable en principio y fácilmente adaptable a la función de la administración. (…) diferencia (entre el acto administrativo y la sentencia) que consiste esencialmente en el hecho que solo la sentencia ostenta la fuerza de la cosa juzgada o fuerza de la verdad legal* ***[[618]](#footnote-618)****.*

La aplicación del principio de la separación de poderes también distingue entre las actuaciones del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, pero en Francia se reserva al mismo Ejecutivo el juzgamiento de sus propios actos. Al Poder Judicial le corresponde juzgar las acciones de los ciudadanos, pero no de los órganos administrativos. Se ha atribuido esta paradoja a una comprensión equivocada de la teoría de Montesquieu**[[619]](#footnote-619)**, pero cabe recordar que esta separación de jurisdicciones equivale a la que a existía en el antiguo régimen. En efecto, Fernández de Velasco dice, citando a Tocqueville, que “la existencia de una multitud de Tribunales que funcionaban en Francia con independencia del Rey, obligó a este a crear uno especial para los asuntos que afectaban a su poder”**[[620]](#footnote-620)**. En la Francia post revolucionaria, los actos administrativos continuaron juzgándose por una jurisdicción “retenida” por el Ejecutivo y posteriormente “delegada”, hasta el día de hoy.

No obstante, en la actualidad el enfoque llamado “orgánico” del acto administrativo (el acto administrativo se da exclusivamente en la Administración Pública) ha perdido validez, aunque algunos autores relativamente contemporáneos, como Díez**[[621]](#footnote-621)**, todavía lo mantuvieron. Hoy se acepta que el acto administrativo puede provenir de cualquiera de las funciones del Estado y, en consecuencia, es posible la impugnación de actos administrativos, provengan estos de la Administración Pública, de la Función Judicial o de la Función Legislativa.

***El acto jurídico y el negocio jurídico, frente al acto administrativo***

**Antecedentes**

El intento de Mayer, citado en las líneas anteriores, de encontrar equivalencias del acto administrativo en las funciones del Estado, es significativo. Siempre resultan atractivas las teorías que unifican conceptos dispersos –en efecto, tal es la principal utilidad de la teorización: permite ubicar en unas pocas clasificaciones una amorfa realidad de hechos aparentemente descoordinados. Así, se ha intentado encontrar un concepto jurídico que abarque todas las manifestaciones o declaraciones con efectos jurídicos, independientemente que estas provengan de las personas naturales o jurídicas, sean estas de derecho público o privado. Uno de estos intentos es la doctrina alemana del negocio jurídico y su traslado al derecho público, estableciendo la identidad entre el negocio jurídico del derecho privado y el acto administrativo, del derecho público.

García Trevijano-Fos, desarrolla su conocido estudio sobre el acto administrativo en el marco de la teoría del acto jurídico y el negocio jurídico**[[622]](#footnote-622)**. El enfoque del acto jurídico y del negocio jurídico del derecho privado, sustentados en la autonomía de la voluntad, que se origina en las construcciones teóricas de los romanistas alemanes del siglo XIX (pandectistas) lo traslada García Trevijano-Fos al derecho público. Así, establece la ecuación siguiente: acto jurídico-negocio jurídico (derecho privado) = acto administrativo (derecho público).

Duguit, a comienzos del siglo XX fue del mismo parecer; es decir, también identifica el acto jurídico del derecho privado, con el acto jurídico —acto administrativo— del derecho público, pero por razones diferentes y, por lo tanto, con alcances distintos absolutamente.

Hay que adelantar que la noción de acto jurídico del derecho francés difiere del acto jurídico y del negocio jurídico de los pandectistas alemanes, como se verá líneas abajo.

Duguit rechazaba enfáticamente la teoría de la potestad estatal y propugnó más bien la noción del servicio público: en efecto, considera que el Estado no se manifiesta por una relación de poder, de potestad, sobre los ciudadanos, sino por una finalidad de servicios públicos. Concomitantemente, Duguit niega la existencia misma del Estado como un ente con voluntad propia, sino que resulta un colectivo conformado por la suma de las voluntades individuales de los gobernantes. Rechaza también la existencia de un Derecho Público como categoría diferente del Derecho Privado. La lógica consecuencia de estos enfoques es su afirmación de que:

*La teoría general del acto jurídico desarrollada en el tomo I (…) se aplica tal cual al acto jurídico público. En efecto, el acto jurídico tiene una cierta característica que conserva cualquiera que sea la voluntad humana de la cual emana, sea la de un simple particular, sea la de un agente público. Exteriormente, el acto jurídico público puede aparecer con caracteres diferentes de los que presenta el acto administrativo privado, pero en el fondo la identidad es perfecta* ***[[623]](#footnote-623)****.*

Duguit sostiene que no existe el Estado como ente con sustantividad propia. Si se acepta esta noción de la inexistencia del Estado como tal, los funcionarios públicos no actuarían como órganos públicos sino como sujetos de derechos privado. Por lo tanto los actos jurídicos que provienen de ellos serían en esencia actos jurídicos de derecho privado, con una apariencia de “actos administrativos”. Esta doctrina no ha tenido seguidores y en la actualidad la doctrina francesa del Derecho Público generalizadamente admite la existencia del derecho público y la realidad jurídica del Estado. Aunque todavía recientemente, el conocido autor de derecho político, Georges Burdeau, ha podido afirmar: “Nadie ha visto jamás al Estado”**[[624]](#footnote-624)**.

**La noción de acto jurídico y de negocio jurídico**

El derecho civil napoleónico, acogido por el Código de Bello y, por tanto por el Código ecuatoriano, contempla la noción de “acto jurídico” en múltiples disposiciones. La denominación de “actos” se aplica en el Código Civil ecuatoriano indistintamente para actuaciones materiales o para actos con efectos jurídicos**[[625]](#footnote-625)**. El Código Civil ecuatoriano atribuye el nacimiento de las obligaciones, además de los contratos o convenciones, cuasicontratos y cuasidelitos, también a “un hecho voluntario de la persona que se obliga” (Art. 1453, Código Civil). Asimismo, dice en el artículo siguiente –Art. 1454– que un contrato es “un acto” que llena determinadas condiciones. El Título II del Libro II del Código Civil se denomina: “De los actos y declaraciones de voluntad”.

En general, las reglas de los contratos civiles rigen, en lo aplicable, a los demás actos jurídicos. Muchos de los principios contractuales determinan normas generales, como por ejemplo, las condiciones para que una persona se obligue a otra por “un acto o declaración de voluntad”, o “los vicios del consentimiento”**[[626]](#footnote-626)**, que disponen normas para todos los actos jurídicos determinados por la voluntad y no solamente para los contratos**[[627]](#footnote-627)**. Es una clasificación que también se aplica en la actualidad a los componentes del acto administrativo (Ver más adelante).

Los pandectistas alemanes construyeron la teoría del negocio jurídico para establecer un esquema único común que abarque figuras diversas, que códigos como el de Napoleón y el de Bello consideran separadamente, sea el contrato y el testamento o determinadas notificaciones y aceptaciones, por ejemplo. La diferencia que establecen los pandectistas entre el “acto jurídico” y el “negocio jurídico” es que el acto jurídico es una acción humana con un efecto previsto por la norma jurídica, mientras que “¨[e]n el negocio (jurídico) el autor o autores autorregulan sus propios intereses, establece o establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción”**[[628]](#footnote-628)**,o, como lo define De Castro:

*“la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”* ***[[629]](#footnote-629)****.*

**La autonomía de la voluntad**

La autonomía de la voluntad es el sustento de la doctrina de acto jurídico y del negocio jurídico. El dogma de la autonomía de la voluntad ha sufrido ofensivas diversas en los últimos cien años, principalmente por los detractores de la doctrina del derecho natural. Kelsen y en general las teorías positivistas y formalistas del derecho, por ejemplo, desestiman el valor que la voluntad por sí misma pueda tener para afectar en cualquier sentido las relaciones jurídicas. Solo la norma legal puede determinar que la voluntad humana incida de alguna manera en el mundo jurídico, afirman. Es decir, la voluntad tiene algún valor jurídico en cuanto el acto específico de voluntad es reconocido por la norma jurídica y esta le asigna algún efecto específico en el ordenamiento. Kelsen reconoce “el negocio jurídico como hecho productor de derecho”. Pero contrasta el *deber* (Sollen) que establecen las partes contratantes, como “el sentido subjetivo del acto en que se da el negocio jurídico”, y aclara que también existe una significación objetiva, según la cual “este acto es un hecho creador de normas jurídicas en tanto y en cuando el orden jurídico otorgue a ese hecho esa calidad”:

*Al establecer el orden jurídico al negocio jurídico como un hecho productor de derecho, autoriza a los individuos sujetos al negocio a regular sus relaciones recíprocas, en el marco de las normas jurídicas general, producidas por vía de legislación o costumbre, por las normas que son producidas mediante el negocio jurídico* ***[[630]](#footnote-630)****.*

Tal posición ubica a Kelsen en las antípodas del enfoque del negocio jurídico, puesto que despoja la autonomía de la voluntad de su potestad creadora particular de normas y derechos subjetivos. Cierto es que la doctrina del negocio jurídico lo que afirma es que se produce el negocio jurídico cuando las partes quieren los resultados que la ley prevé para sus actos.

Pero el tema es que el formalismo jurídico despoja el orden jurídico de todo elemento “natural”, inclusive suprimiendo el concepto mismo de “persona natural” en cuanto ésta se opone tradicionalmente, en el análisis jurídico, a la noción de “persona jurídica”. Kelsen menciona la antigua discusión acerca de las personas “reales”, es decir lo que se conoce en derecho como “persona natural”, en su contraste con la “persona jurídica”, que en un momento fue denominada por la teoría como “ficticia” o como “artificial”. Sin duda, recuerda Kelsen, existen autores que se han esforzado por demostrar que la persona jurídica también es real. Pero, afirma, es un esfuerzo vano el emprender en tal demostración, porque definitivamente la persona jurídica es una creación del derecho, en tal sentido “artificial”, pero también la “persona natural” resulta artificial, puesto que sus derechos y atribuciones provienen exclusivamente del orden jurídico. Así, concluye: “Ser una persona’ o ‘tener personalidad jurídica’ es idéntico a tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos”**[[631]](#footnote-631)**.

Este enfoque absolutamente formalista se ve flexibilizado en cierta forma por Hart –otro positivista–, cuando este reconoce que “la institución moral de una promesa” subyace a las denominadas “reglas de cambio”, las cuales “confieren potestad a los individuos para variar las posiciones iniciales que les asignan las reglas primarias”**[[632]](#footnote-632)**. Adicionalmente, Hart distingue entre “las diversas reglas jurídicas que confieren potestades a los particulares”, considerando “una clase adicional de normas que también confieren potestades jurídicas pero, (…) potestades públicas y oficiales y no de naturaleza privada”**[[633]](#footnote-633)**, que permite confirmar la percepción contemporánea sobre la diferente naturaleza del acto jurídico del Derecho Privado y del acto administrativo del Derecho Público.

Habermas ha intentado superar la perplejidad que causa la rigurosidad lógica de estas doctrinas frente a la constatación práctica de los ciudadanos, que obedecen en su globalidad la ley y respetan el orden jurídico porque lo consideran en general “justo” y concordantes con su valoración ética propia. La construcción de Habermas intenta combinar los aspectos positivistas de la ley, con la realidad de su valoración ética por parte de los ciudadanos. No obstante, la suya es una construcción lógica *ex post*, puesto que se refiere a lo que debería ser *lógicamente*, pero nunca supera la explicación del *ser* actual que puede o no acatar el enfoque del *deber* considerado subjetivamente**[[634]](#footnote-634)**.

Pero, “la estructura jurídica de la sociedad no es producto exclusivo de la potestad pública”, dice con plena razón Hervada. Este autor, cultor del *iusnaturalismo* contemporáneo, estima que “el ordenamiento jurídico aparece como un sistema de relaciones jurídicas reguladas por la norma. (…) Los *momentos* del ordenamiento (…) son múltiples (…). Estos momentos son: la ley, el acto administrativo, la sentencia judicial y la actividad negocial”**[[635]](#footnote-635)**.

Así, la autonomía de la voluntad privada se considera un poder de naturaleza jurídica, capaz de causar *por sí misma* efectos jurídicos eficaces. Este poder creador de normas es un poder originario, mas no soberano, en cuanto se encuentra regulado por la ley, que impone requisitos determinados de capacidad y forma, así como las condiciones de validez de los actos de la autonomía privada**[[636]](#footnote-636)**.

En todo caso, se reconoce como otros “momentos del ordenamiento”, *diferentes* de la actividad negocial a: la ley, el acto administrativo y la sentencia judicial; instituciones que ostentan características que difieren del negocio jurídico, con el cual no se pueden identificar.

**El destino actual del negocio jurídico en el derecho privado y en su aplicación al acto administrativo**

Sobre la actual vigencia de la construcción teórica del negocio jurídico del derecho privado, dicen Díez-Picazo y Gullón:

*En Europa occidental, sólo el Código civil alemán, el portugués de 1966 y el de los Países Bajos de 1992 contienen preceptos que disciplinan de manera especial la declaración de voluntad, independiente de cómo se manifieste…En los demás (códigos) que siguen fiel a su origen romano-francés, hay normas que regulan los contratos, los testamentos, los matrimonios, etc., pero no existen normas sobre el negocio jurídico, ni está expresión es utilizada normalmente por el legislador* ***[[637]](#footnote-637)****.*

En el campo del proceso civil, ya a fines del siglo XIX, Wach afirma: “El concepto de proceso como negocio jurídico procesal es pues en sí mismo una contradicción”**[[638]](#footnote-638)**.

En Ecuador, la Corte Suprema ha resuelto:

*“El acto administrativo al expedirse, nacer o crearse ha de expresar una de las potestades previamente especificadas por el ordenamiento jurídico, entonces el acto no nacerá si no hay una norma específica que lo autorice y prevea ya que el acto administrativo se diferencia sustancialmente del negocio jurídico privado por cuanto es esencialmente típico desde el punto de vista legal, nominado, no obedece a ningún genérico principio de autonomía de voluntad, sino exclusivamente a la previsión de la ley”****[[639]](#footnote-639)****.*

En Sudamérica, la figura del negocio jurídico se introdujo en el siglo XX en los códigos de Argentina, Brasil y Perú, todos ellos con directa influencia del código civil alemán.

Así, a pesar de ser la figura del negocio jurídico un enfoque teórico que no ha gravitado mayormente en la legislación de los demás países de Europa y América, se reconoce la utilidad que tiene esta construcción teórica para estudiar y comprender mejor el derecho civil, como aceptan los autores españoles citados.

En cambio, debe recordarse que los elementos constitutivos del negocio jurídico se recortan básicamente sobre la figura del contrato. De tal manera, este enfoque del “negocio jurídico” ofrece una aplicación práctica del enfoque prevaleciente en el derecho civil romano-napoleónico, según el cual los elementos de la figura contractual se aplican en lo fuere procedente a todas las diferentes actividades sometidas al derecho civil. Además, como se anticipa líneas arriba, las nociones contractuales del derecho civil romano-napoleónico se aplican también indudablemente al derecho público, incluyendo al acto administrativo, así como el contrato administrativo, especialmente en el tema de la formación de la voluntad y sus requisitos, como son la capacidad y competencia, objeto, causa, forma y formalidad, etc.

***Potestad pública y voluntad en el acto administrativo***

García de Enterría señala que la discrecionalidad administrativa, por otra parte, no equivale a una efectiva autonomía de la voluntad, como lo han expresado algunos de los partidarios del acto administrativo como negocio jurídico, ya que los llamados “actos discrecionales” son una “simple manifestación de una potestad construida y atribuida como tal por la Ley, en la que existe necesariamente una pluralidad de actos reglados”, que expresan “la idea de un… deber funcional”**[[640]](#footnote-640)**.

Bocanegra, afirma que “(…) no existe (…) una voluntad administrativa autónoma, independiente de la Ley, no es posible, en absoluto, en efecto, tomar en préstamo del Derecho privado las referencias de una posible declaración (o, como, a veces, se hace, al negocio jurídico) como técnica jurídica para explicar la actualidad administrativa en la producción de los actos administrativos”**[[641]](#footnote-641)**. Por otra parte, cuando la doctrina se refiere a *voluntad,* “no es una voluntad encerrada en el interior del sujeto, sino una voluntad que se manifiesta o actúa. En otras palabras, el núcleo central del negocio jurídico está constituido por una declaración de voluntad o por un comportamiento que es valorado como tal”**[[642]](#footnote-642)**. Esto ya lo había expresado Kelsen: “No es exacto decir a propósito de las normas en general, las normas jurídicas en particular, que ellas son “la voluntad” o “el mandato” (la orden) –del legislador o del Estado—, si por “voluntad” o “mandato” (u orden), se entiende el acto físico de la voluntad”**[[643]](#footnote-643)**.

Como es obvio, Carré de Malberg –en contraste con Duguit— acepta la realidad de que los órganos del Estado expresan la voluntad del Estado en cumplimiento de la competencia otorgada en leyes y reglamentos, pero en virtud del ordenamiento jurídico estas manifestaciones se reputan provenientes del Estado y dotadas, por lo tanto, de la potestad estatal:

*(…) las voluntades expresadas a nombre del Estado son únicamente voluntades de individuos; pero, desde el punto de vista jurídico, es perfectamente exacto hablar de una voluntad del Estado: porque en virtud de la organización jurídica de la nación, las voluntades enunciadas en ciertas condiciones por ciertos individuos que tienen para este efecto competencia constitucional, se erigen en voluntad colectiva del Estado. Jurídicamente, entonces, el Estado se convierte en un ser susceptible de querer, aparece como el sujeto de la voluntad de la colectividad* ***[[644]](#footnote-644)****.*

De esta manera, Carré de Malberg justifica su discrepancia con el criterio expresado por su contemporáneo Duguit, que se cita líneas arriba. En efecto, para Duguit no había tal voluntad estatal, sino tan solo voluntades individuales, cuyos actos jurídicos no se diferenciaban en nada del acto jurídico de carácter privado.

En consecuencia, el jurista puede sentirse inclinado a encuadrar la actividad pública —y del acto administrativo en particular— en la noción de “acto jurídico”, incluso de “negocio jurídico”, en vista de la comodidad que significa una figura omnipresente y habitual como es el acto jurídico en el derecho privado. No obstante, se recuerda que la figura del “acto jurídico” y del “negocio jurídico” de la pandectística alemana se sustenta en el dogma de la autonomía de la voluntad. En este punto, se visualiza un abismo entre el negocio jurídico y el acto administrativo. Stassinopoulos explica que “[l]a diferencia fundamental consiste en el hecho que el acto administrativo es el ejercicio de la potestad pública, que le confiere un elemento que falta en el acto privado”. Por su parte, el individuo cuenta con la autonomía de la voluntad, mientras que el órgano público “no puede querer más que lo que la ley le permite y en la medida en que la ley se lo permite”, dice este autor citando a Mayer. Asimismo, esta declaratoria individual comporta una autolimitación que se impone el mismo particular, que solo excepcionalmente determina una limitación de la voluntad de otras personas, en cambio que el acto administrativo sí crea obligaciones para terceros**[[645]](#footnote-645)**.

**La voluntad en el acto discrecional**

Después de una extensa revisión de autores de diversa nacionalidad, García Trevijano-Fos descarta la mayor parte de las identificaciones de acto administrativo con negocio jurídico y concluye que en derecho público solo existe *negocio jurídico* en el acto administrativo discrecional**[[646]](#footnote-646)**. Así, examina la doctrina alemana, italiana, francesa, hispanoamericana y anglosajona, impugnando la mayor parte de los enfoques de equiparación del acto administrativo con el negocio jurídico. También analiza los criterios de los autores que niegan esta equiparación, destacándose entre otros Fortshoff de los alemanes, Giannini de los italianos y García de Enterría de los españoles, que rechazan la posible relación entre negocio jurídico y acto administrativo**[[647]](#footnote-647)**.

Garrido Falla, que estima que “el negocio jurídico es fundamentalmente la consecuencia de la función autonómica que el Ordenamiento jurídico reconoce a los sujetos de Derecho para generar las relaciones jurídicas ya disciplinadas en abstracto y en general por las normas vigentes. (…) No hay duda que esta función autonómica está atribuida a la Administración, señaladamente cuando actúa dentro del ámbito de lo discrecional”; y por lo tanto acoge la noción de “actos administrativos con categoría de negocios jurídicos”, entre los que incluye las admisiones, los nombramientos, las concesiones, las autorizaciones, las aprobaciones, las dispensas; incluyendo “negocios jurídicos que restringen la esfera jurídica de los particulares”: las órdenes, las expropiaciones, las requisas, los rescates, las revocaciones y las jubilaciones, así como los actos que imponen sanciones disciplinarias**[[648]](#footnote-648)**.

Pero la misma posibilidad de identificar el negocio jurídico con el acto administrativo discrecional implica aceptar el criterio de García Trevijano-Fos, de que exista un verdadero paralelo entre la autonomía de la voluntad del derecho privado con la discrecionalidad del derecho público, lo que se objeta en la actualidad; por ejemplo, entre los italianos contemporáneos. Así, Sandulli considera que “en el campo del acto administrativo (…) la acción administrativa se encuentra siempre condicionada —incluso cuando tiene carácter discrecional— a los fines institucionales”**[[649]](#footnote-649)**. En sentido similar se pronuncia Giannini**[[650]](#footnote-650)**.

Se concluye sobre este tema con la diferenciación que hace Clavero Arévalo “entre la potestad discrecional de la Administración y el principio de la autonomía de la voluntad. Este supone libertad de actuación en lo no prohibido por la ley; aquella supone libertad de actuación cuando la ley autoriza dicha libertad. La autonomía de la voluntad y la potestad discrecional suponen ambas el reconocimiento de un margen de libertad en el ordenamiento jurídico, pero mientras aquélla se reconoce por vía general, salvo en los casos prohibidos, la potestad discrecional se va concediendo en forma dosificada para cada caso concreto”**[[651]](#footnote-651)**.

***Problemas que surgen de la aplicación contenciosa de la noción tradicional del acto administrativo.***

La legislación ecuatoriana reciente, después de prolongadas vacilaciones remite a la jurisdicción contencioso administrativa no solamente los actos administrativos, sino también los contratos y los hechos administrativos. Incluso el “Juicio de Excepciones” del procedimiento coactivo, que durante toda la década de los noventa se conservó en el ámbito del procedimiento civil y jurisdicción civil, se desplazó fugazmente por la jurisprudencia de casación al contencioso administrativo y solo después de un prolongado *impasse* en la Corte Suprema de Justicia, se lo volvió a asignar la competencia para juzgar estos juicios “de Excepciones” a las salas de lo Civil y Mercantil. Pero aun en la actual situación, la norma legal se remite a la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que data de los años setenta, conforme los modelos europeos tradicionales, que se contraen a la impugnación del acto administrativo, en sus dos vertientes de los recursos llamados “subjetivo o de plena jurisdicción” y “objetivo o de anulación”. Así, en los reclamos por la responsabilidad del Estado, reconocida en el Art. 20 de la Constitución, se requiere un reclamo administrativo previo, contra cuyo acto de negativa o silencio administrativo, se plantea la impugnación en la sede judicial contencioso administrativa. No se trata en este caso de una vuelta al requerimiento del agotamiento de la vía administrativa, sino a la necesidad de crear el acto “préalable” —el acto administrativo previo— de la legislación francesa.

***La noción contemporánea de acto administrativo y la tendencia de desvincular el acto administrativo como centro del contencioso administrativo***

El acto administrativo ha recorrido un amplio derrotero en doscientos años de avatar. En efecto, se fija su nacimiento en los alrededores del año 1800 (años más, años menos), a pocos lustros de la Revolución Francesa, con relieves muy diferentes que los actuales. La noción de acto administrativo delimita en aquella época el ámbito vedado a las potestades legislativas –y por lo tanto judiciales, frente al Ejecutivo; dentro del concepto clásico de división de los poderes. El juzgamiento de estos “actos administrativos” por parte de los jueces se hubiera interpretado como una intromisión inconveniente en los asuntos administrativos. Estos actos son juzgados solamente por el mismo Ejecutivo, a través de la jurisdicción contencioso administrativa. Según Fernández de Velasco: “La institución matriz productora del acto administrativo es el recurso contencioso administrativo, así como, a su vez, el recurso contencioso administrativo es una consecuencia de la separación de poderes”**[[652]](#footnote-652)**. En Francia de la actualidad todavía los actos administrativos son juzgados por una competencia administrativa, diferente que la judicial: el Consejo de Estado; una competencia que se llama “delegada”, es decir independiente, para contrastarla con la competencia “retenida”, como funcionó en la época temprana. Por otra parte, la noción de acto administrativo surge como actividad no susceptible de examen por la jurisdicción civil. Este autor considera que el acto administrativo se define como aquel “realizado por la Administración y legalmente susceptible de ser impugnado por el recurso contencioso”**[[653]](#footnote-653)**.

El posterior desempeño del concepto del acto administrativo se encuentra determinado por la ampliación de su esfera: No había reclamación contenciosa sin acto administrativo. Todavía hoy en Francia perdura el aforismo “pas de decision, pas d’action” –“sin acto administrativo (previo), no hay acción (contenciosa)”, con referencia a la “decision préalable”**[[654]](#footnote-654).** Una lógica ampliación de su órbita es el acto administrativo presunto. Para evitar que el silencio del órgano público conduzca a la indefensión –por no tener sobre qué reclamar—, se configura ese silencio como un acto administrativo que presuntamente rechaza la petición del ciudadano, que lo habilita para impugnar ese acto administrativo presunto en el contencioso administrativo. Ese acto administrativo presunto que nace históricamente como negativo, se presenta hoy como un acto administrativo presunto positivo; sin perjuicio de constatar que a veces conviene más al ciudadano la aplicación de la negativa presunta**[[655]](#footnote-655)**.

Pero todavía la discusión de la validez o legalidad de la actuación administrativa se centra sobre un “acto administrativo” y si este no existe, se necesita “producirlo”, como observa Benalcázar, quien señala el ejemplo de la reclamación de indemnizaciones del Estado, conforme el procedimiento establecido en el ERJAFE**[[656]](#footnote-656)**. La jurisprudencia de casación de la Sala Administrativa de la Corte Suprema corrige la confusión inicial sobre el requerimiento de la “decision préalable” de los franceses, es decir el “acto administrativo previo”, establecido en el ERJAFE, con el requisito del agotamiento de la vía administrativa**[[657]](#footnote-657)**. Posteriormente la jurisprudencia de casación en Ecuador estima que el requisito del “préalable” no equivale al requerimiento de agotar la vía administrativa sino a la necesidad de crear un acto impugnable**[[658]](#footnote-658)**. En todo caso, a pesar de que la Ley atribuye a la jurisdicción administrativa el conocimiento de los hechos y los contratos, además de los actos administrativos, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa misma solo contempla la impugnación de “actos administrativos” en el “recurso de plena jurisdicción o subjetivo” o el recurso “de anulación objetivo o por exceso de poder”, para los actos normativos.

Dice García de Enterría:

*Históricamente, los vicios del acto administrativo han ido surgiendo al compás de la propia expansión del recurso contencioso-administrativo (el recurso de anulación o pour excès de pouvoir en Francia), como otras tantas ouvertures del mismo: incompetencia, vicio de forma, desviación de poder y, finalmente, violación de Ley y de los derechos adquiridos. Este todavía es el planteamiento habitual del Derecho francés [[659]](#footnote-659).*

Es cierto que la delimitación del concepto de acto administrativo a base de criterios jurisdiccionales se concibe originalmente como mejor tutela de los derechos del ciudadano, pero desemboca en aporías que contradicen esos mismos designios.

Como explica el autor citado, la enumeración clásica de causales de impugnación del acto administrativo en la vía contencioso-administrativa en España respondía al esquema francés, que ya fue calificado de “fundamento de división artificioso y falto de rigor lógico” desde 1956 en la Ley Jurisdiccional española, considerándose que “lo que importa es si existe infracción jurídica” estableciendo la ley de entonces el ilícito administrativo de una forma general: “Cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”[[660]](#footnote-660).

Las agudas observaciones de Mairal develan las contradicciones que genera el rígido enfoque procesal del acto administrativo. Las reglas de impugnación del acto administrativo, con breves plazos de caducidad de la acción procesal disponible para el ciudadano, transforma cualquier “acto” —no necesariamente un acto administrativo— del órgano público prácticamente en cosa juzgada “judicial”. Esto es tanto más clamoroso en cuanto convierte en acto firme y estable, incluso los actos nulos de pleno derecho, los actos inexistentes y, peor aún, como lo destaca Mairal, los que denomina “meros pronunciamientos administrativos”, es decir actuaciones del órgano administrativo sin competencia alguna, carentes de un sustento legal previo, que contradicen el principio constitucional según el cual a nadie se le puede impedir lo que la ley no prohíbe ni se le puede obligar a lo que no manda la ley. Estos actos, no obstante, gozan también de la presunción de legitimidad y de ejecutoriedad, además de su firmeza, si caducan los plazos de impugnación en vía judicial**[[661]](#footnote-661)**. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Ecuador, contempla el acto nulo administrativo como distinto del acto administrativo ilegal, sin más distinciones, pero el término de caducidad de noventa días corre igualmente para la impugnación de la nulidad del acto administrativo absolutamente nulo.

Para complementar el criterio de Gordillo de que el concepto de acto administrativo no se debe construir exclusivamente alrededor del contencioso-administrativo, se puede afirmar que la importancia actual de la construcción del acto administrativo se relaciona con la efectividad del Estado de derecho. La doctrina del acto administrativo en la actualidad enfatiza el cumplimiento de los requisitos que suponen la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos.

En el Derecho Público contemporáneo, la figura del acto administrativo es la medida de la corrección del desempeño de los órganos públicos juzgada conforme los cánones de los derechos humanos en el Derecho Internacional y al interior de los Estados de las normas constitucionales, legales e incluso éticas, centrados desde el punto de vista de los derechos de los ciudadanos en el Estado Social de Derecho.

En consecuencia, para reflejar tal enfoque, la jurisdicción contencioso administrativa amplía el campo de su acción y también incluye, no solo los actos administrativos, sino cualquier otra actividad o acción del Ejecutivo, incluyendo las llamadas vías de hecho, los hechos de la administración, sus omisiones y los contratos. Por lo menos tal es la profesada inclinación de la nueva ley española de la jurisdicción contencioso administrativa. No obstante, su normativa no logra escaparse de la tradición más que centenaria de un contencioso que gira alrededor del acto[[662]](#footnote-662).

***La evolución del concepto de “acto administrativo” hacia una figura de defensa de los derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos***

La concepción dogmática del acto administrativo en la doctrina administrativa contemporánea considera esta figura jurídica como una garantía de los derechos de los ciudadanos. Para plasmarse como tal, se exige en la formación, contenido y finalidad del acto administrativo: debido proceso, incluyendo motivación; garantía de los derechos humanos y correspondencia con las finalidades públicas; sin perjuicio del cumplimiento de su juricidad, es decir, su concordancia con todo el ordenamiento jurídico y no solamente con la aplicación de los simples requisitos legales.

En el día de hoy, la noción de acto administrativo posiciona a este como un concepto que permite la mejor defensa de los derechos del ciudadano: su existencia se justifica en cuando configura el mejor cumplimiento de los requisitos que contemplen los derechos de los ciudadanos. Cuando estos requisitos faltan o se menoscaban se podría presumir la lesión de los derechos del ciudadano. Esto ha sido reconocido por la Sala Administrativa de Casación de la Corte Suprema de Justicia el día de hoy[[663]](#footnote-663).

Comadira considera que también en la actualidad, “una función de la teoría del acto administrativo debe responder, sustancialmente a dos objetivos básicos”. El uno sería de someter las actuaciones de la administración a un “régimen jurídico uniforme” —que es un criterio que atribuye a Cassagne— y el otro objetivo, del propio Comadira, de “la necesidad de pensar, también, en la protección del interés público”**[[664]](#footnote-664)**.

XIII. La noción de acto administrativo en el  **Ecuador**

***Antecedentes***

En este asunto cabe citar a Mairal cuando afirma que “los conceptos jurídicos surgen de cada régimen institucional y por ende deben adecuarse a las particularidades del régimen al que corresponden, de donde no es posible la pretensión de crear tales conceptos con validez universal. (…) Sólo dentro de un determinado régimen jurídico valdrán, pues, los conceptos que construimos para expresar las reglas jurídicas así como para darles orden y sistema”**[[665]](#footnote-665)**.

Especialmente cierto resulta este criterio para el estudio de la noción de acto administrativo en el Ecuador, donde las referencias a doctrinas extranjeras deben matizarse en función de las leyes y jurisprudencia de cada país. En efecto, desde las aulas universitarias nos enseñan que la doctrina cederá siempre ante la legislación y la jurisprudencia, sin perjuicio de la importancia que tienen las reflexiones de los juristas sobre estas materias. Couture ya dijo, citando a Kirchmann, que “una palabra del legislador reducirá a polvo una biblioteca”**[[666]](#footnote-666)**.

Por otra parte, resulta necesario analizar el contexto doctrinal dentro del cual se realizan las expresiones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales ecuatorianas, que necesariamente están vinculadas a obras y estudios de Derecho Administrativo de otros países, entre los cuales se deben destacar Argentina, España, Francia e Italia. Así, el método procedente para el estudio del Derecho Administrativo en el Ecuador y, por supuesto, del acto administrativo es de analizar el acto administrativo ecuatoriano en la legislación y la jurisprudencia, en el contexto de la teoría general del acto administrativo de los diferentes sistemas jurídicos.

Este capítulo se contrae a la *noción* de acto administrativo en el Ecuador. Otros importantes aspectos del acto administrativo que se desarrollan más adelante son: 1. requisitos; 2. elementos; 3. clases, y 4. impugnación.

**Introducción**

Es cierto, como dice Gordillo, que no debe concebirse la noción del acto administrativo desde un punto de vista procesal exclusivamente**[[667]](#footnote-667)**. Pero la verdad es que, como se vio, la condición procesal ejerce una gran influencia en el concepto de acto administrativo. Por supuesto que lo contrario también es cierto: los procedimientos y procesos administrativos están determinados por la naturaleza de los actos que se impugnan. Por ejemplo, un principio elemental del procedimiento (en sede administrativa) y del proceso (en sede judicial) administrativo establece que no son impugnables los actos de mero trámite sin efectos obligatorios en una decisión final. Asimismo, los actos normativos o *reglamentarios****[[668]](#footnote-668)*** tienen procedimientos y requisitos de impugnación diferentes que los actos administrativos, aunque la doctrina y legislación de algunos países incluye los actos normativos o reglamentarios dentro de los actos administrativos.

La distinción que cierta doctrina establece entre actos normativos y actos administrativos proviene de una tradicional clasificación de los actos jurídicos de la función administrativa, que se remonta a Duguit, modificada por su discípulo Jèze que, en atención a su contenido, caracteriza los actos jurídicos en:

1°) actos creadores de situación jurídica general (actos legislativos o reglamentarios);

2°) actos creadores de situación jurídica individual (actos creadores de situación jurídica individual: unilaterales o contractuales);

3°) actos que confieren a un individuo una situación jurídica general, un status (actos-condición, que constituyen la condición de aplicación a un individuo de un status legal);

4°) actos que legalizan una situación jurídica general, una situación jurídica individual o un hecho (actos jurisdiccionales)**[[669]](#footnote-669)**.

En el Ecuador tanto la Constitución Política cuanto la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa distinguen para efectos de su impugnación los “actos normativos” de los “actos administrativos”. En efecto, la Constitución trata de la impugnación por razones de constitucionalidad de los actos normativos en el artículo 276, 1. y de la impugnación de los actos administrativos en el artículo 276, 2**[[670]](#footnote-670)**. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contempla el llamado recursos de objetivo o de anulación o por exceso de poder para la impugnación de los actos normativos o reglamentarios y el recurso de plena jurisdicción o subjetivo para los actos administrativos. Asimismo, por cuestiones justamente procesales, el extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró que los actos normativos podían también impugnarse a través del recurso subjetivo o de plena jurisdicción. Mas, como la ley reserva el recurso de plena jurisdicción solamente para los “actos administrativos” la resolución obligatoria del Tribunal Contencioso Administrativo llamó a los actos normativos “actos administrativos *generales*”, lo que se discutirá más adelante.

Pero ahora solamente se cita estas referencias para llamar la atención sobre una clásica discusión sobre el alcance del término de acto administrativo, como se discutió líneas arriba, que ha evolucionado hacia un enfoque mas restringido en la legislación ecuatoriana, que contempla diferentes categorías para los actos administrativos y los actos normativos, pero que todavía no se afianza suficientemente en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

**El acto administrativo en la legislación ecuatoriana**

1) Dos artículos de la Constitución ecuatoriana se refiere expresamente al “acto administrativo”:

*Art. 196.- Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley.*

*Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional:*

*(…)*

*2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales.*

En otras partes de su texto, la Constitución norma exclusivamente los “actos”, sean estos considerados o no como “administrativos”**[[671]](#footnote-671)**. En todas las veces se alude a “actos” exclusivamente, incluyendo actuaciones que se apartan de la normativa constitucional y legal, llamadas “vías de hecho” en algunas legislaciones; actos que, por tal razón, no podrían considerarse apropiadamente “actos administrativos”. Así, se deben destacar las provisiones siguientes de la Ley Fundamental:

*Art. 120.- No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones.*

En este caso, el término “actos” comprende tanto los llamados actos y hechos administrativos, actos de la administración, así como las vías de hecho de los órganos públicos.

*Art. 272.- La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos–leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.*

2) La Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo dispone que “[e]l recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trate”**[[672]](#footnote-672)**. Como se verá más adelante, una Resolución obligatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo amplia el concepto, extendiendo el recurso de plena jurisdicción a lo que denomina *actos administrativos generales.*

3) La derogada Ley de Régimen Administrativo contemplaba la jurisdicción contencioso-administrativa que correspondía al extinguido Consejo de Estado. No se utiliza el término acto administrativo, sino a “un acto (…) de una autoridad administrativa nacional o seccional”, y más adelante a “acto lesivo”**[[673]](#footnote-673)**. En este artículo se prevé, aunque en forma sucinta, la existencia y desarrollo de la reclamación de los actos administrativos en sede administrativa, cuando dispone que, antes de presentar su reclamo en el Consejo de Estado, “el perjudicado (…) demostrará haber agotado los recursos jerárquicos y que ha sido negada su solicitud”. También se establece en esta provisión el 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 que la Ley señale un plazo mayor”**[[674]](#footnote-674)**.

4) El Código Tributario trata en unos pocos artículos sobre la forma y contenido de los actos administrativos tributarios, su presunción de legitimidad y ejecutoriedad; define los “actos firmes” y los “actos ejecutoriados”, así como su forma de notificación**[[675]](#footnote-675)**. Se podría considerar que, a falta de otras disposiciones que expresamente normen estos temas específicos, sus disposiciones podrían ser aplicables a todos los actos administrativos y no solamente los tributarios.

5) La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control dispone que “[l]a obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva (…) [c]uando se reciban de terceros obras, bienes y servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo”**[[676]](#footnote-676)**.

6) La Ley de Modernización contiene algunas disposiciones sobre el trámite del acto administrativo, principalmente el silencio administrativo, que establece una presunción de acto administrativo favorable a la solicitud del ciudadano, la obligatoriedad de la motivación y las formas de notificación; remitiéndose al Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva para todo lo atinente a “[l]a formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la Función Ejecutiva”**[[677]](#footnote-677)**.

7) A diferencia de las normas que se acaban de citar, en forma inconveniente el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva**[[678]](#footnote-678)** define el acto administrativo. En general, la tendencia moderna es abstenerse de las definiciones en el momento de legislar, puesto que tales conceptualizaciones resultan siempre incompletas y frecuentemente superadas en los hechos. Así, la definición se deja a la doctrina y por supuesto a la cátedra. El artículo 65 del Estatuto dispone:

*ACTO ADMINISTRATIVO. Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.*

Se pueden citar la Ley 241 (1990) italiana**[[679]](#footnote-679)** y la Ley 30/1992 de España**[[680]](#footnote-680)** como normas legales de los años noventa sobre procedimiento que evitan definir el acto administrativo. Más antigua, aunque todavía vigente es la Ley 19.549 (1972) de Argentina**[[681]](#footnote-681)**, también se abstiene entrar en definiciones, pero sí define el acto administrativo la ley venezolana de 1982**[[682]](#footnote-682)**.

También el Estatuto define el “acto normativo” como “(…) toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa”**[[683]](#footnote-683)**.

8) La Ley de Control Constitucional ecuatoriana, en cambio, con fines procedimentales, “[p]ara los efectos de la demanda de inconstitucionalidad”, dispone que “se entenderá por acto administrativo las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, así como los de mero trámite que influyan en una decisión final”**[[684]](#footnote-684)**.

**La noción de acto administrativo en el Ecuador**

Los órganos públicos en el ejercicio de sus atribuciones o potestades constitucionales o legales, en la esfera de su jurisdicción y competencia realizan actos jurídicos de derecho público, o sea, actos administrativos**[[685]](#footnote-685)**. En consecuencia, el concepto de acto administrativo es uno de los más importantes del Derecho Público porque a través de estos actos se manifiesta la voluntad de la función administrativa del Estado. Pero como se examina brevemente en este capítulo, hay que coincidir con Laubadère cuando afirma que no es cierto que una noción tan fundamental en Derecho Administrativo como es el acto administrativo tenga una definición única y cierta**[[686]](#footnote-686)**.

Esta relevancia del acto administrativo en el Derecho Público se ha ido afirmando con la disminución de la importancia destacada que se atribuía a la noción del “acto de gobierno” —en contraposición al acto administrativo—, lo que se discutirá más adelante. No obstante, hay que reconocer que en la actualidad algunos administrativistas consideran que se debería prestar más atención a la sustancia de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos y menos al formalismo del acto administrativo, incluso —o especialmente— en el procedimiento y el proceso administrativo.

Acto administrativo es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata, afirma Gordillo**[[687]](#footnote-687)**.

Como se señaló líneas arriba, la Ley de Modernización confirma el papel del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva como principal instrumento jurídico que rige el acto administrativo en el Ecuador**[[688]](#footnote-688)**, además del sustento constitucional del Estatuto constante en el Art. 171 de la Ley Suprema, que enumera las atribuciones y deberes del Presidente de la República, en cuyo numeral 9. se lee:

*Dirigir la administración pública y expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva;*

Líneas arriba se llamó la atención sobre equívocos determinados en el uso del término “directo” en la definición de acto administrativo. Esta ambigüedad se resuelve en la definición que, para efectos de la demanda de inconstitucionalidad, contiene la Ley de Control Constitucional, que dice que

*(…)* *se entenderá por acto administrativo las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, (…)* ***[[689]](#footnote-689)***

El concepto expresado en tal forma, debería complementarse con la referencia al órgano que realiza la declaración y su competencia para expedir tal declaración, lo que hace una sentencia del extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

*(…) en el concepto más simple, acto administrativo es el pronunciamiento de la autoridad competente, en el ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley”* ***[[690]](#footnote-690)****.*

Así, combinando ambos criterios, el uno legal y el otro jurisprudencial, el acto administrativo es la declaración de un órgano público competente que crea, modifica o extingue una situación jurídica individual**[[691]](#footnote-691)**.

**Los criterios orgánicos en la noción de acto administrativo en el Ecuador**

Así, contra la definición generalmente aceptada en la actualidad que se cita líneas arriba, que abarca “la función administrativa” de todos los poderes del Estado, esto es, también la Función Legislativa y la Judicial, se citó el criterio de Díez quien, con un criterio “orgánico” que no es mantenido generalmente por la doctrina, afirmaba que solamente el órgano ejecutivo puede dictar actos administrativos**[[692]](#footnote-692)**, lo mismo que Bocanegra, que “excluye la posibilidad de considerar actos administrativos tanto a los actos de entes públicos que no son Administración Pública (las Cortes o el Poder Judicial), como los actos de los particulares, salvo en aquellos supuestos excepcionales en lo que éstos actúan por delegación de una Administración”**[[693]](#footnote-693)**.

Morales, ex Presidente del Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha dicho que “las designaciones que emanan del Congreso Nacional como las de Superintendentes, Procurador General del Estado, etc., son por su esencia y naturaleza actos administrativos”**[[694]](#footnote-694)**. Se puede añadir que tales actos administrativos se convierten en simples “actos” o vías de hecho si carecen de legitimidad.

La Ley de Control Constitucional asume el criterio “orgánico” cuando reglamenta el texto constitucional y transforma “un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública” que consta en el texto constitucional por “autoridad de la administración pública” que es la expresión de la Ley de Control Constitucional; cuando resulta claro que los “actos” —administrativos o no— cuya constitucionalidad se puede impugnar ante el Tribunal Constitucional son aquellos provenientes no solo de la administración pública, sino de cualquier órgano público en ejercicio de funciones administrativas. Se debe insistir que la “acción de amparo” no se refiere a los “actos administrativos” sino a los “actos” simplemente, siempre que sean ilegítimos.

Estas confusiones doctrinales también se han reflejado al menos un par de ocasiones en votos salvados del Tribunal Constitucional que acudieron a las periclitadas nociones del “acto de gobierno” y de “acto institucional” para alegar que tales “actos”, que no son actos legislativos, no se pueden impugnar en una acción de amparo constitucional; acción de amparo que excluye, adecuadamente, los actos legislativos y los actos jurisdiccionales. Tales concepciones que excluyen ciertos actos de órganos públicos de la revisión judicial, según Gordillo, ocupan un puesto con “la doctrina de facto y la admisión de la usurpación de poder, los actos y cuestiones de gobierno (políticas, institucionales, no justiciables, etc.)”, son concepciones que “hoy carecen de justificación y se van desmantelando”**[[695]](#footnote-695)**.

No obstante lo dicho sobre tales votos salvados, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acepta que la Constitución “ha previsto la acción de amparo contra actos ilegítimos de toda autoridad pública, y el Congreso Nacional es una autoridad pública”**[[696]](#footnote-696)**, lo que fue reiterado nuevamente con ocasión del amparo constitucional relativo al nombramiento de Presidente del Congreso Nacional, aunque de una forma ambigua y con más votos salvados**[[697]](#footnote-697)**; en todo caso superando así un enfoque anterior, según el cual “la resolución del H. Congreso Nacional por la que fue descalificado el actor no es un acto administrativo porque el Congreso Nacional no es una autoridad administrativa”**[[698]](#footnote-698)**.

Cabe insistir que en todos los casos citados deben distinguirse los “actos” de los “actos administrativos” y que algunas demandas impugnaron actos administrativos, pero otras impugnaron simplemente “actos” del Congreso; pero la acción de amparo no establece tales distinciones.

**La doctrina extranjera sobre el acto administrativo**

Por otra parte, tratadistas argentinos de una generación anterior a las citadas líneas arriba concibieron en forma más amplia la noción del acto administrativo**[[699]](#footnote-699)**. Marienhoff considera que el acto administrativo también se puede dar en forma bilateral, a diferencia de la definición que se ha adelantado, que se limita a las declaraciones unilaterales. Así, según este autor y los que lo siguen, el contrato administrativo también sería un acto administrativo, pero de índole bilateral: “Todo contrato administrativo es, substancial y esencialmente un acto administrativo bilateral”**[[700]](#footnote-700)**. El mismo Gordillo manifiesta que “en un concepto *amplio* de acto administrativo estarían comprendidas las tres hipótesis (acto bilateral, acto unilateral general y acto unilateral individual)”, aunque aclara que prefiere adoptar “un criterio mas restringido” que solo toma en cuenta “los actos unilaterales e individuales”**[[701]](#footnote-701)**.

En tal sentido, quizá los autores argentinos de la generación anterior se inscribían con alguna posición de los administrativistas franceses e italianos**[[702]](#footnote-702)**. En efecto, los franceses mantienen un concepto de acto administrativo de gran amplitud, como se ha discutido líneas arriba. El decano Vedel, por ejemplo, hasta la 12ª edición de su renombrada obra, es decir hasta 1992, se refirió a las “decisiones ejecutorias”, concepto que abarca todos los “actos administrativos unilaterales”, que incluye también los reglamentos pero no los contratos administrativos. Mas, a partir del año indicado estableció una distinción: “la decisión ejecutoria es un acto por el cual una autoridad administrativa manifiesta unilateralmente su voluntad *orientada a producir efectos de derecho* sobre los administrados”**[[703]](#footnote-703)**(cursivas añadidas), con lo que coincide Rivero**[[704]](#footnote-704)**. Así, las decisiones administrativas se distinguen de otros actos administrativos unilaterales que no ocasionan una modificación en la situación jurídica o de hecho existente. Laubadère considera que “[l]a distinción de actos reglamentarios e individuales, (…), no es absoluta y su puesta en vigencia encuentra ciertas dificultades”**[[705]](#footnote-705)**.

Los españoles también incluyen entre los actos administrativos aquellos actos llamados por el Estatuto ecuatoriano “simples actos de la administración”, o “actos de trámite”, así denominados por la misma legislación española y excluyen, como los italianos, los actos reglamentarios**[[706]](#footnote-706)**, sin que falten autores que consideran un sentido amplio de acto administrativo que “abarque (…) tanto al acto administrativo *general* como al *concreto****[[707]](#footnote-707)***Pero sobre esta posición, se pregunta García-Trevijano Fos “¿es esto posible jurídicamente hablando?”, y contesta: “A mi juicio, en absoluto. La mayoría de la doctrina se opone a esta asimilación” (de acto administrativo con acto normativo). Concluye afirmando que “todo acto normativo —y en este caso los reglamentos y actos asimilados— debe excluirse de una teoría general de los actos administrativos”. Dice que “la inclusión de los Reglamentos entre los actos administrativos tiene su origen en el dogmatismo kelseniano trasladado al campo administrativo por Merkl”**[[708]](#footnote-708)**. Los administrativistas argentinos, en general, estudian el Reglamento a continuación del acto administrativo, mientras en España, por ejemplo García de Enterría lo estudia al principio, en el apartado sobre las Fuentes del Derecho Administrativo, como hace entre nosotros Zavala**[[709]](#footnote-709)**. Bocanegra dice que los reglamentos se integran en la teoría de las fuentes, por obedecer a principios singulares y muy diferentes (del acto administrativo)”**[[710]](#footnote-710)**.

En la actualidad, los administrativistas italianos enfatizan el aspecto subjetivo de la “resolución” (provedimento) en cuanto modifica o confirma la situación jurídica del ciudadano**[[711]](#footnote-711)**, excluyendo los actos normativos o reglamentos; mientras que incluyen dentro de los actos (atti) administrativos, tanto las “resoluciones” como los llamados en el Estatuto ecuatoriano actos de simple administración, es decir aquellos actos de mero trámite**[[712]](#footnote-712)**.

En el derecho alemán, la Ley correspondiente dispone: “acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho Público, con efectos inmediatos en el exterior (frente a terceros).” A partir de este precepto, Bocanegra avanza su propia definición: “acto administrativo es toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos frente a terceros, dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”**[[713]](#footnote-713)**.

**La doctrina del acto administrativo en el Ecuador**

Varios libros ecuatorianos sobre derecho administrativo más recientes, que se han podido consultar, se remiten a la definición de Gordillo citada**[[714]](#footnote-714)**. En cambio, Morales se inscribe en la corriente que incluye dentro de los actos administrativos a los que él denomina “actos generales, colectivos, objetivos, verbigracia el reglamento”**[[715]](#footnote-715)**, es decir los actos normativos o reglamentarios. Secaira se adhiere a la definición de Gordillo**[[716]](#footnote-716)**, revisada en páginas anteriores. Zavala se remite a “la definición que propuso Gallego Anabitarte: ‘acto administrativo es la Resolución (medida, decisión) unilateral de un sujeto en el ejercicio del poder público para un caso concreto. Para ahora ampliarla y afirmar que ‘acto administrativo es la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictado por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos”**[[717]](#footnote-717)**.

Por supuesto que autores ecuatorianos de fechas anteriores reflejan posiciones europeas, que predominaban en su época. Así, Espinoza, en el primer tercio del siglo XX conceptuaba el acto administrativo desde una amplísima perspectiva como “la actividad del Estado y de las demás entidades de carácter público, para el cumplimiento de sus fines y con el objeto de satisfacer necesidades colectivas”**[[718]](#footnote-718)**.

Jaramillo Alvarado no estuvo lejos de los autores ecuatorianos contemporáneos cuando afirmó que el acto administrativo es “toda clase de declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas”**[[719]](#footnote-719)**. El profesor Córdova, remitiéndose expresamente a Royo Villanova, define el acto administrativo como “un hecho jurídico que por su procedencia emana de un funcionario administrativo, por su naturaleza se concreta en una declaración especial y por su alcance afecta, positiva o negativamente, a los derechos administrativos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la administración Pública”**[[720]](#footnote-720)**. Borja y Borja, siguiendo el enfoque tradicional de Merkl, comprende tanto los contratos como los reglamentos entre los actos administrativos**[[721]](#footnote-721)**. En páginas anteriores se citó la definición propuesta por el maestro Francisco Tinajero Villamar.

**El acto administrativo en la jurisprudencia ecuatoriana**

Para efectos procesales—como distintos de los efectos “procedimentales”— la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia considera aplicable todavía**[[722]](#footnote-722)** la norma dirimente N° 8 del extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, mencionada líneas arriba, que acepta la impugnación de “un acto administrativo de carácter *general*”, sea interponiendo “el recurso objetivo o de anulación” (o por exceso de poder), sea el recurso de plena jurisdicción o subjetivo, “cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente”**[[723]](#footnote-723)**; llamando en efecto “acto administrativo general” a lo que se conoce en doctrina como “acto normativo”, o lo que la misma Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa denomina “norma jurídica objetiva, de carácter administrativo”**[[724]](#footnote-724)**, es decir, una norma reglamentaria.

Así como la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo establece dos vías para los recursos administrativos —según estos sean contra “la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo” (reglamentaria) o contra actos administrativos — igualmente la Constitución hace una diferenciación entre las demandas de inconstitucionalidad de normas (“leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones”), como distintas de las demandas de inconstitucionalidad de “actos administrativos de toda autoridad pública”. Si bien la expresión de “actos administrativos de toda autoridad pública” es suficientemente claro, en cambio es confusa y antitécnica la enumeración de actos normativos citada. En efecto, se incluye a las *resoluciones* entre los actos normativos, en tanto que la misma Constitución atribuye a los ministros la competencia para “[e]xpedir las normas, acuerdos y resoluciones que requiera la gestión ministerial (Art. 179, 6), pero se conoce que los ministerios pueden denominar resolución a un acto normativo, tal como un reglamento o un instructivo, pero estas dependencias públicas también dan el apelativo de resoluciones a actos administrativos, es decir que afectan a situaciones jurídicas individuales, como por ejemplo resultan ser las aprobaciones de estudios de impacto ambiental, que el Ministerio del Ambiente las otorga a través de “resoluciones ministeriales”.

El uso del término “resolución” tanto para actos normativos como para actos administrativos origina frecuentemente confusiones al momento de presentar una reclamación constitucional. El Tribunal Constitucional resolvió:

*(…) demanda que se sustenta en el Art. 276 numeral 1 de la Constitución, y solicita se declare la inconstitucionalidad de las Resoluciones \_\_ y \_\_, adoptadas por el Consejo Superior de la Policía Nacional, las mismas que son de aquellas que lesionan derechos particulares o situaciones jurídicas individuales (en el caso del Capitán de Policía NN), que provienen de un acto administrativo objetivo o general, las que deben ser conocidas y resueltas de conformidad con el numeral 2 del artículo 276 de la Carta Política, puesto que no se trata de un instrumento jurídico que genere efectos erga omnes, los que sí son de competencia del Tribunal Constitucional en Pleno, que conoce y resuelve las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones etc. En el presente caso, el demandante valiéndose indebidamente de una demanda de acción de inconstitucionalidad pretende proteger sus derechos subjetivos; consecuentemente ha equivocado la vía y el fundamento de esta demanda.*

El voto salvado en esta Resolución del Tribunal Constitucional se refirió a otro punto y, sobre la materia que se discute, afirmó en concordancia con el resto de los vocales del Pleno del Tribunal:

*Al haber el accionante demandado la inconstitucionalidad del acto impugnado en virtud del número 1 del artículo 276 de la Constitución y no del número 2 del mismo artículo constitucional el demandante equivocó la vía y el fundamento de su demanda, como en la especie fue considerado por el Pleno del Tribunal, criterio con el cual, insisto, concuerdo plenamente****[[725]](#footnote-725)****.*

Por otra parte, es menos claro el razonamiento de la 2ª Sala del Tribunal Constitucional que tramitó la impugnación de una *Resolución* del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones (COMEXI) que impuso “una autorización previa para la importación de licores originarios y provenientes de Colombia, en forma temporal”, reclamación planteada por la vía del numeral 2. del Art. 276 de la Constitución, es decir el trámite de impugnación de actos administrativos, en vez del trámite constante en el numeral 1 del mismo artículo, que resultaba aplicable, puesto que se refiere a “leyes” y otros actos normativos o reglamentarios. Debe notarse que este caso es exactamente contrapuesto al que se acaba de citar líneas arriba, ya que aquí se trata de un acto normativo cuya inconstitucionalidad se demanda por la vía establecida para atacar la constitucionalidad de actos administrativos. En todo caso, en ambas situaciones los actos impugnados han sido expedidos con el nombre de “resolución”. En los Considerandos, la 2ª Sala denomina “acto administrativo objetivo” a la Resolución 004 del COMEXI y manifiesta que: “Las resoluciones del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones COMEXI, son normas objetivas de derecho de carácter general y de naturaleza reglamentaria, por lo que una persona natural o jurídica puede impugnarlas cuando se expidan con exceso de poder (…) RESUELVE: (…) declarar la inconstitucionalidad del acto administrativo del (…) COMEXI (…) que establece una autorización previa para la importación de licores originarios y provenientes de Colombia”**[[726]](#footnote-726)**. Al hacer referencia al “exceso de poder”, la 2ª Sala parecería acogerse en el procedimiento constitucional a la interpretación obligatoria citada del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que admite el recurso subjetivo o de plena jurisdicción para la impugnación de “actos administrativos generales”.

También existen otros antecedentes donde el Tribunal Constitucional modifica o interpreta liberalmente el concepto de acto administrativo (que afecta “situaciones jurídicas individuales”**[[727]](#footnote-727)**) constante en la Ley de Control Constitucional y aporta su propia definición, donde se comprenden también los actos normativos:

*(…) al acto administrativo lo concebimos como la declaración unilateral de voluntad de la administración pública, sobre asuntos administrativos, que causa efectos jurídicos (…) La Ley de Control Constitucional, al referirse al acto administrativo, considera sus efectos de modo general, esto es, que* ***los actos administrativos crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, de tal suerte que hemos de entender que existen actos administrativos interpartes, esto es, actos que solo tienen que ver con el individuo o una persona y actos administrativo objetivos o generales que afectan al conglomerado,*** *como lo es en el presente caso”****[[728]](#footnote-728)****.*

***Conclusión***

Tanto la legislación vigente como la jurisprudencia, así como la mayor parte de los autores ecuatorianos que han tratado sobre el acto administrativo lo consideran como **la declaración de un órgano público competente que crea, modifica, reconoce o extingue una situación jurídica individual**. No obstante, en algunas ocasiones, se ha extendido la interpretación de acto administrativo para que abarque también a los actos normativos o reglamentarios.

***Los actos administrativos de personas jurídicas diferentes del Estado***

Al referirse a las diferentes personas jurídicas de derecho público, distintas del Estado, Dromi confirma que sus actos y contratos son de naturaleza administrativa, incluso en el caso de empresas del Estado, sociedades del Estado, empresas mixtas, empresas privadas controladas y/o administradas por el Estado, consorcios públicos y cooperativas públicas**[[729]](#footnote-729)**; según el criterio de que “se rigen predominantemente por el *Derecho privado* en sus relaciones con terceros, y fundamentalmente por el *Derecho público* en sus relaciones con la Administración”, concluyendo que “[e]n sus relaciones con la Administración, … (es procedente) el recurso de alzada (…)”**[[730]](#footnote-730)**.

Las empresas públicas ecuatorianas, es decir aquellas constituidas como personas jurídicas de derecho público, ciertamente que expiden actos administrativos. La Ley de Hidrocarburos dispone:

*“Art. 10. Los actos jurídicos de las instituciones del sector podrán ser impugnados en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad con el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En sede judicial, se tramitará ante los tribunales distritales de lo Contencioso-Administrativo”.*

En la doctrina nunca hubo dudas acerca de la naturaleza de los actos de las empresas públicas, considerados como actos administrativos. En comentarios de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, se manifiesta que “[e]l intervencionismo económico y social del Estado tuvo quedar nacimiento a una abundante jurisprudencia que censura las numerosas desviaciones de poder (détournements de pouvoir) cometidas en esta ocasión por las colectividades públicas y los organismos profesionales. Ciertamente que el Consejo de Estado no ha renunciado a anular por desviación de poder las decisiones tomadas en esta materia”. Aunque últimamente el concepto de la desviación de poder es utilizada muy limitadamente por el Consejo de Estado francés, que prefiere motivar con otros medios sus sentencias, por ejemplo citando el principio del error de derecho: “Así, dice Long, la desviación de poder ha disminuido por la voluntad del juez al momento mismo donde las circunstancias, la extensión de las actividades del Estado y los poderes de los organismos públicos, las prerrogativas confiadas a los servicios económicos y a las instituciones profesionales, hubieran justificado una extensión de su alcance”**[[731]](#footnote-731)**.

Por otra parte, las sociedades anónimas con capitales públicos y las empresas de economía mixta, sometidas a la Ley de Compañías, se rigen conforme al derecho privado y por lo tanto los actos jurídicos producidos en el desempeño de sus actividades no son actos administrativos ni por lo tanto están sometidos a la impugnación en sede administrativa o a la jurisdicción contencioso administrativa, sino a la jurisdicción civil y mercantil ordinaria. Sin perjuicio de lo cual, en cumplimiento de las leyes respectivas se someten a los controles establecidos en las leyes pertinentes especialmente la las leyes orgánicas de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado.

Desde hace mucho tiempo el acto administrativo no es exclusivamente el que emana del gobierno central. Al contrario, se ha contemplado inclusive como factible la emisión de un acto administrativo por una autoridad no administrativa en la gestión de un servicio público. Así, para estos efectos, se ha considerado como menos importante la distinción clásica entre personas públicas y personas privadas, pero últimamente la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha limitado más precisamente los casos en los cuales se consideran como administrativos los actos de personas privadas que gestionan un servicio público**[[732]](#footnote-732)**.

**XIV. Concepto y ELEMENTOS deL acto**

**administrativo**

**El Concepto de acto administrativo**

Dromi se refiere al concepto de acto administrativo para enumerar las diferentes posibilidades de actuaciones del Estado, en relación con los sujetos afectados por tales actuaciones. Así, establece la posibilidad de toda clase de acciones y declaratorias, tanto provengan de una decisión unilateral o bilateral de la función administrativa, como si se originan en una petición de los ciudadanos, de índole particular o dirigida a una generalidad, con efectos que pueden ser directos o indirectos, pudiendo requerirse que los ciudadanos afectados consientan el contenido de la declaración o no siendo necesaria la aceptación. Es decir, en este sentido, en palabras de este autor, “todo el obrar jurídico administrativo es acto administrativo”**[[733]](#footnote-733)**.

Después de analizar las diferentes opciones surgidas de la aceptación de uno o más de los elementos descritos, Dromi propone una definición, que ha sido acogida por el ERJAFE, en el Ecuador:

*…toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.*

***Declaración***

Como se citó líneas arriba, para Tinajero el acto administrativo se debía manifestar siempre por escrito, criterio que comparte Secaira: “La declaración formaliza el parecer administrativo, por ello siempre es escrita”, pero éste último reconoce que “es factible que existan declaraciones administrativas orales”, citando como ejemplo las disposiciones de la Fuerza Pública**[[734]](#footnote-734)**. En efecto, la doctrina acepta generalizadamente que el acto administrativo también se puede expresar de manera verbal o inclusive manifestarse por medio de signos o cualquier otro tipo de comunicación. Es común y acertado el ejemplo que González Pérez llama “típico”: el “agente de Tráfico que regula la circulación por la posición de los brazos, utilización del silbato o el funcionamiento de los postes o señales”**[[735]](#footnote-735)**. Por otra parte, el mismo silencio de la administración se puede considerar, sea como una denegación sea como una aceptación de lo solicitado, conforme las reglas legales. Tanto el Código Tributario como la Ley de Modernización, por ejemplo, establecen reglas que aplican para el silencio administrativo que determina el acto administrativo positivo presunto, sin perjuicio de que también se encuentra en la legislación ecuatoriana y comparada el acto administrativo negativo presunto por silencio administrativo. Otras formas que acepta la doctrina de manifestación presunta de la voluntad administrativa son también la omisión y el incumplimiento de los órganos públicos.

***Unilateral***

El concepto de unilateralidad asume que para la manifestación de la voluntad administrativa y la obligatoriedad del cumplimiento del acto respectivo, basta el pronunciamiento del órgano competente, sin que se requiera la integración de la voluntad del receptor del acto, cuya aceptación o rechazo es indiferente para la validez del acto administrativo. Otra cosa distinta es que la unilateralidad del acto administrativo “no excluye (…) que la voluntad del administrado pueda jugar como presupuesto de existencia”**[[736]](#footnote-736)**. Así, en la enumeración de Dromi se encuentra que son actos administrativos:

*a) los unilaterales en su formación y en sus efectos (p. ej., la sanción); b) los unilaterales en su formación, pero de efectos bilaterales (p. ej. La jubilación) y c) los bilaterales en su formación u unilaterales en sus efectos (p. ej., la solicitud o aceptación)****[[737]](#footnote-737)****.*

***Ejercicio de la función administrativa***

Como se ha discutido más arriba, en la actualidad se encuentra superado el criterio orgánico de la expedición del acto administrativo que, en su momento fue sostenido, por ejemplo, por Diez. Para expresar la realidad de que se expiden actos administrativos también en otros poderes del Estado, se manifiesta que tanto el Parlamento como las Cortes, cuando estos actúan “en ejercicio de la función administrativa”. Sobre esto existe unidad de criterios en la doctrina administrativa actual.

***Productor de efectos jurídicos***

El efecto jurídico principal del acto, dice Gordillo, es operar una modificación en el orden jurídico, creando derechos o deberes de otros sujetos de derecho, a diferencia del hecho**[[738]](#footnote-738)**. Es el efecto “vinculante”, como lo llaman otros autores.

Gordillo argumenta que existen actuaciones de la Administración que no producen efectos jurídicos, así como otras actuaciones que si bien producen efectos jurídicos, no los producen de manera *inmediata*, que es la razón por la que el concepto de acto administrativo adelantada por este autor, lo define como productor de efectos jurídicos de manera *inmediata*, en vez de decir de manera *directa*, como en la definición de Dromi, adoptada por el ERJAFE, en Ecuador.

***En forma directa o inmediata***

Se vio líneas arriba, al comparar las definiciones de acto administrativo que mientras Dromi —y el ERJAFE en concordancia con este autor— incluía el término “en forma directa” como característica de la definición del acto administrativa, Gordillo prefiere la opción de “en forma inmediata”. Por “efectos jurídicos directos”, dice Cassagne, deben entenderse aquellos que surgen del propio acto, quedando, por tanto fuera del concepto de acto administrativo los actos carentes de efectos jurídicos (v. gr. felicitaciones) y aquellos otros que sólo repercuten indirectamente en la esfera de los administrados, los cuales constituyen meros actos internos o inter-orgánicos”**[[739]](#footnote-739)**. Esto lo expresa Dromi diciendo: “Los efectos jurídicos del acto administrativo son directos; *surgen de él,* no están subordinados a la emanación de un acto posterior”**[[740]](#footnote-740)**.

A pesar de su profesada desvinculación de la justicialidad del acto administrativo para efecto del estudio del mismo, Gordillo insiste en considerar que el acto que no produce efectos inmediatos, no es propiamente acto administrativo porque “no es todavía impugnable en cuanto a su validez”**[[741]](#footnote-741)**; es decir que tal vez se debería aclarar que los efectos jurídicos *inmediatos* a los que se refiere son los que afectan a los ciudadanos, puesto que sin duda existen actuaciones de los órganos públicos que producen efectos jurídicos *inmediatos* al interior de la Administración, pero sin afectar, por lo menos en ese momento, el *estatus* jurídico de los ciudadanos, incluyendo entre estos también a los funcionarios públicos afectados en sus derechos subjetivos, aunque estos se consideren parte de la misma Administración**[[742]](#footnote-742)**.

No obstante, Gordillo no considera conveniente excluir de la noción de actos administrativos a los actos llamados interorgánicos, interadministrativos, etc., siempre que estos produzcan efectos *directos****[[743]](#footnote-743)***, aunque no se concibe la existencia de tales efectos directos en otros actos internos de la Administración Pública diferentes de aquellos que afectan a los funcionarios públicos mismos.

**Elementos del acto administrativo**

Cassagne atribuye a Giannini la caracterización del acto administrativo como individualizado “por un conjunto de articulaciones lógicas que se denominan elementos”**[[744]](#footnote-744)**. “Los elementos de los actos administrativos constituyen auténticas condiciones de validez de los mismos”, dice Bocanegra**[[745]](#footnote-745)**. Para este autor “(…) los autores italianos de mediados del siglo XX… (contemplan) elementos esenciales y (…) elementos accidentales de los actos administrativos”.

La doctrina “recoge con más frecuencia”, dice:

*En primer lugar, los elementos subjetivos, constituidos por la presencia de la Administración, el órgano autor del acto, su competencia y la legalidad de la investidura del titular del órgano.*

*En segundo lugar, los elementos objetivos, integrados, a su vez, por el supuesto (o el presupuesto) de hecho, el fin, la causa, el motivo y la declaración en que el acto administrativo consiste.*

*Se alude, en tercer término, a los elementos formales, que son el procedimiento de elaboración y la forma de manifestación de los actos administrativos.*

*A esta clasificación convencional de los llamados elementos esenciales de los actos administrativos, de la que seguidamente habrá que ocuparse, puede añadirse con naturalidad, como se ha notado, la llamada a los elementos accidentales de los actos, que son, en principio, la condición, el término y el modo, y a los que se hará referencia más adelante* ***[[746]](#footnote-746)****.*

Sobre este tema de los requisitos, dice Gordillo*:*

*“(…) el orden y la hilación de tales elementos no es en realidad demasiado feliz, pecando en primer lugar por una demasiada extensa enumeración de requisitos. El fin, p. ej., puede claramente subsumirse en la voluntad y el procedimiento en la forma. Más aún, puede también mencionarse conjuntamente el procedimiento y la forma. A su vez, la motivación del acto puede incluirse tanto dentro de la forma como de la voluntad, sin que ninguna razón de orden explicativo justifique su mención autónoma. En lo relativo a la causa, no cabe sino recordar las fundadas objeciones que en teoría general del derecho se han formulado a su corrección conceptual y no parece oportuno insistir en ella”* ***[[747]](#footnote-747)****.*

En el presente apartado se sigue el enfoque de Dromi y, en general, de los otros dos autores argentinos que estamos citando (Cassagne y Gordillo).

***Elementos esenciales: competencia, objeto, voluntad y forma***

En esta explicación, se complementa el elemento de la *forma* con: motivación y notificación. La *competencia* se estudió en uno de los capítulos iniciales de la presente obra, capítulo al cual cabe referirse en lo que concierne este tema de la competencia.

**Objeto**

Secaira identifica “objeto” con “finalidad” y lo considera “la concreción de la resolución administrativa”. Acogiendo el criterio de Díez, Cassagne define el objeto “o contenido del acto administrativo”, como: “lo que el acto decide, certifica u opina, a través de la declaración pertinente”.

Cuando se discute en la doctrina administrativa la aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado en el acto administrativo, se conviene en que el acto administrativo en su totalidad está regido por el Derecho Público, con excepción tal vez, del objeto, que puede, en parte, regirse por el Derecho Privado**[[748]](#footnote-748)**.

**Voluntad**

Existe una discusión en la doctrina del Derecho Administrativo sobre la existencia de una voluntad propiamente en la expedición del acto administrativo. En efecto, se afirma que la referencia a una supuesta voluntad administrativa es una transposición inadecuada de este elemento del acto jurídico del Derecho Privado, caracterizado por la premisa de la “autonomía de la voluntad”, lo cual no se puede producir en el Derecho Público, ya que la actuación administrativa se encuadra necesariamente en la competencia:

*“Hablar de voluntad en el acto administrativo es, estrictamente, una incorrección (pues ya vimos entre otras cosas que el acto administrativo no siempre presenta la voluntad en su sentido teleológico), pero a falta de un término que señale con más precisión lo que aquí se trata, forzoso es emplear a éste; recalcando entonces, con Forsthoff, que su utilización constituye nada más que una façon de parler* ***[[749]](#footnote-749)****. La voluntad administrativa es pues un concurso de elementos subjetivos (la voluntad de los individuos que actúan) y objetivos (el proceso en que actúan y las partes intelectuales que aportan a la declaración)”* ***[[750]](#footnote-750)****.*

Así, hay autores que estiman que es “inútil” acudir “al estado intelectual del órgano que dicta los actos administrativos, atribuyendo este antropomorfismo a la doctrina italiana**[[751]](#footnote-751)**.

En este contexto, García de Enterría destaca la importancia de las declaraciones de voluntad “que deciden una cuestión o resuelven un procedimiento”, no obstante que las demás manifestaciones que no modifiquen derechos o alteren situaciones jurídicas previas solamente se diferencian en que son actuaciones que no pueden ser recurribles por separado.

**Forma**

En Derecho Administrativo se suele distinguir entre “procedimiento” y “proceso”, para distinguir el desarrollo del juicio en sede “judicial” (proceso) de la concatenación de actuaciones de diferente índole en el interior de la Administración Pública. Pero, advierte García de Enterría “El procedimiento administrativo no es la expresión de un supuesto acto complejo unitario No es, en efecto, un acto complejo, es más bien un complejo de actos”**[[752]](#footnote-752)**.

Se considera que la sucesión de actuaciones, expresamente determinadas en las normas pertinentes, se constituye en una garantía para el ciudadano. Así pues, la infracción del procedimiento se considera causal de nulidad absoluta del acto administrativo así dictado.

El procedimiento en sede administrativa en el Ecuador se contempla en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE).

El vocablo “forma” alude a la manera como los actos intermedios del procedimiento se deben expedir y su ubicación al interior del procedimiento. Entrena llama a este elemento “el modo de *producción* y *exteriorización* de la declaración de voluntad y de los demás extremos que en cada caso hayan de *acompañar* o *seguir* a la emisión de esa declaración”. También dice que “[e]n sentido estricto, se refiere tan solo al medio de *exteriorización* de la voluntad manifestada en el acto”**[[753]](#footnote-753)**.

Sobre la forma dice el ERJAFE:

 *Art. 123.- Forma.*

 *1. Los actos se producirán por escrito.*

 *2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.*

 *3. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, resuelto por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.*

**Motivación**

Algunos autores consideran la causa como uno de los elementos de la motivación del acto. En el Derecho Civil tradicional, la función atribuida a la “causa” es: “la valoración de cada negocio, hecha atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan la o las declaraciones negociales”**[[754]](#footnote-754)**.

Causa, para García de Enterría, es la “adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de la potestad que se ejercita”, no sin subrayar las diferentes circunstancias en que se desenvuelve el acto administrativo, en contraste con el acto jurídico del derecho privado. La mayor parte de los problemas de la causa en el Derecho Privado, “carecen de aplicación al Derecho Administrativo”, puesto que la causa en el Derecho Público esta predeterminada para cumplir la función objetiva económico-social; “lo único que debe inquirirse es si, en efecto, esa función resulta cumplida por el acto concreto”**[[755]](#footnote-755)**.

En el mismo Derecho Privado el concepto de causa es un asunto discutidísimo, por lo cual Gordillo afirma: “En lo relativo a la causa, no cabe sino recordar las fundadas objeciones que en teoría general del derecho se han formulado a su corrección conceptual y no parece oportuno insistir en ella.”**[[756]](#footnote-756)**

En el acto administrativo los motivos están siempre, y necesariamente, incorporados a la causa, dice García de Enterría**[[757]](#footnote-757)**. Por otra parte, llama la atención este autor al hecho que, de todas maneras, la ley impone la motivación en una serie determinada de actos; lo cual es diferente de lo que ocurre en el Derecho Administrativo ecuatoriano, donde la Ley de Modernización disponen el requisito de la motivación para *todos* los actos administrativos, como se verá más adelante.

La motivación es un elemento inseparable del acto administrativo, ordenada por los artículos 24, 13 de la Carta Suprema y 31 de la Ley de Modernización. La Constitución dispone:

*Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:*

*(…)*

*13.**Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.*

“Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados” dice el Art. 31 de la Ley de Modernización.

El ERJAFE menciona la motivación principalmente en los siguientes artículos:

*Art. 94.- Vicios que impiden la convalidación del acto.- No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho:*

*Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.*

*Art. 122.- Motivación.*

*1. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.*

*Art. 156.- Contenido de la resolución.*

*(…)*

 *3. Las resoluciones contendrán la decisión, que deberá ser motivada.*

*(…)*

*5. La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.*

*Art. 203.- Resolución.*

*1. La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente.*

*(…)*

Aunque la doctrina distingue entre actos administrativos y simples actos de la administración, se debe entender en este caso que al referirse la Constitución a los “actos de los órganos del Estado” se trata de los actos administrativos. Para Gordillo, la motivación es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad**[[758]](#footnote-758)**.

Uno de los principios del derecho administrativo contemporáneo es el requerimiento de la motivación de los actos administrativos, aunque esto no fue siempre así. Refiriéndose al derecho público francés, Laubadère dice que “[d]urante largo tiempo y según un principio tradicional, no se consideraba necesario que la administración motivara sus decisiones”. No obstante lo cual, inclusive en ese estado de cosas, algunos textos legales y cierta jurisprudencia imponían la motivación para determinadas medidas. La motivación obligatoria para ciertos actos recién se estableció en Francia en 1979. Así, en ese país se deben motivar: las decisiones administrativas individuales restringiendo el ejercicio de libertades públicas o, de manera general, constituyendo medidas de policía; imponiendo una sanción; subordinando el otorgamiento de una motivación a condiciones restrictivas; retirando o derogando una decisión creadora de derechos; oponiendo una prescripción, preclusión o plazo; rechazando una ventaja que constituya derecho para las personas que cumplan las condiciones legales; derogando reglas generales fijadas por los textos; rechazando una autorización. Todo esto sin perjuicio de que en todos los casos la administración deba siempre explicar los motivos de sus actos delante del juez en caso de contencioso**[[759]](#footnote-759)**.

La normativa de procedimiento administrativa italiana dispone la motivación de los actos administrativos concernientes a la organización administrativa, al desarrollo de los concursos públicos y al personal. En cambio establece que la motivación no es obligatoria para los actos normativos ni para aquellos de contenido general (Art. 3 de “Nuevas normas, etc.). Este enfoque de la motivación que se podría llamar selectiva, tiene como contrapartida el criterio de que todos los actos administrativos deben ser motivados. Gordillo dice: “no creemos en consecuencia que la motivación sea exigible sólo de los actos que afectan derechos o intereses de los administrados, resuelvan recursos, etc., como sostiene alguna doctrina restrictiva; todos los actos administrativos a nuestro modo de ver, necesitan ser motivados”**[[760]](#footnote-760)**. El Art. 31 de la Ley de Modernización no hace distinciones, por lo que la disposición legal resultaba aplicable en el sentido de que todos los actos administrativos deberán ser motivados. Esto sin duda se podría entender reformado por la actual norma constitucional que determina: “Las resoluciones de los poderes públicos que *afecten* a las personas, deberán ser motivadas” (énfasis añadido), lo que se encuentra más conforme con la doctrina arriba citada, según la cual no todos los actos administrativos deberán forzosamente motivarse sino algunos de ellos, especialmente los que afectan los derechos de las personas.

Según la norma constitucional citada, “[n]o habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”**[[761]](#footnote-761)**. La norma positiva del Art. 31 de la Ley de Modernización establece tres elementos de la motivación: 1. los presupuestos de hecho; 2. las razones jurídicas; y, 3. la relación del procedimiento previo. Las razones que han motivado a la Administración a dictar el acto administrativo serían la finalidad que ha tenido al hacerlo. De allí, dice Díez, que un vicio de las razones dará origen al recurso de desviación de poder**[[762]](#footnote-762)**. La motivación, dice García de Enterría, no se cumple con cualquier fórmula convencional: por lo contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. Por ejemplo, no bastaría jubilar a un funcionario invocando simplemente una razón de “incapacidad física”; habrá que concretar qué incapacidad física en particular y cómo se ha valorado y en qué sentido la misma justifica legalmente la resolución**[[763]](#footnote-763)**. Para Dromi, “[l]a falta de motivación implica, no solo vicio de forma, sino también, y principalmente, vicio de arbitrariedad”**[[764]](#footnote-764)** que puede afectar la validez del acto**[[765]](#footnote-765)**.

Como se vio más arriba, el Art. 3 de la normativa italiana sobre el procedimiento administrativo determina que la motivación no es obligatoria para los actos normativos ni para aquellos de contenido general (Art. 3 de “Nuevas normas, etc.). Si por esto se entiende los reglamentos, concuerda con la norma del Art. 30 de la Ley de Modernización que no exige la motivación para “la expedición de actos reglamentarios”, a pesar de que hay discrepancias entre los estudiosos del Derecho Público, para muchos de los cuales el acto administrativo se distingue claramente del reglamento, como se vio oportunamente al tratar del acto administrativo y del reglamento en la primera parte de esta obra.

**Notificación**

Para la plena validez del acto, este debe ser debidamente notificado. El ERJAFE dice:

*Art. 66.- VIGENCIA.- Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho.*

La notificación se refiere a los “actos administrativos”, es decir se excluyen las otras actuaciones del órgano administrativo, salvo que la Ley en forma expresa requiera esta notificación. Asimismo, se producen actos de trámite, que Bocanegra llama “cualificados”, de los cuales el ciudadano puede recurrir o que requieren de una actuación del particular, que también se deben notificar**[[766]](#footnote-766)**.

En el caso de intereses particulares, se requiere de la “notificación“al interesado en algunos trámites. Con anterioridad, ciertos actos administrativos se notificaban a los particulares por medio de su publicación en el Registro Oficial, como por ejemplo las naturalizaciones, clasificaciones industriales y concesión de personalidad jurídica. En la actualidad se encuentra vigente el requerimiento de la publicación de actos administrativos determinados en el Registro Oficial, después que la prohibición correspondiente fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional**[[767]](#footnote-767)**.

El ERJAFE determina plazos para la notificación del acto administrativo a partir del momento de su expedición, sin establecer el posible efecto del incumplimiento del plazo previsto. Asimismo establece la información sobre el acto administrativo que debe contener la notificación. En general, se determina en términos generales la misma regla que se aplica en el proceso: independientemente de la validez o no de la notificación efectuada o de la ausencia de notificación, se considera que esta existe por lo menos desde el momento en que el ciudadano efectúa actuaciones que suponen el conocimiento del trámite o desde el momento que interponga algún tipo de recurso**[[768]](#footnote-768)**.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), establece también medios alternativos de notificación**[[769]](#footnote-769)**. Se autoriza la notificación “por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción”, así como la información sustancial pertinente, lo que se debe encontrar incorporado en el expediente. No obstante, la práctica de medios “telemáticos**[[770]](#footnote-770)**“, como el correo electrónico u otra forma de transmisión electrónica de datos requiere el expreso pedido o el consentimiento del interesado, remitiéndose la norma a la Ley de Comercio Electrónico.

Se prevé la publicación para notificar actos administrativos cuyo “destinatario (es) una pluralidad indeterminada de personas o cuando la administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos” y “cuando se trata de actos integrantes de un procedimiento de selección o contratación pública”.

Esto coincide con el Art. 29 de la Ley de Modernización, sobre notificaciones. Básicamente se facilitan las notificaciones que el ciudadano está interesado en recibir, lo que se podría inclusive hacer por fax o por correo electrónico “siempre y cuando exista constancia plena en el proceso administrativo de la dirección para notificaciones y se pueda dejar prueba del hecho”, es decir se produce para beneficio del administrado, sin perjuicio de las notificaciones y citaciones realizadas según las formalidades tradicionales**[[771]](#footnote-771)**.

**Efectos jurídicos del acto administrativo (ejecutividad, presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad)**

Gordillo llama “caracteres” a los efectos jurídicos del acto, advirtiendo que “[h]ay mucha dispersión en la doctrina acerca de cuáles serían los caracteres del acto administrativo” y los enumera como sigue:

*…presunción de legitimidad (o ejecutividad) y ejecutoriedad (o ejecución de oficio por la administración): ambos a su vez muy cuestionados. En cualquier caso, corresponde considerar dos caracteres más, fundamentales para el Estado de derecho: estabilidad e impugnabilidad* ***[[772]](#footnote-772)****.*

Para desvirtuar la presunción de legitimidad, dice Gordillo, “a veces es necesario pedirla”**[[773]](#footnote-773)**.

Gordillo prefiere caracterizar el acto administrativo con los vocablos “exigible u obligatorio”, o ejecutivo, como le atribuye a Cassagne y Hutchinson. En cambio, afirma, se podrá denominar “ejecutorio”, cuando la Administración ostente los medios para hacerlo cumplir “por la coerción directa o indirecta”**[[774]](#footnote-774)**. El punto es que la coerción misma no es disponible por la Administración sino en los casos que expresamente la legislación conceda su ejercicio. Pero, en cambio, Bocanegra dice que “es necesario que en el caso concreto no exista disposición constitucional o legal en sentido formal que exija la intervención de los Tribunales (Art. 95, LPC)”**[[775]](#footnote-775)**.

Sobre estos aspectos, el ERJAFE dispone:

*Art. 68.- LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.*

 *(…)*

*Art. 161.- Ejecutoriedad.- Los actos de las Administración Pública serán inmediatamente ejecutivos salvo los casos de suspensión y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.*

*Art. 162.- Ejecución forzosa.- La Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los tribunales para efectos de dicha ejecución.*

La referencia a la “presunción” de legitimidad le atribuye el efecto corriente de las presunciones, que es de invertir la carga de la prueba, es decir que los actos se *presumen* legítimos, mientras no se pruebe lo contrario.

Bocanegra explica el alcance de la ejecutividad y de la ejecutoriedad de los actos administrativos:

*Los actos administrativos están destinados a ser eficaces, es decir, su contenido es obligatorio tanto para los ciudadanos como para la Administración, lo que quiere decir que son ejecutivos, como ya hemos tenido ocasión de notar, pero hay algunos actos que, además de la ejecutividad, disponen, sobre ella, de la característica añadida de la ejecutoriedad, es decir, la susceptibilidad de que la Administración pueda imponer el contenido obligatorio de sus propios actos administrativos utilizando medios coactivos****[[776]](#footnote-776)****.*

En condiciones determinadas, el acto administrativo puede “producir válidamente efectos con relación a la fecha estipulada, anterior a la fecha real”**[[777]](#footnote-777)**.

**XV. Manifestaciones del acto**

**administrativo**

Las manifestaciones que pueden asumir los actos administrativos son innumerables, pero en el presente apartado se hace referencia a unas pocas clasificaciones, por su mayor interés para la mejor comprensión de las plasmaciones del acto administrativo en el ejercicio de la Administración Pública.

**Contenidos del acto administrativo**

***Actos administrativos favorables y actos administrativos desfavorables o de gravamen***

La denominación del acto administrativo de favorable y desfavorable o gravoso —para el ciudadano— resulta suficientemente clara, pero reviste importancia para efectos de su revocatoria. En efecto, el acto administrativo desfavorable o gravoso para el ciudadano puede siempre ser revocado o extinguido por el órgano administrativo que lo dictó, mientras que se requieren de trámites determinados para la revocatoria de actos favorables.

EL ERJAFE dispone sobre este asunto:

*Art. 170.- Revocación de actos y rectificación de errores.*

*1. La Administración Pública Central podrá revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.*

***Actos definitivos y actos de trámite; actos que ponen fin a la vía administrativa o que causan estado; actos firmes y actos recurribles; actos originarios y actos confirmatorios***

Esta formulación se la trae de Bocanegra; aunque es común en la doctrina, se aprovecha literalmente la enumeración de este autor.

El acto definitivo es el que termina un trámite y no requiere de algún otro acto administrativo para su conclusión. A esta clase de actos se contraponen los actos de mero trámite o actos interlocutorios. Una importante diferencia entre ellos es que solamente los actos definitivos son susceptibles de impugnación, mientras que los actos de trámite no se pueden impugnar, aunque ello es posible cuando el acto de trámite impide definitivamente la continuación del procedimiento o prejuzga necesariamente sobre su resultado. El ERJAFE dice:

*Art. 173.- Objeto y clases.*

*1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de apelación y de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 129, 30 y 131 de esta norma.*

 *La oposición a los restantes actos de trámite o de simple administración podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.*

Los actos que causan estado son aquellos que ya no pueden recurrirse en la vía administrativa –”agotan” la vía administrativa, aunque pueden recurrirse en la vía judicial contencioso administrativa. En otras legislaciones diferentes que la ecuatoriana, un requisito de la impugnación del acto administrativo es haber *agotado* la vía administrativa. En el Ecuador, la Ley de Modernización elimina el requisito del agotamiento de la vía administrativa:

*Art. 38.- (…) No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.*

El acto *firme,* a diferencia del acto que causa estado, no es susceptible de recurso alguno, administrativo o jurisdiccional. No obstante, la normativa española, introducida en el Ecuador a través del ERJAFE, introduce la noción de actos administrativos que pueden ser impugnados sin límite de tiempo ni preclusión del procedimiento, en el caso de nulidad:

*Art. 167.- Revisión de disposiciones y actos nulos.*

*1. La Administración Pública Central, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declarará de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en este estatuto.*

*(…)*

(Énfasis añadido)

Por otra parte, la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo establece un término de 90 días para la interposición del recurso subjetivo o de plena jurisdicción, pero el ERJAFE contempla, además de la acción de nulidad *administrativa* descrita en el párrafo anterior, el Recurso Extraordinario de Revisión, dentro de un plazo de tres años desde la expedición del acto respectivo.

Se suele complementar la noción de *firme* con la de *consentido* del acto que no fue recurrido ni administrativa ni judicialmente dentro de los términos establecidos por la Ley.

Complemento de las figuras que se revisan en las líneas anteriores, es la noción de “actos originarios” y de “actos confirmatorios”. Estos últimos serían los actos que reiteran una decisión previa del órgano público, es decir, algo resuelto con anterioridad. No cabe la impugnación de los actos confirmatorios y lo términos para la reclamación se deben contar a partir de la expedición del “acto original”. Aceptar otra cosa sería extender indefinidamente la posibilidad de impugnación de decisiones firmes. En todo caso, no se debería confundir la impugnación de los actos confirmatorios con el Recurso Extraordinario de Revisión, contemplado en el Art. 178 del ERJAFE, que autoriza, cumpliendo causales determinadas, impugnar el acto “firme”, hasta dentro de tres años de su expedición; pero no de actos administrativos que han sido resueltos en sentencia judicial, pasada en autoridad de cosa juzgada.

***Autorización, permiso, concesión y licencia***

Las figuras de la autorización, permiso, concesión y licencia relevan del estudio de la *policía administrativa*, que se verá en la segunda parte de esta obra. Así como la noción de policía administrativa es una de las más discutidas del Derecho Administrativo actual, asimismo, la tradicional característica de cada uno de estos actos administrativos ha perdido su nitidez original y la distinción entre ellos que establece la doctrina se ve a diario desautorizada por la legislación.

No obstante, estos conceptos se refieren a la sustancia del ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Así, la autorización se refiere al ejercicio de un derecho que el ciudadano ostenta con anterioridad, derecho al que se le impone algún condicionamiento para su ejercicio que es levantado con la autorización para que pueda el ciudadano desarrollar normalmente la actividad en cuestión. Por otra parte, el permiso se refiere a una actividad que no se encuentra en la esfera de los derechos previos del ciudadano, para una actividad que está en principio prohibida por la ley. El otorgamiento del permiso admite al ciudadano al desempeño de la actividad en cuestión.

La concesión otorga a un particular derechos y obligaciones, generalmente mediante un contrato, para la prestación de servicios, para ejecución de obras o aprovechamiento del dominio público, que corresponden naturalmente al Estado, en general atribuidos por la Constitución, para que los desempeñe el ciudadano en las condiciones estipuladas, aunque existen concesiones determinadas que se atribuyen por acto administrativo, es decir por decisión unilateral del órgano público. La licencia se otorga siempre por acto unilateral y se refiere a la prestación de ciertos servicios. Atribuye derechos nuevos al particular para la prestación de un servicio.

Se habla de la *precariedad* en el caso del permiso, a diferencia de la mayor estabilidad de la licencia. Es el caso de los permisos de ciertas utilizaciones del dominio público, que se otorgan bajo condición de precariedad, sin derecho a indemnización. No obstante, Gordillo insiste en que tampoco puede ser arbitraria la revocación de los permisos, aun otorgados bajo condición de precariedad. Resulta procedente la revocación de los actos precarios por razones de oportunidad, pero sin arbitrariedad ni irrazonabilidad, existiendo casos en que, a pesar del carácter de precario del acto, es procedente la indemnización.

***Certificación y reconocimiento***

Existen discrepancias en la doctrina para considerar si las certificaciones y reconocimientos son estrictamente actos administrativos, puesto que no modifican el ordenamiento jurídico ni afectan derechos subjetivos de los ciudadanos, aunque en ocasiones pueden crear una vinculación antes inexistente frente a terceros y frente a la misma Administración. Bocanegra pone el ejemplo de que

*(…) pueden servir para probar la existencia de un hecho, de un derecho o de una condición en un procedimiento administrativo futuro, aun cuando no existe consenso en la doctrina acerca de en qué supuestos debe admitirse el carácter de acto administrativo de una actuación declarativa de la Administración”* ***[[778]](#footnote-778)****.*

**Denominaciones de los actos administrativos**

No obstante lo que se dice en este apartado, téngase en cuenta que cualquier acto de la autoridad administrativa que en forma unilateral establece o produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata y directa, es un acto administrativo, independientemente de la denominación que se le atribuya. Así lo manifiesta el Procurador General del Estado:

*De ahí que, desde el punto de vista de las entidades públicas y sus servidores, las expresiones actividad, operación o acto administrativo son términos sinónimos, si consideramos que actividad es el conjunto de operaciones o actos administrativos encaminados al ejercicio de una función pública; y, así ha de entender la expresión consignada por esta Procuraduría en oficio N° 1658 del 24 de abril de 1990 y referido en el oficio 24227 de 20 de junio de 1995, de que “el tenor literal de la norma transcrita de la ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en mi concepto es lo suficiente claro, razón por la que los cinco años para que opera la caducidad advertida, se han de contar desde la fecha en que se cumplió el acto administrativo”* ***[[779]](#footnote-779)****.*

Pero existen actos administrativos que por su importancia adoptan una presentación más formal que debe llenar ciertos requisitos, como por ejemplo adoptar un formato determinado (Decreto Ejecutivo, Acuerdo Ministerial, etc.) y pueden publicarse en el Registro Oficial. Es importante anotar que los instrumentos citados (decretos, acuerdos) se utilizan principalmente para expedir actos normativos: un Decreto Ejecutivo y un Acuerdo Ministerial más comúnmente contienen un reglamento o un acto normativo en general. Así, Cassagne dice que “mientras un decreto del Poder Ejecutivo de alcance particular y concreto configura jurídicamente un ‘acto administrativo’, otro emanado del mismo órgano puede regular situaciones abstractas, impersonales y objetivas, a través de normas generales y obligatorias revistiendo la condición jurídica de un ‘reglamento”**[[780]](#footnote-780)**.

Como se acaba de exponer, en el área de su respectiva competencia, los ministros de Estado se encuentran facultados para dictar los actos administrativos que pueden o no expresarse por medio de acuerdos y resoluciones ministeriales que estimen convenientes para el cumplimiento de sus responsabilidades. En ocasiones, dos o más ministerios expiden disposiciones sobre asuntos de común competencia, que se denominan “interministeriales”.

Algunos de estos actos administrativos deben publicarse en el Registro Oficial, otros se comunican directamente a los interesados.

Además de los ministros de Estado, muchos otros órganos de la Administración están facultados para expedir disposiciones administrativas y reglamentarias, que se publican el Registro Oficial.

Se puede citar, como ejemplo:

Resoluciones: Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Compañías, Tribunal Supremo Electoral y, en general, entidades públicas.

Acuerdos: Presidente de la República (declaratorias, sin efecto vinculante), Ministros, Procuraduría y Contraloría General del Estado.

Decretos: Presidente de la República (Ejecutivos).

Regulaciones: Directorio del Banco Central.

Por otra parte los directorios de “entidades adscritas” emiten sus disposiciones administrativas a través de “acuerdos” y “resoluciones de directorio” y los gerentes de las mismas a través de “resoluciones de gerencia” o “resoluciones administrativas”.

Las “circulares” y los “instructivos” pueden ser actos normativos o simples actos de la administración que se orientan en forma exclusiva al interior de la Administración Pública y no a los administrados. A pesar de lo cual, con frecuencia terminan afectando a los particulares, como por ejemplo cuando se establecen horarios especiales o la forma de ejecutar los trámites. Sobre las “circulares” el Procurador General del Estado ha dicho “que una circular o las instrucciones que determinada autoridad imparta no pueden alterar la Ley y mucho menos la Constitución, (por lo que) estimo que la circular a la que se refiere su oficio no afecta a las atribuciones que corresponden específicamente al Contralor General del Estado”**[[781]](#footnote-781)**. Asimismo, sobre el valor jurídico del “instructivo” ha dictaminado:

*La restricción del alcance de una norma legal que pretende hacerse en aquel Instructivo contraría la disposición del artículo 179 de la vigente Constitución Política (147, 7. del texto vigente), que confiere, en forma privativa, al Congreso Nacional la facultad de interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, mediante la expedición de una ley de esta clase. Por ende, el referido acuerdo ministerial es improcedente y no genera ninguna obligación a las instituciones y empresas involucradas****[[782]](#footnote-782)****.*

La diferencia entre los casos generales y particulares se manifiesta en la publicidad que se debe dar al acto. En el caso de intereses generales la publicidad se efectúa por medio del Registro Oficial, o por otro medio establecido. Este es principalmente el caso de los actos normativos o reglamentarios.

Como se expresó líneas arriba, es obvio que no toda “resolución”, “acuerdo” o “regulación” es forzosamente constitutiva de un acto administrativo, pudiendo existir resoluciones, acuerdos o regulaciones que no sean actos administrativos. El Ejecutivo establece generalmente la distinción entre actos administrativos y otras manifestaciones de la autoridad pública, utilizando el término, no muy usual, de “Acuerdo Ejecutivo” para manifestaciones que no constituyen actos administrativos o reglamentarios, sino “declaratorias” de índole política general**[[783]](#footnote-783)**.

***La “sumilla”***

Pero no existen especificaciones sobre la forma que deban adoptar las resoluciones escritas, contentivas de un acto administrativo. En la práctica diaria administrativa la “sumilla” -o manuscritos de la autoridad al margen de oficios, cartas, informes o peticiones- es un medio común por la cual una autoridad puede manifestar su decisión. Esta decisión, conforme a su contenido, puede o no resultar en un acto administrativo. La sumilla, como medio de expresión del acto administrativo, no es originaria de nuestro medio ni de nuestra época; al contrario, tiene antigua raigambre en la historia administrativa. De acuerdo con Beneyto, en la España del siglo XVII, “[e]n semejante trámite, el Rey decretaba, al margen o al dorso del documento la resolución: 'así está bien'; 'Está bien, como parece, y así se haga', si se muestra conforme, y cuando no se accedía, generalmente acudiendo al recurso de que era una novedad inconveniente: 'Que por ahora se esté como se está'. No conviene introducir novedad (…). Si el secretario consultaba muchas cosas, el Rey decretaba marginalmente; si sólo una, al fin”**[[784]](#footnote-784)**. También era posible que un tercero sumille sus observaciones en los documentos oficiales, como narra Phelan, a propósito de una petición que dirigió el Presidente de la Real Audiencia de Quito, doctor Antonio de Morga al Rey de España en 1622: “El fiscal del consejo (de Indias) puso la anotación marginal de 'no es necesario contestar”**[[785]](#footnote-785)**. Por supuesto que en este último ejemplo la sumilla no es un acto administrativo.

Se puede resumir todo lo expresado líneas arriba, diciendo que las leyes son normas de carácter general que han sido creadas según el trámite dispuesto en la Constitución. Las disposiciones administrativas, por su parte, tienen por función individualizar y concretar las leyes**[[786]](#footnote-786)**.

La Administración Pública se manifiesta a través de los actos administrativos, reglamentos y contratos. “Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley (Art. 196).

**El poder discrecional**

La actividad reglada de la Administración tiene un contenido y procedimiento de ejecución determinados expresamente por la norma jurídica. El poder discrecional, por otra parte, está sujeto igualmente a la norma jurídica, pero dentro del marco general de la competencia del órgano. La potestad discrecional contempla un rango de mayor o menor amplitud de acciones posibles dentro de la competencia establecida, siendo todas aquellas acciones igualmente válidas desde el punto de vista legal.

El ejercicio de la potestad discrecional en ningún caso se identifica con una actividad libre de la administración. Para los autores italianos, esta libertad se ejerce solamente en la llamada “discrecionalidad técnica”: cuando actúa en la actividad de conocimiento, de estudio, etc. puesto que no expide actos relevantes hacia el exterior, actúa con actividad libre a la cual no se califica posteriormente**[[787]](#footnote-787)**. Tampoco puede identificarse discrecionalidad con arbitrariedad.

La administración se halla en una situación de competencia reglada:

*(...) cuando, en virtud de las leyes y reglamentos, debe decidir de determinada manera, sin posibilidad de elección. Así, p. ej., en materia de entrega de certificados de declaración de asociaciones, de ascenso por antigüedad de los funcionarios. En todos estos casos, cuando el interesado reúne ciertas condiciones, la Administración debe adoptar una decisión en su favor sin posibilidad de elección en contrario* ***[[788]](#footnote-788)****.*

En el otro caso:

*(...) la Administración, al contrario, dispone de un poder discrecional cuando la ley o los reglamentos le dejan en libertad de actuar en un sentido o en otro: así es por ejemplo, para los ascensos a elección en la función pública o para la concesión de condecoraciones (distintas de las de los mutilados de guerra). Discrecional no quiere decir “arbitrario”: el ascenso o las condecoraciones se atribuyen en principio a los más meritorios, pero la Administración es juez de los méritos* ***[[789]](#footnote-789)****.*

Para Laubadère el criterio de distinción entre la potestad reglada y la discrecional se basa en “la apreciación de la oportunidad de la medida a tomarse”**[[790]](#footnote-790)**.

Sería erróneo considerar que el poder discrecional se ejerce a través de la expedición de un acto administrativo “discrecional”. Conforme el enfoque clásico, abandonado hace un siglo, “acto discrecional significará así el acto expedido en ejercicio de la actividad (poder) discrecional**[[791]](#footnote-791)**.

En el ejercicio del poder discrecional la autoridad expide, conforme a la normativa, el acto administrativo dentro de un margen mayor o menor de discrecionalidad. Jamás un acto administrativo o de la administración es completamente reglado o completamente discrecional. En consecuencia, la discrecionalidad siempre comporta sobre algún aspecto, pero no sobre la totalidad de los elementos del acto administrativo. Para García de Enterría y Fernández “la discrecionalidad, (...) ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto (...) la remisión de la Ley al juicio subjetivo de la Administración no puede ser más que parcial y no total”**[[792]](#footnote-792)**. Estos autores citan el Preámbulo de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española: “La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque (...), la discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto”. Se refiere a los “actos” y no a las “potestades” desde la perspectiva de su impugnación; todo acto administrativo es resultado del ejercicio de una potestad. Sobre el particular Dromi es radical al considerar esta distinción entre acto reglado y acto discrecional como “absurda”:

*La división entre actos reglados y actos discrecionales es absurda. En el orden real o existencial nunca las atribuciones de un órgano administrativo podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales.*

*No hay actividad administrativa absolutamente reglada ni absolutamente discrecional; siempre algo está normado o reglado por el orden jurídico, o ha quedado al arbitrio del funcionario actuante. En todos los casos, la Administración dispone de un margen de apreciación y también de un tope legal. Por ejemplo, la competencia está siempre reglada****[[793]](#footnote-793)****.*

En conclusión, “si existe un poder discrecional, no existen los actos discrecionales y, como ya se ha dicho, incluso en las decisiones en las que tiene mayor libertad, la Administración no puede pronunciarse más que por motivos de derecho y de hecho exactos, en razón de un objetivo legal y sin cometer un ‘error de apreciación manifiesto’. Es la teoría del control mínimo (o restringido)”**[[794]](#footnote-794)**. “Lo discrecional no son los actos sino las potestades”, dice Hernández con sustento en la doctrina comparada del Derecho Administrativo**[[795]](#footnote-795)**.

El interés doctrinal que tiene esta distinción entre actividad reglada y actividad discrecional de la Administración es que permite calificar la legalidad del acto expedido por el órgano administrativo. La facultad discrecional tiene límites jurídicos que permiten controlar judicialmente el ejercicio de tal actividad**[[796]](#footnote-796)**.

Incluso, al decir de García de Enterría, la última doctrina alemana considera que antes que una discrecionalidad lo que existe son “simples conceptos jurídicos indeterminados”:

*Hoy se ve que justamente en tales casos la discrecionalidad está excluida y que más que remitir la Ley a una decisión libre de la Administración, en cuyo ejercicio saldrían indiferentes jurídicos o contenidos igualmente justos, se trata, por el contrario de delimitar una única solución justa cuya búsqueda reglada debe hacer la Administración cuando a ella corresponde su aplicación, y cuyo control último, por ser un control de legalidad, es accesible al juez****[[797]](#footnote-797)****.*

Sobre los conceptos jurídicos indeterminados opina Bocanegra:

*En todo caso, la discrecionalidad, que no debe confundirse con la aplicación de conceptos legales indeterminados (…), fenómeno este último común a todas las ramas del Derecho y que no supone otorgamiento de ninguna libertad a la Administración, puesto que la aplicación de conceptos indeterminados es una labor típicamente judicial, como se puede comprobar en los órdenes jurisdiccionales civil, penal o social (con la excepción, necesitada de prueba en cada caso, del llamado margen de apreciación de que dispone la Administración en los casos dudosos), tiene siempre un ámbito limitado y no abarca el conjunto de la potestad de que se trate, que incluirá siempre elementos reglados, empezando, por de pronto, por el fin* ***[[798]](#footnote-798)****.*

Dice Altamira que es privativa de la administración la determinación de cuándo un acto o un hecho es oportuno o conveniente, sin que tal determinación sea susceptible de recursos jurisdiccional alguno. En el caso de los actos administrativos con elementos discrecionales, la administración y las empresas públicas, tienen las más amplias facultades para determinar la oportunidad o conveniencia del acto, pero están limitadas por los criterios de legalidad y moralidad.

Según el autor citado en el párrafo anterior, el acto discrecional está integrado de dos elementos distintos, indefectibles en su composición: 1) la oportunidad y conveniencia del acto; 2) su legalidad. Lo primero no es discutible en la vía contenciosa, lo segundo sí.

¿Cuando se considera que existe discrecionalidad? La doctrina tradicional consideraba que existía discrecionalidad en los siguientes casos: 1. ausencia o silencio de la ley; 2. ausencia de contratos, reglamentos o derechos subjetivos preexistentes; 3. competencia en el funcionario.

En el caso de la entidad pública es necesario tomar en cuenta el importante principio de la especialidad, según el cual las entidades públicas solo pueden actuar para el cumplimiento de los fines para las que fueron creadas. Es un principio similar se aplica en las personas jurídicas privadas mercantiles, cuyas actividades tienen que forzosamente corresponder con el “objeto” expresado en sus estatutos. El principio de la especialidad, manifestado en los objetivos de la entidad, condiciona la competencia de sus funcionarios para expedir actos administrativos. En general, se entiende por incompetencia la falta de poder legal para emitir o realizar un acto.

Para concluir con el asunto de la discrecionalidad en la emisión de actos administrativos en las empresas públicas, cabe señalar que “a falta de toda norma, la libertad de la administración está siempre limitada por dos principios fundamentales: la competencia y la causa o fin legal. La violación de la primera, constituye el vicio de incompetencia, que hace procedente el recurso; la segunda, da lugar al de desviación de poder”**[[799]](#footnote-799)**.

Al tratar sobre la motivación del acto administrativo el ERJAFE establece el requerimiento de “ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública” (Art. 123)**[[800]](#footnote-800)**.

***Efectos de la característica del acto de ser discrecional. Para qué sirve este concepto***

Para Laubadère la distinción es de “interés capital, puesto que determina la legalidad del acto administrativo en lo concerniente a la relación entre su objeto y sus motivos; además, en el plan contencioso, ella determina los términos y condiciones de su control jurisdiccional”**[[801]](#footnote-801)**.

Un tradicional ejemplo de poder discrecional de la Administración se manifiesta en la adjudicación del contrato público. La Ley de Contratación Pública ecuatoriana dispone que el contrato se adjudique “al proponente que hubiere presentado la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales”.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Ecuador establece que “[n]o corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa: a) Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración”. Especifica que “[c]orresponde especialmente a la potestad discrecional: a) Las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones. b) Las resoluciones sobre concesiones que se solicitaren de la administración, salvo las que versaren sobre concesiones regladas por la ley. c) Las decisiones que nieguen o regulen gratificaciones o emolumentos no prefijados por una ley o reglamento, a los funcionarios públicos que presten servicios especiales” (Art. 6).

No obstante, con un criterio adecuado el desaparecido Tribunal de lo Contencioso Administrativo sentenció ya en 1980 que “corresponde al contralor jurisdiccional de la Administración conocer y resolver sobre la aplicación legítima de la facultad discrecional de los actos o resoluciones administrativas”**[[802]](#footnote-802)**. Hernández resume estos enfoques afirmando que:

*(…) a nivel constitucional no hay excepciones para el control de los actos administrativos, lo cual querría decir que si alguna Ley establece por ejemplo que los actos administrativos discrecionales o los actos administrativos nacidos del ejercicio de potestades discrecionales no son materia de control de legalidad o de constitucionalidad, tal Ley sería inconstitucional por contravenir en tal específica materia, al artículo 196 y 276 numeral 2 de la Carta Fundamental* ***[[803]](#footnote-803)****.*

Efectos de los criterios expresados sobre la discrecionalidad en la impugnación del acto: En todo caso corresponde al juez determinar los aspectos de la legalidad del acto y de su finalidad, sin necesariamente entrar en el tema de la oportunidad de ese acto, que según Dromi, continúa exenta de control judicial.

El control judicial se efectúa originalmente a través de la técnica de la llamada “desviación de poder“, que examina la finalidad del acto. Hoy, sin embargo, que la doctrina rechaza la existencia del “acto discrecional” y se adelantan criterios tales como los de “conceptos jurídicos indeterminados”, la totalidad de los componentes del acto se consideran sujetos al control de su legalidad.

Para articular (el) control son operantes tres técnicas diversas: control de los elementos reglados del acto discrecional y en particular la desviación de poder; control de los hechos determinantes; control por los principios generales del derecho y, en particular, principio de la inequidad manifiesta.

Una guía para juzgar los elementos de la discrecionalidad es ofrecida por Bocanegra:

*El control judicial de la discrecionalidad abarca, en primer lugar, la verificación del cumplimiento de esos elementos reglados, así como de los requisitos formales de los actos discrecionales, comenzando por la motivación [art. 54.1.f) LPC], que permiten a los órganos judiciales penetrar en el fondo de la decisión discrecional y comprobar si se ajusta a los principios de objetividad, racionalidad e interdicción de la arbitrariedad (arts. 9.3 y 103.1 CE). De ese contraste deriva el catálogo de posibles vicios de los actos discrecionales, que abarca, en las caracterizaciones alemanas, el exceso en su ejercicio (adopción de decisiones no incluidas en el ámbito de la habilitación discrecional), el no ejercicio (es decir, la no valoración de todos los intereses en juego al adoptar la decisión, supuesto, por cierto, usualmente descuidado en nuestra doctrina), la desviación respecto al fin (desviación de poder), y la vulneración de los principios rectores del ejercicio de la discrecionalidad (igualdad, imparcialidad, objetividad, interdicción de la discrecionalidad) o de los derechos fundamentales”* ***[[804]](#footnote-804)****.*

Sobre este tema, se puede concluir con González Pérez en que:

*Realmente no tiene sentido mantener la discrecionalidad como causa de exclusión de la impugnación de un acto, ni siquiera con matizaciones. Pues la discrecionalidad justificará la improcedencia, no la inadmisibilidad de las pretensiones, y aquella -así dice el preámbulo de la LJ española- “no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto, por delegar el ordenamiento jurídico en la administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata y haber actuado el órgano con arreglo a derecho, el acto impugnado es legítimo”* ***[[805]](#footnote-805)****.*

**El silencio administrativo**

Uno de los puntos controvertidos de la Ley de Modernización es la presunción que introdujo en el Art. 28 del silencio administrativo como aprobatorio del pedido o respuesta favorable a la reclamación. Según Diez, “[e]l silencio administrativo se produce cuando el ordenamiento jurídico, ante la falta, dentro de un término que establece, de un pronunciamiento que la administración tiene el deber de efectuar, presume la existencia de un acto (...). Como que es un acto presunto no cabe ninguna clase de interpretación con respecto al valor quequepa atribuir a la decisión administrativa. El significado del acto resultará de la legislación positiva”**[[806]](#footnote-806)**.

Así, la ley puede determinar que el silencio se interprete como una respuesta tácita, sea como negativa, sea como positiva. Si la ley dispone que se debe interpretar el silencio del órgano como negativo, la inercia de la administración ante la petición del interesado se interpretará como una respuesta negativa que lo habilitará para recurrir a la vía judicial. Esto se considera una adecuada garantía para el peticionario. De otra manera no podría el administrado reclamar ante la inacción del órgano competente. El Art. 104 del Código Tributario dispone que “[l]a falta de resolución por la autoridad tributaria, en el plazo fijado en el artículo 132, se considerará como aceptación tácita de la petición, reclamación o recurso respectivo, y facultará al interesado para el ejercicio de la acción que corresponda”. La Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cambio, manifiesta que [s]e 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 que la ley señale un plazo especial” (Art. 31, c).

Por otra parte, ejemplos de aprobación tácita ante el silencio administrativo son los determinados en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y la Ley de Contratación Pública. El Art. 31, 16, inciso segundo de la LOCGE señala: “El informe a que se refiere este numeral será expedido en el término de quince días contados desde la fecha de recepción de la solicitud y todos los documentos respectivos. La falta del informe no impedirá la celebración del contrato, una vez vencido el término señalado en este inciso”. La Ley de Contratación Pública, Art.60, inciso quinto: “(...) Los funcionarios indicados (Procurador y Contralor del Estado) emitirán sus informes dentro del término de quince días de (recibidos los documentos). (…) Si el funcionario que debe informar dejar transcurrir dicho término sin hacerlo, se considerará como que hubiere emitido dictamen favorable”.

En general sobre este tema, el de 1695, de la “desburocratización” dispuso: “En los casos en que la Ley o el Reglamento no establezca un plazo o un término para la emisión de un informe, dictamen o autorización, necesarias para la realización de un acto o contrato por parte de la administración pública, el plazo será de quince días. Concluido este plazo, la administración pública podrá realizar libremente el acto o contrato, sin perjuicio de la responsabilidad civil, administrativa openal del funcionario que debe emitir el informe, dictamen o autorización”**[[807]](#footnote-807)**.

La disposición sobre el silencio administrativo resulta aplicable para los trámites de autorización o permiso, que, una vez transcurridos los quince días se consideran otorgados, según el Procurador General del Estado:

*Las solicitudes y reclamos dirigidos a una entidad del sector público por parte de cualquier administrado pueden ser de materia de una resolución tácita de aprobación, si no se los ha resuelto dentro del término previsto en el citado artículo, esto es quince días contados a partir de su presentación;*

*El Consejo Nacional de Fijación de Precios de Medicamentos de Uso Humano es una institución del sector público adscrita al Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca. Por lo tanto, se encuentra sometido a la Ley de Modernización del Estado y al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva;*

*Como consecuencia de lo anterior, cabe en este caso la figura de una resolución tácita de aprobación de las solicitudes de fijación o modificación de precios de los medicamentos de uso humano, cuando se cumplan los supuestos del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado****[[808]](#footnote-808)****.*

Asimismo:

*El Consejo Nacional de Fijación de Precios de las Medicinas de Uso Humano debe contar con la asesoría de la Comisión Técnica, emitida dentro del plazo de treinta días previsto en el Art. 30 de la Ley de Modernización, plazo que debe contarse a partir de la recepción del requerimiento, siendo que el Consejo debe pronunciarse en el plazo de los quince días posteriores a la recepción del informe, cuando evidentemente éste haya sido expedido sobre la base de la presentación de todos y cada uno de los justificativos contables y técnicos previstos en el instructivo ya mencionado.*

*La negativa administrativa para que surta efectos legales apropiados, como cualquier otra, debe hallarse debidamente motivada; para el caso en concreto, deberá producirse como antecedente necesario, el requerimiento por parte de la Administración Pública al representante de la empresa farmacéutica peticionaria en cuestión, para que presente o complete la documentación necesaria y la información requerida, antes de que se expida la resolución definitiva, que atienda o niegue su petición****[[809]](#footnote-809)****.*

Pero, según el mismo Procurador el silencio administrativo positivo no es aplicable a los trámites de cumplimiento de un contrato público:

*(…), en lo que se refiere a contratos, es indispensable la manifestación expresa y libre de la voluntad de las partes, no siendo aplicable, por tanto el llamado “silencio administrativo”* ***[[810]](#footnote-810)****.*

Según esta interpretación tampoco sería procedente interpretar el silencio administrativo como una negativa del contratante público a la solicitud o pretensión del contratista, lo cual contradice los principios y garantías constitucionales, porque pone al contratista en peores condiciones que los demás ciudadanos en su relación con el Estado. En consecuencia, se considera que lo procedente sería considerar el silencio del contratante público ante las peticiones del contratista como constitutivas del silencio administrativo positivo.

La crítica que se hace a la redacción actual del Art. 28 es lo limitado del plazo, especialmente en las oficinas públicas donde existe una sobrecarga de trámites. La respuesta lógicamente será que esas oficinas deberán reestructurar sus procedimientos y procurar un despacho más eficiente, so pena de incurrir en las sanciones legales. De hecho, el término de quince días que se concede a la Procuraduría y Contraloría General del Estado para la emisión de dictámenes para la contratación pública no se define como insuficiente, a pesar de la frecuente complejidad de los contratos y la documentación respectiva. Otro comentario que se ha vertido sobre este respecto es que los órganos encargados, incapaces de cumplir el limitado término señalado, podrían optar por el expediente más fácil de resolver negativamente la solicitud. En este caso, es procedente examinar el acto correspondiente que, conforme a lo determinado en esta Ley de Modernización y por la Ley Fundamental, deberá ser motivado. Si su pronunciamiento no se somete a las normas jurídicas, lógicas y éticas en el contenido del acto administrativo, se estaría configurando el delito del prevaricato tipificado en el Art. 277, numerales 5 y 1, que califica de prevaricadores y reprime con prisión de uno a cinco años a “los empleados (públicos) que (...) en perjuicio de un particular, fallaren contra ley expresa”. Sin perjuicio de la aplicación del Art. 153 del Código Penal, al que se refiere el Art. 28 de la Ley de Modernización, de ser procedente, es decir, de constituir la resolución negativa “un acto contrario al derecho de petición”.

Una reforma que se introdujo en la norma citada de la Ley de Modernización fue el requerimiento de una comunicación de la institución pública respectiva que certifique la presentación de la petición y que la misma no fue respondida en el término legal. Esta reforma ha dificultado bastante la aplicación del silencio administrativo positivo en el Ecuador.

La normativa española, de donde se tomó el requerimiento de la certificación ha superado esta dificultad práctica con una reforma, que comenta Bocanegra:

*La reforma introducida por la Ley 4/1999 ha convertido en meramente potestativa la certificación de los actos presuntos, introducida en la versión inicial de la LPC como un requisito necesario para la acreditación del silencio, y cuya solicitud de certificación de actos presuntos otorgaba a la Administración un nuevo plazo de veinte días para resolver; en el que podía apartarse del acto presunto.*

*Hoy, la certificación, que debe emitirse en el plazo máximo de quince días, no es más que un medio de prueba entre otros posibles”* ***[[811]](#footnote-811)****.*

(Énfasis añadido).

En Resolución N° 271, de casación, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No 249, del 12 de enero de 2004, se establece, como precedente jurisprudencial obligatorio, que cuando se ha producido el silencio administrativo positivo al que se refiere el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado y la institución pública ante la cual se hizo la petición ha conferido el consiguiente certificado de que no se ha dado respuesta a la solicitud del ciudadano, corresponde al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo declarar en Resolución que se ha hecho efectivo el derecho obtenido como efecto del silencio administrativo y ordenar la ejecución del mismo por parte de la institución pública correspondiente. En la misma Resolución No 271 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia también se cita, en el mismo sentido:

*“la Resolución No 321-97 en el juicio seguido por Agip-Ecuador S.A. contra el Ministerio de Energía y Minas; en la Resolución No 195-99 dentro del juicio No 168-98 y en la Resolución No 21 7-99 dentro del juicio No 169-98, los cuales se encuentran publicados cn la Gaceta Judicial correspondiente a mayo agosto de 1999, Serie XVI No 15”.*

Como excepciones de este procedimiento, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha determinado:

*“(...) no se puede obtener derecho alguno por el silencio administrativo si la solicitud se dirige contra autoridad incompetente para aceptar o negar lo solicitado, o si lo solicitado de haber sido aprobado de manera expresa habría sido afectada por nulidad absoluta”.*

(Resolución No. 358, publicada en el Registro Oficial No 23, del 17 de febrero de 2003. En el mismo sentido: Resolución No. 164-04, publicada en el Registro Oficial No 480, del de 13 de diciembre de 2004).

En el procedimiento descrito la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema también se establece en la Resolución No 271, citada líneas arriba, como precedente jurisprudencial obligatorio, que:

*(. . .) la acción a proponerse para hacer efectivo el derecho obtenido como efecto del silencio administrativo será una acción de puro derecho, en la que en consecuencia no cabe la apertura de un término de prueba ya que ésta tiene como únicos y exclusivos propósitos establecer que el petitorio aprobado por el silencio administrativo se dirigió a la autoridad que tenía la competencia para resolverlo y que lo así aprobado no habría estado afectado por nulidad absoluta de haber sido aprobado por la autoridad a la que se dirigió la petición o reclamo (. . .).*

Es decir que tales causales serían las únicas por las cuales no se podría declarar la ejecución del silencio administrativo positivo: 1. que se haya presentado ante autoridad incompetente para aceptar la solicitud; 2. que en caso de haber sido aceptada la solicitud de manera expresa, habría sido afectada por nulidad absoluta.

**Los “actos políticos”**

Para el estudio de la formulación y determinación de políticas públicas se tiene que hacer referencia a la “función gubernativa o política”, para distinguirla de la “función administrativa”, al interior de la Función Ejecutiva, conforme la doctrina del Derecho Público contemporáneo. En efecto, tanto la doctrina como la misma legislación sobre procedimientos administrativos establecen la existencia de “actos políticos” como diferentes de los “actos administrativos”, aunque las diferencias entre esas dos clases de actos se vuelve cada vez más tenue. Las políticas públicas estatales se manifiestan jurídicamente a través de los “actos políticos”. Este tema se desarrolla sucintamente en el presente apartado. Líneas arriba se citó el criterio de Giannini, según el cual “el poder gubernativo tiende (...) a escindirse en dos poderes: un poder gubernativo en sentido restringido y un conjunto de poderes administrativos”**[[812]](#footnote-812)**. Muchos autores establecen una delimitación radical entre ambos “poderes”, puesto que el poder gubernativo actuaría a través de los “actos políticos” cuyas características diferirían de la de los “actos administrativos”.

Son características de los “actos políticos”:

1. Ejecutan directamente la norma constitucional.

2. Son dictados en ejercicio de una actividad discrecional, indelegable, de los órganos ejecutivo y/o legislativo, sin límites jurídicos y por motivo de oportunidad o mérito.

3. Se vinculan a la propia “organización y subsistencia del Estado”, y se justifican por una finalidad política vital para la seguridad, defensa y orden del Estado. No se trata de asuntos atinentes a la simple marcha de la buena administración.

4. No inciden directa ni inmediatamente en la esfera jurídica del administrado, “cuyo status no se altera ante la emisión del acto político, de gobierno o institucional”.

5. Son unilaterales en su estructura y de alcance o efecto general.

6. Son irreversibles, no judiciables, no justiciables o no invalidados judicialmente. Están exentos de control jurisdiccional**[[813]](#footnote-813)**.

Según este autor resultaría improcedente y, sobre todo inconstitucional, que el Poder Judicial pretendiera entrar al conocimiento de estos actos, que por su naturaleza son discrecionales, “que atañen a la oportunidad política”. Dromi pone como ejemplo la declaratoria del estado de sitio, que es una potestad exclusiva del Ejecutivo, sin posibilidad de cuestionamiento judicial. Gordillo discrepa radicalmente con el criterio expresado de que estos actos, que él denomina “de gobierno”, no estén sujetos a la revisión judicial. Se puede concordar con el cuestionamiento de Gordillo en cuanto la doctrina administrativa contemporánea considera que no cabe la existencia de actos del gobierno o de la Administración Pública que se encuentren exentos de la revisión judicial y que nadie discute actualmente que también los actos administrativos llamados discrecionales se encuentran sujetos a la revisión judicial.

En el Ecuador, hace notar Hernández “a nivel **de Ley** no existe definido un contenido claramente delimitado de lo que debemos entender por acto político, y siendo que éste, por mandato del artículo 6 (de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, tal omisión en sí mismo considerada constituye un factor de inseguridad jurídica”**[[814]](#footnote-814)**.

Por otra parte, como lo señala Gordillo, sí existen determinados actos del gobierno que, por su carácter *general*, no podrían impugnarse por no existir un actor legitimado, es decir por falta de una persona que pueda considerarse lesionada directamente por dicho acto**[[815]](#footnote-815)**. En efecto, una “política” expedida por el Presidente de la República, difícilmente se podría visualizar como afectando en forma directa a ninguna persona en particular, que es un requisito fundamental para que un acto sea considerado “administrativo”. Por supuesto que estos enfoques se modifican con el desarrollo del derecho ambiental y del derecho del consumidor: hay que tomar en cuenta que las legislaciones nacionales, en forma generalizada hoy día otorgan legitimación procesal a cualquier persona del pueblo para plantear acciones judiciales sobre cuestiones ambientales y de defensa del consumidor. También hay que distinguir entre la declaratoria misma del estado de sitio, que es el ejemplo propuesto por Dromi, y las acciones ejecutadas como resultado de tal declaratoria de estado de sitio. Resulta claro que cualquier medida que asuma el gobierno en aplicación de una declaratoria de estado de sitio es susceptible de impugnación judicial, pero cabría discutir si una sentencia judicial podría válidamente revocar la declaratoria misma de estado de sitio, por ejemplo. Estas reflexiones se pueden aplicar a cualquier otro acto político del Ejecutivo. Este es uno de los temas de mayor actualidad en el derecho administrativo que se está resolviendo en el ámbito jurisprudencial.

Inclusive para Vedel, quien opina que no se justifica el mantenimiento de la noción de “actos de gobierno” en la doctrina, “el juez administrativo debe evitar todo incidente fronterizo con el Jefe de Estado, el Parlamento y con las autoridades encargadas de la política internacional”. Asimismo, considera que la actual Constitución francesa acrecentó la categoría de “actos de gobierno” con las figuras del referéndum y la disolución del parlamento**[[816]](#footnote-816)**.

En todo caso, a pesar del estado actual de las discusiones doctrinales sobre el tema, es indiscutible que existen actos del Jefe del Ejecutivo que declaran la orientación que su Gobierno imprimirá a temas determinados. En general, estas declaratorias se abstienen de determinar acciones específicas, por lo que carecen de un elemental requisito del acto administrativo, cual es el de afectar una situación subjetiva en forma directa.

**El acto administrativo frente a las otras actividades administrativas**

Tanto el simple acto como el hecho administrativo son susceptibles de producir efectos jurídicos así como los actos administrativos, pero se distinguen de este.

Existen variadas denominaciones para lo que el ERJAFE denomina “acto de simple Administración”:

*Art. 70.- ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN.- Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.*

La característica más importante que se atribuye al “acto” de la administración es que no produce efectos jurídicos directos e inmediatos hacia el exterior. Es también denominado “actuación interadministrativa” por Dromi. Además, el mismo ERJAFE le presta otros apelativos, como por ejemplo, “actos de instrucción” (Art. 145), “las resoluciones y los actos de trámite” (Art. 173), “actos de mero trámite” (Art. 186). El simple acto, en conclusión, es una declaración interna o interorgánica, que no produce “efectos jurídicos en forma inmediata”. Dromi enumera entre los simples actos de la Administración las propuestas y los dictámenes.

EL ERJAFE define:

*Art. 71.- DICTÁMENES E INFORMES.- Se requerirá de dictámenes e informes cuando ello sea obligatorio en virtud de las normas de procedimiento administrativo.*

*El dictamen tiene el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad.*

*El dictamen o informe se integra como otra etapa de carácter consultivo - deliberativo en el procedimiento administrativo de conformar la voluntad administrativa.*

El hecho administrativo, en cambio, es una actuación puramente material, desprovista de contenido, mientras que el acto administrativo también puede manifestarse materialmente, pero siempre expresa una declaración de la voluntad administrativa dirigida al intelecto de los administrados**[[817]](#footnote-817)**. Sin embargo, no cualquier actuación material de los órganos públicos se puede considerar un *hecho administrativo*, puesto que para ser reconocido como tal debe estar previsto de alguna manera en la norma jurídica o su realización ser efecto de un acto administrativo previo.

*Art. 78.- HECHO ADMINISTRATIVO.- El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto administrativo previo.*

(ERJAFE)

Los hechos administrativos también pueden impugnarse, según el ERJAFE. Asimismo, en sede judicial, cabe la reclamación por hechos administrativos ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, según el Art. 38 de la Ley de Modernización.

**XVI. Terminación Y Vicios del acto**

**administrativo**

**Terminación del acto administrativo**

Se establece una distinción entre los actos que 1. cesan de surtir efectos jurídicos de aquellos actos que 2, “desaparecen”**[[818]](#footnote-818)**. Marienhoff afirma que, “jurídicamente hay una diferencia fundamental entre ‘*cesación de los efectos”* del acto administrativo y “*extinción”*  del acto administrativo”. En el primer caso, la cesación termina los efectos del acto administrativo de una manera normal, prevista en el mismo ordenamiento, que se estima “hasta ese momento ha existido *legalmente”.* Por otra parte, reserva el uso de “extinción” como resultado de situaciones surgidas y no previstas, como por ejemplo “por caducidad, revocación, anulación, renuncia, rescisión”**[[819]](#footnote-819)**.

En el primer caso se estima que el acto existió hasta la cesación del mismo, cesación cuya declaratoria produce efectos *ex nunc* –es decir a partir de la declaratoria de extinción; que son también los efectos de la declaratoria de anulación del acto (por causas de anulabilidad). Por otra parte, en la “desaparición” del acto administrativo los efectos son retroactivos –*ex tunc*; efectos que se producen en la declaratoria de nulidad del acto. Pero además de las declaratorias judiciales, la Administración siempre ha tenido potestades para declarar extinguido el acto administrativo, con antecedentes y consecuencias que varían según la naturaleza de la extinción. Por regla general, la Administración tiene plena libertad para dejar sin efecto los actos de gravamen o desfavorables para el ciudadano. Se advierte que solamente es procedente este tipo de revocatoria cuando la misma no exonere de sanción u obligación que el ciudadano necesariamente tenía que cumplir por mandato legal**[[820]](#footnote-820)**. Para el caso de actos favorables a los ciudadanos y especialmente aquellos constitutivos de derechos adquiridos, la libertad de la Administración para revocar el acto se encuentra restringida al cumplimiento de formalidades expresas, que se discutirán más adelante.

Se ha definido la revocación como “el retiro unilateral de un acto válido y eficaz por motivo sobreviniente, o de un acto irregular”. En el sistema tradicional la revocación se diferencia de la anulación entre otras causas porque la revocación proviene del órgano administrativo, mientras la anulación es el retiro del acto dictada por el Juez**[[821]](#footnote-821)**. En el actual sistema español, seguido a partir de 2002 en el Ecuador, se autoriza a la Administración para declarar nulidades en casos y bajo procedimientos especificados en el ERJAFE. Así, la antigua distinción entre revocación (administrativa) y nulidad (judicial) pierde sus efectos, porque según este sistema la anulación no es prerrogativa exclusiva del Juez, sino también de la Administración Pública. Entrena Cuesta dice, conforme al nuevo esquema, que:

*Entendemos, pues, por anulación la eliminación de un acto administrativo en virtud de los vicios que le afectan, o sea, por razones de legalidad. Y por revocación, la eliminación, asimismo, de un acto administrativo como consecuencia de la adopción de nuevos criterios de apreciación del interés público, es decir, por razones de oportunidad* ***[[822]](#footnote-822)****.*

El ERJAFE considera ambas opciones abiertas al órgano administrativo: Revocación por motivos oportunidad y por motivos de legalidad; lo que incluye también la revocación de actos favorables al ciudadano o declarativos de derechos**[[823]](#footnote-823)**.

La noción de “retiro” del acto administrativo proviene de la figura del “retrait” del Derecho Administrativo francés. García-Trevijano atribuye la adopción de este concepto al Derecho Administrativo hispanoamericano, para quien “[r]etirar quiere decir sustraer del Ordenamiento Jurídico, no importa por qué causa, determinados actos administrativos”. El “retiro” del acto administrativo se debe por parte del mismo órgano o por otro jerárquico, de fiscalización o de tutela. “El acto contrario ha de ser igual o superior en rango” que el acto que se retira. También distingue el retiro del “mero retiro”, entendiendo por éste “la extinción voluntaria de un acto ineficaz”**[[824]](#footnote-824)**. Esta figura se puede dar por vicios jurídicos (invalidez) o por vicios administrativos (revocación).

Se contemplan cuatro tipos de invalidez, según la gravedad de las irregularidades del acto: nulidad de pleno derecho, anulabilidad, irregularidades no invalidantes; y, en casos de vicios groseros, la inexistencia del acto.

**Formas de terminación del acto administrativo**

***Cumplimiento del objeto, término o condición***

Estas circunstancias de cumplimiento del objeto del acto, son llamadas “agotamiento del contenido” por Stassinopoulos. Puede ocurrir por el cumplimiento del plazo, así como por su ejecución efectiva –para el caso de los actos que pueden aplicarse una sola vez**[[825]](#footnote-825)**. El agotamiento puede ser material o jurídico, expreso o implícito**[[826]](#footnote-826)**. El ERJAFE se refiere al cumplimiento del plazo o condición**[[827]](#footnote-827)**.

***Caducidad***

El incumplimiento de las obligaciones y condiciones impuestas en el acto abre la opción del órgano para declarar la caducidad del acto administrativo.

***Lesividad***

En la doctrina tradicional del Derecho Administrativo, todavía vigente en otros países, los actos favorables no pueden revocarse por el órgano que los dictó o por otro órgano administrativo. En tal caso, el expediente que corresponde a la Administración es la declaratoria de la lesividad del acto y el planteamiento de la impugnación respectiva ante el Juez contencioso administrativo. Se contempla de modo incidental en el Art. 29, d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El Recurso de Lesividad se conserva en el ERJAFE (Art. 97), igual que en el Estatuto español, pero sin mayores perspectivas de aplicación, puesto que en el Ecuador la Administración estaría autorizada por el ERJAFE para dejar sin efecto actos favorables al ciudadano (“que afecte total o parcialmente un derecho subjetivo”), bastando para el efecto que se fije una indemnización, sin que la norma determine la forma de calcularla, pero en todo caso, remitiendo al perjudicado al Juez contencioso administrativo para la discusión sobre el monto de la indemnización, sin perjuicio de que el acto administrativo se considerará de todas maneras extinguido**[[828]](#footnote-828)**. Grave amenaza sin duda para los legítimos derechos de los ciudadanos.

***Desuso***

El desuso del acto administrativo se refiere a la falta de aplicación del mismo. El decaimiento se produce cuando la Administrativo no ha aplicado el acto y este ha perdido su efectividad y vigencia. También la doctrina cita la “inutilidad” del acto administrativo por causas supervenientes, por ejemplo en el caso de destrucción de un terreno sobre el que existe concesión, licencia de obras**[[829]](#footnote-829)**.

***Rechazo y Renuncia***

El rechazo y la renuncia dejan sin efecto el acto administrativo por voluntad de los particulares a cuyo favor se ha expedido el acto administrativo. En general, los actos administrativos favorables expedidos a favor de un ciudadano pueden ser rechazados por el destinatario o, si ya lo ha aceptado con anterioridad, pueden también renunciarse.

**Vicios del acto administrativo**

Los vicios del acto administrativo se originan en el incumplimiento de los requisitos para su validez y pueden ser, como se ha señalado líneas arriba, de gravedad invalidante del acto, constitutivos de nulidad absoluta o subsanables, de anulabilidad, así como también se contemplan las irregularidades no sustanciales, que no afectan la validez y eficacia del acto administrativo.

El principal vicio del acto administrativo proviene de la incompetencia del órgano. En este se incluyen los que llaman “vicios en el origen de la voluntad” como en el acto expedido por un usurpador o un funcionario de hecho. Los vicios llamados de la preparación de la voluntad, son irregularidades de diferente tipo en el procedimiento. Son las dos causales de nulidad para los actos administrativos contempladas en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la nulidad del mismo**[[830]](#footnote-830)**. Otros vicios, relacionados con la finalidad del acto, provienen de la voluntad del órgano público, llamados “subjetivos” por Gordillo, como la desviación de poder, la arbitrariedad, el error, el dolo, la violencia y la simulación**[[831]](#footnote-831)**. Finalmente, se deben señalar los vicios relacionados con el requerimiento constitucional y legal de la motivación.

***Acto inexistente***

“En caso de vicios groseros, el acto se denomina inexistente”**[[832]](#footnote-832)**. La Procuraduría General del Estado, acoge la figura de la “inexistencia” del acto administrativo con vicios groseros, conforme la doctrina del Derecho Administrativo:

*Los actos emanados por autoridad, cuerpo colegiado y las instituciones públicas en general, para que tengan validez, deben reunir los requisitos que la ley prevé para cada caso; todo aquello que ejecuten los concejales al margen de la ley, constituye lo que el derecho administrativo singulariza como “Acto Inexistente”, el mismo que por su naturaleza no genera obligación ni efecto jurídico alguno* ***[[833]](#footnote-833)****.*

***El sistema de anulación administrativa introducido por el ERJAFE***

Como se ha manifestado en forma reiterada en la presente obra, la introducción del sistema español de potestades anulatorias del órgano administrativo, se considera un grave atentado potencial a los derechos de los ciudadanos, en vista de haberse eliminado el requisito constante en la Ley española, del dictamen favorable previo del Consejo de Estado. En el Ecuador, el Consejo de Estado se sustituye por un “Comité Administrativo” que nunca se ha constituido. En todo caso, su integración sería inconducente para los efectos contemplados en la Ley española. En efecto, el Art. 167 del ERJAFE “Revisión de disposiciones y actos nulos”, incluye el requisito del dictamen favorable previo del Comité Administrativo para la declaratoria de nulidad de un acto *normativo* (Art. 167, número 2). Para el efecto, se deberá considerar que esta declaratoria de nulidad que el órgano público está facultado para declarar, de oficio o a petición de terceros, no tiene límite de tiempo, puesto que precisamente dice que “en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declarará de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en este estatuto” (Art. 167). La idea del Estatuto español es de evitar que un acto nulo se convalide por falta de impugnación en tiempo oportuno, que es un grave defecto del sistema de actos administrativos de hoy. Pero el Estatuto español requiere, como se ha reiterado, el dictamen previo del Consejo de Estado, lo que no ocurre en el ERJAFE, donde el procedimiento de nulidad se puede iniciar de oficio por la autoridad que expidió el acto.

Entonces, cabe discutir la constitucionalidad de estos aspectos del ERJAFE, que contradicen más de una norma constitucional, especialmente aquella de la reserva de ley y de la intangibilidad del los derechos subjetivos de los ciudadanos.

1. Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado* (1905). Editorial Albatros. Buenos Aires, 1981. p. 135. [↑](#footnote-ref-1)
2. Stein, Ekkehart. *Derecho Político*. Aguilar. Madrid, 1973. pp. 5-8. [↑](#footnote-ref-2)
3. D’Ors, Álvaro. *Ensayos de Teoría Política.* EUNSA. Pamplona, 1979. [↑](#footnote-ref-3)
4. Crossman, R. H. *Biografía del Estado Moderno* (Segunda reimpresión)*. Fondo de Cultura Económica.* México, 1992. p. 20. [↑](#footnote-ref-4)
5. Carré de Malberg, R. *Contribution a la Théorie Générale de l’État.* Recueil Sirey, París, 1920 (Reimpresión del CNRS. París, 1962). T. I, p. 9. [↑](#footnote-ref-5)
6. “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 Polítiques et Droit Constitutionnel*. PUF. París, 1966. p. 57. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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. [↑](#footnote-ref-7)
8. Crossman. *Ob. cit.* p*.*20. [↑](#footnote-ref-8)
9. D’Ors. *Ob. cit.* p. 58. [↑](#footnote-ref-9)
10. *Ibídem.* p. 69. [↑](#footnote-ref-10)
11. Aristóteles. *La Política*. Gredos. Madrid, 1988. Libro III y Libro I, pp. 164 y 49. Itálicas añadidas. [↑](#footnote-ref-11)
12. *Ibídem.* p. 51. [↑](#footnote-ref-12)
13. Gierke, Otto. *Political Theories of the Midle Age*. Beacon Press. Boston, 1958. p.13. [↑](#footnote-ref-13)
14. Avineri, Shlomo. *Hegel’s Theory of the Modern State.*(1972) Cambridge University Press. Cambridge, 1976. p. 142. [↑](#footnote-ref-14)
15. Aunque Horkheimer y Adorno, de la influyente “Escuela de Frankfort”, ellos mismos con fuerte influencia marxista, han considerado que “de hecho, el marxismo pretende realizar la identidad entre los 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. [↑](#footnote-ref-15)
16. Marx, Karl. *Critique of Hegel's 'Philosopy of Right'*. Cambridge University Press. Londres, 1970. p. 28. [↑](#footnote-ref-16)
17. Avineri, Schlomo. *The Social & Political Thought of Karl Marx.* Cambridge University Press. Londres, 1968. p. 43. [↑](#footnote-ref-17)
18. Cassirer, Ernst. *El Mito del Estado.* (Séptima reimpresión). Fondo de Cultura Económica. México, 1968. p. 166. [↑](#footnote-ref-18)
19. *Ibídem.* p. 146. [↑](#footnote-ref-19)
20. De la Cueva, Mario. *La Idea del Estado.* Fondo de Cultura Económica. México, 1994. p. 49. [↑](#footnote-ref-20)
21. Hyppolite, Jean. Nota introductoria en *Principes de la philosophie du droit* de Hegel (Reimpresión de la edición de 1940). Gallimard. París, 1995. p. 15. [↑](#footnote-ref-21)
22. Habermas, Jürgen. Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (1992). The MIT press. Cambridge, 1998. p. 450. [↑](#footnote-ref-22)
23. 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. 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. [↑](#footnote-ref-23)
24. Cf. Habermas. *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío.* Amorrurtu. Buenos Aires, 1998. Ver, especialmente, el cuadro sobre los *subsistemas*: “socio-cultural”, “politico” y “económico”. p. 22. [↑](#footnote-ref-24)
25. Borja y Borja. *Derecho Constitucional Ecuatoriano.* Quito, 1979. T. I. p. 49. [↑](#footnote-ref-25)
26. Aristóteles. *Ob. cit.* p. 152. [↑](#footnote-ref-26)
27. Rousseau, Jean-Jacques. *Du Contrat Social ou Principles du Droit Politique*. Bibliothèque Bordas. 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”. [↑](#footnote-ref-27)
28. Engels, Friedrich. *Historia de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado*. Editorial Claridad. Buenos Aires. p. 101. [↑](#footnote-ref-28)
29. Burdeau, Georges. *L'État.* Editions du Seuil. París, 1970. pp. 13, 15 y 56. [↑](#footnote-ref-29)
30. Laski, Harold J. *El Estado Moderno*. Librería Bosch. Barcelona, 1932. T. II. p. 3. [↑](#footnote-ref-30)
31. Gierke. *Ob. cit.*  p. 74. [↑](#footnote-ref-31)
32. *Ibídem.* p. 87. [↑](#footnote-ref-32)
33. Gutiérrez A. Faustino. *Diccionario del Derecho Romano*. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1948. [↑](#footnote-ref-33)
34. 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 dispositión 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. [↑](#footnote-ref-34)
35. Bulnes, Cristian. *Relaciones y Conflictos entre los Órganos del Poder Estatal*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1967; citando a Jorge Tristán Bosch. p. 12. [↑](#footnote-ref-35)
36. Giannini, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. Giuffrè Editore. Milán, 1993. V. I. p. 76. [↑](#footnote-ref-36)
37. *Ibídem*. p. 69. [↑](#footnote-ref-37)
38. Silva Bascuñán, Alejandro. *Derecho Político. Ensayo de una síntesis*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1980. p. 57. [↑](#footnote-ref-38)
39. Gianinni. *Ob. cit*. V.I. p. 74. [↑](#footnote-ref-39)
40. Ley 30/1992, de 26 de noviembre; con reformas especialmente en 1999. [↑](#footnote-ref-40)
41. 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. [↑](#footnote-ref-41)
42. DE 1634. *Expídese el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Segundo suplemento RO 411 del 31 de marzo de 1994, con varias reformas. [↑](#footnote-ref-42)
43. Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo.* Lexis Nexis. Buenos Aires, 2004. T. I, p. 87 - Pie de página N° 14. [↑](#footnote-ref-43)
44. Zavala Egas, Jorge. *Derecho Administrativo.* Edino. Guayaquil, 2005. p. 100. [↑](#footnote-ref-44)
45. Gianinni. *Ob. cit*. V.I. p. 74. [↑](#footnote-ref-45)
46. Duverger, Maurice. *Eléments de Droit Publique* (1957)*.* PUF. París, 1970. p. 155 y ss. [↑](#footnote-ref-46)
47. Greffe, Xavier. *La décentralisation.* La Decouverte. París, 1992. pp. 6-7. [↑](#footnote-ref-47)
48. Cohen-Tanugi, Laurent. La Metamorphose de la démocratie française. De l’État jacobin à l’État de droit. Gallimard. París, 1993. p. 95. [↑](#footnote-ref-48)
49. Leguina Villa, Jesús. *Escritos sobre Autonomías Territoriales* (2a. edición)*.* Tecnos. Madrid, 1995. p. 144. [↑](#footnote-ref-49)
50. Habermas, Jürgen. *La Inclusión del Otro. Estudios de Teoría Política.* Paidós. Barcelona, 1999. p. 123. [↑](#footnote-ref-50)
51. Carré de Malberg. *Ob. cit.* T. I. pp. 72 y 75. [↑](#footnote-ref-51)
52. *Ibídem.* pp. 79 y 83. [↑](#footnote-ref-52)
53. Cohen-Tanugi. *Ob. cit.* pp*.* 80 y 95. [↑](#footnote-ref-53)
54. Rawls, John. *Liberalismo Político* (1993). Fondo de Cultura Económica. Bogotá, 1996: “Podemos pensar en este desacuerdo como en un conflicto al interior de la tradición 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. [↑](#footnote-ref-54)
55. Habermas (1999). *Ob. cit*. pp. 99-101. [↑](#footnote-ref-55)
56. *Ibídem*. p. 87. [↑](#footnote-ref-56)
57. *Ibídem*. p.193*.* [↑](#footnote-ref-57)
58. *Ibídem.* p. 188. [↑](#footnote-ref-58)
59. Gutiérrez. *Ob. cit.*  [↑](#footnote-ref-59)
60. Escriche, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1838. [↑](#footnote-ref-60)
61. Del Sordo, Atilio. *Lineamenti di Diritto Pubblico*. Instituto Poligrafico dello Stato. Roma, 1971. p. 14. [↑](#footnote-ref-61)
62. Duverger. *Ob.cit.* p. 51. [↑](#footnote-ref-62)
63. Ibídem. p. 5. [↑](#footnote-ref-63)
64. Primer Rejistro Auténtico Nacional. Tomo 1°. Separando provisionalmente el Ministerio de hacienda del del interior i relaciones esteriores. p. 17. [↑](#footnote-ref-64)
65. Primer Rejistro Auténtico Nacional. Tomo 1°: *Ley de Régimen Político de los Departamentos.* 28 de septiembre de 1830. p. 79. [↑](#footnote-ref-65)
66. 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 y réjimen político y económico de los departamentos y 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. [↑](#footnote-ref-66)
67. 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. Guayaquil, 1901. p. 353. [↑](#footnote-ref-67)
68. Santa María de Paredes, Vicente. *Curso de Derecho Administrativo.* Quinta edición. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1898. pp. 138-143. [↑](#footnote-ref-68)
69. 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. [↑](#footnote-ref-69)
70. Santa María de Paredes. *Ob. cit.* p. 699. [↑](#footnote-ref-70)
71. Lei Autorizando al Poder Ejecutivo para que pueda celebrar contratas particulares para la construcción, reparo y mejora de caminos, 20 de marzo de 1839. Primer Rejistro Auténtico Nacional. Continuación del (Año de 1835). pp. 510-512. [↑](#footnote-ref-71)
72. Giannini. *Ob. cit.* V. I. p. 74. [↑](#footnote-ref-72)
73. Weber. “Bureaucracy” En: *Ob. cit*. p. 204. [↑](#footnote-ref-73)
74. López Calvo, José. *Organización y Funcionamiento del Gobierno*. Madrid, 1996. p. 91. [↑](#footnote-ref-74)
75. Santa María de Paredes. *Ob. cit.* p. 50. [↑](#footnote-ref-75)
76. Posada, Adolfo. *Tratado de Derecho Administrativo.* Librería de Victoriano Suárez. Madrid, 1897. p. 57. [↑](#footnote-ref-76)
77. Larrea Holguín, Juan I. “La Primera Constitución Liberal, de 1897”, en: *Religión y Derecho.* División Editorial Poligráfica. Guayaquil, 1998. p. 40. [↑](#footnote-ref-77)
78. La Procuraduría General del Estado considera que se encuentra vigente la *Ley de Régimen Administrativo.* Of. PGE N° 07028 de 08-03-2004. RO 363, 24 de junio de 2004. [↑](#footnote-ref-78)
79. 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. [↑](#footnote-ref-79)
80. *Ley reformatoria de la Ley de Régimen Administrativa 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. [↑](#footnote-ref-80)
81. *Ley de Régimen Político Administrativo de la República*, de 9 de diciembre de 1930. Anuario de Legislación Ecuatoriana. Volumen 23, primera parte. Publicación Oficial del Archivo del Poder Legislativo. Imprenta y encuadernación nacionales. Quito, 1933. p. 17. Art. 6. [↑](#footnote-ref-81)
82. DE 386. Créase el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) adscrito a la Presidencia de la República, con sede en Quito. RO 86, 11 de diciembre de 1998. [↑](#footnote-ref-82)
83. Suplemento RO N° 301, 6 de abril de 2001. DE 1394. Créase el Consejo de Desarrollo del Pueblo Montubio de la Costa Ecuatoriana y Zonas Subtropicales de la Región Litoral (CODEPMOC). [↑](#footnote-ref-83)
84. DE 2715. Créase adscrito a la Presidencia de la República el Consejo de Desarrollo Afroecuatoriano, CODAE como organismo de derecho público, descentralizado y participativo, cuya sede principal será la ciudad de Quito. RO Nº 1, 21 de Abril del 2005. [↑](#footnote-ref-84)
85. 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. [↑](#footnote-ref-85)
86. *Ibídem.* pp. 115-116. [↑](#footnote-ref-86)
87. *Ibídem.* p. 116. [↑](#footnote-ref-87)
88. Pareja Diezcanseco, Alfredo. “Los gobiernos de la plutocracia y las nuevas ideas”. En: *Historia del Ecuador. V. 7.* Salvat. Quito, 1982. p. 66. [↑](#footnote-ref-88)
89. Cueva, Agustín. “El Ecuador de 1925 a 1960”. En: *Nueva Historia del Ecuador.* Corporación Editora Nacional-Grijalvo. Quito, 1983. V. 10, p. 95. [↑](#footnote-ref-89)
90. Ibídem. [↑](#footnote-ref-90)
91. Ibídem. [↑](#footnote-ref-91)
92. L. 99-37. *Ley de Gestión Ambiental.* RO 245 del 30 de julio de 1999. [↑](#footnote-ref-92)
93. L. 99-49. *Ley Reformatoria al Código Penal.* RO 2 del 25 de enero de 2000. [↑](#footnote-ref-93)
94. Larrea Holguín, Juan I. *La Nueva Estructura Constitucional Ecuatoriana*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1969. p. 387. [↑](#footnote-ref-94)
95. 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.* D del Tribunal de Garantías Constitucionales. RO 492: 25-I-46; *Reglamento.* D 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. [↑](#footnote-ref-95)
96. Suplemento del Registro Oficial N° 958 del 23 de diciembre de 1975. [↑](#footnote-ref-96)
97. 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. [↑](#footnote-ref-97)
98. 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. [↑](#footnote-ref-98)
99. DE 1634. Expídese el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. RO 411 del 31 de marzo de 1994, con varias reformas, incluyendo la extensa reforma de 2002. [↑](#footnote-ref-99)
100. DLE 10. RO 847 del 19 de junio de 1959. [↑](#footnote-ref-100)
101. Borja y Borja. *Ob. cit.* (1960). pp. 323 y 327. [↑](#footnote-ref-101)
102. *Ibídem.* p. 337. [↑](#footnote-ref-102)
103. DS 431, RO 11 del 10 de octubre de 1935. Art. 1. [↑](#footnote-ref-103)
104. Vicuña Izquierdo, Leonardo. *La Planificación en el Ecuador.* Corporación Editora Nacional. p. 18. [↑](#footnote-ref-104)
105. Ibídem. [↑](#footnote-ref-105)
106. Larrea Stacey, Eduardo. *Pensamiento Monetario y Financiero.* Banco Central-Corporación Editora Nacional. Quito, 1986. p. 40. [↑](#footnote-ref-106)
107. 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. [↑](#footnote-ref-107)
108. L. 18. *Ley de Presupuestos del Sector Público.* Suplemento del RO 76 del 30 de noviembre de 1992. [↑](#footnote-ref-108)
109. L. 122. *Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público*. Suplemento RO 453 del 17 de marzo de 1983. [↑](#footnote-ref-109)
110. L. 27. *Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social*. RO 169 del 8 de octubre de 1997. Art. 16. [↑](#footnote-ref-110)
111. *Ley Orgánica de Hacienda.*  Colección de leyes y decretos dados por el Congreso Constitucional de 1863. Imprenta Nacional. Quito, 1864. p. 225. [↑](#footnote-ref-111)
112. Borja y Borja. *Ob. cit.* (1960). pp. 325 y 331. [↑](#footnote-ref-112)
113. *Ibídem.* pp. 348-349. [↑](#footnote-ref-113)
114. Borja y Borja. *Ob. cit.* (1979). T. II. pp. 55-56. [↑](#footnote-ref-114)
115. Vedel, Georges y Pierre Devolvé. *Droit Administratif*. 12ª edición actualizada. Presses Universitaires de France. París, 1992. T. 2. p. 602. [↑](#footnote-ref-115)
116. 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. 1°. 1925. Quito, 1926. pp. 302-330. [↑](#footnote-ref-116)
117. Arroyo del Río, Carlos A. “Una consulta del Banco Central”. En: *Estudios Jurídicos.* Guayaquil, 1964. pp. 13-17. [↑](#footnote-ref-117)
118. DE 1274, RO 644 de julio de 1946. [↑](#footnote-ref-118)
119. Borja y Borja. *Ob. cit.* (1960). pp. 324-325. [↑](#footnote-ref-119)
120. L. 94. *Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones*. RO 770 de 30 de agosto de 1995. [↑](#footnote-ref-120)
121. Borja. *Ob. cit.* p. 324. [↑](#footnote-ref-121)
122. L. 184. *Ley Especial de Telecomunicaciones.* RO 996 del 10 de agosto de 1992. Art. 34. [↑](#footnote-ref-122)
123. L. 94. *Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones*. RO 770 de 30 de agosto de 1995. [↑](#footnote-ref-123)
124. *Ley de Régimen del Sector Eléctrico.* Suplemento del RO 43 del 10 de octubre de 1996. [↑](#footnote-ref-124)
125. *Ley reformatoria 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. [↑](#footnote-ref-125)
126. Dávila Silva, Ramiro. “El Sistema de Administración de Personal y Carrera Administrativa en el Sector Público Ecuatoriano”, en: *Administración de Personal y Carrera Administrativa en América Latina.* Dirección Nacional de Personal-ALAP-CLAD-ILDIS. Quito, 1986. p. 27. Las cursivas se encuentran en el original. [↑](#footnote-ref-126)
127. RO 956 del 30 de octubre de 1959. [↑](#footnote-ref-127)
128. Dávila. *Ob. cit.* p. 32. [↑](#footnote-ref-128)
129. Codificación de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. RO 574 del 25 de abril de 1978. [↑](#footnote-ref-129)
130. RO 337 del 16 de mayo de 1977. [↑](#footnote-ref-130)
131. *Codificación 2005-008*. RO Nº 16, del 12 de mayo de 2005. [↑](#footnote-ref-131)
132. Art. 35, 9. de la *Constitución.* [↑](#footnote-ref-132)
133. 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. [↑](#footnote-ref-133)
134. Codificación 2005-008. *Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público*. RO Nº 16, del 12 de mayo de 2005. Art. 53. [↑](#footnote-ref-134)
135. 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. [↑](#footnote-ref-135)
136. 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. [↑](#footnote-ref-136)
137. *Ley de Presupuestos del Sector Público*. Art. 7. [↑](#footnote-ref-137)
138. Larrea Holguín. *Ob. cit.* (1998). p. 139. [↑](#footnote-ref-138)
139. DL. *Se crea la Junta de Fomento del Archipiélago de Colón.* Objetado por el Ejecutivo. RO 984, del 1 de diciembre de 1955. [↑](#footnote-ref-139)
140. Moncayo, Jaime. Situación Socio-Económica y Financiera de los Municipios del Ecuador. BEDE. Quito, 1986. pp. 198-199. [↑](#footnote-ref-140)
141. 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. [↑](#footnote-ref-141)
142. 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. [↑](#footnote-ref-142)
143. 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. Revista de Desarrollo Administrativo. N° 1. Quito, 1980; GCDA. Revista de Desarrollo Administrativo: Documentos para la Reforma Administrativa. Quito, 1980. [↑](#footnote-ref-143)
144. Aristóteles. *La Constitución de los Atenienses* (324-322 A. C*.*).Gredos. Madrid, 1984. [↑](#footnote-ref-144)
145. Jellinek. *Ob. cit*. p. 393. [↑](#footnote-ref-145)
146. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. (Primera edición) Eudeba. Buenos Aires, 1963. p. 191. [↑](#footnote-ref-146)
147. *Constitución Política de la República*. Tit. VI. De la Función Legislativa. Capítulo 5. De las leyes. [↑](#footnote-ref-147)
148. Art. 143 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-148)
149. Art. 142 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-149)
150. La R. 22-058. RO 280, del 8 de marzo de 2001 determina las siguientes leyes que “tendrán la jerarquía y calidad de orgánicas: Ley Orgánica de la Función Legislativa; Código de Ética de la Legislatura; Ley Orgánica de Aduanas; Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas; Ley Orgánica de la Policía Nacional; Ley Orgánica de la Función Judicial; Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura; Ley de Régimen Provincial; Ley de Régimen Municipal; Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito**;** Ley Orgánica de lasJuntas Parroquiales Rurales; Ley de Régimen Especial para la Conservación yDesarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos; Ley Orgánicade Administración Financiera yControl - LOAFYC; Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; Ley Orgánica del Ministerio Público; Ley de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción; Ley de Régimen Monetario y Bancodel Estado; Ley de Partidos Políticos; Ley de Elecciones; Ley Orgánica de Control del Gasto Electoral**;** Ley Orgánica de la Defensoríadel Pueblo; Ley de ControlConstitucional; Ley de Educación Superior; Ley General de Educación**;** Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; y, las que la Constitución determine que se expidan con este carácter. [↑](#footnote-ref-150)
151. Borja y Borja. *Ob. cit.* (1979). T. I. p. 432, apartado 781. [↑](#footnote-ref-151)
152. Of. PGE N° 4526 del 29 de agosto de 1997. [↑](#footnote-ref-152)
153. Alcívar, Orlando. Comentarios a la Constitución Política del Estado (La Asamblea Itinerante). Guayaquil, 1998. p. 128. [↑](#footnote-ref-153)
154. 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 reformada. [↑](#footnote-ref-154)
155. Chaves. Ángel Polibio. *Reforma Constitucional. ¿Más gobernabilidad?* FESO. Quito, 1998. p. 140. [↑](#footnote-ref-155)
156. Of. PGE N° 0104 del 3 de marzo de 1997. [↑](#footnote-ref-156)
157. Vedel y Devolvé. *Ob. cit*. T. 1. pp. 52-53. [↑](#footnote-ref-157)
158. Equivale al Art. 71 del proyecto de Codificación elaborado por el Congreso Nacional. L. 139. *Ley Orgánica de la Función Legislativa*. Suplemento RO 862 del 28 de enero de 1992. REFORMA: L. 129. *Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Legislativa* (cambio de fechas los 10 de agosto de posesión de nuevo presidente. Acusación que implique responsabilidad penal de funcionarios, etc.). Suplemento RO 995 del 24 de julio de 1996. REFORMA: L 114. *Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Legislativa*. Suplemento RO 373, 31 de julio de 1998. FE DE ERRATAS: *A la publicación de la Ley N° 114 que contiene la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de la Función Legislativa efectuada en el Suplemento del Registro Oficial N° 373 de viernes 31 de julio de 1998*. RO 5, 17 de agosto de 1998. [↑](#footnote-ref-158)
159. Of. PGE N° 5000 del 16 de febrero de 1997. [↑](#footnote-ref-159)
160. Chaves, *Ob. cit.* (1998). p. 40. [↑](#footnote-ref-160)
161. Of. PGE N° 20804 del 13 de marzo de 1995. [↑](#footnote-ref-161)
162. Vedel y Devolvé. *Ob. cit*. T. 1. p. 265. [↑](#footnote-ref-162)
163. *Ibídem.* p. 269. [↑](#footnote-ref-163)
164. Carré de Malberg. *Ob. cit.* T. I. p. 548. [↑](#footnote-ref-164)
165. Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Tecnos. Madrid. 2003. Vol. I/1. p. 116. [↑](#footnote-ref-165)
166. *Ibídem*. [↑](#footnote-ref-166)
167. Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1988*.* T. III-A, p. 39. [↑](#footnote-ref-167)
168. Díez, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Plus Ultra. Buenos Aires, 1976*.* T. II. p. 202. [↑](#footnote-ref-168)
169. Escola, Jorge Héctor. *Tratado General de Procedimiento Administrativo.* Depalma. Buenos Aires, 1981. p. 43. [↑](#footnote-ref-169)
170. Fiorini, Bartolomé A. *Teoría Jurídica del Acto Administrativo.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1976. p. 29. [↑](#footnote-ref-170)
171. Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*. La Ley. Buenos Aires, 1980*.* T. 2. p. 20. [↑](#footnote-ref-171)
172. Canasi, José. *Derecho Administrativo.* Depalma. Buenos Aires, 1981.V. II. p. 101. [↑](#footnote-ref-172)
173. *Ibídem*. [↑](#footnote-ref-173)
174. Marienhoff. *Ob. cit.* T. II. p. 223. [↑](#footnote-ref-174)
175. García de Enterría, Eduardo; Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Thomson Civitas. Madrid. 2004.T. I. p. 554. [↑](#footnote-ref-175)
176. González. *Ob. cit.* p. 183. [↑](#footnote-ref-176)
177. García de Enterría, Eduardo. Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial. Tecnos. Madrid. 1981. p. 237. [↑](#footnote-ref-177)
178. Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo.* Ciudad Argentina. Buenos Aires – Madrid. 2004. p. 439. [↑](#footnote-ref-178)
179. Vedel y Devolvé. *Ob. cit.* T. 1. p. 270. [↑](#footnote-ref-179)
180. Dromi. *Ob. cit.* p. 439. [↑](#footnote-ref-180)
181. *Ibídem.* p. 438. [↑](#footnote-ref-181)
182. *Ibídem*. p. 440. [↑](#footnote-ref-182)
183. *Ibídem*. p. 439. [↑](#footnote-ref-183)
184. *Ibídem.* p. 440. [↑](#footnote-ref-184)
185. Vedel y Delvolvé. *Ob. cit.* T. 1. p. 271. [↑](#footnote-ref-185)
186. Ibídem. [↑](#footnote-ref-186)
187. Zavala Egas, Jorge. *Introducción al Derecho Administrativo.* Edino. Guayaquil, 2003. pp. 102, 111 y 112. [↑](#footnote-ref-187)
188. *Ibídem.*  p. 353. [↑](#footnote-ref-188)
189. Art. 141, 6 de la *Constitución.* [↑](#footnote-ref-189)
190. Art. 179, 6 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-190)
191. Art. 11 de la Ley de Contratación Pública. [↑](#footnote-ref-191)
192. Of. PGE N° 11889 del 15 de junio de 1998. [↑](#footnote-ref-192)
193. Dromi. *Ob. cit.*  p. 448. [↑](#footnote-ref-193)
194. García-Trevijano Fos. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tecnos. Madrid. 1994.T. I. p. 301. [↑](#footnote-ref-194)
195. citado en: Torres Zuleta, Gonzalo. *La Potestad Reglamentaria del Jefe del Estado.* Editorial Temis. Bogotá, 1979. p. 67. [↑](#footnote-ref-195)
196. Art. 171, 5. de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-196)
197. Dromi. *Ob. cit.* p. 447. [↑](#footnote-ref-197)
198. *Ibídem.* p. 448. [↑](#footnote-ref-198)
199. *Ibídem.* p. 448. [↑](#footnote-ref-199)
200. Art. 257 de la *Constitución*: “Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes. (…) El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana”. [↑](#footnote-ref-200)
201. Art. 225 de la *Constitución:* “… El gobierno central transferirá progresivamente funciones, atribuciones, competencias, responsabilidades y recursos a las entidades seccionales autónomas o a otras de carácter regional. Desconcentrará su gestión delegando atribuciones a los funcionarios del régimen seccional dependiente”. [↑](#footnote-ref-201)
202. L. 27. RO 169, 8 de octubre de 1997. Art. 9. [↑](#footnote-ref-202)
203. Ver especialmente el Art. 9 de la *Ley de Descentralización*. [↑](#footnote-ref-203)
204. Rivero, Jean y Jean Waline. *Droit Administratif.* Précis Dalloz. 14a. edición. París, 1992*.* p. 52. [↑](#footnote-ref-204)
205. Vedel y Devolvé. *Ob. cit.* T. 1. p. 341. [↑](#footnote-ref-205)
206. Dromi y Eduardo Menem. *La Constitución Reformada. Comentada, interpretada y concordada.* Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1994: “La Constitución contempla en el artículo 76 la delegación legislativa acotada, limitada sólo a materias determinadas de administración o emergencia pública, fija un plazo para su ejercicio y determina las bases de la delegación establecidas por el propio Congreso”. p. 43. [↑](#footnote-ref-206)
207. Bielsa. *Ob. cit.* T. 2. pp. 228-229. [↑](#footnote-ref-207)
208. Canasi. *Ob. cit.* V. I. p. 237. [↑](#footnote-ref-208)
209. Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Segunda edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1962. T. I. pp. 113-115. [↑](#footnote-ref-209)
210. García de Enterría. *Ob. cit.* (1981). p. 137. [↑](#footnote-ref-210)
211. García de Enterría. *Ob. cit.* (1981). p. 138. [↑](#footnote-ref-211)
212. “Hay materias que exceden de la competencia del Poder ejecutivo, de tal forma que para ser reguladas por él ha de existir una Ley delegante. Esto es lo que llamábamos Decretos legislativos”. García-Trevijano Fos. *Ob. cit.* (1994). p. 302. [↑](#footnote-ref-212)
213. *Ibídem*. [↑](#footnote-ref-213)
214. Mairal, Héctor A. *Control Judicial de la Administración Pública*. Depalma. Buenos Aires, 1984. T. II. p. 586. [↑](#footnote-ref-214)
215. Zavala (2003). *Ob. cit.* p. 113. [↑](#footnote-ref-215)
216. DS 3732. RO 5 del 17 de agosto de 1979. [↑](#footnote-ref-216)
217. Art. 119 de la *Constitución*: “Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley”. [↑](#footnote-ref-217)
218. DS 3732. Arts. 2-4. [↑](#footnote-ref-218)
219. DE 3. Créase el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda. RO 1 del 11 de agosto de 1992.

A. 3. *Prorróganse los efectos del Acuerdo Interministerial Nº 1 de 4 de septiembre de 1992* (Conformación e integración orgánica y funcional de las instituciones hasta entonces pertenecientes al Ministerio de Finanzas y Crédito Público y Gobierno y Policía al Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda). RO 244 del 30 de julio de 1993.

DE 1125. *Refórmase el Decreto Ejecutivo Nº 3, de 10 de agosto de 1992* (Se mantienen en los ministerios de Finanzas y de Gobierno la DINAC y la Dirección Nacional de Asuntos Seccionales). RO 291 del 6 de octubre de 1993. [↑](#footnote-ref-219)
220. El “Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva” vigente, fue expedido por DE 2428, publicado en el RO 536, del 18 de marzo de 2002, con algunas reformas hasta la presente fecha. La primera versión se expidió por DE 1634. *Expídese el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Segundo suplemento RO 411 del 31 de marzo de 1994. DE 3665. *Refórmase el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 411 de 31 de marzo de 1994*. RO 919 del 8 de abril de 1996. DE 4016. *Modifícase el Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 411 de 3 de marzo de 1994*. RO 1.004 del 6 de agosto de 1996; DE. 3. *Modifícase el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. RO 3 del 13 de agosto de 1998; DE. 1177. *Refórmase el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. RO 261, 24 de agosto de 1999. [↑](#footnote-ref-220)
221. García de Enterría. *Ob. cit.* (1981). pp. 168-169. [↑](#footnote-ref-221)
222. L. 24. RO 193 del 18 de mayo de 1989. Este artículo 134 del *Código del Trabajo* fue modificado posteriormente, por el Art. 20 la L. 133. Suplemento RO 817 del 21 de noviembre de 1991, por el cual la fijación del salario mínimo vital se encomienda al Consejo Nacional de Salarios. Actualmente consta con el Art. 133 en la *Codificación del Código del Trabajo* [↑](#footnote-ref-222)
223. Art. 119 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-223)
224. Zavala. *Ob. cit.* p. 115. [↑](#footnote-ref-224)
225. Stassinopoulos, Michel D. *Traite des Actes Administratifs.* Institut Français d’Athènes, 1954. [↑](#footnote-ref-225)
226. Diez. *Ob. cit.* T. I. p. 177. [↑](#footnote-ref-226)
227. Gierke. *Ob. cit.* p. 28. [↑](#footnote-ref-227)
228. Kelsen, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado*. Editorial Porrúa. México, 1987. p. 393. [↑](#footnote-ref-228)
229. *Ibídem.* pp. 393-405. [↑](#footnote-ref-229)
230. Carré de Malberg. *Ob. cit.* T. II. p. 286. [↑](#footnote-ref-230)
231. *Ibídem.*  pp. 286-288. [↑](#footnote-ref-231)
232. Jellinek. *Ob. cit*. p. 414. [↑](#footnote-ref-232)
233. Borja y Borja. *Ob. cit.* (1979). T. I. p. 52. [↑](#footnote-ref-233)
234. Sandulli, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Jovene Editore. Nápoles, 1989. T. 1. p. 219. [↑](#footnote-ref-234)
235. Zanobini, Guido. *Corso de Diritto Amministrativo.* Giuffrè Editore. Milán, 1958. V. I. p. 134. [↑](#footnote-ref-235)
236. Cassagne. *Ob cit.*  T. I. pp. 251-252. [↑](#footnote-ref-236)
237. Bielsa y Villegas Basavilbaso, citados por: Canasi. *Ob. cit*. V.I. p. 260. [↑](#footnote-ref-237)
238. Canasi. *Ob. cit.* V. I.p. 263. [↑](#footnote-ref-238)
239. García de Enterría y Fernández. *Ob cit*. (2004). T. I. p. 555 [↑](#footnote-ref-239)
240. Entrena. Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Tecnos. Madrid. 1988. Vol. I/2. p. 73. [↑](#footnote-ref-240)
241. Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. F.D.A. Buenos Aires, 2004. T. 1, p. XII-5. [↑](#footnote-ref-241)
242. Laubadére, André de; J. C. Venezia; Yves Gaudemet. *Traité de Droit Administratif*. Librerie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ). París, 1992. T. I. p. 597. [↑](#footnote-ref-242)
243. Díez. *Ob. cit*. T. II, p. 36. [↑](#footnote-ref-243)
244. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. pp. 555-556 [↑](#footnote-ref-244)
245. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. *Boletín Oficial*. *N° 8*, 1987. pp. 263-264. [↑](#footnote-ref-245)
246. Ofi. PGE N° 28566 del 23 de junio de 1982, dirigido al Tribunal Supremo Electoral. [↑](#footnote-ref-246)
247. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. pp 451-452. [↑](#footnote-ref-247)
248. Sandulli. *Ob. cit*. T. 1. p. 215. [↑](#footnote-ref-248)
249. Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tecnos. Madrid, 1994. V. I. p. 393. [↑](#footnote-ref-249)
250. Cassagne. *Ob. Cit.* T. I. p. 122. [↑](#footnote-ref-250)
251. Villalba Vega, Wladimiro. “La Facultad del Tribunal Constitucional para Dirimir la Competencia”. En: *Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia*. Tribunal Constitucional. Fundación Konrad Adenauer. Quito, 1999. p. 171. [↑](#footnote-ref-251)
252. Meilán Gil, José Luis. *La Ordenación Jurídica de las Autonomías.* Tecnos. Madrid, 1988. p. 64. [↑](#footnote-ref-252)
253. Garrido. *Ob. cit*. V. I. p. 276. [↑](#footnote-ref-253)
254. Real, Byron. *Descentralización y Participación Social.* INEFÁN-GTZ. Abya-Yala. Quito, 1999. pp. 47-48. [↑](#footnote-ref-254)
255. Cf. Pérez. *Gestión Pública Ambiental.* Unama-BID-CONADE. Quito, 1997. [↑](#footnote-ref-255)
256. Dromi, *Ob. cit.* (2004). pp. 371 y 460. [↑](#footnote-ref-256)
257. *Ibídem.* p. 464. [↑](#footnote-ref-257)
258. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. *Boletín Nº 8*. Año 1978, Quito. pp. 167-168. [↑](#footnote-ref-258)
259. Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y de Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.: “Art. 26.- Prohibición a los servidores públicos.- c) Retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos, o la prestación del servicio a que está obligado de acuerdo a las funciones de su puesto”. [↑](#footnote-ref-259)
260. Dromi, *Ob. cit.* (2004). p. 702. [↑](#footnote-ref-260)
261. *Ibídem.* p. 361. [↑](#footnote-ref-261)
262. Bielsa. *Ob. cit*. T. 1. p. 226. [↑](#footnote-ref-262)
263. Picard, Etienne. *Droit administratif. V. Les principes d'action. A. Principe de la legalité.* La Semaine Juridique. 3558. I. Doctrine (1992). París. 1992. p. 86. [↑](#footnote-ref-263)
264. Diez. *Ob. cit.* T. II. p. 39. [↑](#footnote-ref-264)
265. Gordillo. *Ob. cit.* T. 1. p. XII-6-7. En esto coinciden autores diversos como: Dromi (*Ob. cit.* p. 361); Laubadère, André de*. Manual de Derecho Administrativo.* Editorial Temis. Bogotá, 1984. T. I. p. 596, entre otros. Pero Escola dice que no se puede pretender fundar la competencia en “*otras normas subsidiarias* (que no sean reglamentos de ejecución)”. *Compendio de Derecho Administrativo*. Depalma, 1984. T. I. p. 270. [↑](#footnote-ref-265)
266. Villagra. *Ob. cit.* p. 47. [↑](#footnote-ref-266)
267. Art. 257 de la *Constitución*: “Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes. (…) El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana”. [↑](#footnote-ref-267)
268. Ballbé, Manuel. “Derecho Administrativo”. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica.* F. Seix, Editor. Barcelona, 1985. T. I. Derecho. p. 64. [↑](#footnote-ref-268)
269. Of. PGE N° 5497 del 1 de octubre de 1997. [↑](#footnote-ref-269)
270. Of. PGE N° 6192 del 27 de octubre de 1997. [↑](#footnote-ref-270)
271. Escola. *Ob. cit.* T. I. p. 271. [↑](#footnote-ref-271)
272. Tribunal de Garantías Constitucionales. 177-96-CP. 21 de octubre de 1996. RO 55 del 28 de octubre de 1996. [↑](#footnote-ref-272)
273. Of. PGE N° 11260 del 22 de mayo de 1998 al Contralor General Del Estado. [↑](#footnote-ref-273)
274. García Trevijano-Fos, José Antonio. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1971. T. II, Vol. I, p. 426. [↑](#footnote-ref-274)
275. Dromi. *Ob. cit.* p. 363. [↑](#footnote-ref-275)
276. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. p. 556. [↑](#footnote-ref-276)
277. Vedel y Devolvé. *Ob. cit.* T. I. p. 278. [↑](#footnote-ref-277)
278. Dromi. *Ob. cit.* p. 364. [↑](#footnote-ref-278)
279. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-279)
280. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. *Boletín Oficial No 4*. Quito, 1982. p. 190. [↑](#footnote-ref-280)
281. DS 532. RO 62 del 23 de septiembre de 1963, reformado por DS 470, RO del 11 de marzo de 1964. Art. 1: “ (…) Los Ministros de Estado son personalmente responsables por los actos de la Función Ejecutiva que autoricen con su firma o por medio de delegación, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que, en cada caso, corresponde a los funcionarios y empleados delegados”. La responsabilidad “personal” a que se refiere esta norma trata de la imputabilidad del acto delegado al ministerio respectivo y a la responsabilidad política, conforme a la Constitución, pero no a sus consecuencias penales, según lo enuncia la misma norma citada, porque uno de los principios del derecho penal es que no cabe delito sin participación personal. [↑](#footnote-ref-281)
282. DS 532. Art. 3 reformado: “En caso de falta o impedimento temporal del titular de un Ministerio de Estado corresponde al Presidente de la República la facultad de encargar la Cartera a cualquiera de los Ministros restantes, o al Subsecretario del Portafolio vacante”. Al interior de los ministerios, “[l]a subrogación de los funcionarios o empleados (...), en caso de falta o impedimento, se determinará en el reglamento respectivo (reglamento orgánico funcional) -Art. 46 de la Ley de Régimen Administrativa (DEROGADA). [↑](#footnote-ref-282)
283. Of. PGE N° 09063 y N° 26.041; *Boletín Jurídico* *No. 2.* Quito, 1990. pp. 332 y 352;y *Boletín Jurídico 4.* Quito, 1992. Oficio 12921 del 1 de octubre de 1991. p. 238. [↑](#footnote-ref-283)
284. D'Ors, Alvaro. *Derecho Privado Romano*. EUNSA. Pamplona, 1981. p. 542. [↑](#footnote-ref-284)
285. Fueyo L. Fernando. *Derecho de la Persona. Evolución, Institucionalización y Polarización*. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Cuarta Época - Vol. V - Año 1966 - N 5. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1967. p. 13. [↑](#footnote-ref-285)
286. Kelsen. *Ob. cit.* (Primera edición). p. 126. [↑](#footnote-ref-286)
287. Carnelutti, F. *Teoría General del Derecho*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. p. 152. [↑](#footnote-ref-287)
288. Kelsen. *Ob. cit* (Primera edición). p. 127. [↑](#footnote-ref-288)
289. Citado en: Larrea Holguín, Juan I. *Derecho Civil del Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1964. Tomo I. pág. 397. [↑](#footnote-ref-289)
290. Citado por Vedel y Devolvé. *Ob. cit.* T. 2. p. 390. [↑](#footnote-ref-290)
291. Gierke. *Ob. cit.* p. 68. [↑](#footnote-ref-291)
292. D'Ors. *Ob. cit.* 1981. p. 542. [↑](#footnote-ref-292)
293. Laurent, F. *Principles de Droit Civil Français*. B. y Cie. París, 1893. T. I. p. 377. [↑](#footnote-ref-293)
294. Larrea. *Ob. cit.* Tomo I. p. 398. [↑](#footnote-ref-294)
295. Mazeaud, Henri y Léon; Mazeaud, Jean. *Leçons de Droit Civil*. Éditions Montchrestien. Sexta edición. París, 1981. T. I, V. II. pp. 656-657. [↑](#footnote-ref-295)
296. Citado por: Joaquín Rodríguez. *Tratado de las Sociedades Mercantiles*. Editorial Porrua. México, 1965. T. I. p. 115. [↑](#footnote-ref-296)
297. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Recurso de apelación Presidente de la República. Segunda Sala. 9 de julio de 1985. [↑](#footnote-ref-297)
298. Larrea. *Ob. cit.* T. I. p. 449. [↑](#footnote-ref-298)
299. Laurent. *Ob. cit*. T. I. p. 389. [↑](#footnote-ref-299)
300. Artículo 564 del *Código Civil* del Ecuador. [↑](#footnote-ref-300)
301. Laurent. *Ob. cit*. T. I. p. 378. [↑](#footnote-ref-301)
302. Fueyo. *Ob. cit*. p. 14. [↑](#footnote-ref-302)
303. Mazeaud. *Ob. cit*. T. I, V. II. p. 657. [↑](#footnote-ref-303)
304. Carnelutti. *Ob. cit*. p. 158. [↑](#footnote-ref-304)
305. Laurent. *Ob. cit*. T. I. p. 389. [↑](#footnote-ref-305)
306. Mazeaud. *Ob. cit*. T. I, V. II. p. 653. [↑](#footnote-ref-306)
307. Tobar Ribadeneira, Luis. *Las Personas Jurídicas en el Ecuador*. Pensamiento Católico. Quito, 1955. p. 16. [↑](#footnote-ref-307)
308. Larrea. *Ob. cit*. p. 423. [↑](#footnote-ref-308)
309. Laurent. *Ob. cit*. T. I. p. 396. [↑](#footnote-ref-309)
310. Tobar Ribadeneira. *Ob. cit*. p. 23. [↑](#footnote-ref-310)
311. Mazeaud. *Ob. cit*. T. I, V. II. p. 689-690. [↑](#footnote-ref-311)
312. “Piercing the corporate veil”. [↑](#footnote-ref-312)
313. Hamilton, Robert. W. *The Law of Corporations.* West Group. St. Paul, 2000. p. 137; Henn, Harry G. *Corporations*. West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1970. p. 250. [↑](#footnote-ref-313)
314. Henn. *Ob. cit.* pp. 258-259. [↑](#footnote-ref-314)
315. Of. PGE N° 18331 del 14 de octubre de 1981, al Ministro de Obras Públicas. [↑](#footnote-ref-315)
316. Ley de Contratación Pública. Art. 65. [↑](#footnote-ref-316)
317. Artículo 100 del *Código del Trabajo*. [↑](#footnote-ref-317)
318. Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Porrua. México, 1979. T. I. p. 348. [↑](#footnote-ref-318)
319. Tobar Donoso, Julio. *Elementos de Ciencia Política.* La Prensa Católica. Quito. 1958. p. 185. [↑](#footnote-ref-319)
320. Gierke. *Ob. cit*. p. 68. [↑](#footnote-ref-320)
321. Art. 5 del *ERJAFE.* [↑](#footnote-ref-321)
322. Artículo 2 del Decreto Legislativo 193 de las Comisiones Legislativas Permanentes, publicado en el Registro Oficial N° 308 del 17 de noviembre de 1969. [↑](#footnote-ref-322)
323. Artículo 566 del *Código Civil*. [↑](#footnote-ref-323)
324. Laubadère, A. de*. Ob. cit.* (1984). p. 210. [↑](#footnote-ref-324)
325. Tobar Ribadeneira. *Ob. cit*. p. 221. [↑](#footnote-ref-325)
326. Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional.* Edino. Guayaquil, 1999. Tomo I, p. 49. [↑](#footnote-ref-326)
327. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Espasa-Calpe. Vigésima segunda edición. Madrid, 2001 [↑](#footnote-ref-327)
328. *V.* más adelante estos conceptos. [↑](#footnote-ref-328)
329. Borja y Borja. *Ob. cit.* (1979). T. I, p. 165. [↑](#footnote-ref-329)
330. Of. PGE N° 6143 del 23 de Octubre de 1997. [↑](#footnote-ref-330)
331. Faya Viesca, Jacinto. *Administración Pública Federal*. Editorial Porrua. México, 1979. p. 563. [↑](#footnote-ref-331)
332. Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1961. Tomo II. p. 146. [↑](#footnote-ref-332)
333. Artículos 3 y 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. [↑](#footnote-ref-333)
334. Art. 196.- Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley”. [↑](#footnote-ref-334)
335. Alessi, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Bosch. Barcelona, 1970. T. I. p. 44. [↑](#footnote-ref-335)
336. Larrea. *Ob. cit.* T. I. p. 455. [↑](#footnote-ref-336)
337. Of PGE N° 20369 del 23 de noviembre de 1981 dirigido a INGALA. [↑](#footnote-ref-337)
338. Vedel y Devolvé. *Ob. cit.* T. 1. p. 403. [↑](#footnote-ref-338)
339. Kelsen. *Ob. cit* (primera edición). p. 93. [↑](#footnote-ref-339)
340. DS 2613. R.O. 645 del 13 de diciembre de 1965. [↑](#footnote-ref-340)
341. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Jorge Arturo Morales Recalde- Contraloría General del Estado. Segunda Sala. 27 de julio de 1984. [↑](#footnote-ref-341)
342. Gutiérrez. *Ob. cit*. [↑](#footnote-ref-342)
343. Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. West Publishing Co. St. Paul Minn., 1979. [↑](#footnote-ref-343)
344. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Espasa-Calpe. Madrid, 2001. [↑](#footnote-ref-344)
345. Marienhoff. *Ob. cit*. T. I. pp. 508-509. [↑](#footnote-ref-345)
346. Dromi. *Ob. cit.* p. 760. [↑](#footnote-ref-346)
347. *Ibídem*. p. 14. [↑](#footnote-ref-347)
348. Caballero Sierra, Gaspar. *Los Consorcios Públicos y Privados*. Editorial Temis. Bogotá, 1985. p. 137. [↑](#footnote-ref-348)
349. DE 196. Establécese en Manabí el Consorcio de Municipios. R.O. 209 del 7 de julio de 1938. [↑](#footnote-ref-349)
350. Codificación 2005-16. SRO 159, 5 de diciembre de 2005 [↑](#footnote-ref-350)
351. DS 21. Se crea el Consorcio de Centros Agrícolas de Manabí. RO 39-40 del 10 de octubre de 1937. [↑](#footnote-ref-351)
352. DS 1343. Art. 15. [↑](#footnote-ref-352)
353. DS 944. R.O. 938 del 25 de noviembre de 1975. [↑](#footnote-ref-353)
354. Heredia S., Iván. “*El Consorcio CEPE-Texaco*”. (Tesis Doctoral) 1982. p. 121. [↑](#footnote-ref-354)
355. Of. PGE N° 15536 del 6 de agosto de 1981 dirigido al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones. En: Pérez, Efraín. *Digesto de la Contratación Pública*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1984. [↑](#footnote-ref-355)
356. Henn. *Ob. cit*. p. 79. [↑](#footnote-ref-356)
357. Manzanedo, J.A; J. Hernando; E. Gómez Reino. *Curso de Derecho Administrativo Económico*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1970. p. 742: Ordenanza 67-821 del 23 de septiembre de 1967, J.O. del 28 de septiembre de 1967. [↑](#footnote-ref-357)
358. Garrigues Walker, Antonio. *Estudio práctico sobre la Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas*. Asociación para el progreso de la Dirección. Sin fecha. [↑](#footnote-ref-358)
359. Caballero. *Ob. cit*. p. 11. [↑](#footnote-ref-359)
360. *Ibídem*. p. 67. [↑](#footnote-ref-360)
361. Manzanedo; Hernando y Gómez. *Ob. cit.* p. 744. [↑](#footnote-ref-361)
362. *Ibídem.* p. 758. [↑](#footnote-ref-362)
363. *Ibídem.* pp. 744 y 753. [↑](#footnote-ref-363)
364. Citado por: Caballero. *Ob. cit*. p. 38. [↑](#footnote-ref-364)
365. En: Pérez. *Ob. cit*. p. 84. (Of. PGE N° 27855 del 3 de junio de 1981 a CEPE). [↑](#footnote-ref-365)
366. Art. 229 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-366)
367. Albi, Fernando. Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones Locales. Aguilar. Madrid. 1960. p. 57. [↑](#footnote-ref-367)
368. Jordana de Pozas. “Intermunicipalismo, Mancomunidades y Asociaciones de Municipios”. *Estudios de Administración Local y General.* Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1961. pp. 691 y 694. [↑](#footnote-ref-368)
369. González y González. *Ob. cit.* p. 104. [↑](#footnote-ref-369)
370. Parada, Ramón. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Marcial Pons. Madrid, 1993. pp. 54-55. [↑](#footnote-ref-370)
371. Locke, John. *Two Treatises of Government.* The New American Library. New York, 1965. p. 409. [↑](#footnote-ref-371)
372. Art. 171, 14. de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-372)
373. Art. 215 de la *Constitución* y Art. 2 de la codificación 2004-015. *Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*. RO Nº 312, 13 de Abril de 2004. [↑](#footnote-ref-373)
374. Art. 228 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-374)
375. Art. 169 de la *Constitución.* [↑](#footnote-ref-375)
376. Art. 173 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-376)
377. Oficio PGE N° 16959 del 26 de octubre de 1994, dirigido al Superintendente de Compañías. *Boletín Jurídico N° 7*. 1996. p. 160. [↑](#footnote-ref-377)
378. Vedel y Devolvé. *Ob. cit*. T. 1. pp. 28-31. [↑](#footnote-ref-378)
379. También corresponde a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo el inventario periódico de la fuente legal de los ministerios, sus dependencias y entidades adscritas. El último es del año 1998: 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 RO 322, 21 de Mayo de 1998. [↑](#footnote-ref-379)
380. DE 180. Expídese el decreto sustitutivo del Decreto Ejecutivo N° 386, publicado en el Registro Oficial N° 86 de 11 de diciembre de 1998, de creación del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, CODENPE. Registro Oficial Nº 37, 13 de Junio del 2005. Los antecedentes de este Consejo son los siguientes: DE 2146. Fusiónase la Dirección Nacional de Poblaciones Indígenas, adscrita al Ministerio de Bienestar Social y la Secretaría Nacional de Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas, adscrita a la Presidencia de la República. RO 540 del 4 de octubre de 1994; DE 3615. Concédese al puesto de Secretario Nacional de Asuntos Indígenas y Minorías Étnicas, el rango de Subsecretario de Estado. RO 907 del 19 de marzo de 1996; Ministerio Étnico-Cultural, creado en 1996 y sustituido en 1997 por el Consejo Nacional de Planificación y Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Negros, CONPLADE IN: DE. 243. Créase el Ministerio Étnico Cultural, para promover el desarrollo integral de las etnias en todo el Ecuador. RO 64 del 8 de noviembre de 1996; DE. 7. Suprímese el Ministerio Étnico Cultural. Suplemento RO 13 del 28 de febrero de 1997; DE. 133. Créase, adscrito a la Presidencia de la República, el Consejo Nacional de Planificación y Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Negros, CONPLADE IN, con sede en la ciudad de Quito. RO 25 del 18 de marzo de 1997; y, DE. 747. Refórmase el Decreto Ejecutivo N° 133 de 13 de marzo de 1997, publicado en el Registro Oficial N° 25 de 18 de marzo de 1997. RO 381, 10 de agosto de 1998; DE. 386. Créase el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE) adscrito a la Presidencia de la República, con sede en Quito. RO 86, 11 de diciembre de 1998. [↑](#footnote-ref-380)
381. DE 1394. Créase el Consejo de Desarrollo del Pueblo Montubio de la Costa Ecuatoriana y Zonas Subtropicales de la Región Litoral (CODEPMOC). SRO N° 301, 6 de Abril del 2001. [↑](#footnote-ref-381)
382. DE 2715. Créase adscrito a la Presidencia de la República el Consejo de Desarrollo Afroecuatoriano, CODAE como organismo de derecho público, descentralizado y participativo, cuya sede principal será la ciudad de Quito. RO Nº 1, 21 de Abril del 2005. [↑](#footnote-ref-382)
383. La *Constitución* determina las funciones genéricas de los ministros de Estado: Art. 179.- A los ministros de Estado les corresponderá:

1. Dirigir la política del ministerio a su cargo.

2. Firmar con el Presidente de la República los decretos expedidos en las materias concernientes a su ministerio.

3. Informar al Congreso Nacional, anualmente y cuando sean requeridos, sobre los asuntos a su cargo.

4. Asistir a las sesiones del Congreso Nacional y participar en los debates, con voz pero sin voto, en asuntos de interés de su ministerio.

5. Comparecer ante el Congreso Nacional cuando sean sometidos a enjuiciamiento político.

6. Expedir las normas, acuerdos y resoluciones que requiera la gestión ministerial.

7. Ejercer las demás atribuciones que establezcan las leyes y otras normas jurídicas. [↑](#footnote-ref-383)
384. Art. 176 de la *Constitución*: “ … El número de ministerios, su denominación y las materias de su competencia, serán determinados por el Presidente de la República”. [↑](#footnote-ref-384)
385. A. 94-001. Frente económico. Emítese dictamen favorable, sobre la solicitud del sector camaronero, cuyas instalaciones se han visto afectadas por el llamado “Síndrome de Taura”. Suplemento RO 540 del 4 de octubre de 1994. [↑](#footnote-ref-385)
386. DE 0007. Desígnase a la economista Luz Elena Burbano Cadena, Secretaria Técnica de la Secretaría Técnica del Frente Social. RO Nº 45, 23 de Junio del 2005. DE 3519. Créase la Comisión Nacional de Alimentación con el objeto de coordinar el desarrollo de los programas sociales de alimentación que ejecutan los ministerios del Frente Social. RO 740, 8 de enero de 2003. RO 740, 8 de enero de 2003. [↑](#footnote-ref-386)
387. Arts. 21, 25, 31 y 38. [↑](#footnote-ref-387)
388. Grupo de Coordinación de Desarrollo Administrativo. *10 Problemas Básicos de la Administración Ecuatoriana*. Quito, 1979. p. 77. [↑](#footnote-ref-388)
389. Grupo de Coordinación de Desarrollo Administrativo. *Inventario de Cuerpos Colegiados*. Quito, 1977. p. 5. [↑](#footnote-ref-389)
390. Hay que aclarar que aparte de este Fondo de Solidaridad, la ley ha creado muchos “fondos” en los últimos años, pero que no constituyen entidades públicas, sino que son simples cuentas especiales, abiertas en el Banco Central o partidas en el Presupuesto del Estado: Fondo de Desarrollo Infantil, FODI, Fondo de Desarrollo de los Pueblos Indígenas del Ecuador - FODEPI Fondo de Emergencias Nacionales (FONEN), Fondo de Desarrollo Provincial, Fondo Nacional de Forestación y Reforestación (FONAFOR), Fondo de Desarrollo Seccional (FODESEC), Fondo de Inversiones Municipales (FIM), Fondo de Riego de la provincia de Cotopaxi, Fondo para el Ecodesarrollo Regional Amazónico y de Fortalecimiento de sus Organismos Seccionales, Fondo para Obras en el Sector Agropecuario de la Provincia de Chimborazo, Fondo de Saneamiento Ambiental, Vialidad y Riego de la Provincia de El Oro (FONDORO), etc. [↑](#footnote-ref-390)
391. Of. PGE 06434 del 15 de septiembre de 1993, dirigido a la Secretaría General de Planificación-Consejo Nacional de Desarrollo. *Boletín Jurídico N° 6*. Quito, 1994. p. 293. [↑](#footnote-ref-391)
392. Of. PGE 20194 del 25 de septiembre de 1992, dirigido al Ministerio de Bienestar Social. *Boletín Jurídico N° 5*. Agosto 1993. pp. 56-57. [↑](#footnote-ref-392)
393. En el sentido que de hecho requerían la autorización del Gobierno central para imponer tributos y sus presupuestos eran aprobados por el extinguido Consejo Nacional de Desarrollo, CONADE. [↑](#footnote-ref-393)
394. Jellinek. *Ob. cit*. p. 487. [↑](#footnote-ref-394)
395. L. 72. Ley de Desarrollo Seccional y de Reformas a las Leyes de Régimen Municipal, Régimen Tributario Interno, Arancelaria, Orgánica de Administración Financiera y Control y 006 de Control Tributario y Financiero. RO 441 del 21 de mayo de 1990. [↑](#footnote-ref-395)
396. Of. PGE N° 10981 del 12 de mayo de 1998 [↑](#footnote-ref-396)
397. Art. 228 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-397)
398. Weber. *Ob. cit.* p. 211. [↑](#footnote-ref-398)
399. Naisbitt, John. *Megatrends, Ten New Directions Transforming our Lives*. Warner Books. Nueva York, 1984. p. 21 [↑](#footnote-ref-399)
400. Vedel y Devolvé. *Ob. cit.* T. 2. p. 402. [↑](#footnote-ref-400)
401. El Art. 5 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (LOSCCA) dispone: “Art. 5.- Servidores no comprendidos en el servicio civil.- No están comprendidos en el servicio civil:

a) Los dignatarios o autoridades elegidos por votación popular;

b) Los funcionarios elegidos o nombrados, conforme la Constitución Política de la República y leyes correspondientes, por el Congreso Nacional o por el Presidente de la República;

c) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que se rigen por sus propias leyes;

d) Los dignatarios, autoridades o miembros de los cuerpos colegiados o de las corporaciones a cuyo cargo corre el gobierno de las instituciones del Estado;

e) Los funcionarios y servidores de la Función Legislativa que se rigen por su propia ley;

f) Los funcionarios y servidores de la Función Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Cuerpo de Vigilancia de la Comisión de Tránsito de la Provincia del Guayas y funcionarios del servicio exterior que se encuentren en funciones fuera del país, que se rigen por su propia ley;

g) Los trabajadores de las instituciones del Estado que se rigen por el Código del Trabajo; y,

h) El personal docente e investigadores universitarios, técnico - docente, profesional y directivo que están sujetos a la Ley de Educación Superior, Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional.

Los servidores de las instituciones del Estado comprendidos en los literales e), f) y h), de este artículo, serán sujetos de derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones que establece esta Ley.” [↑](#footnote-ref-401)
402. Art. 18, LOSCCA. [↑](#footnote-ref-402)
403. Art. 19, LOSCCA. [↑](#footnote-ref-403)
404. Art. 5, Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. [↑](#footnote-ref-404)
405. *Constitución*. Art. 171, 10. El artículo 93 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa (LOSCCA) determina que son de libre nombramiento y remoción los funcionarios enumerados en la letra b) del Art. 92, cuyo texto se transcribe. [↑](#footnote-ref-405)
406. Art. 38, LOSCCA. [↑](#footnote-ref-406)
407. Arts. 39-41 de la LOSCCA. [↑](#footnote-ref-407)
408. Dromi*. Ob. cit*. p. 721. [↑](#footnote-ref-408)
409. Marienhoff. *Ob. cit*. T. I. p. 369. [↑](#footnote-ref-409)
410. Larrea Holguín, Juan I. *Derecho Eclesiástico Ecuatoriano*. Ibarra, 3a. Edición, actualizada. Quito, 1999. pp. 54-55. [↑](#footnote-ref-410)
411. Vedel y Devolvé. *Ob. cit.* T. 2. p. 402. [↑](#footnote-ref-411)
412. *Ibídem.* p. 403. [↑](#footnote-ref-412)
413. Peter Drucker. Management. Tasks, Responsabilities. Practices. New York, 1974. p. 520. [↑](#footnote-ref-413)
414. Art. 17 del *ERJAFE*. [↑](#footnote-ref-414)
415. Grupo de Coordinación de Desarrollo Administrativo. *Diez Problemas Básicos. Administración Pública Ecuatoriana*. Quito. Sin fecha. p. 117. [↑](#footnote-ref-415)
416. Gutiérrez. *Ob. cit.* [↑](#footnote-ref-416)
417. Ley de 26 de diciembre de 1958, de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas: Art. 6. 3: “Las Leyes de creación de los Organismos autónomos constituirán, por tanto, los Estatutos de cada uno de ellos y determinarán de manera específica: b) El Ministerio a que hayan de quedar adscritos”. [↑](#footnote-ref-417)
418. Tafur, Alvaro. *Las Entidades Descentralizadas*. Editorial Temis. Bogotá, 1977. p. 224. [↑](#footnote-ref-418)
419. *Ibídem*. [↑](#footnote-ref-419)
420. Garrido. *Ob. cit*. V. I. p. 333. [↑](#footnote-ref-420)
421. Martín Mateo, Ramón; y Francisco Sosa Wagner. *Derecho Administrativo Económico*. Ediciones Pirámide. Madrid, 1977. 111. [↑](#footnote-ref-421)
422. Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo Económico.* Astrea. Buenos Aires. 1979. T. 2. p. 556. [↑](#footnote-ref-422)
423. ERJAFE. “Art. 54.- Desconcentración.- La titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquellos, cuyo efecto será el traslado de la competencia al órgano desconcentrado. La desconcentración se hará por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial”. [↑](#footnote-ref-423)
424. Art. 54 de la Ley de Contratación Pública. [↑](#footnote-ref-424)
425. Of. PGE N° 11516 del 2 de junio de 1998. [↑](#footnote-ref-425)
426. Of. PGE 0273 del 11 de marzo de 1997. [↑](#footnote-ref-426)
427. “(…) la naturaleza jurídica de PREDESUR que no es una institución con capacidad para por sí sola, ejercer derechos y contraer obligaciones”. PGE. Oficio PGE N 03716 del 12 de mayo de 1993, dirigido a Ecuatoriana-Predesur. *Boletín Jurídico N° 6.* Quito, 1994. p. 181. [↑](#footnote-ref-427)
428. Art. 34 de la Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones. RO 770 del 30 de agosto de 1995. [↑](#footnote-ref-428)
429. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sentencia Drs. Raúl García Montero y Galo Medina Estrella - Contraloría General del Estado. Primera Sala. 17 de mayo de 1985. [↑](#footnote-ref-429)
430. Of. PGE 10774 del 14 de marzo de 1994, dirigido al Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda. *Boletín Jurídico N° 7*. 1996. pp. 204-205. [↑](#footnote-ref-430)
431. Of. PGE 1733 del 14 de mayo de 1997. [↑](#footnote-ref-431)
432. Oficio PGE 11296 del 4 de abril de 1994, dirigida al Contralor General del Estado. *Boletín Jurídico N° 7*. 1996. pp. 432-433. [↑](#footnote-ref-432)
433. Art. 259.- El presupuesto general del Estado contendrá todos los ingresos y egresos del sector público no financiero, excepto los de los organismos del régimen seccional autónomo y de las empresas públicas.

El Congreso Nacional conocerá también los presupuestos de las empresas públicas estatales. [↑](#footnote-ref-433)
434. Of. PGE. 029668 del 15 de abril de 1993, dirigido al Ministerio de Finanzas y Crédito Público. *Boletín Jurídico N° 6*. Quito, 1994. p. 281. [↑](#footnote-ref-434)
435. Of. PGE N° 11926 del 15 de junio de 1998. [↑](#footnote-ref-435)
436. Tribunal de Garantías Constitucionales. Resolución 133-96-CP. Suplemento RO 1.005 del 7 de agosto de 1996. [↑](#footnote-ref-436)
437. Beneyto, Juan. Historia de la Administración Española e Hispanoamericana. Aguilar. Madrid, 1958. p. 453. [↑](#footnote-ref-437)
438. Servant-Schreiber, Jean-Jacques. *El Poder Regional*. Editorial Dopesa. Barcelona, 1971. p. 36. [↑](#footnote-ref-438)
439. Beneyto. *Ob. cit*. p. 379. [↑](#footnote-ref-439)
440. Bascuñan V. Aníbal. *Elementos de Historia del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1954. p. 208. [↑](#footnote-ref-440)
441. Haring, C. H. *The Spanish Empire in America.* (Reprinted with corrections and new bibliography, 1952). Harcourt, Brace & World, Inc. Nueva York, 1963. p. 163 [↑](#footnote-ref-441)
442. Phelan, John Leddy. *El Reino de Quito en el siglo XVII.* Banco Central del Ecuador. Quito, 1995. pp. 49, 127 y 338. [↑](#footnote-ref-442)
443. Haring. *Ob. cit.* pp. 112-113. [↑](#footnote-ref-443)
444. DL. *Se crea la Junta de Fomento del Archipiélago de Colón.* Objetado por el Ejecutivo. RO 984, del 1 de diciembre de 1955. [↑](#footnote-ref-444)
445. Moncayo. *Ob. cit*. pp. 198-199. [↑](#footnote-ref-445)
446. DE 2224. Expídese la “Organización del Régimen Institucional de Aguas”. Suplemento RO 558 del 28 de octubre de 1994. [↑](#footnote-ref-446)
447. L. Ley Especial de Distribución del 15% del Presupuesto del Gobierno Central para los Gobiernos Seccionales. RO 27 del 20 de marzo de 1997; L. 27. Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social. RO 169 del 8 de octubre de 1997. [↑](#footnote-ref-447)
448. Cf. Gailbrath, J.K. *The New Industrial State*. The New American Library. New York, 1968. [↑](#footnote-ref-448)
449. Naisbitt. *Ob. cit*. pp. 104-109. [↑](#footnote-ref-449)
450. Duguit, Léon. *Las Transformaciones del Derecho público y privado*. Ed. Heliasta. Buenos Aires, 1975. p. 20. [↑](#footnote-ref-450)
451. Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. Editorial Porrua. México, 1969. p. 202. [↑](#footnote-ref-451)
452. Del Sordo. *Ob cit*. p. 63. [↑](#footnote-ref-452)
453. Fiorini. *Ob. cit*. p. 160. [↑](#footnote-ref-453)
454. Cassagne. *Ob. cit.* T. I. p. 292. [↑](#footnote-ref-454)
455. Giannini. *Ob. cit.* V. I. p. 223. [↑](#footnote-ref-455)
456. Ferrando Badía, Juan Fernando. *El Estado Unitario, el Federal y el Estado Autonómico.* Tecnos. Madrid, 1986. p. 177. [↑](#footnote-ref-456)
457. Drucker define la “descentralización federal” en que una compañía se organiza en un número determinado de negocios “autónomos”, y en que cada unidad tiene responsabilidad por su propio desempeño, sus propios resultados y su propia contribución al total de la compañía: Drucker. *Ob. cit*. p. 572. [↑](#footnote-ref-457)
458. Giannini. *Ob. cit*. V. I. pp. 221-222. [↑](#footnote-ref-458)
459. ERJAFE. Arts. 5 y 7. [↑](#footnote-ref-459)
460. Zanobini. *Ob. Cit.* V. I. p. 174: “…la especialidad de los fines, para los cuales se constituye, se refleja sobre su capacidad, limitándola a aquellos derechos y aquellas relaciones, que son necesarios para conseguir sus mismos fines”, citando la autoridad de Ripert y de Ferrara en el pie de página N° 2. [↑](#footnote-ref-460)
461. Carbo, Pedro. *Obras.* Colección Universidad de Guayaquil. Guayaquil, 1983. [↑](#footnote-ref-461)
462. *V.* más arriba sobre esta figura administrativa. [↑](#footnote-ref-462)
463. Vedel y Devolvé. *Ob. cit*. T. 2. p. 398. [↑](#footnote-ref-463)
464. Marienhoff. *Ob. cit*. T. I. p. 348. [↑](#footnote-ref-464)
465. Fraga. *Ob. cit*. p. 228. [↑](#footnote-ref-465)
466. También se debe contar con una tercera opción administrativa para la empresa pública, que es la empresa pública como *dependencia administrativa* -que puede ser una unidad administrativa. V. más arriba este concepto. [↑](#footnote-ref-466)
467. Duverger. *Ob. cit.* pp. 212-213. [↑](#footnote-ref-467)
468. *Ibídem.* pp. 213-214. [↑](#footnote-ref-468)
469. Vedel y Devolvé. *Ob. cit.* T. 2. p. 399. [↑](#footnote-ref-469)
470. Carré de Malberg. *Ob. cit.* T. I, pp. 170-171. [↑](#footnote-ref-470)
471. *Ibídem*. p. 179. [↑](#footnote-ref-471)
472. *Ibídem*. p. 186. [↑](#footnote-ref-472)
473. Vedel y Devolvé . *Ob. cit*. p. 399. [↑](#footnote-ref-473)
474. *Código Civil* del Ecuador. Art. 585: “… corporaciones de derecho público, como (…) los establecimientos que se costean con fondos del erario”. [↑](#footnote-ref-474)
475. “Notice sur l’hospice de Charenton” de Hippolyte de Colins (1812). En: Sade, Marquis de. *Journal Inedit*, con un apéndice de Hippolyte de Colins. Gallimard. París, 1970. [↑](#footnote-ref-475)
476. Duguit, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel* (3a. ed.). Fontemoing & Cie. París, 1928. T. II, p. 66. [↑](#footnote-ref-476)
477. Laubadère; Venezia y Gaudemet. *Ob. cit*. (1992). T. I. p. 238. [↑](#footnote-ref-477)
478. Cohen-Tanugi. *Ob. cit*. pp. 53-54. [↑](#footnote-ref-478)
479. Garrido. *Ob. cit*. V. I. p. 348. [↑](#footnote-ref-479)
480. *Ibídem*. p. 332-333 [↑](#footnote-ref-480)
481. Matovelle, José Julio María. “Principios Generales de Ciencia Administrativa”. En: *Obras Completas*. (Edición de Juan Chacón Zh.). Cuenca, 1980. T. IV Ciencias Políticas, pp. 539-540. [↑](#footnote-ref-481)
482. Vedel y Devolvé. *Ob. cit*. T. 2. p. 398. [↑](#footnote-ref-482)
483. En: Parducci Sciacaluga, Nicolás (Director). *Homenaje a Monseñor Juan Larrea Holguín.* Edino. Guayaquil, 2000. p. 167. [↑](#footnote-ref-483)
484. 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. [↑](#footnote-ref-484)
485. Ley que establece la Centralización de Rentas. RO 805 del 7 de noviembre de 1908. [↑](#footnote-ref-485)
486. Larrea Holguín. Juan I. “El Espíritu jurídico de la República (de 1895 a nuestros días)”. En: *Historia del Ecuador.* Salvat. 1982. V. 7, p. 116. [↑](#footnote-ref-486)
487. *Ibídem*. p. 116. [↑](#footnote-ref-487)
488. Entrena. *Ob. cit.* (1988). V. I/2. pp. 42-43. [↑](#footnote-ref-488)
489. R. N° 393. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. (37-02) Ing. Víctor Hugo Olalla Proaño, como Rector y representante legal de la Universidad Central del Ecuador - Francisco Stalin Gómez Herrera. RO 49, 27 de marzo de 2003. [↑](#footnote-ref-489)
490. Art. 196. [↑](#footnote-ref-490)
491. Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador. RO 2 del 13 de febrero de 1997. Art. 76. [↑](#footnote-ref-491)
492. “con autonomía económica, administrativa, financiera, técnica, con patrimonio propio y presupuesto especial”. L. 2004-05. *Ley Constitutiva del Instituto Nacional Autónomo de Investigaciones Agropecuarias (INIAP).* SRO N° 315, 16 de Abril del 2004. [↑](#footnote-ref-492)
493. Entrena. *Ob. cit.* (1988). V. I/2. p. 45. [↑](#footnote-ref-493)
494. Arts. 225 y 226, Constitución Política de la República. [↑](#footnote-ref-494)
495. Arts. 9 y 12, Ley de Descentralización. [↑](#footnote-ref-495)
496. Art. 237 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-496)
497. Título X de la *Constitución*, Arts. 211-223. [↑](#footnote-ref-497)
498. L. 122. *Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público*. RO 453 del 17 de marzo de 1983, con reformas. [↑](#footnote-ref-498)
499. “Art. 7.- De la Administración Pública Institucional.- La Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad (…)” (ERJAFE). [↑](#footnote-ref-499)
500. Art. 226 de la *Constitución.* [↑](#footnote-ref-500)
501. CONAM. *Anteproyecto de la Ley Orgánica de Régimen de Autonomía Provincial.* Comisión Nacional para la Descentralización, las Autonomías y las Circunscripciones Territoriales. Secretaría Técnica. Unidad de Descentralización y Estructura del Estado. 2 de octubre del 2000. Art. 27 (Este “anteproyecto” fue publicado en diferentes diarios del país y fue enviado al Congreso Nacional como “documento de discusión”) [↑](#footnote-ref-501)
502. Greffe. *Ob. cit.* pp. 64-73. [↑](#footnote-ref-502)
503. Italia. L. 142. 8/6/90. Ordenamiento de las Autonomías Locales. [↑](#footnote-ref-503)
504. Gordillo. *Ob. cit.* T. 1. p. XII-5. [↑](#footnote-ref-504)
505. Laubadère, Venezia y Gaudemet. *Ob. cit.* T. 1. 597. [↑](#footnote-ref-505)
506. Of. PGE 6142 del 23 de octubre de 1997. [↑](#footnote-ref-506)
507. L. 20. Reformas a la Constitución Política del Estado. RO 93 del 23 de diciembre de 1992; codificación de 1993: L 25. Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador. RO 183 del 5 de mayo de 1993. [↑](#footnote-ref-507)
508. Disposición Transitoria Décima Tercera de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-508)
509. Resolución de la Corte Suprema de Justicia del 10 de febrero de 1993. [↑](#footnote-ref-509)
510. R. Corte Suprema de Justicia. Disposiciones para la aplicación del Art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. R0 203 del 3 de junio de 1993. Arts. 1 y 2. [↑](#footnote-ref-510)
511. Carré de Malberg. *Ob. cit.* p. 176. [↑](#footnote-ref-511)
512. Esta potestad es denominada “soberanía” por Carré de Malberg aunque él reconoce que es una denominación aplicable solamente en Francia —y añadamos nosotros, de Francia de su época. En todo caso atribuye a cualquier Estado, sea o no “soberano” esta “competencia de la competencia”. En la actualidad se acepta generalizadamente que la soberanía es el poder del Estado manifestado hacia el *exterior* del Estado, mientras que hacia su interior se manifiesta como la “potestad estatal”. [↑](#footnote-ref-512)
513. Zanobini. *Ob. cit.* V. I. pp. 77-84. [↑](#footnote-ref-513)
514. León, Jorge. “La Descentralización y el Sistema Político”. En: Francisco Muñoz (Editor). *Descentralización.* Tramasocial. Quito, 1999. pp. 146-147. [↑](#footnote-ref-514)
515. álvarez Conde, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. V. II. Los Órganos Constitucionales. El Estado Autonómico. Tercera edición. Tecnos. Madrid, 2000. P. 475. [↑](#footnote-ref-515)
516. Carré de Malberg*. Ob. cit.* T. I.p.142. [↑](#footnote-ref-516)
517. La Pergola, Antonio. “La Técnica Constitucional de la Autonomía. Aspectos de Derecho Comparado”. En: Juan José González Encinar (compilador). *Autonomía y Partidos Políticos.* Tecnos. Madrid, 1984. p. 34. [↑](#footnote-ref-517)
518. Shah, Anwar. “Expenditure assignment”, parte 2. de “Project design: Political, Fiscal, and Administrative Decentralization”. En: Jennie Litvack y Jessica Seddon (Editores). *Decentralization Briefing Notes.* WBI Working Papers. Banco Mundial, en colaboración con PREM network. Washington, 1999. p. 19. [↑](#footnote-ref-518)
519. Carré de Malberg*. Ob. cit.* T. I*.* p. 172. [↑](#footnote-ref-519)
520. V. texto completo en Camilo Destruge (D’Amecourt). *Historia de la Revolución de Octubre y Campaña Libertadora de 1820-1822.* Guayaquil, 1920. p. 205-207. La expresión de los derechos es ciertamente bastante sucinta: libertad de comercio (Art. 3), derecho de elegir (Arts. 1, 4 y 15); “nadie será juzgado por comisión especial (Art. 10). [↑](#footnote-ref-520)
521. Luis Alberto Sánchez. “José Joaquín de Olmedo”, en *Escritores Representativos de América. Primera Serie* (3a. edición). Gredos. Madrid, 1971. T. I, p. 186. [↑](#footnote-ref-521)
522. A la Constitución de 1812 se la llama acertadamente “Constitución Quiteña”. Cf. Ramiro Borja y Borja. *La Constitución Quiteña de 1812.* Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1962. Contra: Marcos Gándara Enríquez: “… impropia e inconvenientemente llamada ‘Constitución de Quito”. “Discurso Introductorio sobre la Constitución Ecuatoriana de 1830”, en *Discurso Introductorio y Actas del Primer Congreso Constituyente del Ecuador. Año de 1830.* Centro de Estudios Históricos del Ejército. s/f (1998 ?). p. 54. [↑](#footnote-ref-522)
523. Constitución del Estado del Ecuador en la República de Colombia, sancionada por su Congreso constituyente en el año 1830.Primer Rejistro Auténtico Nacional. Imprenta de Gobierno. N° 3°. Quito, 1840. T. 1°, p. 19. [↑](#footnote-ref-523)
524. Gándara. *Ob. cit.* p. 55. [↑](#footnote-ref-524)
525. Larrea Holguín, Juan I. “Las Constituciones Garcianas de 1861 y 1869”*.* En: *Religión y Derecho.* Poligráfica. Guayaquil, 1998. p. 14. [↑](#footnote-ref-525)
526. Trujillo, Julio César. Representante, Asamblea Nacional Constituyente. Acta N° 76, del 5 de mayo de 1998. p. 62. [↑](#footnote-ref-526)
527. Falconí, Guillermo. Representante. Asamblea Nacional Constituyente*. Acta 76*. [↑](#footnote-ref-527)
528. Coronel, César y Joffre Campaña. “Constitución y poder político. Hacia un sistema de autonomías”. En: *Juris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia.* Universidad San Francisco de Quito. Año I, N° 2. Quito, 2000. p. 28 y Nota al texto N° 9. [↑](#footnote-ref-528)
529. Carbo. *Ob. cit.* “Biografía del ilustre ecuatoriano señor D. Vicente Rocafuerte” (1884).p. 357. [↑](#footnote-ref-529)
530. Sesión del veintisiete de agosto de 1830. En: Discurso Introductorio y Actas del Primer Congreso Constituyente del Ecuador. Año de 1830. Gándara. Ob. cit. p. 145. [↑](#footnote-ref-530)
531. Sesión del veinticinco de agosto de 1830. *Ibídem.* p. 142. [↑](#footnote-ref-531)
532. “El Quiteño Libre”, N° 9, citado por Carlos Paladines. *Sentido y trayectoria del pensamiento ecuatoriano.* Biblioteca de la Revista Cultura II. Banco Central del Ecuador. Quito, 1990. pp. 103-104. [↑](#footnote-ref-532)
533. Gándara. *Ob. cit.* p. 58. [↑](#footnote-ref-533)
534. Larrea. *Ob. cit.* (1998). p. 15. Las citas anteriores: pp. 13 y 12. [↑](#footnote-ref-534)
535. Paladines. *Ob. cit.* p. 171. [↑](#footnote-ref-535)
536. Carbo. *Ob. cit.*. p. 311. En: “Mensaje del Jefe Supremo de la Provincia del Guayas a la Convención Nacional. Guayaquil, 1883” -a raíz del derrocamiento del dictador Veintimilla. [↑](#footnote-ref-536)
537. Larrea Holguín, Juan I. “La Constitución de 1830 y su Influencia en la Formación de la Nacionalidad”. En *Índice de la Legislación Ecuatoriana. 1822-1985.* Corporación de Estudios y Publicaciones. s/f. V. I, p. 6. [↑](#footnote-ref-537)
538. *Ibídem.* pp. 6-7. [↑](#footnote-ref-538)
539. Larrea Holguín. *Ob. cit.* (1982). p. 111. [↑](#footnote-ref-539)
540. Lozano Véliz, Melva. “Autonomías o Descentralización”. En: Melva Lozano Véliz, Xavier Arosemena Camacho , Ernesto Arroba, Olmedo Farfán, Fidel Márquez y Víctor Manuel García. Epílogo de Mons. Juan Larrea Holguín. *Autonomías. Guayas.* Cuaderno de Investigación N° 4. Las Autonomías: Historia, Jurisprudencia, Economía, Opinión Ciudadana, Mercadeo. Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Guayaquil, 2000. pp. 2 y 3. [↑](#footnote-ref-540)
541. Gómez Iturralde, José Antonio. *Los Periódicos Guayaquileños en la Historia.* Colección Guayaquil. Tomo III 1921-1997. Guayaquil, 1998. p. 258. [↑](#footnote-ref-541)
542. No se ha podido conseguir, para su revisión, el artículo de Franklin López Buenaño, “Un Ecuador Federal”, pp. 21-23, de la revista Propuestas, Escuela Superior Politécnica del Litoral, año 2, N° 4, abril de 1999, citado en: Barrera G., Augusto. *(Coordinador) Ecuador: Un Modelo para [Des]armar* . Grupo de Democracia y Desarrollo Local. En todo caso, sin prejuzgar sobre el contenido del artículo citado, desde un punto de vista puramente teórico, la sola referencia a “regiones federales” y otras instituciones políticas del federalismo, no constituye necesariamente la estructura de un gobierno federal. [↑](#footnote-ref-542)
543. Greffe. *Ob. cit*. pp. 32, 42 y 43. [↑](#footnote-ref-543)
544. Coronel Jones, César. “Centralización y descentralización. El caso de Guayaquil”. En: *Descentralización y Gobiernos Municipales.* Cordes. Quito, 1993. pp. 202-205. [↑](#footnote-ref-544)
545. CONAM. *Ob. cit*. [↑](#footnote-ref-545)
546. Mata Espinel, Humberto. “Proyecto de autonomías provinciales ecuatorianas”, en: Francisco Muñoz J. (Compilador). *Descentralización*. Tramasocial. Quito, 1999. pp. 187 y 190; 183-201. [↑](#footnote-ref-546)
547. Schultze, Rainer-Olaf. “Federalismo, Participación y Teoría de la Democracia”. En: González Encinar. *Ob. cit.*  p. 104. [↑](#footnote-ref-547)
548. Proyecto presentado por el Dip. Raúl Gómez, del partido Social Cristiano. [↑](#footnote-ref-548)
549. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. p. 283. [↑](#footnote-ref-549)
550. *Ibídem*. pp. 283 a 286. [↑](#footnote-ref-550)
551. L. 27. Ley de Descentralización del Estado y de Participación Social. RO 169 del 8 de octubre de 1997. Arts. 9 y 13. [↑](#footnote-ref-551)
552. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* V. I. p. 286. [↑](#footnote-ref-552)
553. Art. 226 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-553)
554. Voz “regalía”: “1. Prerrogativa de las que, como la acuñación de la moneda, corresponden al soberano de un país”. María Moliner. *Diccionario del Uso del Español.* Gredos. Madrid, 1990. [↑](#footnote-ref-554)
555. Cf. Pérez, Efraín. *Evaluación de la Normativa Jurídica Ambiental Aplicable al Municipio de Guayaquil*. Novotecni-Estade-Proyecto PATRA-Banco Mundial. Quito, 1999. [↑](#footnote-ref-555)
556. Garrido. *Ob. cit*. V. I. p. 276. [↑](#footnote-ref-556)
557. Real. *Ob. cit*. pp. 47-48. [↑](#footnote-ref-557)
558. Cf. Pérez. *Gestión Pública Ambiental.* Unama-BID-CONADE. Quito, 1997. [↑](#footnote-ref-558)
559. Meilán. *Ob. cit*. p. 69. [↑](#footnote-ref-559)
560. Bermejo Vera, José. “El Dominio Público Marítimo”. En: Bermejo (Dirección y coordinación). *Derecho Administrativo. Parte especial.* Civitas. Madrid, 1994. p. 392. [↑](#footnote-ref-560)
561. Reissert, Bernd. “El Federalismo Cooperativo y la Integración Política”. En: González Encinar. *Ob. cit.* 89. [↑](#footnote-ref-561)
562. Garrido. *Ob. cit.* V. I. p. 279. [↑](#footnote-ref-562)
563. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004).T. I. p. 298. [↑](#footnote-ref-563)
564. *Ibídem*. p. 299. [↑](#footnote-ref-564)
565. Aragón Reyes, Manuel y Juan J. Zolozábal Echavarría (editores). *Derecho Constitucional.* (textos legales y jurisprudencia comentada). McGraw-Hill. Madrid, 1995. p. 90. [↑](#footnote-ref-565)
566. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. pp. 298-309. [↑](#footnote-ref-566)
567. Álvarez. *Ob. cit.* p. 465. [↑](#footnote-ref-567)
568. Art. 226 de la *Constitución.* [↑](#footnote-ref-568)
569. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. p. 342. [↑](#footnote-ref-569)
570. Stein. *Ob. cit.* 1973. p. 107. [↑](#footnote-ref-570)
571. La Pergola. *Ob. cit.* p. 55. [↑](#footnote-ref-571)
572. álvarez *. Ob. cit*. pp. 485-486. [↑](#footnote-ref-572)
573. Art. 149.1, 13°, 15° y 16°. [↑](#footnote-ref-573)
574. Aragón y Zolozábal .*Ob. cit.* p. 92. [↑](#footnote-ref-574)
575. Palazzo, José Luis; Domingo Juan Sesín y Víctor Armando Rolón Lembeye. *La Transformación del Estado*. Depalma. Buenos Aires, 1992. pp. 156-157. [↑](#footnote-ref-575)
576. CONAM. Comisión para la Descentralización, las Autonomías y las Circunscripciones Territoriales.

Subcomisión de lo Administrativo y de Competencias. *Modelo de Descentralización Administrativa*. Quito, 2000. [↑](#footnote-ref-576)
577. *Constitución Política:* “Art. 226.- Las competencias del gobierno central podrán descentralizarse, excepto la defensa y la seguridad nacionales, la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales, la política económica y tributaria del Estado, la gestión de endeudamiento externo y aquellas que la Constitución y convenios internacionales expresamente excluyan”. [↑](#footnote-ref-577)
578. Álvarez. *Ob. cit.* p. 478. [↑](#footnote-ref-578)
579. Art. 222 de la *Constitución*. [↑](#footnote-ref-579)
580. Citado en: Lautaro Ojeda Segovia. La Descentralización en el Ecuador. Descentralización, Autonomías, Regionalización, Federalismo. CEPLAES. Quito, 2000. p. 158. [↑](#footnote-ref-580)
581. *Ibídem.* p. 162. [↑](#footnote-ref-581)
582. Arroba Salvador, Ernesto. *Las Autonomías. Algunas Estadísticas Básicas.* Investigación presentada por Universidad Católica de Guayaquil, Universidad de Especialidades Espíritu Santo; Universidad de Guayaquil; Escuela Superior Politécnica del Litoral; y Universidad Laica Vicente Rocafuerte. Guayaquil, 2000. [↑](#footnote-ref-582)
583. Riofrío Villagomez, Eduardo. *La Participación de las Provincias en las Finanzas Públicas del Estado*. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1955. pp. 31-32. [↑](#footnote-ref-583)
584. Canasi. *Ob. cit.* V. I. p. 265. [↑](#footnote-ref-584)
585. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3, p. IV-30. Dromi. *Ob. cit.* (2004). p. 354. [↑](#footnote-ref-585)
586. Dromi. *Ob. cit.* p. 354. [↑](#footnote-ref-586)
587. Cassagne, Juan Carlos. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires, 1978. p. 107-108; *Derecho Administrativo.* T. II, p. 47: “la noción de acto administrativo comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto”. [↑](#footnote-ref-587)
588. Dromi. *Ob. cit.* p. 357. [↑](#footnote-ref-588)
589. Cassagne. *Ob. cit.* (2004). T. II. p. 50. [↑](#footnote-ref-589)
590. Bielsa. *Ob. cit.* T. 2. p. 18; Canasi. *Ob. cit.* V. II. p. 101; Escola. *Ob. cit.* T. I. p. 492. Marienhoff. *Ob. cit*. T. II, p. 260. Nótese, por supuesto, que estos autores representan por lo menos una generación anterior a la de Cassagne, Dromi y Gordillo. [↑](#footnote-ref-590)
591. Tinajero Villamar, Francisco. *Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos*. Art. 8.- “Son actos administrativos las declaraciones unilaterales de voluntad de los órganos públicos, en ejercicio de funciones administrativas, declaraciones mediante las cuales persiguen el cumplimiento de sus finalidades públicas y que crean vínculos jurídicos con los administrados o con otros órganos del poder público”. [↑](#footnote-ref-591)
592. Laubadère; Venezia y Gaudemet. *Ob. cit.* T. 1. p. 511. [↑](#footnote-ref-592)
593. Díez. *Ob. cit.* T. II, p. 208. [↑](#footnote-ref-593)
594. Laubadère; Venezia y Gaudemet. *Ob. cit.* T. 1. p. 520. [↑](#footnote-ref-594)
595. Marienhoff. *Ob. cit.* T. III-A, p. 39. [↑](#footnote-ref-595)
596. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. p. II. 27. [↑](#footnote-ref-596)
597. Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el acto administrativo* (Segunda edición)*.* Thompson-Civitas. Madrid, 2004. p. 41. En el mismo sentido: Rafael Entrena Cuesta. *Ob. cit.* (2003). “acto administrativo…un acto jurídico realizado por la Administración con arreglo al Derecho administrativo”. Vol. I/1. p. 171. [↑](#footnote-ref-597)
598. Cf. Tinajero, Pablo. *La Acción de Lesividad.* (Tesis de Grado). Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 1998. [↑](#footnote-ref-598)
599. “Article 16. Toute societé dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”. [↑](#footnote-ref-599)
600. Carré de Malberg, R. *Contribution a la Théorie Générale de l’État.* Sirey. París, 1920 (en edición facsimilar del CNRS). T. I, p. 471. El párrafo completo del “Contrato Social” de Rousseau dice: “Por la misma razón que la soberanía es inalienable, ella es indivisible. Puesto que la voluntad es general o no es voluntad; es la del cuerpo popular, o solamente de una parte del pueblo. En el primer caso esta voluntad declarada es un acto de soberanía y crea la ley. En el segundo, no es más que una voluntad particular, o *un acto de magistratura*; a lo máximo es un decreto” –énfasis añadido (Libro II, cap. 2, “Que la soberanía es indivisible”). *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique.* Bibliothèque Bordas. París, 1972. pp. 92-93. Recuérdese que Rousseau publica la versión final del “Contrato Social” en 1762, es decir bastante antes de la Revolución Francesa; de todas maneras, Rousseau no utiliza el término “acto administrativo”. [↑](#footnote-ref-600)
601. Hauriou, Maurice. Prólogo de: *El Acto Administrativo,* de Recaredo Fernández de Velasco. p. 8. [↑](#footnote-ref-601)
602. Long, M., P. Weil, y G. Braibant. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.* Sirey. París, 1984. p. 6. [↑](#footnote-ref-602)
603. Diez, Manuel María. *Derecho Administrativo.* Plus Ultra. Buenos Aires, 1976. T. II, 2ª edición. p. 197. [↑](#footnote-ref-603)
604. “Con alguna posterioridad se encuentra un testimonio clásico del vocablo “acto administrativo” mismo, en el famoso repertorio de Merlin, repertorio que se ha originado en la obra de Guyot que acabamos de mencionar. A partir de la tercera edición, Merlin la editó a su nombre, después de haber hecho los agregados necesarios sobre el nuevo derecho. En la edición de 1812 vemos aparecer, por primera vez, un articulo: ‘Acto administrativo’, señalado como agregado de Merlin”. Mayer. *Ob. cit*. pie de página p. 75. [↑](#footnote-ref-604)
605. Jellinek. *Ob. cit.* pie de página n° 2, p. 463. Este criterio resulta parcialmente confirmado por García de Enterría, quien encuentra “dos tendencias” en la que llama dirección de “autotutela”: la alemana, “sobre el modelo de la sentencia judicial, como acto que decide autoritariamente la situación jurídica del súbito en un caso individual” y la francesa, de “teorización de una ‘decisión ejecutoria’ como el acto administrativo prototípico”. *Ob. cit.* (2004). p. 548. [↑](#footnote-ref-605)
606. *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia.* Imprenta del Colegio Nacional de sordo-mudos. Madrid, 1838. p. 124. Esta definición se repite en las ediciones que se han podido consultar, de Eugenio Maillefert y Compañía. Paris, 1858. p. 78; y en la publicada por Editorial Temis, Bogotá, 1977, que, sin citar el año, reproduce la “Edición notablemente corregida y aumentada, con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el derecho americano por Juan B. Guim, Doctor de ambos derechos y abogado de los tribunales del reino de España”. [↑](#footnote-ref-606)
607. Fernández de Velasco,Recaredo. *El Acto Administrativo.* Revista de Derecho Privado. Madrid, 1929. p. 69. [↑](#footnote-ref-607)
608. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. IV, 30 [↑](#footnote-ref-608)
609. Sostienen este criterio los autores contemporáneos argentinos: Gordillo, Cassagne y Dromi. Pero Marienhoff, de una generación anterior, en cambio, denomina “acto administrativo” a toda la actuación del órgano público: acto administrativo unilateral, acto administrativo general y acto administrativo bilateral (acto administrativo, reglamento y contrato, en la nomenclatura actual). [↑](#footnote-ref-609)
610. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. p. 187. [↑](#footnote-ref-610)
611. Morand-Deviller Jacqueline. *Cours de Droit Administratif.* Montchrestien. Octava edición. París, 2003. p. 317.. [↑](#footnote-ref-611)
612. Vedel y Devolvé. *Ob. cit*. T. 1. p. 243. [↑](#footnote-ref-612)
613. *Ibídem.* pp. 246-248. [↑](#footnote-ref-613)
614. Bocanegra. *Ob. cit.* p. 28. [↑](#footnote-ref-614)
615. Mayer, Otto. *Derecho Administrativo Alemán.* Depalma. 1982. p. 75. [↑](#footnote-ref-615)
616. *Ibídem*. [↑](#footnote-ref-616)
617. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. p. 548. [↑](#footnote-ref-617)
618. Stassino poulos. *Ob. cit.* p. 74. [↑](#footnote-ref-618)
619. Según Héctor A. Mairal *El Federalista* (la clásica obra de Hamilton, Jay y Madison) decía “que era erróneo interpretar las palabras de Montesquieu en el sentido de prohibir a los poderes (departamentos) del Estado ‘tener ninguna intervención en los actos de cada uno de los otros, o control sobre tales actos’, sino que Montesquieu sostenía en realidad que sólo ‘cuando el poder *total* de un departamento es ejercido por las mismas manos que poseen el poder total de otro departamento, se subvierten los principios fundamentales de una constitución libre’. *Control Judicial de la Administración Pública.* Depalma. Buenos Aires, 1984. Vol. I, p. 58. Cassagne cuestiona esta interpretación, apoyàndose en Benoit. *Ob. cit.* (2004)T. II, pie de pàgina 16, página 45. [↑](#footnote-ref-619)
620. Fernández de Velasco. *Ob. cit*. p. 71. [↑](#footnote-ref-620)
621. “Nosotros nos hemos inclinado desde un primer momento por la noción orgánica de la administración pública y en consecuencia aceptamos también la idea de que el acto administrativo emane únicamente del órgano ejecutivo en ejercicio de su función administrativa”. Díez. *Ob. cit*. T. II. p. 200. [↑](#footnote-ref-621)
622. García Trevijano-fos, José Antonio. *Los Actos Administrativos.* Civitas. Madrid, 1991. p. 27. [↑](#footnote-ref-622)
623. Duguit. *Ob. cit.* 1928. Tomo II, p. 365. [↑](#footnote-ref-623)
624. “Personne n’ai jamais vu l’État”. Burdeau. *Ob. cit.* p. 13. [↑](#footnote-ref-624)
625. En el Código Civil ecuatoriano se encuentra referencia actos como los siguientes: “de administración”, “de autoridad”, “societarios”, “administrativos” –en el sentido de administración de bienes; “judiciales o extrajudiciales”; “testamentario o entre vivos”; “de disposición”; “gratuitos”; “de partición”; “constitutivo”; “de comercio”; “sociales”; “posesorios”, además de las múltiples referencias a los “actos y contratos”. [↑](#footnote-ref-625)
626. “Art. 1488.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario”; “Art. 1461.- Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo”. Más adelante dice: “Art. 1469.- El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato…”. [↑](#footnote-ref-626)
627. Terré, François, Philippe Simler, Ives Laquette. *Droit Civil. Les Obligations.* 5ª edición. Dalloz. París, 1993. pp. 39-40: “conviene transferir el acto jurídico unilateral al régimen jurídico del contrato. Esta transposición se acompaña, evidentemente, de adaptaciones provenientes de la especificad del acto administrativo unilateral”. [↑](#footnote-ref-627)
628. Díez-Picazo y Antonio Gullón. Instituciones de Derecho Civil. Vol. I/1. Introducción. Parte general. Derecho de la persona. Tecnos. Madrid, 2000. p. 306. [↑](#footnote-ref-628)
629. De Castro y Bravo, Federico. *El Negocio Jurídico* (1971). Civitas. Madrid,. 1997. p. 34. [↑](#footnote-ref-629)
630. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho.* Segunda edición. Traducción de Roberto J. Vernengo. Porrúa. México, 1997. p. 264. La versión francesa de Eissenmann, traduce el término *Rechtsgeschäft* por “acte juridique” aclarando que en este contexto *acto jurídico* “cubre solamente los actos jurídicos hechos por los particulares” –es decir “el negocio jurídico” de la doctrina alemana; explicación necesaria en la traducción al francés en vista que, como se ha visto, la doctrina jurídica francesa, nunca acogió el concepto de *negocio jurídico* (*Rechtsgeschäft*)de los alemanes. Dalloz, 1962. pie de página p. 343 [↑](#footnote-ref-630)
631. *Ibídem.* p. 229. [↑](#footnote-ref-631)
632. Hart, H. L. A. *El Concepto de Derecho.* Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1995. pp. 119-120. *The Concept of Law.* Segunda edición (1994). Clarendon Press. Oxford, 1997. p. 96. [↑](#footnote-ref-632)
633. *Ibídem.* p. 36. En la edición inglesa: p. 28. [↑](#footnote-ref-633)
634. Cf. *Facticidad y Validez.* Trotta. Madrid, 1996. [↑](#footnote-ref-634)
635. Hervada, Javier. *Cuatro Lecciones de Derecho Natural. Parte especial.* Cuarta edición. (Lección Tercera. Los actos jurídicos de la autonomía privada). EUNSA. Pamplona, 1998. p. 98. [↑](#footnote-ref-635)
636. *Ibídem.* p. 99-100. [↑](#footnote-ref-636)
637. Díez-Picazo y Gullón*. Ob. cit.* p. 303. [↑](#footnote-ref-637)
638. Wach, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil* (1885). EJEA. Buenos Aires, 1977. p. 29. [↑](#footnote-ref-638)
639. R. N° 407. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo contencioso Administrativo (112-02). Rosa Carmita Jaramillo Ortega - Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda. RO 50, 28 de marzo de 2003. [↑](#footnote-ref-639)
640. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. p. 554. [↑](#footnote-ref-640)
641. Bocanegra. *Ob. cit*. pp. 33-34. [↑](#footnote-ref-641)
642. Díez-Picazo y Gullón*. Ob. cit.* p. 307. [↑](#footnote-ref-642)
643. Kelsen. *Ob. cit.* p. 14. [↑](#footnote-ref-643)
644. Carré de Malberg. *Ob. cit.* T. I. p. 28. [↑](#footnote-ref-644)
645. Stassinopoulos. *Ob. cit.* pp. 33-34. Reconociendo sin duda que el Estado también adquiere determinadas obligaciones en ciertos actos administrativos. [↑](#footnote-ref-645)
646. García Trevijano-Fos. *Ob. cit.* “Habrá negocio jurídico en sentido estricto, cuando el *qué,* el *cuando* y el *cómo* del acto sea discrecional (…) en sentido amplio, cuando sólo alguno de aquellos momentos sea discrecional”. p. 67. [↑](#footnote-ref-646)
647. *Ibídem.* pp. 70-96. [↑](#footnote-ref-647)
648. Garrrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo.* Civitas, Madrid, 1994. V. I, pp. 431-438. [↑](#footnote-ref-648)
649. Sandulli. *Ob. cit*. T. 1. p. 609 [↑](#footnote-ref-649)
650. Giannini. *Ob. cit*. V. II. p. 239 [↑](#footnote-ref-650)
651. Clavero Arévalo, Manuel. *Estudios de Derecho Administrativo.* Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. Civitas. Madrid, 1992. pp. 73-74. [↑](#footnote-ref-651)
652. Fernández de Velasco. *Ob. cit.*. p. 70. [↑](#footnote-ref-652)
653. *Ibídem*. p. 69. [↑](#footnote-ref-653)
654. Morand-Deviller. *Ob. cit.* p. 693. [↑](#footnote-ref-654)
655. Cierto es que el Art. 38 de la Ley de Modernización transformó el efecto del silencio administrativo, cuando éste se ha producido en positivo, reformándolo del carácter negativo que establece el Art. 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Mas, no es menos cierto que de acuerdo con esta norma, cuando transcurrieren 30 días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto, el acto lesivo no haya dado solución al mismo, se entenderá que se ha producido una denegación a lo solicitado, normatividad esta que evidentemente continúa vigente en los casos en los cuales, si bien no es posible aplicar la figura que da origen al silencio administrativo positivo, sin embargo no ha sido posible obtener, pese a la reclamación pertinente, la resolución favorable del reclamo.

 R. N° 55-04. Sala de lo Contencioso Administrativo. Quito, a 11 de febrero del 2004; (90-03): PETROECUADOR interpone recurso de casación contra sentencia de Primera Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo en el juicio propuesto por el señor José Burbano Moyas, Gerente y representante de SALMOPESCA Cía. Ltda. RO Nº 366, 29 de junio de 2004. [↑](#footnote-ref-655)
656. Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. “El derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos que se siguen en contra de la administración pública: una visión crítica de la situación del ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador”. En: *Temas Constitucionales.* Revista del Tribunal Constitucional. Año 1 N° 2 Junio 2004. Quito, 2004. p. 97. [↑](#footnote-ref-656)
657. (…) se casa la sentencia recurrida, porque no fue necesario el agotamiento de la vía administrativa para incoar la acción contencioso administrativa, pues lo que se demanda, es una indemnización, no por un acto, sino por un hecho causante de daños, y que, por tanto, procede la demanda relativa al pago de daños y perjuicios. R. No. 312-03, Sala de lo Contencioso Administrativo. Quito, a 17 de diciembre del 2003; (172-02). Dr. José Alejandro Chong Qui Lang Long interpone recurso de casación contra sentencia del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, en juicio contra del Gerente de la Corporación Aduanera Ecuatoriana. RO Nº 33514 de mayo de 2004. [↑](#footnote-ref-657)
658. (…) para que pueda iniciarse una acción contencioso administrativa, debe existir una manifestación de la voluntad de la administración que vulnere un derecho o interés directo del recurrente, situación que no ha ocurrido en el caso por lo que bien hizo el Tribunal “a quo” al desechar la acción por prematura. (…) Su demanda no se rechaza por la falta de agotamiento de tal vía, como erradamente sostiene, sino por falta de acto administrativo impugnable como se dijo en líneas anteriores. R. No. 407. Sala de lo Contencioso Administrativo. (112-02). Rosa Carmita Jaramillo Ortega - Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda. RO 50, 28 de marzo de 2003.

 El hecho no siendo una relación jurídica, no puede merecer la calificación de legal o ilegal y por lo mismo, producido éste, bien puede el afectado reclamar directamente a la administración por los efectos dañosos e injustos que tal hecho le ha producido. Esta situación jurídica es el objeto de la disposición de los artículos 130 y 131 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que se encontraban vigentes a la fecha de la interposición de la demanda.- R. Nº 293, Sala de lo Contencioso Administrativo. Quito, a 19 de noviembre del 2003; (267-02). Elvia Elizabeth Neacato Fernández en su calidad de mandataria de varios ex servidores de la Empresa Nacional de Correos, - Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones y el Procurador General del Estado. RO Nº 319, 22 de Abril de 2004. [↑](#footnote-ref-658)
659. García de Enterría y Fernández. *Ob.cit.* (2004). T. I. p. 635. [↑](#footnote-ref-659)
660. *Ibídem*. [↑](#footnote-ref-660)
661. Mairal, Héctor A. “Los meros procedimientos administrativos”. En: Juan Carlos Cassagne (Director). *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff.* Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998. pp. 650-661. [↑](#footnote-ref-661)
662. En tal sentido, revisar el enfoque de la ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme el comentario de Garrido Falla, en el tercer tomo de su *Tratado de Derecho Administrativo.* “La Justicia Administrativa”. Tecnos.Madrid, 2001. [↑](#footnote-ref-662)
663. “(…) es evidente es que la noción de acto administrativo, está íntimamente relacionada con la sumisión de la Administración Pública a un determinado régimen de derecho o dicho en otras palabras al principio de legalidad, verdadera cláusula regía dentro de un estado de derecho. Al respecto cabe citar al tratadista español Eduardo García de Enterría, quien manifiesta que: el acto administrativo nace como una expresión necesaria de una potestad que es lo que conecta el acto a la legalidad y lo funcionaliza de una manera peculiar en el seno de la misma”. (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Octava Edición, Civitas, Madrid, 1997, p. 539). El acto administrativo al expedirse, nacer o crearse ha de expresar una de las potestades previamente especificadas por el ordenamiento jurídico, entonces el acto no nacerá si no hay una norma específica que lo autorice y prevea ya que el acto administrativo se diferencia sustancialmente del negocio jurídico privado por cuanto es esencialmente típico desde el punto de vista legal, nominado, no obedece a ningún genérico principio de autonomía de voluntad, sino exclusivamente a la previsión de la ley”. R. N° 407. Sala de lo Contencioso Administrativo. Quito, a 25 de noviembre de 2002; (112-02): Rosa Carmita Jaramillo Ortega - Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda. RO 50, 28 de marzo de 2003. [↑](#footnote-ref-663)
664. Comadira, Julio R. Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios. LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2003. p. 4. [↑](#footnote-ref-664)
665. Mairal, ob. cit. (1998), p. 651. [↑](#footnote-ref-665)
666. Couture, Eduardo J. *Los Mandamientos del Abogado.* (1949)*.* Depalma. Buenos Aires, 1994. p. 24. [↑](#footnote-ref-666)
667. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. p. I-4. [↑](#footnote-ref-667)
668. En este artículo se alude a los “actos reglamentarios” en un sentido amplio, como sinónimo de “actos normativos”. Pero hay autores que utilizan el término “reglamentario” en un sentido estricto solamente, para designar a los actos normativos expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de la “potestad reglamentaria”, atribuida por la Constitución. En todo caso, hay que recordar que, aun desde esta limitada perspectiva, la Constitución ecuatoriana también atribuye a otros órganos la expedición de normas, generalmente obligatorias, al Directorio del Banco Central (Art. 268 de la Constitución) y a la Contraloría General del Estado (Art. 211 de la Constitución). Además, la Ley Suprema también faculta a los ministros de Estado a expedir las “normas… que requiera la gestión ministerial” (Art. 179 de la Constitución). Asimismo, a base de lo determinado en la Ley de Contratación Pública, las instituciones del Estado dictan “reglamentos para la organización del comité de contratación” (Art. 11 de la Ley de Contratación Pública). [↑](#footnote-ref-668)
669. Jèze, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo.* Depalma. Buenos Aires, 1948. Tomo I, pp. 29 y 30. “Duguit –dice Jèze– no distingue más que tres categorías de actos jurídicos: los actos-reglas, los actos subjetivos (de los cuales el prototipo es el contrato) y los actos condiciones”, pie de página, p. 30. Por supuesto que como todas las clasificaciones, ésta puede cuestionarse también. Por ejemplo, se podría objetar que los actos-condición de un órgano administrativo, también son actos creadores de situaciones jurídicas individuales. En todo caso, la noción actual más común de acto administrativo englobaría los actos unilaterales y los actos condición. [↑](#footnote-ref-669)
670. Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional:

 1. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos.

2. Conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de los actos administrativos de toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto, sin perjuicio de que el órgano administrativo adopte las medidas necesarias para preservar el respeto a las normas constitucionales. [↑](#footnote-ref-670)
671. Ver los Artículos 20, 22, 26, 95, 97, 109, 111, 130, 8., 272, 278. [↑](#footnote-ref-671)
672. Ley 035-CL, RO 338, 18 de marzo de 1968; con reformas. *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.* Art. 3. [↑](#footnote-ref-672)
673. En: *Constitución y Leyes de la República.* Suplemento RO N° 1202, 20 de agosto de 1960, p. 245. Ley de Régimen Administrativo. Art. 112. [↑](#footnote-ref-673)
674. Art. 112, citado. [↑](#footnote-ref-674)
675. *Código Tributario.* Suplemento RO 38, 14 de junio de 2005. Arts. 81 al 86. [↑](#footnote-ref-675)
676. DS 1429. RO 337, 16 de mayo de 1977. Art. 57; reformado. [↑](#footnote-ref-676)
677. 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. Artículo innumerado que se añade después del Art. 28 de la Ley de Modernización: Art. 12, DL-2001-1. RO 144, 18 de agosto de 2000. [↑](#footnote-ref-677)
678. DE 2428, RO 536 de 18 de Marzo del 2002. [↑](#footnote-ref-678)
679. Legge 7 agosto 1990, n. 241. *Procedimento Amministrativo e Dirito di Acceso ai Documinti.* Texto de la ley tomado del libro de comentarios: Vittorio Italia y Mario Bassani . (Coordinadores). Giufrè Editore. Milán, 1991. [↑](#footnote-ref-679)
680. Boletín Oficial del Estado de 27 de noviembre de 1992, con corrección de errores en los boletines de 28 de diciembre y 27 de enero de 1993. Texto de la ley tomado de Juan Alfonso Santamaría Pastor (Editor). *Derecho Administrativo. Normas básicas.* McGraw-Hill. Madrid. 1995. [↑](#footnote-ref-680)
681. Ley 19.549. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, con reformas introducidas por la Ley 21.686 (1977). [↑](#footnote-ref-681)
682. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.* Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario de 1° de julio de 1981: “Art. 7°. Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecidos en la Ley, por los órganos de la Administración Pública”. No sé si se encuentra vigente la Ley N° 6227, Ley General de la Administración Pública, de 1978, de Costa Rica, que clasifica los actos administrativos en sus Arts 120 y 121, pero no los define. [↑](#footnote-ref-682)
683. Art. 80 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. [↑](#footnote-ref-683)
684. *Ley de Control Constitucional.* RO 99, 2 de julio de 1997. Art. 24. [↑](#footnote-ref-684)
685. Canasi. *Ob. cit*. V.I. p. 265. [↑](#footnote-ref-685)
686. Laubadère; Venezia y Gaudemet. *Ob. cit.* (1992). T. 1. p. 511. [↑](#footnote-ref-686)
687. Gordillo.*Ob. cit.*  T. 3. p. IV-30. [↑](#footnote-ref-687)
688. Art. que se añade después del Art. 28 de la Ley de Modernización: “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 de la Función Ejecutiva”. [↑](#footnote-ref-688)
689. Art. 24 de la Ley de Control Constitucional. [↑](#footnote-ref-689)
690. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. 2ª Sala. Juicio N° 1443: Flores-Consejo Provincial del Guayas. Sentencia N° 49-85: 28-V-85. En: Larrea Holguín, Juan y Efraín Pérez. *Repertorio de Jurisprudencia.* 1984-85. T. XXIX. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1989. p. 2. Se puede considerar redundante la referencia al “ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley”, porque precisamente por eso resulta competente un órgano o autoridad. [↑](#footnote-ref-690)
691. Para abarcar también los actos de mero reconocimiento de un status existente o de certificación, se podría decir: “que crea, reconoce, modifica o extingue”, o simplemente “que produce efectos”. [↑](#footnote-ref-691)
692. Díez.  *Ob. cit*. T. II, p. 208. [↑](#footnote-ref-692)
693. Bocanegra. *Ob. cit.* p. 70. Pero, aclara: “con independencia de que determinadas actuaciones de las Cortes o del Poder Judicial (los actos de pura gestión o de administración) puedan ser enjuiciados por los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa.” [↑](#footnote-ref-693)
694. Morales Tobar, Marco. “El Acto Administrativo”. En: *Derecho Constitucional para fortalecer la democracia.* Konrad Adenauer Stiftung-Tribunal Constitucional. Quito, 1999. p. 101. [↑](#footnote-ref-694)
695. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. p. 2. [↑](#footnote-ref-695)
696. R. 199-2000-TP. Caso 181-2000-RA (Generales Paco Moncayo Gallegos y René Yandún Pozo contra resolución del Congreso Nacional). Gaceta Constitucional. Junio del 2001. N° 2. La Acción de Amparo Constitucional. Resoluciones 2000. Quito, 2001. p. 50. [↑](#footnote-ref-696)
697. R. 150-2000-TP. Suplemento RO 149, 25 de agosto de 2000. [↑](#footnote-ref-697)
698. R. N° 179-97-AA. Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional. Junio 97- Julio 98. p. 209. [↑](#footnote-ref-698)
699. Bielsa*. Ob. cit*. T. 2. p. 18 (quizá porque conceptúa el acto administrativo como “decisión, general o especial (…)”, es decir incluyendo los actos normativos administrativos entre los actos administrativos);José Canasi*. Ob. cit*.V. II, p. 101 (en el mismo sentido de Bielsa, este autor califica su “concepción amplia del acto administrativo” como abarcando “los actos unilaterales de la administración pública, como también los bilaterales o contractuales y también los generales o reglamentarios”); Marienhoff. *Ob. cit*. T. II, p. 260 (Su definición comprende “los actos administrativos individuales (‘decisiones’), generales (‘disposiciones’), expresos y tácitos, unilaterales y bilaterales”). Nótese, como se acaba de manifestar y se ha hecho notar líneas arriba, que estos autores representan por lo menos una generación anterior a la de Cassagne, Dromi y Gordillo, por lo que se puede afirmar que el enfoque del acto administrativo en el Derecho Público argentino ha evolucionado hacia un concepto más restringido, que exceptúa los actos normativos y los contratos; lo que ha influido indudablemente en la legislación y la doctrina ecuatoriana. [↑](#footnote-ref-699)
700. Marienhoff. *Ob. cit.* T. III-A, p. 39. Desde una posición igualmente tradicional, Fiorini, en su monografía sobre este tema, dice que “[e]l derecho administrativo distingue el acto administrativo unilateral y el acto administrativo bilateral y plurilateral”. En su particular concepción, el “acto administrativo general crea la norma en forma genérica, (…) Los actos administrativos generales de autorizaciones de permisos, de inscripciones en los servicios públicos, de registración habilitante, etcétera, establecen una regla administrativa general abstracta. El acto de inscripción, de autorización, de registro, de habilitación, etcétera, se aplica en forma concreta a un sujeto o a una situación jurídica individualizada. El acto administrativo que aparece tan general crea un efecto normativo de grado particular que corresponde a un individuo o situación concreta particularizada”. Fiorini. *Ob. cit*. p. 28. [↑](#footnote-ref-700)
701. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. p. II-27. [↑](#footnote-ref-701)
702. Zanobini atribuye a Ranelletti el enfoque del “reglamento como acto administrativo general”. Zanobini. *Ob. cit.* V. I. pie de página (8), p. 244. [↑](#footnote-ref-702)
703. Vedel y Devolvé. *Ob. cit*. T. 1. pp. 244 y 245. Laubadère manifiesta que se siente obligado “de tener en cuenta la coexistencia de muchas nociones de acto administrativo, cada una dotada de su propio interés debido a las distinciones y clasificaciones a las que cada una de ellas conduce”. *Ob. cit.* (1992), [↑](#footnote-ref-703)
704. Rivero y Waline. *Ob. cit*. p. 84. [↑](#footnote-ref-704)
705. Laubadère; Venezia y Gaudemet. *Ob. cit.* (1992). T. 1. p. 520. [↑](#footnote-ref-705)
706. García de Enterría: “… la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”. Los calificativos de la declaración, como “de voluntad, de juicio, etc.” manifiesta García de Enterría que la hace “sobre una formulación ya clásica de Zanobini”. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* T. I. (2004). A su vez, Zanobini atribuye la frase a Ranelletti, aunque “aceptando sustancialmente esta última definición, creemos oportuna una leve modificación”. *Ob. cit.* p. 243. Pero, como estima González, “el término declaración es suficiente para indicar por sí solo ese conjunto de expresiones intelectuales”. González Pérez y González Navarro. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.* Civitas. Madrid, 1993. p. 683. Similarmente, García-Trevijano Fos define el acto administrativo como “declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho público, bien tendiente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre los administrados, o con la Administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa”. José Antonio García-Trevijano Fos. *Los Actos Administrativos.* Civitas. Madrid, 1991. pp. 96-97. [↑](#footnote-ref-706)
707. Garrido. *Ob. cit.* (1994). V. I. p. 414. En igual sentido Rafael Entrena Cuesta. *Ob. cit.* (2003). Vol. I/1. p. 175. [↑](#footnote-ref-707)
708. García-Trevijano Fos. *Ob. cit.* (1991). pp. 27, 29 y 26. [↑](#footnote-ref-708)
709. Cf. Zavala (2003). *Ob. cit.* . [↑](#footnote-ref-709)
710. Bocanegra. *Ob. cit*. p. 41. [↑](#footnote-ref-710)
711. Cf. Giannini. *Ob. cit*. V. II. p. 236; Sandulli. *Ob. cit*. T. 1. p. 611. [↑](#footnote-ref-711)
712. Art. 70, *ERJAFE.* [↑](#footnote-ref-712)
713. Bocanegra. *Ob. cit.* pp. 31-32. [↑](#footnote-ref-713)
714. Idrovo Arciniega, Marco. *La Contratación Pública.* Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, 1993. p. 56; Nicolás Granja GAlindo. *Fundamentos de Derecho Administrativo.* Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 1997. p. 283: “siguiendo (a) (…) Dromi (…) la definición (de) Gordillo”, pero utiliza la frase “efectos jurídicos *subjetivos*”; mas Jaramillo Ordoñez, Herman. *Manual de Derecho Administrativo.* Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja. Loja, 1999. p. 190, con un amplio criterio tradicional considera el acto administrativo como “una declaración de la voluntad administrativa destinada a producir consecuencias jurídicas públicas o privadas, generales o individuales, directas o indirectas, definitivas o provisionales, lícitas o ilícitas”. En mi libro *El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y la Constitución.* Ediciones Estade. Quito, 2000, p. 44, me remito a la definición de Gordillo, pero hoy día introduciría el elemento de declaratoria de un órgano competente que afecta el estatus jurídico individual de una persona o un grupo determinable de personas. [↑](#footnote-ref-714)
715. Morales. *Ob. cit.* p. 101. Define el acto administrativo como: “(…) una declaración unilateral de voluntad de autoridad competente, que versa sobre asuntos de la administración pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular o general”, en pp. 99-100. [↑](#footnote-ref-715)
716. Secaira Durango, Patricio A. *Curso breve de Derecho Administrativo.* Editorial Universitaria. Quito, 2004. [↑](#footnote-ref-716)
717. Zavala (2005).*Ob. cit.*  p. 147. [↑](#footnote-ref-717)
718. Espinoza S., Arsenio. *Curso de Derecho Administrativo.* 2° año de Jurisprudencia, Universidad de Guayaquil. Guayaquil, 1932. p. 74, según los apuntes de clase de Carlos E. Camacho Navarro. En este capítulo sobre el acto administrativo el profesor recomienda la consulta del autor José Ma. Fábregas del Pilar. [↑](#footnote-ref-718)
719. Jaramillo Alvarado, Pío. *Derecho Público Interno.* Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1953. p. 273. [↑](#footnote-ref-719)
720. Córdova Guerrón, Eduardo. *Derecho Administrativo.* Poligrafiados PUCE. Quito,1965. Lección 10, p. 11, pero cita además a otros autores además de Royo Villanova. [↑](#footnote-ref-720)
721. Borja y Borja, Ramiro. *Teoría General del Derecho Administrativo.* Depalma. Buenos Aires, 1984. [↑](#footnote-ref-721)
722. Ver, por ejemplo: 219-99. Damerval (Villao)-Municipio de Salinas. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. RO 219, 5 de octubre de 1999: “Esta resolución del extinto Tribunal con jurisdicción nacional, tiene el valor de norma dirimente autorizada por la Constitución Política cuya vigencia se mantiene con carácter obligatorio hasta que el legislador no disponga lo contrario”. p. 23; y, 09-2000. Almeida-Junta de Defensa Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. RO 49, 3 de abril de 2000. p. 18. [↑](#footnote-ref-722)
723. Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Disposiciones para la calificación de los recursos objetivo o de anulación y subjetivo o de plena jurisdicción, en controversias planteadas para impugnar actos administrativos de carácter general. RO 722, 9 de julio de 1991. [↑](#footnote-ref-723)
724. Art. 3. [↑](#footnote-ref-724)
725. R. 084-2001-TP. Caso 042-2000-TC. Suplemento RO 349, 18 de junio de 2001, p. 24. [↑](#footnote-ref-725)
726. Caso 1021-99-AA. Suplemento RO 29, 2 de marzo de 2000. pp. 2-3. [↑](#footnote-ref-726)
727. Art. 24 de la Ley de Control Constitucional. [↑](#footnote-ref-727)
728. R. N° 013-AA-99-I.S. Caso N° 701-98-AA. En: *Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional.* Enero-Diciembre 1999. Quito, s/f. P. 193. [↑](#footnote-ref-728)
729. Dromi. *Ob. cit.* (2004). p. 739. [↑](#footnote-ref-729)
730. *Ibídem.* p. 746. [↑](#footnote-ref-730)
731. Long; Weil; Braibant. *Ob. cit*. pp. 23, 25 y 26. [↑](#footnote-ref-731)
732. *Ibídem*. pp. 272-273. [↑](#footnote-ref-732)
733. Dromi. *Ob. cit.* p. 354. [↑](#footnote-ref-733)
734. Secaira. *Ob. cit*. p. 180. [↑](#footnote-ref-734)
735. González y González. *Ob. cit.* p. 685. [↑](#footnote-ref-735)
736. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. p. 552. [↑](#footnote-ref-736)
737. Dromi. *Ob. cit.* p. 356. [↑](#footnote-ref-737)
738. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. III, 8-9. [↑](#footnote-ref-738)
739. *Ob. cit.* T. II. p. 50. [↑](#footnote-ref-739)
740. Dromi. *Ob. cit.* p. 356. [↑](#footnote-ref-740)
741. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. II, 3. [↑](#footnote-ref-741)
742. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. II, 17. [↑](#footnote-ref-742)
743. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. II, 17. Ver también, nota 4.4 en p. 18. [↑](#footnote-ref-743)
744. Cassagne. *Ob. cit.* (2004) T. II. p. 91. [↑](#footnote-ref-744)
745. Bocanegra. *Ob. cit.* p. 67. [↑](#footnote-ref-745)
746. Bocanegra. *Ob. cit*. p. 70. [↑](#footnote-ref-746)
747. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. VIII-3. [↑](#footnote-ref-747)
748. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. II, 30. [↑](#footnote-ref-748)
749. “Una manera de hablar”. [↑](#footnote-ref-749)
750. Gordillo. *Ob. cit.* T 3. IX-1. [↑](#footnote-ref-750)
751. Bocanegra. *Ob. cit.* p. 33. [↑](#footnote-ref-751)
752. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. p. 560. [↑](#footnote-ref-752)
753. Entrena. *Ob. cit*. (2003). Vol. I/1. p.193. [↑](#footnote-ref-753)
754. De Castro y Bravo. *Ob. cit.*. p. 191. [↑](#footnote-ref-754)
755. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. pp. 558-559. [↑](#footnote-ref-755)
756. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. VIII-3. [↑](#footnote-ref-756)
757. García de Enterría y Fernández. *Ob. cit.* (2004). T. I. p. 560. [↑](#footnote-ref-757)
758. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3, p. X-13. [↑](#footnote-ref-758)
759. Laubadère; Venezia y Gaudamet. *Ob. cit.* T. 1. pp. 607-608. [↑](#footnote-ref-759)
760. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. p. X-16. concordante con Dromi. *Ob. Cit.* (2004). p. 377 y Escola. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, p. 59; mientras que Bielsa*. Ob cit.* T. 2. pp. 88-90, y Canasi. *Ob. cit*. V. II. 178-179 distinguen los casos en que no sería necesaria la motivación. Sin embargo, esta especulación se supera en ese país con lo dispuesto por el Decreto-Ley 19.549, como lo reconoce Díez. *Ob. cit.* T. II, p. 260, en el sentido que todos los actos administrativos serán motivados, lo mismo que ocurre en el Ecuador. [↑](#footnote-ref-760)
761. Arts. 24, 13, de la *Constitución.* [↑](#footnote-ref-761)
762. Díez. *Ob. cit.* T. II. p. 260. [↑](#footnote-ref-762)
763. García de Enterría y Fernández *Ob. cit*. (2004). T. I. p. 524. [↑](#footnote-ref-763)
764. Dromi. *Ob. cit.* p. 377. [↑](#footnote-ref-764)
765. Díez. *Ob. cit.* T. II. p. 259. [↑](#footnote-ref-765)
766. Bocanegra. Ob. cit. p. 138. [↑](#footnote-ref-766)
767. R. N° 029-2003-TC, RO 210, 13 de noviembre de 2003. [↑](#footnote-ref-767)
768. Art. 126.- Notificación.1. Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente.

2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente, así como la expresión de las acciones contencioso administrativas y el plazo para interponerlas;

3. Las notificaciones que conteniendo el texto íntegro del acto omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el numeral anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda.

4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, siempre que el interesado hubiere señalado domicilio para notificaciones. [↑](#footnote-ref-768)
769. Arts. 127, *ERJAFE*. [↑](#footnote-ref-769)
770. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Voz “telemática”.(Del ingl. telematics, acrón. de tele- e informatics, informática).1. f. Telec. Aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada.telemático, ca. (De telemática).1. adj. Telec. Perteneciente o relativo a la telemática. [↑](#footnote-ref-770)
771. *Ley de Modernización.* “Art. 29.- Notificación.- Las autoridades administrativas comunicarán al administrado las resoluciones que dicten, sean de trámite o definitivas, por el medio que consideren más rápido o expedito, siempre y cuando exista constancia plena en el proceso administrativo de la dirección para notificaciones y se pueda dejar prueba del hecho”. [↑](#footnote-ref-771)
772. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. V-1. [↑](#footnote-ref-772)
773. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. V-20. [↑](#footnote-ref-773)
774. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. V-26. [↑](#footnote-ref-774)
775. Bocanegra. *Ob. cit.* p. 125. [↑](#footnote-ref-775)
776. Bocanegra. *Ob. cit.* p. 123. [↑](#footnote-ref-776)
777. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. II, 35. [↑](#footnote-ref-777)
778. Bocanegra. *Ob. cit.* p. 34. [↑](#footnote-ref-778)
779. Of. PGE 25739 del 13 de septiembre de 1995. [↑](#footnote-ref-779)
780. Cassagne. *Ob. cit*. (2004). T. II, p. 15. [↑](#footnote-ref-780)
781. Ofs. PGE 22034, del 25 de agosto de 1994 y PGE 22866 del 1 de junio de 1995. [↑](#footnote-ref-781)
782. Of. PGE N° 11252 del 22 de mayo de 1998. [↑](#footnote-ref-782)
783. Acuerdo Ejecutivo 4. *Declárase la década de los años noventa como “la década del ecodesarrollo*. R0 424 del 25 de abril de 1990. Pero a veces también estas declaratorias se expiden como decretos ejecutivos: DE 764. *Inclúyese la preservación del medio ambiente como objetivo nacional permanente determinado por el Estado Ecuatoriano*. RO 193 del 19 de mayo de 1993. [↑](#footnote-ref-783)
784. Beneyto. *Ob. cit*. p. 351. [↑](#footnote-ref-784)
785. Phelan. *Ob. cit*. p. 346. [↑](#footnote-ref-785)
786. Kelsen. *Ob. cit* (primera edición)*.* p. 152 [↑](#footnote-ref-786)
787. Sandulli. *Ob. cit.* T. 1. pp. 593 - 594; Giannini. V. II. p. 51. Discrecionalidad técnica. Zanobini. *Ob. Cit.*  V. I. 247. [↑](#footnote-ref-787)
788. Vedel y Devolvé. *Ob. cit*. T. 1. p. 528. [↑](#footnote-ref-788)
789. *Ibídem.* p. 529. [↑](#footnote-ref-789)
790. *Ob. cit.* 1, 573. [↑](#footnote-ref-790)
791. Giannini. *Ob. cit.* V. II. p. 46. [↑](#footnote-ref-791)
792. *Ob. cit*. T. I, 431. [↑](#footnote-ref-792)
793. Dromi. *Ob. cit.* p. 710. [↑](#footnote-ref-793)
794. Vedel y Devolvé. *Ob. cit.* T. 2, 203. [↑](#footnote-ref-794)
795. Hernández, Miguel. Seguridad Jurídica. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia. Edino. Guayaquil, 2004. p. 104. [↑](#footnote-ref-795)
796. Gordillo. *Ob. cit.* T. 2. p. VIII-20. [↑](#footnote-ref-796)
797. *Ob. cit.* T. I, 435. [↑](#footnote-ref-797)
798. Bocanegra. *Ob. cit.* p. 56. [↑](#footnote-ref-798)
799. Altamira, Pedro Guillermo. *Principios de lo Contencioso Administrativo*. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1962. pp. 107-108. [↑](#footnote-ref-799)
800. DE 3179. Expídese el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los actos de la Administración Pública. RO N° 686, 18 de octubre de 2002. [↑](#footnote-ref-800)
801. Laubadère (1992). *Ob. cit.* T. 1, p. 153. [↑](#footnote-ref-801)
802. Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. N° 3. Quito, 1980. p. 197. [↑](#footnote-ref-802)
803. Hernández. *Ob. cit.* pp. 103-104. [↑](#footnote-ref-803)
804. Bocanegra. *Ob. cit.* p. 56. [↑](#footnote-ref-804)
805. González Pérez, Jesús. *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Temis. Bogotá, 1985. p. 187. [↑](#footnote-ref-805)
806. Díez. *Ob. cit.* T. II. p. 266. [↑](#footnote-ref-806)
807. DE 1695. Reglamento para la emisión de informes, dictámenes o autorizaciones para la realización de acto o contratos por parte de la administración pública. RO 410, del 7 de abril de 1986. Art. 5. [↑](#footnote-ref-807)
808. Of. PGE 21984 del 24 de abril de 1995. [↑](#footnote-ref-808)
809. Of. N° 09268 de 04-06-2004. RO 443, 15 de octubre de 2004. [↑](#footnote-ref-809)
810. Of. PGE 4118 del 12 de agosto de 1997 y Of. PGE 20192 del 17 de febrero de 1995. [↑](#footnote-ref-810)
811. Bocanegra. *Ob. cit.* p. 101. [↑](#footnote-ref-811)
812. Gianinni. *Ob. cit*. V.I. p. 74. [↑](#footnote-ref-812)
813. Dromi. *Ob. Cit.* (2004). p. 99. [↑](#footnote-ref-813)
814. Hernández. *Ob. cit.* p. 118 (negritas en el original). [↑](#footnote-ref-814)
815. Gordillo. *Ob. cit.* T. 2. pp. VIII-32 y VIII-33. [↑](#footnote-ref-815)
816. Vedel y Devolvé. *Ob. cit.*. T. 1. p. 516. [↑](#footnote-ref-816)
817. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. p. III-16. [↑](#footnote-ref-817)
818. Stassinopoulos. *Ob. cit.* p. *237.* [↑](#footnote-ref-818)
819. Marienhoff. *Ob. cit.* T. II. p. 398. [↑](#footnote-ref-819)
820. ERJAFE: Art. 170.- Revocación de actos y rectificación de errores.1. La Administración Pública Central podrá revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

2. La Administración Pública Central podrá, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos. [↑](#footnote-ref-820)
821. Díez. *Ob. cit.* T. II. pp. 351-352. [↑](#footnote-ref-821)
822. Entrena. *Ob. cit.* V. I/1. p. 230. [↑](#footnote-ref-822)
823. ERJAFE: Art. 90.- Razones.- Los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad.

 Art. 91.- Extinción o reforma de oficio por razones de oportunidad.- La extinción o reforma de oficio de un acto administrativo por razones de oportunidad tendrá lugar cuando existen razones de orden público que justifican declarar extinguido dicho acto administrativo. El acto administrativo que declara extinguida un acto administrativo por razones de oportunidad no tendrá efectos retroactivos.

 La extinción la podrá realizar la misma autoridad que expidiera el acto o quien la sustituya en el cargo, así como cualquier autoridad jerárquicamente superior a ella.

 Art. 93.- Extinción de oficio por razones de legitimidad.- Cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deber ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.

 Los actos administrativos surgidos como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos con incidencia en las instituciones u órganos sujetos al presente estatuto también deberán ser extinguidos cuando el acto contenga vicios no convalidables o subsanables.

 El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos. [↑](#footnote-ref-823)
824. García-Trevijano. *Ob. cit.* (1986). pp. 389-390. [↑](#footnote-ref-824)
825. Stassinopoulos. *Ob. cit.* pp. 237-238. [↑](#footnote-ref-825)
826. García-Trevijano. *Ob. cit.* (1986). P .446. [↑](#footnote-ref-826)
827. “Art. 89.- Origen de la extinción o reforma.- (…) En general, se extinguirán los actos administrativos por el cumplimiento de alguna modalidad accidental a ellos, tales como plazo o condición”. [↑](#footnote-ref-827)
828. ERJAFE: Art. 92.- Daños causados.- La autoridad que decida extinguir o reformar un acto administrativo por razones de oportunidad, que afecte total o parcialmente un derecho subjetivo, deberá previamente pagar la debida indemnización por el daño que se cause al administrado. Para el efecto, se instaurará, de oficio o a petición de parte, un expediente administrativo que será sustanciado de manera sumaria.

Los administrados podrán impugnar judicialmente la resolución que adopte la Administración con respecto al pago de la mencionada indemnización. Dicha impugnación no impedirá la extinción del acto administrativo resuelta por la respectiva autoridad. [↑](#footnote-ref-828)
829. García-Trevijano. *Ob. cit.* (1986). pp. 382. [↑](#footnote-ref-829)
830. Art. 59.- Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo:

a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia.

b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión. [↑](#footnote-ref-830)
831. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. IX-2. [↑](#footnote-ref-831)
832. Gordillo. *Ob. cit.* T. 3. V-2. [↑](#footnote-ref-832)
833. Of. PGE 15846 de 5-4-2005, RO Nº 326 de junio de 2005. [↑](#footnote-ref-833)